

indice

editoriale

- 229 SANDRO STAIANO
Legiferare suscitando tempeste. Il caso del regionalismo differenziato

saggi

- 237 PIETRO LAMBERTUCCI
Nuove frontiere della disabilità: soggetti protetti e accomodamenti ragionevoli
- 263 MARIA CASOLA
La giustizia del lavoro nella transizione: tappe e sopravvivenza “umana” del modello integrato di tutela differenziata
- 287 MARCO LEONARDI
Come possono convivere contrattazione e salario minimo
- 297 MILENA D’ORIANO
La Cassazione sul salario minimo costituzionale: the day after

giurisprudenza

- 317 ALBERTO TAMPIERI
La Cassazione “affossa” la decorrenza differita della prescrizione nel lavoro pubblico
(Commento a Corte di Cassazione, Sezione Unite, 28 dicembre 2023 n. 36197)
- 331 ALESSANDRA INGRAO
Le email dei dipendenti tra conservazione dei metadati della corrispondenza e protezione dai controlli a distanza

(Commento al provvedimento del Garante per la protezione dei dati personali, 6 giugno 2024)

osservatorio

- 345 MARIA DOLORES SANTOS FERNANDEZ
Lavoro femminile: criticità e rafforzamento delle tutele
- 363 MILENA ANNA IMPICCIATORE
Luci e ombre del “Fondo Nuove Competenze”: dall’emergenza pandemica alla ripresa e resilienza
- 389 *Notizie sugli autori*
- 391 *Abbreviazioni*

table of contents

editorial

- 229 SANDRO STAIANO
Legislating by unleashing storms. The case of differentiated regionalism

articles

- 237 PIETRO LAMBERTUCCI
New frontiers of disability: protected subjects and reasonable accommodations
- 263 MARIA CASOLA
Labour justice in the Transition: stages and 'human' survival of the integrated model of differentiated protection
- 287 MARCO LEONARDI
How can bargaining and minimum wage coexist
- 297 MILENA D'ORIANO
The Italian Court of Cassation on the Constitutional Minimum Wage: the day after

case law

- 317 ALBERTO TAMPIERI
The Court of Cassation 'scuttles' the deferred running of the limitation period in public employment
(Comment to Corte di Cassazione's decision, Sezione Unite, 28 December 2023 n. 36197)
- 331 ALESSANDRA INGRAO
Employee e-mails between metadata retention and protection from remote control

(Comment on the provision of the Guarantor for the protection of personal data, 6 June 2024)

observatory

- 345 MARIA DOLORES SANTOS FERNANDEZ
Female labour: critical issues and strengthening of protections
- 363 MILENA ANNA IMPICCIATORE
Lights and shadows of the ‘New Skills Fund’: from pandemic emergency to recovery and resilience
- 389 *Authors’ information*
- 391 *Abbreviations*

Sandro Staiano

Legiferare suscitando tempeste.
Il caso del regionalismo differenziato

1. Il regionalismo differenziato è stato tratto in legge – 26 giugno 2024 n. 86 – dalla selva concettuale e politica in cui si era intricato, ma attraverso l’impiego muscolare degli strumenti di semplificazione e di accelerazione dei procedimenti parlamentari, culminato anche stavolta nell’ormai invalsa anomalia del “monocameralismo alternato”, cioè nella riduzione in funzione meramente ratificatoria della Camera che delibera in seconda battuta.

Il che va considerato, non tanto per dare un giudizio sulla moralità delle maggioranze, come pure inutilmente usa – rilevando per converso solo il dato sistemico dell’eclissi del Parlamento nelle dinamiche delle decisioni normative di maggiore rango – quanto piuttosto per dire che il processo di integrazione politica del quale una legge, tanto più se legge ad alta valenza riformatrice qual è la n. 86 del 2024, dovrebbe costituire l’esito è largamente incompiuto ed è altamente esposto al fallimento.

La manifestazione più vistosa di tale incompiutezza è l’immediata messa in opera dei procedimenti intesi al referendum abrogativo, per iniziativa sia delle forze politiche risultate soccombenti in ambito parlamentare, o a queste riconducibili o comunque con esse congruenti, sia delle Regioni di orientamento difforme da quello del Governo in carica.

Ma, soprattutto, ora emergono i problemi di applicabilità di una legge che, dopo il tormentato dibattito parlamentare, nel corso del quale sono bensì venuti in luce nodi intricati, ma sono inesorabilmente mancate correzioni risolutive, rimane strumento tecnicamente incongruo, non sostenuto da un’adeguata analisi di impatto, in questo caso invece quanto mai necessaria (essendo pretermesse le sedi parlamentari in cui essa si sarebbe potuta svolgere, a partire dai Comitati per la legislazione di Senato e Camera, e inascol-

tata la voce dei giuristi non *engagé*, se non per tutela della legalità costituzionale, cioè immuni da ideologismi e perciò non reclutabili in militanze da questi ispirate): adesso *hic Rhodus hic salta*.

2. Vengono in considerazione due profili interconnessi: l'idoneità dell'impianto normativo della legge n. 86 del 2024 a conformare una vicenda implementativa che si preannuncia tra le più complesse nella storia della legislazione in età repubblicana; la sostenibilità economica dell'applicazione.

2.1. Quanto all'impianto normativo, va rilevata la scaturigine della vicenda a esso conducente.

Dopo gli "accordi preliminari", nel 2018, tra il Governo in carica e le Regioni Veneto, Lombardia ed Emilia-Romagna, si aprì la questione dei modi di attuazione del terzo comma dell'art. 116 Cost., una volta scartata, perché ritenuta politicamente troppo difficile da percorrere, la via più lineare: una norma integratrice di rango costituzionale. V'era, allora, chi propendeva per l'autoapplicazione, ritenendo che le intese cui si riferisce il terzo comma dell'art. 116 fossero assimilabili a quelle menzionate dal terzo comma dell'art. 8 Cost., riferito alla regolazione dei rapporti tra Stato e confessioni religiose diverse dalla cattolica, e che perciò fosse possibile seguire le medesime prassi parlamentari. La fallacia del parallelismo, per la radicale diversità di contesto in cui si collocavano i due tipi di "intese", fu segnalata in modo convincente, e si aprì la stagione delle leggi-quadro o di principio, che aspiravano a vincolare le singole leggi di devoluzione differenziata delle competenze dallo Stato alle Regioni richiedenti. Anche la legge n. 86 del 2024 appartiene a questo novero, presentando i medesimi tratti di debolezza sistemica: essa, infatti, essendo legge ordinaria, e non ricevendo particolare *status* da alcuna disposizione costituzionale nel rapporto con fonti successive del medesimo rango, è esposta a essere innovata o derogata, in tutto o in parte, espressamente o implicitamente, da ciascuna legge di approvazione delle intese, di cui non può costituire parametro, né quanto ai contenuti né quanto al procedimento formativo.

In termini concreti: tutti i limiti, di contenuto e procedurali, faticosamente introdotti in questa legge, potranno essere considerati lettera morta dalle singole leggi di devoluzione.

I nostri Pangloss – ve ne sono numerosi tra i legislatori e in qualche uf-

ficio studi – potrebbero avere fiducia nel vincolo *politico* derivante da una tale legge *di principio*, vincolo del quale il Governo dovrebbe tenere conto nello svolgimento dei negoziati con le singole Regioni in vista delle rispettive leggi di devoluzione. Ma appunto di panglossismo si tratta. Cioè della fede in una naturale razionalità dei processi di produzione normativa, destinata a essere largamente delusa dall'esperienza. Nelle durezze del mondo reale, ci aspetta invece il dispiegarsi primordiale dei puri rapporti di forza tra centrifughi e centripeti, tra competitivi e cooperativi, tra malthusiani e perequativi, e tra meridionalisti e antimeridionalisti, purtroppo: un incendio alimentato con il combustibile degli ideologismi, sul corpo di una feroce competizione per risorse decrescenti.

Una soluzione sarebbe venuta, invece, dall'inserimento dell'intero processo devolutivo nello schema della delegazione legislativa, in grado di irrigidire il parametro vincolante le leggi di devoluzione nei modi dell'interposizione normativa *ex art. 76 Cost.*, potendo così contare su diversi strumenti procedimentali idonei a scongiurare la riduzione delle Camere alla funzione minore, in violazione dell'art. 72 Cost. e della riserva di regolamento parlamentare da questo stabilito. E soprattutto di diluire il conflitto in una negoziazione legislativa adeguatamente protratta nel tempo.

Non si può negare che, in una certa fase, sia stato avviato un faticoso percorso di riscatto del regionalismo differenziato dallo sviamento, originariamente consumato, dalla *ratio* del terzo comma dell'art. 116 Cost. Questo, secondo una corretta considerazione del contesto costituzionale, possibile nonostante la mediocre qualità della revisione del 2001, è inteso a una razionalizzazione delle competenze secondo sussidiarietà. Ne è stata invece data una lettura strumentale, al solo fine di trattenere nei singoli territori regionali il "residuo fiscale", cioè la differenza tra i tributi erariali corrisposti, calcolati su base regionale, e le risorse erogate dallo Stato in servizi nei medesimi territori: devolvere competenze per trascinare risorse. E ciò mentre la legge sul cosiddetto federalismo fiscale, n. 42 del 2001, strumento proprio di riordino della fiscalità locale, che del regionalismo differenziato dovrebbe essere la premessa, a quasi cinque lustri dalla sua approvazione, è ancora inattuata nelle parti qualificanti, *in primis* nella definizione dei livelli essenziali delle prestazioni.

Ora, qualche risposta si era cominciato a dare nella Prima Commissione del Senato: per iniziativa del Presidente di questa, si è stabilito di affidare alla delegazione legislativa la determinazione dei LEP, sebbene con la discutibile

statuizione *per relationem* dei principi e criteri direttivi, mediante rinvio all'art. 1, commi da 791 a 801-bis, della legge 29 dicembre 2022 n. 197. La soluzione è recepita nel testo definitivo della legge.

Ma ci si è fermati qui: ha fatto aggio su ogni necessità di approfondimento e di affinamento un imperativo assoluto di urgenza proveniente dalla *politique politicienne*.

Sono rimaste aperte o fatte segno di assai difettosa risposta normativa due questioni centrali.

La prima è quella della distinzione tra materie LEP, nelle quali ogni trasferimento di funzioni deve essere preceduto dalla determinazione dei LEP, e materie non-LEP, nelle quali tale determinazione previa non è necessaria (o tra materie “leppabili” e “non-leppabili”, come è detto con orrendo, inutile neologismo).

La linea di demarcazione definita dalla legge n. 86 del 2024 attraverso l'elencazione delle materie LEP non ha fondamento razionale. A dare consistenza a essa avrebbe dovuto decisamente contribuire l'opera del Comitato tecnico scientifico con funzioni istruttorie per l'individuazione dei livelli essenziali delle prestazioni (CLEP), istituito presso la Presidenza del Consiglio. Ma tale missione è stata del tutto disattesa. Dal Documento finale elaborato dal CLEP, si ricava che questo ha rinunciato a definire in via preliminare la nozione stessa di LEP, rinviandone la responsabilità al decisore politico: “la determinazione puntuale della nozione LEP appartiene a un momento successivo nel quale la componente tecnica, giuridica ed economica, non è la sola a rilevare. Poiché dal modo di tratteggiare la nozione LEP possono discendere conseguenze per la finanza pubblica in termini assoluti, conseguenze redistributive e allocative in termini relativi, non può che spettare al decisore politico la responsabilità di questa definizione”, afferma il Documento (p.16). Ma era proprio da un organo tecnico-scientifico quale il CLEP che il decisore politico attendeva la nozione di LEP, ottenuta integrando conoscenze giuridiche ed economiche. Quale sennò la sua funzione? A segnalare l'incongruenza (per vero *in articulo mortis*, tanto che non se ne è data neppure menzione nel Documento finale) sono stati, in sede CLEP, i componenti del Sottogruppo 5, con il sostegno di alcuni componenti di altri Sottogruppi, in una nota inviata il 30 ottobre 2023.

Peraltro, quell'organismo ha reso una formulazione molto generica dei LEP, che consiste quasi sempre in mere dichiarazioni di principio, prive di significativi e specifici criteri di misurabilità e insuscettibili di “declinazioni

operative”, come segnalava, inascoltato, il Governatore della Banca d’Italia in una lettera del 10 ottobre 2023.

In sintesi: il ponderoso Documento finale licenziato dal CLEP non ha avuto, né poteva averla per come è conformato e per il metodo seguito nel redigerlo, alcuna utilità nella formulazione della legge, e non ne avrà alcuna in sede attuativa.

Si aggiunga che l’intera sequenza applicativa prefigurata dalla legge n. 86 del 2024 non prevede alcuna analisi delle funzioni (la loro dimensione obiettiva, la loro corrispondenza alla dimensione dell’interesse, la corrispondenza della loro spettanza a ragioni di economia di scala o di economia di scopo) come premessa necessaria alla devoluzione differenziata delle competenze.

2.2. Quanto alla sostenibilità economica, due osservazioni.

La prima: con la differenziazione su scala regionale, lo Stato centrale perderebbe gli strumenti di coordinamento delle politiche pubbliche, al cospetto delle esternalità prodotte dagli effetti dell’azione di singole Regioni su altre Regioni, con un risultato complessivo di sottoproduzione di beni pubblici, un fenomeno che gli economisti hanno segnalato con riferimento alle politiche europee in settori chiave quali ambiente, energia, istruzione, sanità, infrastrutture (appunto ...). Sicché dove federalismo competitivo v’è già ora, occorrerebbe un ripensamento.

Seconda osservazione: in una situazione critica quale quella italiana, tenere sotto controllo i conti pubblici in una sede centralizzata è irrinunciabile. La differenziazione porterebbe a una frammentazione ingovernabile, come tale percepita dai mercati: non pare ce ne sia bisogno.

In questo scenario, il modello escogitato, ammesso che sia riconoscibile in ogni sua parte – differenziazione delle competenze *on demand* da parte di singole Regioni, perequazione mediante finanziamento dei LEP, invarianza dei saldi di spesa pubblica – è pressoché inattuabile. Infatti, il calcolo dei costi standard per ogni bene e servizio implicato dal trasferimento differenziato, l’individuazione del livello di prestazione minima, la determinazione dei fabbisogni per ogni comparto della pubblica amministrazione sono opera titanica, che si è riusciti appena ad avviare (e discutibilmente) nel corso degli ultimi vent’anni. E introdurre meccanismi perequativi tra Regioni con diversa capacità fiscale mantenendo l’invarianza della spesa pubblica conduce necessariamente a un aggravio di spesa

per lo Stato nelle Regioni più sfavorite, cioè necessariamente a uno scarto in aumento rispetto alla spesa storica; mentre finanziare le funzioni trasferite in sede di differenziazione attraverso il riconoscimento di una percentuale fissa sulle entrate erariali in ogni singola Regione significa imboccare la strada che conduce all'inferno fiscale, e, in ultima istanza, al fallimento dello Stato.

3. Quali le prospettive?

Allo stato delle cose, l'informativa del Ministro per gli affari regionali e le autonomie, resa al Consiglio dei Ministri il 26 luglio 2024, prospetta un percorso non immune da difficoltà: con essa si comunica l'intendimento di riprendere i negoziati già avviati nel 2017 con le Regioni Lombardia, Veneto ed Emilia-Romagna, dai quali scaturirono le intese preliminari, per trasferire a esse, e al Piemonte, che si è aggiunto, funzioni nell'ambito delle sole materie non-LEP (il *recupero* di quei documenti del 2017 è consentito dalla norma finale posta dall'art. 11, c. 1, l. 86/2014): quanto si è qui detto in ordine all'assai ardua applicabilità del modello, anche per la cattiva qualità tecnica della legge, del tutto priva del sostegno di un'analisi di impatto, fa ritenere assai nebuloso lo scenario disegnato dal Ministro (che non ha mancato, narrano le cronache, di suscitare reazioni avverse nella compagine governativa).

Con una certa malizia, si potrebbe ipotizzare che, mentre incombono i procedimenti referendari e si prospetta un impegnativo contenzioso davanti alla Corte costituzionale, si voglia intanto operare nell'interludio, riportando lo stato delle cose al 2017, quando si pensava a una devoluzione limitata alle tre Regioni del Nord ... e poi *pereat mundus*. Però anche quest'obiettivo non è esattamente alla portata.

Se, invece, si volesse operare nel limitato campo di sicura applicabilità attuale della legge n. 86 del 2024, per come essa si è infine conformata, potrebbe mettersi tra parentesi il visionario disegno devolutivo generale, e svolgere un'adeguata analisi delle funzioni in vista delle singole leggi di trasferimento, stabilendo – conformemente al solido, rassicurante e costituzionalmente fondato principio di sussidiarietà e corollari: funzionalità, appunto differenziazione, responsabilità-unicità nell'imputazione del campo di decisione – le competenze amministrative da trasferire, e solo ove strettamente necessario, con esse quelle legislative, se ineludibilmente implicate per ragioni di efficienza sistemica.

Poco, molto poco, si dirà, al confronto con le premesse. Poco ma praticabile e utile, si può replicare.

Poiché, a voler prendere sul serio le esigenze di razionalizzazione del sistema delle autonomie, sarebbe necessario rimettere mano a quel Titolo V così mal scritto, e certo non solo per definire molto meglio di quanto non sia oggi gli eventuali procedimenti di devoluzione cui si riferisce il terzo comma dell'art. 116, ma soprattutto per rivedere gli elenchi delle materie nel riparto delle competenze, oggi del tutto irrazionali, e anche per rimettere mano all'art. 119, per reintrodurre il riferimento al Mezzogiorno come problema da affrontare con politiche di perequazione, e per rimeditare il meccanismo della compartecipazione al gettito dei tributi erariali.

Ma tutto questo non può che essere rinviato a tempi di riconquistata normalità politico-costituzionale.

Quanto al Mezzogiorno, la legge cost. n. 3 del 2001 soppresse il *nomen*, preferendo la locuzione “territori con minore capacità fiscale”, ma la *res* si rifiutò inesorabilmente di scomparire, poiché è vero che le parole, soprattutto le parole del diritto, hanno una rilevante forza conformativa della realtà, ma non si può pretendere di cancellare con un tratto di penna, sia pure la penna del revisore costituzionale, il dato storico. E il dato storico è la questione meridionale, irrisolta, come le vicende del regionalismo differenziato stanno lì a dimostrare.

Pietro Lambertucci
Nuove frontiere della disabilità:
soggetti protetti e accomodamenti ragionevoli

Sommario: **1.** Piano dell'indagine. **2.** La definizione di disabilità: dalle tipizzazioni legali della legge n. 68 del 1999 alla valutazione bio-psico-sociale del diritto internazionale e comunitario. **3.** I c.d. accomodamenti ragionevoli nei percorsi interpretativi della giurisprudenza: il bilanciamento con le esigenze dell'impresa. **4.** (*Segue*): i rimedi per garantirne l'effettività. **5.** Rilievi conclusivi.

I. *Piano dell'indagine*

Il tema della protezione delle persone disabili, da sempre indagato in una prospettiva multidisciplinare, nell'assetto giuslavoristico ha presentato spesso delle criticità, nonostante gli indubbi sforzi realizzati dal legislatore con l'introduzione del "collocamento mirato" (l. 12 marzo 1999 n. 68, art. 2)¹. Il tema oggi si trova ad un crocevia segnato, da un lato, dal robusto intervento delle fonti internazionali e comunitarie in materia di divieti di discriminazione, con il significativo apporto della stessa giurisprudenza comunitaria e, dall'altro, e sulla spinta delle fonti sovranazionali, dal tentativo di ridisegnarne gli stessi criteri identificativi, verso una valutazione "multi-

¹ Per un bilancio v. GRIFFO, *La l. n. 68 un bilancio dopo vent'anni*, in BRUZZONE, *Salute e persona: nella formazione, nel lavoro e nel welfare*, ADAPT Labour Studies e-Book series, 68, 2017, p. 19 ss.; cfr. anche GAROFALO D., *La tutela del lavoratore disabile nel prisma degli accomodamenti ragionevoli*, in *ADL*, 2019, I, p. 1211 ss.; nonché DE FALCO, *Ragionando attorno alla legge delega in materia di disabilità: una prospettiva giuslavoristica*, in *RCP*, 2022, III, p.1738 ss. e p. 1746 ss. e GIOVANNONE, *Il collocamento dei disabili nel mercato del lavoro post-emergenziale: criticità e prospettive*, in *Federalismi.it*, 2021, n. 10, p. 100 ss.

dimensionale” fondata, sulla scorta della legge delega 22 dicembre 2021 n. 227, su un approccio “bio-psico-sociale” (d.lgs. 3 maggio 2024 n. 62).

In tale contesto un ruolo centrale assume l’obbligo, introdotto dalla legge (d.lgs. 9 luglio 2003 n. 216, art. 3, co. 3-*bis*) e posto anche in capo ai datori di lavoro pubblici e privati, di predisporre i c.d. accomodamenti ragionevoli, sui quali si confronta (e si dibatte) quotidianamente la giurisprudenza, tra istanze di tutela dei disabili e di soggetti comunque inidonei allo svolgimento dell’attività lavorativa (con riguardo, soprattutto, al profilo del licenziamento) ed assetti organizzativi dell’impresa.

Su questo snodo cruciale si innesta anche il profilo di garantire l’effettività dell’“adempimento datoriale”, affinché la tutela del disabile non si esaurisca – analogamente a quanto accaduto con l’esperienza applicativa della previgente legge 2 aprile 1968 n. 482 – in un mero ristoro economico, con un’evidente alterazione del filo conduttore dei più recenti interventi normativi, volti ad incentivare un utile inserimento del disabile nel contesto produttivo.

A tal riguardo, infatti, l’obbligo in parola trova una sponda già nel momento del collocamento, nel perimetro dei soggetti disabili individuati dalla legge n. 68/1999, con una serie di adempimenti a carico dei servizi pubblici per l’impiego in “collaborazione” con i datori di lavoro, al fine di favorire il collocamento mirato “personalizzato”², diretto, a tale stregua, ad assottigliare i margini del rifiuto datoriale di assumere il disabile³.

In tale ambito si inseriscono anche le più recenti disposizioni contenute nell’art. 1 del d.lgs. 14 settembre 2015 n. 151, con riferimento, in particolare, all’analisi dei posti di lavoro da assegnare alle persone con disabilità e alla predisposizione degli accomodamenti ragionevoli (art. 1, co. 1, lett. d), nonché con l’istituzione di un responsabile dell’inserimento lavorativo (dei disabili) nei luoghi di lavoro (il c.d. *disability manager*) (art. 1, co. 1, lett. e). Quest’ultimo ha il compito di interfacciarsi con i servizi del collocamento mirato, laddove il datore di lavoro intenda procedere all’assunzione dei disabili ovvero all’individuazione delle condizioni di lavoro per quelli occupati in azienda⁴.

² V. FERRARA, *L’avviamento al lavoro dei disabili: verso il collocamento mirato “personalizzato” e la soluzione ragionevole “a responsabilità condivisa”?*, in *VTDL*, 2020, p. 923 ss.

³ Per una rassegna degli orientamenti giurisprudenziali cfr. FERRARESI, *La recente giurisprudenza sul collocamento delle persone disabili: assestamenti del “diritto diseguale”*, in *ADL*, 2012, II, p. 309 ss.

⁴ Come conclude GAROFALO D., *La tutela del lavoratore*, cit., p. 1219, il *disability manager* si

Su questo punto, pertanto, si cerca di realizzare un connubio con il diritto sovranazionale, proprio attraverso l'obbligo di individuare gli accomodamenti ragionevoli, secondo le linee guida in materia di collocamento mirato, emanate a valle delle accennate modifiche recate dal *Jobs Act* del 2015⁵.

2. *La definizione di disabilità: dalle tipizzazioni legali della legge n. 68 del 1999 alla valutazione bio-psico-sociale del diritto internazionale e comunitario*

Come è noto nel diritto interno ci troviamo dinanzi a diversificate nozioni di invalidità, inabilità e disabilità, in ragione dei vari contesti normativi di riferimento e, per lo stretto legame che viene ad instaurarsi con il collocamento mirato, la legge n. 68/1999 ha individuato specifiche “categorie” di disabili, – con determinate soglie di invalidità – oggetto di un accertamento medico delle condizioni di disabilità (art. 1, co. 1).

Ora questo assetto normativo è in evoluzione, già con le modifiche prefigurate dall'art. 1, co. 1, lett. c del d.lgs. n. 151/2015, in materia di revisione delle procedure di accertamento delle condizioni di disabilità, verso modalità di valutazione bio-psico-sociale della disabilità, con la centralità riconosciuta all'interazione persona-ambiente⁶, sulla spinta della disciplina recata dal diritto internazionale.

Infatti, la Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti delle persone con disabilità del 2006, sulla scorta della lett. e) del Preambolo, nell'art. 1, co. 2, individua le persone con disabilità in “coloro che presentano durature menomazioni fisiche, mentali, intellettive o sensoriali che in interazione con barriere di diversa natura possono ostacolare la loro piena ed effettiva partecipazione nella società su base di eguaglianza con gli altri”⁷.

colloca “tra i c.d. facilitatori, in grado di aiutare datore e dipendenti disabili a ricercare un punto di incontro nella gestione del rapporto.”; v. *infra* par. 5.

⁵ V. d.m. 11 marzo 2022 n. 43 e, in particolare, par. 7.

⁶ V. par. 6 del d.m. n. 43/2022.

⁷ Cfr., per tutti, DESSI, *Riflessioni sulla Convenzione OIL in tema di reinserimento professionale e di occupazione delle persone disabili*, in FERRANTE (a cura di), *A tutela della prosperità di tutti: l'Italia e l'Organizzazione internazionale del lavoro a un secolo dalla sua istituzione*, Giuffrè, Francis Lefebvre, 2020, p. 201 ss. la quale puntualizza che la Convenzione ONU “fa leva sulla relazione che si instaura tra la salute dell'individuo e l'ambiente esterno” (p. 206); per una panoramica sul diritto internazionale, v., per tutti, NUNIN, *Disabilità, lavoro e principi di tutela nell'ordinamento internazionale*, in *VTDL*, 2020, p. 879 ss.; DI GREGORIO, *Il principio di non discriminazione nella tutela dei*

La dimensione “sociale” assegnata alla disabilità⁸ si coniuga con un ricco spettro di interventi in favore della persona del disabile, al fine di realizzare una sua effettiva inclusione all’interno della comunità sociale e politica⁹. Per quanto poi attiene all’attività lavorativa e alla tutela dell’occupazione, nell’art. 27 della Convenzione si individua, in termini ampi, il perimetro sul quale intervenire per la promozione dell’eguaglianza con gli altri lavoratori: dall’orientamento alla riabilitazione professionale, all’inserimento lavorativo, alle condizioni di lavoro, ai divieti di discriminazione, alla predisposizione degli “accomodamenti ragionevoli nei luoghi di lavoro” (lett. i).

La nozione di disabilità, accolta dalla Convenzione, serve anche per interpretare la stessa nozione di *handicap*, non definita dalla direttiva comunitaria 2000/78 CE del 27 novembre 2000, come ha puntualizzato la Corte di giustizia¹⁰. Quest’ultima, con costante orientamento, nel disegnare i “confini” del diritto antidiscriminatorio, ha puntualizzato che la nozione di *handicap*, alla luce della predetta Convenzione, deve riferirsi ad una limitazione, risultante in particolare da menomazioni fisiche, mentali, psichiche, che, in interazione con barriere di diversa natura, può ostacolare la piena ed effettiva partecipazione dell’interessato alla vita professionale su base di uguaglianza con gli altri lavoratori¹¹. Nella condizione di *handicap* può essere ricompresa,

diritti delle persone con disabilità, in RCD, 2019, p. 549 ss.; LOY, *La disabilità nelle fonti internazionali*, in LA MACCHIA, *Disabilità e lavoro*, Futura, 2009, p. 33 ss.

⁸ V., per tutti, BARBERA, *Le discriminazioni basate sulla disabilità*, in BARBERA (a cura di), *Il nuovo diritto antidiscriminatorio*, Giuffrè, 2007, p. 77 ss. e p. 84 e, per una ricostruzione dei significati dell’eguaglianza nei rapporti con i divieti di discriminazione, da ultimo, BARBERA, GUARISO, *La tutela antidiscriminatoria. Fonti, strumenti, interpreti*, Giappichelli, 2019, p. 5 ss.

⁹ Cfr., sul punto, SPINELLI, *La nuova disciplina dell’inserimento al lavoro delle persone disabili (d.lgs. n. 151/2015) nel quadro della normativa internazionale e dell’Unione europea*, in GHERA e GAROFALO D. (a cura di), *Semplificazioni sanzioni ispezioni nel Jobs Act 2*, Cacucci, 2016, pp. 11-13.

¹⁰ V. C. Giust. 4 luglio 2013, causa C-312/11.

¹¹ V. da ultimo, C. Giust. 10 febbraio 2022, *HR Rall*, causa C-485/20, in LG, 2022, p. 801, con nota di COSIO, *I ragionevoli accomodamenti nel dialogo delle alte Corti* e in DPL, 2022, p. 737, con nota di SERVIDIO, *Idoneità alle mansioni e ricollocazione del lavoratore disabile*. Per un efficace riepilogo dei percorsi interpretativi della giurisprudenza comunitaria v. CHIAROMONTE, *L’inclusione sociale dei lavoratori disabili fra diritto dell’Unione europea e orientamenti della Corte di giustizia*, in VTDL, 2020, p. 897 ss.; BUOSO, *L’inclusione sociale dei disabili alla luce del diritto dell’Unione europea*, in questa rivista, 2019, p. 85 ss.; SARDARO, *Le discriminazioni per disabilità nella giurisprudenza della Corte di Giustizia*, in LG, 2017, p. 1139 ss.; PASTORE, *Disabilità e lavoro: prospettive recenti della Corte di giustizia dell’Unione europea*, in RDSS, 2016, p. 199 ss.; cfr. anche SPENA, *Tutela antidiscriminatoria del lavoratore disabile nel diritto dell’Unione europea e implicazioni nel licenziamento per idoneità sopravvenuta alle mansioni nei Quaderni di questa rivista*, 2018, n. 5, p. 35 ss.

pertanto, una condizione patologica, causata da una malattia, diagnosticata come curabile o incurabile, laddove la malattia comporti una tale limitazione e quest'ultima risulti di lunga durata¹².

Ma c'è di più. La giurisprudenza comunitaria apre un ulteriore scenario, laddove il divieto di discriminazione diretta, previsto dalla dir. 2000/78/CE, non è limitato alle sole persone disabili, ma si estende anche al caso di trattamento meno favorevole assicurato ad un lavoratore a motivo della disabilità del figlio¹³; in tal modo la tutela si estende anche ai *caregivers*¹⁴.

La giurisprudenza interna della Corte di legittimità si è adeguata al nuovo perimetro della nozione di disabilità¹⁵ e, in tale nuovo ambito, si dibatte in ordine agli accomodamenti ragionevoli da assicurare ai disabili¹⁶.

Sotto un primo profilo una ricaduta significativa della definizione di disabilità contenuta nella Convenzione ONU è ora presente, sulla scorta della legge delega n. 227/2021, nel d.lgs. n. 62/2024, il quale ridefinisce la "condizione di disabilità" coerente con la predetta Convenzione. A tale stre-

¹² V., in tal senso, C. Giust. 11 aprile 2013, cause C-335/11 e C-337/11, *HK Danmark*.

¹³ V. C. Giust. 17 luglio 2008, causa C-302/06, *Coleman*, in *RCD*, 2008, p. 1168, con nota di CALAFÀ, *Disabilità discriminazione e molestia "associata": il caso Coleman e l'estensione elastica del campo di applicazione soggettivo della direttiva 2000/78*.

¹⁴ V., per dei riscontri applicativi, si vedano la priorità nella trasformazione del rapporto di lavoro (da tempo pieno a tempo parziale), di cui all'art. 8, co. 4, d.lgs. 15 giugno 2015 n. 81 per i prestatori di assistenza, che, in alcuni casi, la contrattazione collettiva ha declinato come vero è proprio diritto per i *caregivers* di soggetti portatori di *handicap* (v. la contrattazione per le imprese creditizie), nonché la previsione di permessi o di incentivazione del lavoro agile (v. gli accordi sindacali aziendali del 2022 e 2023, per la IBM, la Banca Nazionale del lavoro e la società *Sky*). Sotto altro versante gli orientamenti giurisprudenziali hanno ritenuto prevalente il diritto del prestatore di assistenza in ordine al potere datoriale di trasferimento, con il diritto del primo di poter scegliere, ove possibile, la sede di lavoro più vicina al proprio domicilio *ex art.* 33, co. 5, l. 5 febbraio 1992 n. 104 (cfr. Cass. 20 luglio 2023 n. 21627, in *NGL*, 2023, p. 565). In dottrina, per una rivisitazione della questione, in una prospettiva di rafforzamento delle tutele dei *caregivers*, al di là delle indicazioni emergenti dalla dir. 2000/78/CE, v. TURRIN, *L'accesso "preferenziale" al lavoro agile tra disabilità e condizione di fragilità: analogie e differenze*, in *EQUAL*, 2024, p. 180 ss. e p. 194 ss.; BONARDI, *Il diritto di assistere. L'implementazione nazionale delle previsioni a favore dei caregivers della direttiva 2019/1158 in materia di conciliazione* nei Quaderni di questa rivista, 2023, n. 14, p. 103 ss.; BONO, *Un virus che discrimina: la tutela dei lavoratori fragili e dei prestatori di assistenza ai tempi del COVID*, in *RGL*, 2021, I, p. 429 ss. e p. 442 ss.

¹⁵ V., per tutte, Cass. 21 maggio 2019 n. 13649, in *GI*, 2019, p. 2470, con nota di PASQUARELLA, *Licenziamento per sopravvenuta inidoneità fisica del lavoratore e tutela multilivello dei disabili*; da ultimo Cass. 31 marzo 2023 n. 9095, in *GI*, 2023, p. 2143, con nota di FILI, *Superamento del comporta per malattia e rischio di discriminazione indiretta per disabilità*.

¹⁶ V. *infra* par. 3.

gua la persona con disabilità è chi presenta durature compromissioni fisiche, mentali, intellettive o sensoriali, le quali, in interazione con barriere di diversa natura, possono ostacolare la piena ed effettiva partecipazione nei diversi contesti di vita su base di uguaglianza con gli altri, accertate all'esito della valutazione di base (d.lgs. n. 62/2024, art. 3).

L'accertamento della disabilità viene a strutturarsi, innanzitutto, in un procedimento unitario di valutazione di base, volto al riconoscimento della condizione di disabilità (art. 2, co. 1, lett. l), il quale apre la strada alla tutela dell'accomodamento ragionevole (art. 5), che deve risultare necessario, adeguato, pertinente e appropriato rispetto all'entità della tutela da accordare e alle condizioni di contesto nel caso concreto, nonché compatibile con le risorse effettivamente disponibili allo scopo (art. 17).

Si transita, poi, nella successiva valutazione "multidimensionale", procedimento volto a delineare con la persona disabile il suo profilo di funzionamento all'interno dei suoi contesti di vita (art. 2, co. 1, lett. m), finalizzata a definire il progetto di vita individuale, personalizzato e partecipato, diretto a favorire l'inclusione sociale (art. 2, co. 1, lett. n e art. 18).

L'intervento legislativo del 2024, che sembra superare le criticità emerse dalla legge delega e prontamente segnalate dagli interpreti¹⁷, è atteso alla prova dei fatti, con riferimento all'articolazione del contenuto del progetto di vita (l'art. 26 menziona il *budget* del progetto e gli accomodamenti ragionevoli, i quali garantiscano il godimento dei diritti e libertà fondamentali), nonché alle risorse reperibili (art. 28). Ai nostri fini deve essere soltanto rilevato il notevole passo avanti compiuto in merito alla nuova valutazione della disabilità, che amplia i destinatari degli accomodamenti ragionevoli.

Sotto un secondo profilo la ricaduta della giurisprudenza comunitaria sui divieti di discriminazione per disabilità appare particolarmente rilevante in relazione alle malattie c.d. croniche¹⁸.

¹⁷ Per rilievi a tale "sistema duale" (valutazione medico legale e valutazione multidimensionale) v. BONARDI, *Luci ed ombre della nuova legge delega sulla disabilità*, in *Italian Equality network*, 2022, pp. 1-3; cfr. anche DE FALCO, *Ragionando attorno alla legge delega*, cit., p. 1744; per un primo commento al d.lgs. n. 62/2024 v. CARCHIO, *Rischi e tutele nel reinserimento lavorativo delle persone con malattie croniche: prime riflessioni alla luce del d.lgs. n. 62/2024*, in *DSL*, 2024, p. 162 ss., p. 179 ss.

¹⁸ V. DAGNINO, *La tutela del lavoratore malato cronico tra diritto vivente e (mancate) risposte di sistema*, in *DRI*, 2023, p. 336 ss.; VARVA, *Malattie croniche e lavoro tra normativa e prassi*, in *RIDL*, 2018, I, p. 109 ss.; FERNANDEZ MARTINEZ, *L'evoluzione del concetto giuridico di disabilità: verso un'inclusione delle malattie croniche?*, in *DRI*, 2017, p. 74 ss.; TIRABOSCHI, *Le nuove frontiere dei sistemi di welfare: occupabilità, lavoro e tutele delle persone con malattie croniche*, in *DRI*, 2015, p. 681 ss. CARCHIO,

Come è noto non abbiamo una definizione, giuridicamente rilevante, di malattia cronica; tuttavia possiamo contare su alcuni interventi specifici del legislatore, in ordine all'incentivazione delle forme di impiego flessibile e, più recentemente, a seguito della regolamentazione emergenziale emanata sulla spinta dell'epidemia pandemica.

Sotto il primo versante l'art. 8, co. 3, d.lgs. n. 81/2015 attribuisce ai lavoratori, del settore pubblico e privato, affetti da patologie oncologiche nonché da gravi patologie cronico-degenerative ingravescenti, per i quali residui una ridotta capacità lavorativa, eventualmente anche a causa degli effetti invalidanti di terapie salvavita, accertata da una commissione medica istituita presso l'unità sanitaria locale territorialmente competente, il diritto alla trasformazione del rapporto di lavoro da tempo pieno a tempo parziale (e successivo ritorno al tempo pieno). È chiara l'intenzione del legislatore, nonostante il campo di applicazione circoscritto a quelle patologie croniche gravi e comunque contrassegnate da un progressivo peggioramento¹⁹: alleggerire il "peso" della prestazione lavorativa consentendo al lavoratore di accedere alla riduzione ed articolazione dell'orario di lavoro offerta dal rapporto di lavoro a tempo parziale.

Sotto il secondo versante l'impatto dell'emergenza epidemiologica da Covid-19 ha indotto il legislatore, al fine di contenerne la diffusione, a favorire lo svolgimento della prestazione lavorativa con modalità agile, per i lavoratori affetti da patologie croniche con scarso compenso clinico e con particolare connotazione di gravità (d.l. 24 dicembre 2022 n. 221, art. 17, co 2), patologie poi individuate analiticamente nell'art. 2 del d.m. 4 febbraio 2022 del Ministero della salute. Si tratta, in questo caso, di una legislazione emergenziale e a termine, ma che comunque ha fatto emergere, da un lato, la figura del lavoratore c.d. fragile²⁰ e, dall'altro lato, l'indiscutibile funzione

Rischi e tutele, cit., p. 162 ss.; per una ricerca sul campo cfr. AA.VV., *Fibromialgia e lavoro: quali "accomodamenti ragionevoli"?*, Edizioni Lavoro, 2021.

¹⁹ Cfr. sul punto, VARVA, *cit.*, p. 132.

²⁰ Per un riepilogo VERZULLI, *Disabilità, malattia cronica, fragilità: il lavoro agile come accomodamento ragionevole*, in *DSL*, 2024, n. 1, p. 1 ss.; TURRIN, *cit.*, p. 1 ss.; PASCUCCI, *L'emersione della fragilità nei meandri della normativa pandemica: nuove sfide per il sistema di prevenzione?*, in *RDSS*, 2023, p. 691 ss.; BROLLO, *Lavoro agile per i lavoratori fragili: lezioni dalla pandemia*, in *ADL*, 2022, I, p. 405 ss.; CARACCILO, *Patologie croniche e lavoratori fragili*, in BROLLO, DEL CONTE, MARTONE, SPINELLI, TIRABOSCHI (a cura di), *Lavoro agile e smart working nella società post pandemica. Profili giuslavoristici e di relazioni industriali*, Adapt University Press, 2022, p. 127 ss., il quale evidenzia l'intenzione del legislatore di preservare dal *virus* "i lavoratori maggiormente a rischio per la

– anche sociale – del lavoro agile come idoneo strumento per conciliare, più efficacemente, le condizioni di salute con le esigenze lavorative.

In questo quadro legislativo frammentario la sorte delle malattie croniche e delle patologie che denotano la “fragilità” sul lavoro, secondo un orientamento interpretativo, dovrebbe trovare adeguata tutela (sul piano della disciplina del rapporto di lavoro) mediante l’inserimento della malattia cronica tra le cause di discriminazione vietate dalla dir. 2000/78/CE²¹.

Tale indicazione dovrebbe, viceversa, comportare, un totale ripensamento, sul piano delle tecniche normative, della stessa collocazione delle malattie croniche, la quale, al di là delle soluzioni giurisprudenziali e contrattuali (collettive) e degli episodici e frammentari interventi normativi (di taglio conservativo e difensivo), innesti la problematica all’interno della salute pubblica, in chiave prevenzionistica²², nel riconoscimento della “centralità” del diritto alla salute, declinato dall’art. 32 Cost., in termini onnicomprensivi, verso *tutti* i cittadini²³.

In tale prospettiva si apre uno scenario, di tutela della salute anche a fronte dell’invecchiamento della popolazione²⁴, che richiede un robusto intervento sul *welfare* e politiche pubbliche da pianificare per quanto attiene

presenza di concause sanitarie preesistenti o per una presunzione di fragilità basata sul dato anagrafico” (p. 128); per una ricognizione, ad ampio raggio, delle diverse categorie dei lavoratori con fragilità psico-sociale v. MAZZANTI, *Le fragilità tra poliedricità e multifattorialità*, in FILI (a cura di), *Quale sostenibilità per la longevità. Ragionando degli effetti dell’invecchiamento della popolazione sulla società, sul mercato del lavoro e sul welfare*, ADAPT Labour studies e-Book series n. 95, 2022, p. 16 ss. Come ci ricorda PERULLI, *Il diritto del lavoro: un mondo di valori*, in RDSS, 2023, p. 677 ss. e p. 685 dopo l’emergenza sanitaria occorre sviluppare “modelli organizzativi e gestionali in grado di favorire percorsi di inclusione delle persone in condizioni di fragilità e di assecondare le esigenze di conciliazione dei soggetti che prestano assistenza in loro favore”.

²¹ V., per tale proposta interpretativa, FERNANDEZ MARTINEZ, *cit.*, p. 92 ss. la quale, sul punto, caldeggia l’adozione di una “terza categoria” che si porrebbe “a metà strada tra la disabilità e la malattia in senso stretto: una sorta di disabilità non certificabile ufficialmente perché non rispondente ai parametri prefissati”.

²² V., in tal senso, TIRABOSCHI, *Salute e lavoro: un binomio da ripensare. Questioni giuridiche e profili di relazioni industriali*, in DRI, 2023, p. 229 ss. e p. 260.

²³ Per interessanti spunti in tal senso v. PERSIANI, *Valutazioni politiche e soluzioni legislative del problema della malattia nelle sue connessioni con il lavoro*, in PREMUDA (a cura di), *Lavoro e malattia. Prospettive storiche e attuali*, Cedam, 1979, p. 43 ss. e p. 57 ss.

²⁴ Cfr., per tutti, PASQUILI, *Persone anziane e fragili: verso nuovi modelli di gestione dell’età*, in FILI (a cura di), *Quale sostenibilità*, *cit.*, p. 3 ss.; sui diversi risvolti della tutela dei lavoratori anziani v. i contributi monografici di BOZZAO, *Anzianità, lavori e diritti*, Editoriale Scientifica, 2017 e di PASQUALETTO, *Età di accesso al lavoro tra tutele, differenziazioni e discriminazioni*, Cedam, 2013.

all'occupabilità e al reinserimento lavorativo²⁵. In realtà, già oggi il cambio di “paradigma anche culturale” dovrebbe concentrarsi, come è stato opportunamente puntualizzato, sulla valorizzazione delle capacità delle persone più che sulle loro disabilità²⁶.

Tale indicazione deve riguardare anche il complesso universo dei lavoratori con patologie psichiche, con autismo e con altre forme di neurodiversità, verificandone le caratteristiche patologiche, le potenzialità della persona e il possibile inserimento all'interno del contesto lavorativo, il quale, nei casi specifici, deve coinvolgere anche lo Stato con misure di inclusione lavorativa²⁷.

Comunque, i malati cronici e i soggetti fragili possono trovare tutela, nell'ambito del diritto antidiscriminatorio, se confluiscono nella nuova area della disabilità, sulla scorta dei principi enucleati dalla giurisprudenza comunitaria²⁸: una malattia e condizione patologica, la quale comporti una limitazione, di lunga durata, che sia idonea ad ostacolare la partecipazione del disabile alla vita professionale²⁹.

In ogni caso la contrattazione collettiva cerca di adattare alcuni istituti (scomputo di alcune assenze per malattia, permessi e congedi per sottoporsi a determinati trattamenti, aspettativa non retribuita) ai malati cronici³⁰; comunque il banco di prova è rappresentato dalla inidoneità allo svolgimento della mansione, a seguito della quale, per i disabili, è necessario approntare gli accomodamenti ragionevoli.

²⁵ Per le varie ipotesi in campo, con riguardo ai malati cronici e in una prospettiva comparata, v. TIRABOSCHI, *Le nuove frontiere*, cit., p. 706 ss.

²⁶ V., per tale conclusione, sempre TIRABOSCHI, *Le nuove frontiere*, cit., p. 705.

²⁷ V., per una panoramica, MAZZANTI, cit., p. 26 ss.

²⁸ V., sul punto, BONO, *Un virus che discrimina*, cit., p. 434 ss.; cfr. anche VARVA, cit., p. 128 per il quale i malati cronici possono godere delle tutele solo in via “mediata” “ovvero nei limiti in cui soddisfino le condizioni per essere classificati come disabili”; nonché DAGNINO, *La tutela del lavoratore*, cit., p. 343.

²⁹ V., per tutte, C. Giust. 11 aprile 2013, cause C-335/11 e C-337/11.

³⁰ Per una sintesi degli interventi della contrattazione collettiva v. CANEVE, *Lavoratori con patologie croniche e conservazione del posto di lavoro: le soluzioni presenti nella contrattazione collettiva*, in DRI, 2023, p. 515 ss., TIRABOSCHI, *Le nuove frontiere*, cit., p. 718 ss.

3. *I c.d. accomodamenti ragionevoli nei percorsi interpretativi della giurisprudenza: il bilanciamento con le esigenze dell'impresa*

La dir. 2000/78/CE, se da un lato “non prescrive l’assunzione, la promozione o il mantenimento dell’occupazione, né prevede la formazione di un individuo non competente, non capace o non disponibile ad effettuare le funzioni essenziali del lavoro”, dall’altro stabilisce che occorre tener fermo “l’obbligo di prevedere una soluzione appropriata per i disabili (considerando 17). Per valutare le “misure appropriate”, destinate a sistemare il luogo di lavoro in funzione dell’*handicap*, la direttiva enumera, in via meramente esemplificativa, la sistemazione dei locali e delle attrezzature, i ritmi di lavoro, la ripartizione dei compiti, i mezzi di formazione o di inquadramento (considerando 20). In tale ambito, per verificare se tali misure diano luogo a “oneri finanziari sproporzionati”, occorre tener conto “dei costi finanziari o di altro tipo che esse comportano, delle dimensioni e delle risorse finanziarie dell’organizzazione o dell’impresa e della possibilità di ottenere fondi pubblici o altre sovvenzioni” (considerando 21).

Dal canto suo la Convenzione delle Nazioni Unite del 2006 stabilisce che gli Stati, al fine di promuoverne l’uguaglianza ed eliminare le discriminazioni, sono tenuti ad adottare “tutti i provvedimenti appropriati per garantire che siano forniti accomodamenti ragionevoli” (art. 5), i quali, per garantire il diritto al lavoro delle persone con disabilità, su base di uguaglianza con gli altri, devono riguardare anche i luoghi di lavoro (art. 27, lett. i). Peraltro, la Convenzione non chiarisce cosa deve intendersi per “accomodamento ragionevole” ancorché il Comitato ONU, nei commenti generali, abbia precisato che si tratta di soluzione “su misura” per il singolo individuo, laddove l’aggettivo “ragionevole” deve riferirsi al carattere individualizzato dell’accomodamento³¹.

Su tale tracciato normativo – che viene recepito nel diritto interno ed innervato sul diritto antidiscriminatorio (d.lgs. n. 216/2003, art. 3, co. 3-*bis*) – deve essere collocato l’obbligo di adottare gli accomodamenti ragionevoli, che trasversalmente si impone allo Stato, nonché ai datori di lavoro pubblici

³¹ Secondo quanto chiarito da FERRI, *L’accomodamento ragionevole per le persone con disabilità in Europa: da Transatlantic borrowing alla Cross - Fertilization*, in DPCE, 2017, n. 2, p. 381 ss. e p. 390 ss. la quale ulteriormente precisa che “tale accomodamento deve essere appropriato, efficace per rimuovere la specifica situazione di svantaggio che quella persona con disabilità si trova ad incontrare in un dato momento” (p. 391).

e privati, con la preliminare avvertenza che i primi – nella declinazione ampia offerta dalle fonti comunitarie – assumono carattere esemplificativo³². Comunque, gli accomodamenti ragionevoli attengono non solo alla sistemazione e all’adattamento del posto di lavoro con l’acquisizione di strumenti tecnici di assistenza, ma anche a misure di carattere organizzativo e gestionale (in capo al datore di lavoro), volte, ad esempio, alla redistribuzione dei tempi di lavoro, nonché delle mansioni, se ciò risulta necessario per favorire l’inserimento del disabile nel processo produttivo.

Pertanto, in giurisprudenza si discute se alcune misure possono essere valutate come accomodamenti ragionevoli: ad esempio l’estensione del periodo di comportamento in caso di malattia e benefici agevolativi (aspettativa, congedi o permessi, ecc.), ovvero lo scomputo, dal periodo di comportamento, delle assenze riconducibili alla patologia invalidante³³, la riduzione dell’orario di

³² Sugli accomodamenti ragionevoli e senza pretesa di completezza v. RICCARDI, *Disabili e lavoro*, Cacucci, 2018, p. 181 ss.; SPINELLI, *La sfida degli “accomodamenti ragionevoli” per i lavoratori disabili dopo il Jobs Act*, in questa rivista, 2017, p. 39 ss. e SPINELLI, *La nuova disciplina*, cit., p. 14 ss.; GIUBBONI, *Il licenziamento per sopravvenuta inidoneità alla mansione dopo la legge Fornero e il Jobs Act*, in *WP C-S.D.L.E. “Massimo D’Antona”*- n. 261/2015, p. 7 ss.; CASALE, *L’idoneità psicofisica del lavoratore pubblico*, Bononia University Press, 2013, p. 38; IZZI, *Eguaglianza e differenze nei rapporti di lavoro*, Jovene, 2005, p. 403; da ultimo DI CARLUCCIO, *Lavoro e salute mentale dentro e fuori l’istituzione*, Editoriale scientifica, 2022, p. 216 ss.

³³ Sulla scorta della giurisprudenza comunitaria, alla cui stregua non è licenziabile il lavoratore che si assenta per malattie imputabili alla disabilità (C. Giust. 18 gennaio 2018, causa C-270/16, *Conejero*, in *D&G*, 2018, con nota di GUAGLIANONE, *Licenziamento per assenteismo e indiretta discriminatorietà per motivi di disabilità. A proposito della sentenza Conejero (C-270/16)*, in *RGL*, 2018, II, p. 271 ss.) si è sviluppata una *querelle* giurisprudenziale in ordine alla legittimità di un medesimo periodo di comportamento o di un’applicazione differenziata per le assenze dovute alla disabilità (v., per l’ampio dibattito in merito, per tutti, GRECO, *il licenziamento per superamento del periodo di comportamento del lavoratore disabile*, in *VTDL*, 2024, 69 ss.; BONO, *Disabilità e licenziamento discriminatorio per superamento del periodo di comportamento*, in *LG*, 2023, p. 25 ss.; DAGNINO, *Comporto, disabilità e disclosure: note a margine di una querelle giurisprudenziale*, in *ADL*, 2023, II, p. 241 ss. e DAGNINO, *Malattie croniche e disciplina antidiscriminatoria*, in *DRI*, 2023, p. 448 ss.; DONINI, *L’applicazione indistinta del comporto e discriminatorietà se la malattia è riconducibile a disabilità*, in *RIDL*, 2023, II, p. 254 ss.; MOLÈ, *Un binomio che discrimina: la morbilità del lavoratore disabile e l’applicazione del periodo di comporto breve. Parola alla contrattazione collettiva*, in *DRI*, 2023, p. 819 ss.; CRISTOFOLINI, *Licenziamento per superamento del periodo di comporto e divieto di licenziamento per disabilità*, in *LG*, 2022, p. 1125 ss.; FRANZA, *Quando l’effettività genera paradossi. Sull’esclusione del periodo di comporto della malattia imputabile a disabilità*, in *LG*, 2022, p. 62 ss. Tale questione è approdata davanti alla Corte di Cassazione, la quale ha recentemente stabilito che l’applicazione dell’ordinario periodo di comporto al lavoratore disabile può configurare un’ipotesi di discriminazione indiretta, laddove il lavoratore disabile è esposto al rischio ulteriore di assenze dovute ad una malattia

lavoro e la trasformazione del rapporto di lavoro (da tempo pieno a tempo parziale), ovvero l'incentivazione del lavoro in modalità agile, mentre altre soluzioni possono essere prefigurate in sede di contrattazione collettiva.

Resta inteso, comunque, come già accennato, che l'accomodamento ragionevole deve necessariamente calarsi sul piano individuale³⁴, con la necessità – per far scattare l'obbligo in capo al datore di lavoro – della preventiva conoscenza, da parte di quest'ultimo, della condizione di disabilità³⁵ e secondo i due parametri individuati dalle fonti sovranazionali: la “non sproporzione” sul piano finanziario e la “ragionevolezza” dell'intervento a beneficio del disabile.

Prima di affrontare questi due nodi, ampiamente discussi tra gli interpreti³⁶, è necessario individuare il perimetro applicativo degli accomodamenti

collegata alla disabilità con la conseguenza di raggiungere i limiti massimi (di comparto) per la conservazione del posto (così Cass. n. 9095/2023).

³⁴ Come puntualizza A. RICCARDI, *cit.*, p. 190 le concrete soluzioni “vanno individuate in dipendenza della specifica situazione del disabile e del contesto produttivo nel quale lo stesso è inserito, funzionalmente alla rimozione delle barriere che dall'interazione tra soggetto e ambiente possano derivare”.

³⁵ Cfr., sul punto, FERRI, *cit.*, p. 397 ss.; *contra*, per il carattere oggettivo della discriminazione che prescinde dalla volontà illecita del datore di lavoro v. Cass. n. 9095/2023. Viceversa, come puntualizzano gli interpreti, per la predisposizione dei possibili accomodamenti ragionevoli, riveste particolare importanza che il datore di lavoro venga a conoscenza della condizione di disabilità del lavoratore (così BONO, *Disabilità e licenziamento discriminatorio*, *cit.*, p. 29; DAGNINO, *Comporto, disabilità e disclosure*, *cit.*, p. 252; GAROFALO D., *La risoluzione del rapporto di lavoro per malattia*, in *DRI*, 2023, p. 357 ss. e p. 383; FILI, *Superamento del comporto*, *cit.*, p. 2150; FRANZA, *cit.*, p. 67). D'altronde, come avverte CAMPANELLA, *Clausole generali e obblighi del prestatore di lavoro*, in *DLRI*, 2017, p. 88 ss. e p. 123 l'osservanza dei principi di correttezza e di buona fede richiede “nel rapporto di lavoro, condotte del prestatore ispirate a rispetto e solidarietà nei confronti del datore”.

³⁶ V., oltre agli Autori citati *retro* alla nota 32, PALLADINI, *Licenziamento, inidoneità sopravvenuta e ragionevole accomodamento*, in *VTDL*, 2024, p. 83 ss.; D'ASCOLA, *Disabilità, ragionevoli accomodamenti e potere di licenziamento: punti fermi e prospettive*, in *Scritti in onore di Oronzo Mazzotta*, Tomo I, Cacucci, 2022, p. 371 ss.; DE FALCO, *Accomodamenti ragionevoli: sovvenzioni nel settore privato. Accessibilità ovunque*, in *RIDL*, 2021, I, p. 429 ss.; DE FALCO, *L'accomodamento per i lavoratori disabili: una proposta per misurare ragionevolezza e proporzionalità attraverso l'INAIL*, in *LDE*, 2021, n. 3, p. 2 ss.; DIAMANTI, *Gli “accomodamenti ragionevoli” nel licenziamento per inidoneità sopravvenuta tra indicazioni di metodo e concrete valutazioni*, in *LDE*, 2021, n. 3, p. 2 ss.; SIMONCINI, *I limiti al licenziamento del lavoratore disabile. Una proposta interpretativa alla luce del diritto antidiscriminatorio*, in *Labor*, 2021, p. 193 ss. e p. 204 ss.; SCHIRALDI, *L'accomodamento ragionevole tra la roccaforte della tutela antidiscriminatoria e gli effetti indesiderati*, in *LG*, 2020, p. 970 ss.; BONARDI, *L'inidoneità sopravvenuta al lavoro e l'obbligo di adottare soluzioni ragionevoli in una innovativa decisione della Cassazione*, in *QG*, 2018, n. 3, p. 101 ss.; GAROFALO D., *La tutela del lavoratore*, *cit.*, p. 1228 ss.; SILVESTRI, *Il li-*

ragionevoli che viene disegnato, sulla scorta della nozione comunitaria di disabilità, relativamente all'insorgenza di menomazioni fisiche, psichiche e mentali durature, le quali vengano ad incidere sulla capacità lavorativa e, tenuto conto dello specifico contesto lavorativo, sulla stessa possibilità di poter continuare a svolgere la prestazione di lavoro. Pertanto, da un lato, si supera la nozione di disabilità disegnata dalla legge n. 68/1999 e, dall'altro, si può apprezzare già la pregnanza degli accomodamenti ragionevoli, i quali devono collocarsi – come si vedrà subito – su un piano ulteriore rispetto al consueto *repêchage*³⁷. Quest'ultimo, come è noto, è stato introdotto in via giurisprudenziale e recepito sostanzialmente dal legislatore, laddove si accerti l'inidoneità del lavoratore allo svolgimento di una mansione specifica, come nel caso omologo, ma non coincidente, normato dall'art. 42 del d.lgs. 9 aprile 2008, n. 81, in materia di sicurezza sul lavoro³⁸, con riferimento all'accertamento, effettuato dal medico competente, dell'inidoneità alla mansione specifica³⁹.

La giurisprudenza della Corte Suprema⁴⁰ originariamente aveva ritenuto che la sopravvenuta infermità permanente del lavoratore impone un *repêchage*, il quale, comunque, non comporta l'alterazione dell'assetto organizzativo insindacabilmente stabilito dall'imprenditore⁴¹, sulla scorta, peraltro, delle indicazioni fornite dalle Sezioni unite della stessa Corte di legittimità⁴². In tale contesto anche l'interpretazione dell'art. 3, co. 3-*bis*, d.lgs. n. 216/2003 trova un "limite" nel mantenimento degli equilibri finanziari dell'impresa,

enziamento del lavoratore disabile: una procedura speciale per una soluzione estrema, in *LG*, 2017, p. 981 ss.

³⁷ Cfr., per tutti, MALZANI, *Inidoneità alla mansione e soluzioni ragionevoli, oltre il repêchage*, in *ADL*, 2020, II, p. 965 ss.

³⁸ Per un commento cfr., per tutti, NOGLER, *Sub art. 42*, in MONTUSCHI (a cura di), *La nuova sicurezza sul lavoro, Vol. I. Principi comuni*, Zanichelli, 2011, p. 472 ss.

³⁹ Distingue correttamente BRESCIANI, *Sussiste l'obbligo datoriale di adottare gli accomodamenti ragionevoli anche in caso di sopravvenuta inidoneità del lavoratore, ma solo se è riconducibile alla nozione di disabilità*, in *MGL*, 2020, p. 1075 ss. e p. 1085 la mera inidoneità alla mansione, che non si tratta – secondo la disciplina sovranazionale – in una disabilità, in quanto conseguente ad una menomazione di breve durata, dalla disabilità per la quale, viceversa, trova applicazione l'obbligo di predisporre gli accomodamenti ragionevoli ai sensi dell'art. 3, co. 3-*bis*, d.lgs. n. 216/2003.

⁴⁰ Per una prima rassegna v. BARBIERI L., *Accomodamenti ragionevoli e politiche d'inclusione organizzativa*, in *DPL*, 2022, p. 1192 ss.

⁴¹ V. Cass. 28 ottobre 2008 n. 25883, in *Mass. GC*, 2008; cfr. anche Cass. 5 dicembre 2017 n. 29250, in *Mass. GC*, 2018; 5 aprile 2018 n. 8419; 3 agosto 2018 n. 20497.

⁴² V. Cass. Sez. Un., 7 agosto 1998, n. 7755, in *RIDL*, 1999, II, p. 270.

nonché nel diritto degli altri lavoratori alla conservazione delle mansioni assegnate⁴³.

La proiezione più avanzata della giurisprudenza, alla cui stregua l'assegnazione del disabile ad attività diverse può essere rifiutata se comporti non meri aggravati organizzativi, ma oneri organizzativi eccessivi⁴⁴, dimostra che in realtà la predisposizione degli accomodamenti ragionevoli viene inevitabilmente ad incidere sull'assetto organizzativo dell'impresa, come è testimoniato, per un verso, dalle ricordate esemplificazioni, contenute nel considerando 20 della dir. 2000/78/CE e, per altro verso, dallo stesso art. 10, co. 4, l. n. 68/1999, relativamente ai “possibili adattamenti dell'organizzazione del lavoro”, nel caso di aggravamento delle condizioni di disabilità, il quale *ante litteram* ha anticipato lo stesso art. 3, co. 3-bis, d.lgs. n. 216/2003 sugli accomodamenti ragionevoli.

Viene, pertanto, inevitabilmente superato – secondo un diffuso orientamento – il dogma dell'intangibilità (e dell'insindacabilità) delle scelte organizzative del datore di lavoro⁴⁵, che può trovare una sponda innanzitutto nel necessario “bilanciamento”, collocato sul versante costituzionale, dell'iniziativa economica privata con i beni della salute, sicurezza, libertà e dignità umana, declinati nel nuovo secondo comma dell'art. 41 della Carta fondamentale⁴⁶.

Peraltro, l'obbligo datoriale costituisce la proiezione del divieto di discriminazione (per motivo di disabilità)⁴⁷, introdotto dal diritto comunitario, al quale specularmente corrisponde il diritto del disabile alla realizzazione degli accomodamenti ragionevoli per l'inserimento lavorativo o il mantenimento dell'occupazione; in ogni caso gli stessi poteri che la legge o il contratto attribuiscono al datore di lavoro vengono limitati dalla necessità di rispettare i diritti fondamentali del lavoratore e, in particolare, quelli garantiti dalla normativa antidiscriminatoria⁴⁸.

⁴³ V. Cass. 26 ottobre 2018 n. 27243, in *RIDL*, 2019, II, p. 146; cfr. anche Cass. 28 ottobre 2019 n. 27502, in *Mass. GC*, 2019, nonché Cass. 16 luglio 2019 n. 19025.

⁴⁴ V. Cass. 7 marzo 2019 n. 6678, in *Mass. GC*, 2019; cfr. anche AIMO, *Inidoneità sopravvenuta alla mansione e licenziamento: l'obbligo di accomodamenti ragionevoli preso sul serio dalla Cassazione*, in *RIDL*, 2019, II, p. 161 ss.

⁴⁵ Cfr., per tutti, GAROFALO D., *La tutela del lavoratore*, cit., p. 1229.

⁴⁶ Sul punto, da ultimo, D'ASCOLA, *cit.*, p. 395, il quale sottolinea come il principio di adozione obbligatoria dei ragionevoli accomodamenti, assistito dal nuovo fondamento costituzionale, si configura come “un vincolo di rango primario a presidio della persona”.

⁴⁷ V., in tal senso, anche GAROFALO D., *La tutela del lavoratore*, cit., p. 1229.

⁴⁸ V., sul punto, PERULLI, *Il controllo giudiziale dei poteri dell'imprenditore tra evoluzione legislativa e diritto vivente*, in *RIDL*, 2015, I, p. 83 ss. e p. 88 ss.

A questo punto il problema si sposta sul piano dei limiti che possono essere posti all'obbligo datoriale, con riferimento, in primo luogo, agli oneri finanziari che non devono essere "sproporzionati" alla luce delle indicazioni emergenti dal considerando 21 della dir. 2000/78/CE. Si tratta di parametri per la valutazione della "proporzionalità" che attengono, sul piano soggettivo, alla "sostenibilità economica" per l'impresa⁴⁹, con riguardo alle dimensioni e caratteristiche dell'impresa⁵⁰, ma il bilanciamento con lo "stato di salute" del datore, secondo i diversi risvolti declinati dagli interpreti⁵¹, deve essere apprezzato in modo rigoroso, per non scivolare, per un verso, in un'indiscriminata sottrazione all'obbligo datoriale di predisporre gli accomodamenti ragionevoli e, per altro verso, in un'eccessiva dilatazione della discrezionalità giudiziale.

In altri termini, risulta assorbente il versante delle "misure compensative", di carattere finanziario, il quale sicuramente presuppone, da un lato, una robusta politica degli Stati nazionali volta a coprire i costi finanziari sopportati dal datore di lavoro per favorire l'inserimento (o il mantenimento dell'occupazione) del disabile⁵², ma che implica, dall'altro lato, un onere di diligenza, in capo al primo, in merito alla conoscenza delle stesse "misure compensative".

Un ruolo, in tal senso, è svolto, nel nostro ordinamento, dall'INAIL, laddove l'art. 1, co. 166, l. 23 dicembre 2014 n. 190 ha attribuito all'Istituto le competenze in materia di reinserimento e di integrazione lavorativa delle persone con disabilità da lavoro, da realizzare con progetti personalizzati mirati alla conservazione del posto di lavoro, nonché con interventi di adeguamento e di adattamento delle postazioni di lavoro, anche a carico del bilancio del medesimo.

In fase applicativa è stato emanato dall'INAIL un regolamento per il reinserimento e l'integrazione delle persone con disabilità da lavoro⁵³ e una successiva circolare ha disegnato i soggetti destinatari (lavoratori con disabilità da lavoro, nonché infortunati e tecnopatici comunque bisognosi di interventi

⁴⁹ V., per le esemplificazioni, GAROFALO D., *La tutela del lavoratore*, cit., p. 1230 ss.; cfr. D'ASCOLA, cit., p. 389 e SIMONCINI, cit., p. 206.

⁵⁰ V., sul punto, in giurisprudenza, Cass. 10 luglio 2019 n. 18556 e Cass. 19 dicembre 2019 n. 34132, in *D&G*, 2020.

⁵¹ V. gli AA. citati *retro* alla nota 49.

⁵² Cfr., sul punto, GAROFALO D., *La tutela del lavoratore*, cit., p. 1231.

⁵³ V. INAIL determinazione presidenziale 11 luglio 2016 n. 258.

personalizzati di sostegno al reinserimento lavorativo⁵⁴ e datori di lavoro abilitati), le tipologie degli interventi (che devono inserirsi in un più generale progetto di reinserimento lavorativo elaborato e personalizzato dall'*équipe* multidisciplinare di I livello dell'INAIL, tenuto conto della valutazione del profilo psicofisico, funzionale e lavorativo della persona), i limiti massimi di spesa rimborsabili dall'Istituto⁵⁵.

Tale articolato percorso, che implica comunque un giudizio di inidoneità alla mansione del medico competente o del servizio di prevenzione della Asl, costituisce un'indiscutibile misura "compensativa" per valutare la non "sproporzionalità" degli accomodamenti ragionevoli⁵⁶.

La più recente giurisprudenza di legittimità⁵⁷, nel ribadire che l'obbligo datoriale impone a quest'ultimo "uno sforzo diligente ed esigibile" per individuare una soluzione organizzativa appropriata, ha affinato il suo *iter* argomentativo con riferimento al parametro della ragionevolezza, il quale richiede, secondo la Corte, un bilanciato temperamento di tutti gli interessi in gioco.

In via preliminare, nella materia non è necessaria un'indagine, svolta coraggiosamente da un'attenta dottrina, in merito alla possibilità di sottoporre comunque l'esercizio dei poteri datoriali ad un controllo di proporzionalità e di ragionevolezza sulle tracce del diritto positivo⁵⁸, in quanto qui il controllo (giudiziale) è testualmente richiesto dalle fonti legislative (comunitarie ed interne)⁵⁹.

In ogni caso il giudizio di "ragionevolezza"⁶⁰ non sembra riferirsi alla posizione del datore di lavoro, laddove, in prima battuta e salvo una precisazione – di cui si dirà dopo – circa l'utile inserimento lavorativo del disabile, il primo è più congruamente tutelato dal richiamo alla "proporzionalità dei

⁵⁴ V. INAIL circolare 30 dicembre 2016 n. 51.

⁵⁵ V., per successivi interventi dell'INAIL, la circolare 25 luglio 2017 n. 30; per una semplificazione dell'*iter* procedurale v. delibera INAIL 11 dicembre 2018 n. 21, nonché circolare 26 febbraio 2019 n. 6; per un efficace riepilogo v. GIOVANNONE, in *ail E.PAR*, in *Form. Azione agile Privilegiata Attiva Responsabile*.

⁵⁶ V. sul punto, DE FALCO, *L'accomodamento per i lavoratori*, cit., p. 19.

⁵⁷ V. Cass. 9 marzo 2021 n. 6497, in *RIDL*, 2021, II, p. 613, con nota di ALESSI, *Disabilità, accomodamenti ragionevoli e oneri probatori*.

⁵⁸ V. l'attenta indagine di PERULLI, *Il controllo giudiziale*, cit., p. 83 ss.

⁵⁹ V. per tale conclusione, anche Cass. n. 6497/2021.

⁶⁰ Sui diversi risvolti del criterio della ragionevolezza cfr., in generale e per tutti, PATTI, *Ragionevolezza e clausole generali*, Giuffrè, 2013.

costi”⁶¹, in quanto una sproporzione su quest’ultimo versante rende automaticamente “non ragionevole” la misura predisposta a beneficio del disabile⁶².

Peraltro, anche in presenza di un costo sostenibile, l’*iter* argomentativo della Corte colloca il giudizio di ragionevolezza anche sul piano del bilanciamento con gli interessi degli altri lavoratori⁶³, secondo anche un’opinione diffusa tra gli interpreti⁶⁴. In tal modo, per un verso, si consolida, sul punto, l’orientamento della giurisprudenza di legittimità, la quale ricavava il “limite” alla predisposizione degli accomodamenti ragionevoli nel diritto degli altri lavoratori al mantenimento delle mansioni assegnate⁶⁵ e, per altro verso, con la decisione del 2021, si introducono, nel perimetro del bilanciamento, non solo le situazioni soggettive (degli altri lavoratori), che assumono la consistenza di diritti soggettivi, ma anche gli interessi dei medesimi.

Tuttavia, a ben guardare, occorre considerare la “valenza” delle posizioni coinvolte (degli altri lavoratori) e, su tale versante, per lo più viene in rilievo il fisiologico sviluppo dello *ius variandi* del datore di lavoro, che, alla luce della riscrittura dell’art. 2103 cod. civ. ad opera del *Jobs Act*, può muoversi, nel caso di mobilità laterale, all’interno di tutte le mansioni riconducibili allo stesso livello di inquadramento, nel quale può ora legittimamente diluirsi la stessa tutela della professionalità del lavoratore, veicolata dalle parti sociali attraverso la contrattazione collettiva⁶⁶. In altri termini, nel nuovo dettato normativo, la redistribuzione delle mansioni, necessaria per poter ottemperare alle soluzioni organizzative destinate al soggetto disabile, non trova ostacoli nel mantenimento della professionalità acquisita dai dipendenti non disabili.

Ma c’è di più; anche laddove venga prefigurata, attraverso la contrattazione collettiva, la tutela della professionalità del lavoratore⁶⁷, in ogni caso,

⁶¹ V., per tale rilievo anche TARQUINI, *Oltre un intangibile confine: principio paritario, ragionevoli accomodamenti e organizzazione dell’impresa*, Nota a Cass. 6497/2021, in QG, 2021.

⁶² Come aggiunge anche D’ASCOLA, cit., p. 390 “l’appiglio (anche economico) della sproporzione può aiutare a dare un contenuto al giudizio di ragionevolezza del caso concreto”.

⁶³ V. Cass. n. 6497/2021.

⁶⁴ V. in tal senso, TARQUINI, *Oltre un intangibile*, cit.; D’ASCOLA, cit., p. 390 conclude nel senso della violazione del criterio della ragionevolezza nel caso in cui si sacrifichi “in misura intollerabile i diritti degli altri lavoratori”.

⁶⁵ Per i riferimenti v. *retro* nota 43.

⁶⁶ Cfr., da ultimo, GRAMANO, *Jus variandi: fondamento, disciplina e tutela collettiva della professionalità*, Franco Angeli, 2022, p. 99 e p. 113, p. 126 ss. e p. 230.

⁶⁷ Per le prime esperienze contrattuali dopo le modifiche del *Jobs Act* v. sempre GRAMANO, cit., p. 212 ss.

sul piano della gerarchia delle fonti, la consistenza di un vero e proprio diritto deriverebbe pur sempre da una fonte contrattuale, in posizione subordinata rispetto alla valenza costituzionale del diritto alla salute, sul quale si poggiano gli accomodamenti ragionevoli per i lavoratori disabili⁶⁸.

In ultima analisi il predetto “bilanciamento”, per utilizzare le parole della Suprema Corte, deve collocarsi sul piano della “proporzionalità” dell’onere a carico del datore, il quale, peraltro, come registra la stessa direttiva comunitaria, non è tenuto a mantenere l’occupazione di un disabile che non sia in grado di svolgere le funzioni essenziali del lavoro (*ex* considerando 17 della dir. 2000/78/CE) e, pertanto, non riesca a garantirgli “una prestazione utile per l’impresa”⁶⁹.

Solo sotto quest’ultimo versante può apprezzarsi il criterio della “ragionevolezza” dell’accomodamento, il quale, sul caso concreto, consenta, per un verso, al disabile di rimuovere “la specifica situazione di svantaggio”⁷⁰ e, per altro verso, al datore di lavoro, di poter ancora contare sull’apporto lavorativo di quest’ultimo.

Tutto ciò comporta una maggiore complessità dell’indagine svolta dall’interprete e una dilatazione necessaria dei margini di discrezionalità, insiti nel parametro di valutazione della ragionevolezza⁷¹, in ragione delle peculiarità del caso concreto, nel bilanciamento tra diritto del disabile a prestare l’attività lavorativa e la verifica dei margini di utilizzo, della medesima, da parte del datore di lavoro.

4. (*Segue*): i rimedi per garantirne l’effettività

L’inadempimento dell’obbligo di predisporre gli accomodamenti ragionevoli comporta una duplice indagine: da un lato individuare l’apparato sanzionatorio previsto dalla legge e, dall’altro, verificare gli strumenti per garantirne l’effettività.

Sotto il primo profilo, stante che l’inadempimento in discorso comporta

⁶⁸ Cfr., per tutti, D’ASCOLA, *cit.*, p. 395.

⁶⁹ V. Cass. n. 6497/2021, la quale precisa che l’art. 23 Cost. vieta prestazioni assistenziali, anche a carico del datore di lavoro, se non previste per legge.

⁷⁰ V. il Commento generale n. 4 del Comitato ONU riportato *retro* alla nota 31.

⁷¹ Per la discrezionalità del giudice nella concretizzazione dei parametri offerti dalle clausole generali v. PATTI, *cit.*, p. 81 ss; cfr. anche DE LUCA TAMAJO, *Le tecniche interpretative nel diritto del lavoro tra cognitivismo e bilanciamento “creativo”*, in *RIDL*, 2023, I, p. 483 ss. e p. 501.

l'illegittimità dell'eventuale licenziamento intimato al disabile, qui ci troviamo sicuramente dinanzi a un "difetto di giustificazione" del recesso, che ora, ai sensi dell'art. 2, co. 4, d.lgs. 4 marzo 2015, n. 23, comporta la reintegrazione piena del lavoratore nel perimetro delineato della disabilità.

Sul piano sistematico, a fronte di un vivace dibattito in ordine alla qualificazione dell'atto di recesso⁷², il licenziamento non potrà che essere qualificato come "discriminatorio"⁷³, in quanto innervato all'interno del diritto antidiscriminatorio (*ex art. 3, co. 3-bis, d.lgs. n. 216/2003*), anche con riguardo alla normativa previgente in materia di licenziamenti, in quanto la discriminazione per *handicap* rientra tra le fattispecie espressamente individuate dall'art. 15 Stat. lav. (e, pertanto, nel contesto della tutela reintegratoria piena di cui all'art. 18, co. 1, dello Statuto)⁷⁴.

Fuoriesce dal campo di applicazione dell'art. 2, co. 4, d.lgs. n. 23/2015 l'ipotesi in cui l'inidoneità fisica o psichica alla mansione non rivesta i connotati della disabilità secondo la rammentata declinazione del diritto sovranazionale: sono i casi nei quali l'inidoneità non si traduca in una menomazione di carattere duraturo, per la quale rimane il consueto onere del *repêchage*⁷⁵, salvo a registrare l'irrazionalità di una disciplina che, in questo caso e in ragione solo della data di assunzione dei lavoratori⁷⁶, garantisce a questi ultimi (in caso di licenziamento ingiustificato) una tutela reintegratoria attenuata (*ex art. 18, co.*

⁷² Per un riepilogo del dibattito cfr. MAGAGNOLI, *Il licenziamento per disabilità sopravvenuta: i nuovi limiti al potere di recesso datoriale alla luce degli "accomodamenti ragionevoli"*, in *Labor*, 2020, p. 352 ss. e p. 358 ss. ed *ivi* ulteriori riferimenti e CANGEMI, *Riflessioni sul licenziamento per inidoneità psico-fisica: tra ingiustificatezza e discriminatorietà*, in *ADL*, 2016, I, p. 169 ss.

⁷³ V. per tale conclusione, per tutti, BONARDI, *L'inidoneità sopravvenuta*, cit., p. 106 ss.; DIGENNARO, *Il licenziamento del lavoratore disabile tra modifiche normative e riscontri giurisprudenziali*, in *LG*, 2015, p. 859 ss. e p. 864; cfr. anche PERUZZI, *La protezione dei lavoratori disabili nel contratto di lavoro*, in *VTDL*, 2020, p. 945 ss.; GAROFALO D., *La risoluzione del rapporto*, cit., p. 393 ss.; SIMONCINI, cit., p. 208; IZZI, *Il licenziamento discriminatorio secondo la più virtuosa giurisprudenza nazionale*, in *LG*, 2016, p. 748 ss. e p. 752.

⁷⁴ Come ci ricordano VOZA, *Sopravvenuta inidoneità psicofisica e licenziamento del lavoratore nel puzzle normativo delle ultime riforme*, in *ADL*, 2015, I, p. 771 ss. p. 782 ss. e CASALE, *Malattia, inidoneità psicofisica e handicap nella novella del 2012 sui licenziamenti*, in *ADL*, 2014, I, p. 401 ss. e p. 410 il licenziamento del disabile, avvenuto senza che il datore di lavoro abbia adottato gli accomodamenti ragionevoli, si rivela "carente di giustificazione" e, pertanto, discriminatorio, come tale sanzionabile, già nella novella del 2012, con l'applicazione della reintegrazione piena.

⁷⁵ Per la "residualità" delle ipotesi v. anche GAROFALO D., *La risoluzione del rapporto*, cit., p. 394 e BONARDI, *L'inidoneità sopravvenuta*, cit., p. 108.

⁷⁶ Cfr. VOZA, *Sopravvenuta inidoneità psicofisica*, cit., p. 788.

7, l. 20 maggio 1970 n. 300), la quale, per i lavoratori assunti dopo il 7 marzo 2015, si derubrica in una tutela meramente indennitaria⁷⁷.

La tutela reintegratoria piena, per un verso costituisce l'attuazione della disciplina sanzionatoria richiesta dal diritto comunitario, il quale prescrive agli Stati membri l'adozione di sanzioni "effettive, proporzionate e dissuasive" (dir. 2000/78/CE, art. 17)⁷⁸ e, per altro verso, si innesta nel sistema processuale antidiscriminatorio. Pertanto, il giudice, oltre a condannare il datore di lavoro al risarcimento del danno, anche non patrimoniale, ordina la cessazione del comportamento discriminatorio pregiudizievole, adottando ogni altro provvedimento idoneo a rimuoverne gli effetti. Peraltro, al fine di impedire la reiterazione della discriminazione, il giudice può ordinare di adottare, entro il termine fissato nel provvedimento, un piano di rimozione delle discriminazioni accertate (d.lgs. 1 settembre 2011 n. 150, art. 28, co. 5)⁷⁹.

Nonostante la prudenza con la quale ci si muove, anche in giurisprudenza, sul terreno dell'effettività dei descritti rimedi sanzionatori a fronte della libertà contrattuale del datore di lavoro, per la resistenza a vincolare il datore di lavoro ad obblighi contrattuali ulteriori⁸⁰, è altrettanto vero che, sotto un primo versante, le misure risarcitorie non costituiscono un efficace deterrente in ordine alla modifica del comportamento discriminatorio, lesivo della posizione del lavoratore⁸¹, molto spesso primario obiettivo di quest'ultimo e, sotto un secondo versante, nel nostro caso si tratta di un "obbligo positivo" a carico del datore di lavoro, per cui, alla luce del diritto antidiscriminatorio, si deve mirare prioritariamente a realizzare l'adempimento in forma specifica⁸².

⁷⁷ V. DE MOZZI, *Sopravvenuta inidoneità alle mansioni, disabilità, licenziamento*, in *LDE*, 2020, n. 2, p. 23; cfr. GAROFALO D., *La risoluzione del rapporto*, cit., p. 394.

⁷⁸ A tale riguardo, come sottolinea HABERL, *Le discriminazioni nell'accesso del mercato di beni e servizi*, in BARBERA, GUARISO (a cura di), cit., p. 409 ss. e p. 427 nella disciplina comunitaria il rimedio risarcitorio deve essere considerato come una delle possibili opzioni sanzionatorie, con "la possibilità di adottare misure ad es. inibitorie e ripristinatorie".

⁷⁹ Cfr. DI GREGORIO, cit., p. 562 e TUCCI, *La discriminazione contro il disabile: i rimedi giuridici*, in *DLRI*, 2011, p. I ss. e p. 16; per un riepilogo della tutela giurisdizionale nel giudizio antidiscriminatorio v., per tutti, GUARISO, MILITELLO, *La tutela giurisdizionale*, in BARBERA, GUARISO (a cura di), cit., p. 445 ss.

⁸⁰ Cfr., BONO, *Un virus che discrimina*, cit., p. 441; cfr. sul punto, GUARISO, MILITELLO, cit., p. 477.

⁸¹ V. anche DI GREGORIO, cit., p. 562

⁸² V., per tale indicazione, anche SPINELLI, *La sfida degli "accomodamenti ragionevoli"*, cit., p. 53; per la tensione dell'ordinamento verso l'effettività della tutela dei diritti dei lavoratori v.

A tal riguardo, pertanto, come ci indica la stessa giurisprudenza, un rimedio efficace, nel caso di illegittimo rifiuto (datoriale) di assumere il disabile, può individuarsi nell'applicazione dell'art. 2932 cod. civ.⁸³; d'altronde la dottrina civilistica, la quale si interroga sull'impatto dei principi di non discriminazione all'interno dei rapporti contrattuali, è impegnata ad assicurare, sia pure con varietà di accenti, l'adempimento contrattuale⁸⁴.

Nel nostro caso l'effetto inibitorio della pronuncia giudiziale discende dalla valorizzazione del "piano di rimozione" del comportamento discriminatorio (*ex art. 28, co. 5, d.lgs. n. 150/2011*)⁸⁵, che, unitamente alla rimozione degli effetti di quest'ultimo, manifesta un'opzione del legislatore verso l'adempimento in forma specifica e non soltanto per la soluzione meramente risarcitoria. A tale stregua, infatti, dinanzi ad un comportamento discriminatorio, in prima battuta la "rimozione degli effetti" si polarizza sulla necessità di ripristinare il comportamento doveroso e, in seconda battuta, il giudice, per evitare la reiterazione del comportamento illecito, può ordinare la predisposizione di un piano di rimozione delle discriminazioni.

In tale quadro normativo la pretesa "infungibilità" degli obblighi di *facere* deve essere rivisitata alla luce, innanzitutto, dell'osservanza del diritto costituzionalmente garantito alla salute (*ex art. 32 Cost*), che, attraverso il contratto individuale (*ex art. 2087 cod. civ.*), costituisce un limite all'esercizio dell'iniziativa economica privata (*ex art. 41, co. 2, Cost.*), nonché della protezione dei diritti fondamentali della persona (*rectius* divieto di discriminazione) declinati a livello comunitario⁸⁶.

ZOLI, *Tutela in forma specifica e controllo dei poteri del datore di lavoro*, in BARBIERI M., MACARIO, TRISORIO LIUZZI (a cura di), *La tutela in forma specifica dei diritti nel rapporto di lavoro*, Giuffrè, 2004, p. 291 ss. e p. 314 ss.

⁸³ Per gli sviluppi giurisprudenziali v. FERRARESI, *La recente giurisprudenza*, cit., p. 316 ss.; in tale ordine di idee si muove anche SPINELLI, *La sfida degli "accomodamenti ragionevoli"*, cit., p. 53.

⁸⁴ Cfr. per il dibattito in corso, in ordine alla possibilità di rinvenire obblighi a contrarre con l'applicazione dell'art. 2932 cod. civ. ovvero attraverso il rimedio del risarcimento in forma specifica ai sensi dell'art. 2058 cod. civ., con varietà di accenti e soluzioni, CHECCHINI, *Discriminazione contrattuale e dignità della persona*, Giappichelli, 2019, p. 215 ss.; CARAPEZZA FIGLIA, *Divieto di discriminazione e autonomia contrattuale*, Edizioni Scientifiche Italiane, 2013, p. 262 ss.; SITZIA, *Pari dignità e discriminazione*, Jovene, 2011, p. 301 ss.; LA ROCCA, *Eguaglianza e libertà contrattuale nel diritto europeo. Le discriminazioni nei rapporti di consumo*, Giappichelli, 2008, p. 196 ss.; MAFFEIS, *Offerta al pubblico e divieto di discriminazione*, Giuffrè, 2007, p. 279 ss.; per un efficace riepilogo della tecnica rimediale nei rapporti contrattuali v. HABERL, *cit.*, p. 428 ss.

⁸⁵ Per la valorizzazione di tale profilo, al fine di superare le incertezze giurisprudenziali, v. GUARISO, MILITELLO, *cit.*, p. 478.

⁸⁶ Cfr. anche le considerazioni di NAPOLI, *La tutela dei diritti tra diritto sostanziale e processo*:

Rimane innanzitutto fermo il diritto del lavoratore a non effettuare la prestazione lavorativa (con l'erogazione della retribuzione), fino all'ottemperanza del datore alla sentenza di condanna del giudice alla predisposizione degli accomodamenti ragionevoli⁸⁷, laddove questi ultimi dovranno essere specificamente indicati, anche alla stregua dell'art. 28, co. 5, d.lgs. n. 150/2011, in ogni caso nel "piano di rimozione" delle discriminazioni accertate.

Comunque, l'effettività del sistema riposa soprattutto sul "monitoraggio" del luogo di lavoro, realizzato attraverso le competenze trasversali in materia di sicurezza sul lavoro e di inserimento lavorativo del disabile che coinvolgono, nel primo caso, la rappresentanza collettiva per la sicurezza di cui al d.lgs. n. 81/2008 e, nel secondo caso, il responsabile per l'inserimento lavorativo (c.d. *disability manager*).

5. Rilievi conclusivi

Peraltro, la dibattuta questione degli accomodamenti ragionevoli deve essere inserita in un contesto più ampio, nel quale un ruolo significativo, in tal senso, può essere infatti svolto dal *disability manager*, il quale agisce in raccordo con l'INAIL per la predisposizione dei progetti personalizzati (d.lgs. n. 151/2015, art. 1, co. 1, lett. e)⁸⁸, cura i rapporti con i centri per l'impiego e i servizi territoriali per l'inserimento mirato e, d'intesa con il medico competente, predisporre gli accorgimenti organizzativi e le soluzioni tecnologiche anche ai fini dei necessari accomodamenti ragionevoli (d.lgs. 30 marzo 2001 n. 165, art. 39-ter per le Pubbliche amministrazioni)⁸⁹.

La posizione centrale che assume il *disability manager*, da un lato come essenziale punto di collegamento tra gli organismi territoriali preposti all'inserimento lavorativo dei disabili e datore di lavoro e, dall'altro, come pianificatore delle soluzioni organizzative utili per gli accomodamenti ragionevoli a beneficio di tutti i soggetti disabili, trova un riscontro anche nella sua attività

interessi protetti e forme di tutela, in BARBIERI M., MACARIO, TRISORIO LEUZZI (a cura di), *op. cit.*, p. 49 ss. e p. 57 ss.

⁸⁷ V. BONO, *Un virus che discrimina*, cit., p. 442.

⁸⁸ Per il contributo dell'INAIL v. *retro* par. 3.

⁸⁹ Cfr., per tutti., GAROFALO D., *La tutela del lavoratore*, cit., p. 1218 ss. e F. MALZANI, *Dal collocamento mirato al diversity management. Il lavoro dei disabili tra obbligo e inclusione nella prospettiva di genere*, in *RDSS*, 2019, p. 717 ss. e p. 727 ss. Per gli indirizzi operativi v. par. 8, d.m. n. 43/2022, sulle linee guida in materia di collocamento mirato.

di analisi del contesto organizzativo (e relazionale), sul quale favorire l'integrazione lavorativa e la collocazione del disabile⁹⁰.

Su questo profilo, ad esempio, ai fini della predisposizione degli accomodamenti ragionevoli, la competenza professionale del *disability manager* può essere dedicata a valutare l'impatto dell'ingresso di un disabile (o della permanenza al lavoro di un lavoratore riconosciuto disabile) nel contesto relazionale rappresentato dai colleghi di lavoro, componente non secondaria per la più congrua "gestione" della disabilità, al di là dei risvolti giuridici che, come già chiarito⁹¹, non consentono di far emergere, almeno in linea generale, situazioni giuridiche tutelabili dei compagni di lavoro non disabili.

Si richiedono, pertanto, competenze trasversali per l'inserimento lavorativo e l'integrazione dei disabili e, comunque, la necessità, di rinalzo, di supportare i servizi del collocamento mirato con una "rete integrata" di servizi⁹², sociali, sanitari, educativi e formativi del territorio, sulla spinta di quanto già prefigurato dall'art. 1, co. 1, lett. a, d.lgs. n. 151/2015.

Sotto quest'ultimo versante, per quanto riguarda la politica di integrazione socio-assistenziale, un'esperienza interessante, presente in molte leggi regionali e che coinvolge enti territoriali e del terzo settore, riguarda il "budget di salute" per la predisposizione di progetti di vita riguardanti persone affette da disturbi mentali gravi, ma che possono anche comprendere progetti di inclusione lavorativa⁹³. A tale riguardo, con riferimento all'obbligo datoriale di predisporre gli accomodamenti ragionevoli, l'esperienza del "budget di salute" può costituire una stampella ulteriore in tal senso, in quanto possibile "misura compensativa" per valutare la "proporzionalità" dell'onere finanziario posto in capo allo stesso datore di lavoro.

Allo stesso modo l'intervento della contrattazione collettiva (soprattutto aziendale), che cerca di favorire una politica di inclusione dei soggetti disabili (nonché dei dipendenti disabili)⁹⁴, agisce in funzione di utile supporto per il datore di lavoro in ordine alle possibili "soluzioni adeguate"

⁹⁰ Per riscontri anche applicativi v. RONCALLO, SBOLCI, *Disability Manager. Gestire la disabilità sul luogo di lavoro*, Edizioni Ferrari Sinibaldi, 2011.

⁹¹ V. retro par. 3.

⁹² V. il Report finale della consultazione "Verso una piena inclusione delle persone con disabilità" dell'Ufficio per le politiche in favore delle persone con disabilità (dicembre 2021)

⁹³ V., sul punto, MAZZANTI, *cit.*, p. 26 ss. ed *ivi* ulteriori riferimenti.

⁹⁴ Cfr. anche MALZANI, *Benessere e sicurezza dei lavoratori; oltre la disabilità*, in VTDL, 2020, p. 967 ss., nonché PIGLIALARMÌ, *La contrattazione sociale territoriale: inquadramento giuridico del fenomeno attraverso l'analisi contrattuale*, in DRI, 2019, p. 713 ss. e p. 718.

dell'organizzazione del lavoro e alla praticabilità degli accomodamenti ragionevoli⁹⁵.

Da ultimo è stata avanzata anche la proposta di “procedimentalizzare” gli accomodamenti ragionevoli con la predefinizione di un modello organizzativo aziendale, fondato – sulla falsariga del modello di organizzazione e gestione della sicurezza introdotto dall’art. 30 del d.lgs. n. 81/2008 – su una serie di procedure tracciabili, le quali delineino un percorso finalizzato a verificare la ragionevole fattibilità di possibili soluzioni organizzative per tutelare l’occupazione del lavoratore con disabilità⁹⁶. Se l’adozione del modello può costituire un utile “indizio presuntivo” dello “sforzo diligente ed esigibile” del datore di lavoro per trovare la soluzione organizzativa appropriata⁹⁷ resta comunque fermo il controllo del giudice sulla “proporzionalità” e “ragionevolezza” dell’accomodamento, nei termini precedentemente indicati⁹⁸.

Infatti gli interventi, a monte, diretti, anche con il sostegno del legislatore, ad incrementare l’occupabilità delle persone con disabilità (con progetti individualizzati) attraverso una “rete integrata” di organismi preposti all’inserimento lavorativo, ovvero attraverso le indicazioni provenienti dalla stessa contrattazione collettiva, contribuiscono indubbiamente ad arare il terreno sul quale può collocarsi l’obbligo datoriale di predisporre gli accomodamenti ragionevoli; si agevola, sul punto, il successivo “vaglio” giudiziale, che rimane, comunque, la chiave di volta per la verifica dell’obbligo datoriale.

In ultima analisi viene inevitabilmente compresso il potere di recesso del datore di lavoro, per cui il licenziamento del disabile costituisce, a ben guardare, l’*extrema ratio*, allorché il medesimo non possa essere comunque più impiegato nel contesto produttivo⁹⁹.

⁹⁵ V. ad esempio l’accordo sindacale dell’8 dicembre 2011 per il Gruppo Intesa Sanpaolo (che costituisce un’appendice del contratto collettivo di secondo livello) volto a predisporre una serie di strumenti diretti a gestire il personale con disabilità.

⁹⁶ V. PASCUCCI, *op. cit.*, p. 718 ss. il quale ulteriormente puntualizza che tale “modello” dovrebbe coinvolgere tutti gli “attori” dell’organizzazione aziendale e i protagonisti del sistema di prevenzione aziendale (medico competente, responsabile del servizio di prevenzione e protezione, rappresentante dei lavoratori per la sicurezza).

⁹⁷ V., in tal senso, sempre PASCUCCI, *op. cit.*, p. 719.

⁹⁸ V. *retro* par. 3.

⁹⁹ Cfr., per tutti, LOY, *op. cit.*, p. 51.

Abstract

Il saggio ripercorre la parabola evolutiva della nozione di disabilità che, alla luce del diritto internazionale e comunitario, supera le percentualizzazioni contenute nella legge n. 68/1999 e, in tale contesto, innervato dal diritto antidiscriminatorio, esamina i percorsi giurisprudenziali sull'obbligo datoriale di predisporre i c.d. accomodamenti ragionevoli per i disabili. A tale stregua vanno considerati i due parametri della "non sproporzione" sul piano finanziario e della "ragionevolezza" calibrata sul piano del diritto del disabile a prestare la propria attività lavorativa e dei margini di utilizzo di quest'ultima da parte del datore di lavoro. Nel contempo la fonte comunitaria del diritto di non discriminazione e il principio costituzionale di tutela della salute e sicurezza sul lavoro possono costituire i presupposti per ragionare sui rimedi idonei a garantire l'effettività del diritto dei disabili agli accomodamenti ragionevoli; quest'ultima può essere anche veicolata dalla "rete" di interventi, individuati dalle leggi e dalla contrattazione collettiva, per favorire un inserimento "mirato" nel contesto produttivo ovvero il mantenimento dell'occupazione del disabile.

The essay traces the evolutionary parable of the notion of disability which, in the light of international and community law, surpasses the percentages contained in law no. 68/1999 and, in this context, supported by anti-discrimination law, examines the jurisprudential paths on the employer's obligation to prepare the so-called reasonable accommodations for disabled people. In this way, the two parameters of "non-disproportionality" on a financial level and "reasonableness" calibrated in terms of the disabled person's right to work and the margins of use of the latter by the employer must be considered. At the same time, the community source of the right of non-discrimination and the constitutional principle of protection of health and safety at work can constitute the prerequisites for thinking about suitable remedies to guarantee the effectiveness of the disabled person's right to reasonable accommodations; the latter can also be conveyed by the "network" of interventions, identified by laws and collective bargaining, to encourage "targeted" inclusion in the productive context or the maintenance of employment of the disabled person.

Keywords

Nozione di disabilità, fonti sovranazionali, accomodamenti ragionevoli, diritto antidiscriminatorio, effettività della tutela.

Notion of disability, supranational sources, reasonable accommodations, anti-discrimination law, effectiveness of protection.

Maria Casola

La giustizia del lavoro nella transizione: tappe e sopravvivenza “umana” del modello integrato di tutela differenziata*

Sommario: **1.** Ineffettività delle norme e importanza del dato empirico. **2.** La giustizia del lavoro quale modello complesso. **3.** La strategia d’insieme della l. n. 533/73. **4.** Accomodamento del rito ed erosione della specialità. **5.** Contrazione spontanea dell’oralità. **6.** Atrofizzazione della dimensione dialogica in compresenza. **7.** Pandemia e PNR: prove di superfluità dell’umano e digitalizzazione come efficienza. **8.** Dall’ufficiosità istruttoria all’onere della prova. **9.** Ridimensionamento delle funzioni giudiziarie del lavoro. **10.** Anonimizzazione del giudice: la giustizia senza valori. **11.** Crisi di senso del modello. **12.** Prospettive e sfide.

1. Ineffettività delle norme e importanza del dato empirico

All’indomani dell’ampio dibattito originato dalla ricorrenza del cinquantesimo anniversario del processo del lavoro, sembra utile proporre alcuni ulteriori spunti di riflessione, che, da un lato, derivano dall’osservazione del dato empirico, che rivela la verità applicativa del fenomeno, nella sua effettività e concretezza, e dall’altro, scaturiscono dall’analisi del modello complessivo, visto nelle sue implicazioni ordinamentali generali, anche ulteriori rispetto alla componente prettamente processuale.

Quanto al primo profilo, si è convinti che, nell’analisi dei fenomeni di giustizia, debba sempre e prioritariamente considerarsi la realtà empirica, la

* Rielaborazione – con il corredo di note essenziali – della relazione tenuta al convegno *Diritto e processo del lavoro attualità ed evoluzione di un modello esemplare*, con e presso l’Università La Sapienza di Roma (20 febbraio 2024).

quale, di per sé, nella forza propulsiva naturale impressa dai diversi operatori, e nell'effettivo andamento della quotidianità giudiziaria, esprime proprie dinamiche, spesso incontenibili per via normativa, con le quali bisogna, comunque, fare i conti.

L'osservazione *in vivo* e non *in vitro* si rivela di particolare significato ed utilità, peraltro, in un ordinamento giuridico, quale quello italiano, che presenta, in modo crescente, seppur larvato, un grado elevato di ineffettività (non solo dei diritti ma anche) delle norme in generale¹. Vi è nel Paese, da sempre, un tasso considerevole di divario tra il diritto vivente ed il diritto vigente, dove il primo è a volte più stabile del secondo, considerate le periodiche riforme che si succedono e che fanno parlare all'estero di una *reforms sickness* tutta italiana, cioè uno stato patologico di "riformite", caratterizzato dalla illusoria convinzione che, riscrivendo periodicamente le norme, si risolvano tutti i problemi.

In tal senso, la funzione delle valutazioni d'impatto della regolazione ben potrebbe essere implementata, ma, ancor prima, spetta agli operatori del diritto il tentativo costante di stringere i bulloni delle strutture giuridiche esistenti, per esprimerne e consentirne la massima effettività, onde correggerne qualche distorsione e soprattutto liberarne tutte le potenzialità.

2. La giustizia del lavoro quale modello complesso

Quanto al secondo criterio di analisi, lo stesso si fonda sulla consapevolezza per cui i fenomeni giuridici sono tutti molto complessi, anche per le loro connessioni multidisciplinari e multisetoriali. Massimamente, poi, nel settore del diritto del lavoro, gli istituti presentano implicazioni e derivazioni politiche, sociali, culturali, economiche e giudiziarie, tutte di enorme impatto. Se davvero, quindi, si hanno a cuore obiettivi e valori, occorre un approccio multilivello, che sia in grado di leggere in modo olistico il modello regolativo e che sappia, per conseguenza, intervenire, con adeguate azioni integrate, agendo sinergicamente su più fronti.

Su questa linea logica, la tematica prettamente processuale, da sempre

¹ Questa prospettiva è seguita dagli osservatori unionali quando sottopongono gli Stati al controllo sull'attuazione interna delle direttive, non essendo sufficiente la proclamazione formale del diritto, ma essendo necessaria l'esistenza di uno "*strong and effective legal and institutional framework to protect*".

al centro del dibattito tra giuslavoristi, è opportuno che venga mantenuta in uno scenario di analisi più ampio, e ciò, *in primis*, per il principio di ancillarità o accessorietà del diritto processuale al diritto sostanziale, che comporta, in linea di massima, la rispondenza e la strumentalità delle regole del rito rispetto alla fattispecie legale dedotta in giudizio, con l'efficace e necessaria compenetrazione tra le situazioni giuridiche soggettive e le modalità della loro tutela giudiziaria. Ma oltre a questo, è sempre utile aprirsi ad una visione grandangolare della realtà giudiziaria, estesa a tutto il contesto storico di riferimento e alle situazioni congiunturali di sistema, fatte di persone, luoghi, risorse, tempi e idee.

Secondo questa complementare lettura del fenomeno, oltre a discutersi, dal punto di vista tecnico, sulla bontà astratta del modello regolatorio, occorre anche chiedersi se, così come oggi esso si atteggia, vi siano le condizioni storiche complessive affinché risulti davvero funzionale alle ragioni per le quali esiste.

3. *La strategia d'insieme della l. n. 533/73*

La riflessione da ultimo riportata offre subito il destro per ricordare che proprio l'approccio integrato fu il vero punto di forza iniziale della legge 11 agosto 1973 n. 533, che, come noto, fu fondata su una strategia multilivello, intervenendo contemporaneamente in tre ambiti fondamentali: processo, giudice e risorse.

Infatti, proprio al fine di assicurare sicura e reale implementazione al nuovo modello, la legge n. 533/1973, oltre ad avere provveduto all'introduzione del rito speciale, intervenne sullo statuto del giudice e sull'organizzazione degli uffici. A questo scopo, è sufficiente richiamare le numerose e concorrenti misure adottate sul piano strutturale, quali la creazione delle apposite sezioni separate – nelle preture e nei tribunali – e della sezione a competenza esclusiva presso la Corte di Cassazione. Ancora, tra gli interventi strutturali non può trascurarsi l'aumento di trecento unità del ruolo organico della magistratura, col vincolo di destinazione di un numero di magistrati addetti esclusivamente alla trattazione delle controversie di lavoro non inferiore ad un terzo di quello di tutti i magistrati assegnati al civile e col vincolo di creazione *ex nihilo* di ruoli di nuove cause, senza pendenze arretrate. Sul piano dell'ordinamento giudiziario, modifiche rilevanti furono, poi, intro-

dotte in tema di: copertura dei posti nelle predette sezioni, realizzazione di un *corpus* togato di “particolare specializzazione”, formazione mirata e percorsi professionali dedicati.

Sempre sul piano delle risorse umane, proprio “al fine di sopperire alle esigenze derivanti dall’applicazione della legge”, i ruoli organici del personale amministrativo furono aumentati di 450 unità, con espressa previsione del possibile affidamento di compiti di assistenza del giudice in udienza e addirittura con la possibilità di assunzione diretta in attesa dell’espletamento delle procedure.

Per gli aspetti formativi e culturali, va menzionato, poi, l’inserimento, nell’esame orale del concorso in magistratura, della materia del diritto del lavoro e ciò per la prima volta dal 1941.

Sul piano finanziario, è parimenti significativo ricordare che l’art. 24 della medesima legge, assegnò ben 1750 milioni di lire per l’acquisto di nuovi beni materiali e strumenti di lavoro, cui si aggiunse lo stanziamento per la maggiore spesa annua correlata all’aumentato numero di magistrati.

Una riforma insomma non meramente processuale e tutt’altro che a costo zero (l’onere finanziario solo per l’anno 1973 fu di complessivi 4.942.760.000 di lire).

In ciò peraltro, la legge portava ad uno stato di ulteriore avanzamento le intuizioni di Giuseppe Chiovenda, che, come noto, aveva evidenziato che, “per giudizi che interessano persone umili e normalmente incolte (operai, contadini) in lotta contro avversari potenti (datori di lavoro, istituti d’assicurazione) [...] le particolarità riguardano specialmente la conformazione del giudice, l’ordinamento della difesa e il procedimento”².

I primi ottimi risultati raggiunti dalla riforma sono quindi certamente ascrivibili alle nuove norme processuali, ma, dietro le quinte, il nuovo rito poté funzionare effettivamente ed a pieno regime solo grazie a tutti gli altri puntelli.

Tutto ciò premesso, è su questo modello complessivo, che quindi conviene oggi laicamente ragionare, per capire, a distanza di un cinquantennio, se sia riconoscibile ancora, in che misura e con quali tratti, una giustizia del lavoro, dati i cambiamenti intervenuti non solo in ambito processuale, ma anche sul piano delle risorse, nei profili di politica giudiziaria ed ordinamentale e per gli aspetti socio-culturali e valoriali.

² CHIOVENDA, *Principii di diritto processuale civile. Le azioni, il processo di cognizione*, Jovene, 1923, p. 1323.

Questo bilancio di sistema è molto importante soprattutto tenendo conto che ci troviamo in piena epoca di transizione verso l'età digitale, con l'espansione rapidissima in atto dell'universo *legal-technology*. Alcuni tratti della odierna giustizia del lavoro costituiscono dei fattori "ponte" per questo passaggio e dunque impongono un particolare sforzo di attenzione e vigilanza.

Ovviamente, dati i limiti di tempo e spazio, in questo breve contributo saranno prospettati solo alcuni possibili spunti di riflessione, senza alcuna pretesa di scientificità e senza alcun particolare approfondimento tecnico.

4. *Accomodamento del rito ed erosione della specialità*

Partendo dalla componente processuale, sul bilancio del primo cinquantennio della legge si sono pronunciati autorevoli giuristi, quasi tutti convergenti intorno alla ritenuta attenuazione della specialità del rito.

Ora, non v'è dubbio che l'originaria singolarità morfologica del rito del lavoro appaia oggi sbiadita, per effetto di una dinamica bidirezionale. Infatti, per un verso, questo modello è stato l'apripista, la punta di avanguardia e di prima rottura rispetto ad un'antiquata concezione del processo. L'aspetto positivo da cogliere nell'evoluzione del sistema ordinamentale sta, quindi, nel dinamismo rigenerativo che questo processo ha innescato attraverso la sua innegabile portata propulsiva espansiva, per esempio, rispetto al canone di celerità.

Similmente è arcinota l'esportazione del modello lavoristico o di alcune sue norme al di fuori dell'ambito originario, e quindi la generalizzazione di alcune valide disposizioni all'interno di tutto il processo civile ordinario di cognizione.

Questa che potremmo chiamare volgarizzazione del *proprium* del rito, sul piano percettivo, naturalmente fa sentire attenuati i profili un tempo dirompenti e *sui generis* di questo modello³, pur restando intatta la morfologia essenziale.

In disparte questa dinamica, il *corpus* regolativo di cui trattasi, ha nel tempo e nella realtà delle cose, subito un graduale processo di accomoda-

³ Cfr. da ultimo, DE ANGELIS, *Il processo del lavoro: un tragitto di mezzo secolo tra difesa del rito differenziato e frenesia di cambiamento*, in *ADL*, 2023, I, p. 691.

mento, che, certamente, va visto fisiologicamente, come corollario del principio di adattabilità della regola processuale, che tende per sua natura a conformarsi alla concretezza delle situazioni⁴.

In questa cornice, il consolidamento delle prassi processuali costituisce un effetto di lungo periodo accettabile, soprattutto considerato che il rito, quando si svuota di contenuto funzionale, può degenerare in formalismo e quindi in mera apparenza di legalità.

D'altra parte, tutte le ultime riforme⁵ risultano finalizzate ad obiettivi di semplificazione, speditezza e razionalizzazione del processo civile, nella prospettiva di eliminazione di ogni "superfluità" del rito, anche avuto riguardo al dato esperienziale concreto.

Se ne ha un'evidenza immediata nello schema di decreto legislativo – contenente disposizioni correttive e di coordinamento del d.lgs. 10 ottobre 2022 n. 149 – approvato dal Consiglio dei Ministri in data 28 febbraio 2024, che, proprio nell'affermazione di applicabilità dell'art. 127-ter cod. proc. civ. al rito del lavoro, fa perno, come chiarisce la Relazione, sul "dato esperienziale in base al quale l'udienza di cui all'art. 420, che in virtù dei principi di immediatezza, oralità e concentrazione dovrebbe condensare in una sola udienza l'intera vicenda processuale, si snoda invece" in più fasi.

D'altra parte, la stessa Corte Costituzionale, da ultimo l'anno scorso, con la sentenza n. 67, ha evidenziato quanta parte di diritto (non scritto ma) vivente sia riscontrabile nel processo del lavoro, sottoponendo essa stessa la disciplina vigente alla prova di resistenza dei tempi, cioè di perdurante sussistenza di "una valida *ratio* giustificativa", in coerenza con le finalità che connotano questo rito speciale.

La rilevanza dell'"apparenza della regola" processuale e la *communis opinio* sulla sua esistenza legittimano, d'altra parte, anche in questo ambito, il noto fenomeno del *prospective overruling*⁶.

Per altro verso, però, l'asestamento di cui si è detto, pone la questione della tenuta del modello, sollecitando l'interprete a valutare fino a che punto

⁴ Calamandrei, nella Relazione del 1940 al codice, scriveva "il codice è ispirato al principio dell'adattabilità (o, come anche autorevolmente fu detto, della elasticità) del procedimento", la cui modulabilità è rimessa essenzialmente alla sensibilità delle parti e alla saggezza del giudice.

⁵ DE SANTIS, *I riflessi della riforma del processo civile del 2022 sul modello del processo del lavoro*, in *GI*, 2023, pp. 705-712.

⁶ Cass. Sez. Un. 12 febbraio 2019 n. 4135; di recente, Cass. 5 gennaio 2024 n. 417, relativamente ad una controversia di lavoro.

questa duttilità delle forme processuali non ridondi in un lento, silenzioso ed impercettibile processo di erosione e consunzione delle strutture portanti del processo, cioè della triade chiovendiana, con un indebolimento latente dei suoi pilastri, che potrebbe, anche a breve, provocarne lo sgretolamento. Questo aspetto va tenuto ben presente, anche perché i processi lenti e impercettibili di corrosione sono più subdoli spesso di interventi di riforma diretti, che, per quanto invasivi, vengono subito chiaramente colti, con ogni opportuna allerta.

5. *Contrazione spontanea dell'oralità*

All'interno di questa cornice generale, merita immediata e primaria attenzione la questione dell'oralità.

Non interessa qui affrontare la questione interpretativa tecnica dell'applicabilità dell'art. 127-ter cod. proc. civ. al processo del lavoro, anche perché si tratta di un profilo, ampiamente ed autorevolmente approfondito, e che risulta oggetto sia dell'ordinanza della Sezione lavoro della Corte di Cassazione di rimessione della questione alla Prima Presidente⁷ sia, *de futuro*, del decreto correttivo sopra richiamato. Ciò che interessa affrontare qui, indipendentemente e parallelamente rispetto a ciò che la legge impone, permette o vieta, è il tema della contrazione spontanea degli spazi dell'oralità, quale fenomeno fattuale, avvertito tutti i giorni nelle aule giudiziarie, secondo una tendenza "naturale" comune a tutti i protagonisti della scena processuale.

È un profilo non facile da trattare, ma anche solo sollevare la questione, parlandone serenamente, pur con grandi semplificazioni e senza alcuna implicazione di valore, sembra ineludibile, essendo questo un fattore spia, sintomatico di direttrici più profonde.

Per citare subito un esempio, tratto da esperienze dirette o dagli scambi e confronti tra colleghi, anche nelle sedi formative, a fronte dell'ampio e assoluto sostegno espresso da tutta la comunità dei giuslavoristi a favore dell'oralità, e quindi dell'udienza in presenza, sarebbe difficile negare che, nelle aule giudiziarie, ciò che avviene è che spesso sono proprio i difensori a chiedere che venga concessa la trattazione scritta, *ex art.* 127-ter cod. proc. civ., così come ben rare sono le istanze degli avvocati di trattazione in presenza

⁷ Cass. 3 maggio 2024 n. 11898.

di giudizi già fissati con la modalità cartolare, ai sensi del secondo comma della norma citata.

Inoltre, in disparte il tema tecnico formale della trattazione orale, è il caso di chiedersi perché sempre più frequentemente l'udienza di discussione si risolve, *naturaliter*, nel rapido "riportarsi agli scritti"? Analogamente, quante volte gli avvocati, in sede di discussione orale, esordiscono *motu proprio*, quasi scusandosi: "giudice solo due parole, sarò breve, telegrafico", espressione che non pare correlata al dovere di "sobrietà" nella discussione richiesto dall'art. 117 disp. att. cod. proc. civ. E, andando oltre, che potenzialità viene assegnata all'arringa finale dall'avvocato ai fini del convincimento del giudice, rispetto per esempio alle ricerche giurisprudenziali? E, specularmente, per il magistrato, che spazio percentuale occupa nel tempo di lavoro, nell'organizzazione del ruolo, l'ascolto dei difensori?⁸

Scusandosi per la franchezza e semplicità dei richiami, si deve per forza partire da queste elementari evidenze, che esprimono *in re* l'atrofizzazione dello spazio fisico del processo, soprattutto inteso come dialogo processuale in compresenza. Del resto, il disagio è ben colto da chi riconosce che l'oralità "è ormai ufficialmente valutata quale fattore negativo, fattore di perdita di tempo e di efficienza"⁹, e d'altronde, "l'oralità è un mero simulacro se non apporta elementi al processo"¹⁰.

Vi è quindi da domandarsi se si tratti di una spinta spontanea di evolu-

⁸ L'ordinanza prima richiamata, riferendo sulle diverse tesi sulla trattazione scritta, riporta l'opinione di chi evidenzia che "nella stessa esperienza concreta, l'effettiva discussione orale della causa, seguita dalla lettura del dispositivo in udienza, magari con motivazioni contestuali di diverse pagine, rappresenti, in gran parte, un mero simulacro". Nella stessa direzione, DE ANGELIS, *cit.*, evidenzia che, rispetto a questa prassi, "non ha nulla a che vedere la stesura da parte del giudice della intera sentenza prima dello svolgimento della discussione, e non eventualmente del solo schema logico da confrontare con gli argomenti svolti appunto nella discussione come può essere proprio del cruciale momento dello studio della controversia. Così facendo – e a volte si è fatto – si mortifica il ruolo della discussione e degli avvocati, si svalORIZZA e si frustra il ruolo della motivazione e anzi della sentenza, di chi la compie e della stessa funzione giudiziaria, nella migliore delle ipotesi dando luogo ad una naturale resistenza a modificare ciò che si è prima preparato magari faticosamente".

⁹ SASSANI, *Il rito del lavoro a cinquanta anni dal suo debutto: la resistenza all'effimero e le tentazioni dell'omologazione*, in PICCININI, PILEGGI, SASSANI, SORDI, *Il processo del lavoro: Cinquanta anni dopo (1973-2023)*, Giappichelli, 2023.

¹⁰ RICCHEZZA, *Oralità, immediatezza e concentrazione: riflessioni sulla trattazione scritta di cui all'art. 127 ter c.p.c.*, relazione tenuta il 3 luglio 2023 al Corso della Scuola Superiore della Magistratura, rinvenibile sul sito istituzionale della Corte di Appello di Milano.

zione o involuzione del sistema e da cosa derivi, e ciò anche tenuto conto che le recenti novelle hanno trovato in parte già esistente questa realtà, che ha funto solo da fluidificante degli interventi di riforma.

Conseguentemente si pone l'interrogativo, in che cosa, oggi, la presenza umana può fare ancora la differenza in un processo?

Si tratta chiaramente di aspetti che, in prospettiva molto più invasiva e pervasiva, incidono sul profilo ormai incombente dell'utilizzo dell'intelligenza artificiale nel processo del lavoro, aspetto tutt'altro che autonomo rispetto a quello qui esaminato.

È chiaro infatti che la “de-spazializzazione” del processo e l’“anonimizzazione” del giudice, come si dirà, risultano effetti incentivati delle recenti riforme e pre-condizioni facilitatrici delle future evoluzioni.

6. *Atrofizzazione della dimensione dialogica in compresenza*

Volendo scandagliare più a fondo le ragioni di questa tendenza, è banale tenere a mente che oralità significa che qualcuno parla e un altro ascolta; nel processo il giudice parla fondamentalmente nei limiti della direzione dell'udienza e del tentativo di conciliazione. Quindi, chi parla o chi dovrebbe parlare sono prima di tutto gli avvocati, all'interno di una dinamica dialogica.

Ora, anche alla luce dei dati esperienziali acquisiti, viene da chiedersi perché molti avvocati non credono più nella forza di convincimento che deriva dalla loro compresenza fisica dinanzi al giudice. E, viene da domandarsi, nell'organizzazione del lavoro degli studi professionali, nelle metodiche professionali individuali, quali dinamiche si sono innescate: l'investimento sulla presenza fisica è forse avvertito come diseconomico, cioè non ha un ritorno proporzionale in termini di risultati defensionali¹¹? E, allargando l'angolo visuale, ricordato che “l'attività di udienza non consiste soltanto nell'ascolto delle parti ad opera del giudice, ma ha per sua natura portata dialogica, nel senso di interlocuzione, rispetto alle necessità della causa, tra le

¹¹ La Commissione Luiso istituita con d.m. 14 marzo 2021 presso il Ministero della Giustizia, aveva sottolineato che “lo svolgimento dell'udienza a trattazione scritta permette al giudice l'organizzazione più efficiente delle udienze e permette ai difensori di superare le difficoltà derivanti da possibili impegni concomitanti (non essendo previsto per i procedimenti civili il rinvio per c.d. 'legittimo impedimento' del difensore)”.

parti che chiedono e dibattono e il giudice che ascolta le diverse ragioni e riceve le debite istanze”, non è forse vero che l’avvocato ed il suo giudice, il giudice ed il suo avvocato, all’interno del *mirroring* processuale, si riflettono l’uno nell’altro, si definiscono vicendevolmente e quindi compongono dinamiche di equilibrio reciproco, in una circolarità che può costituire un circuito virtuoso, ma anche un corto circuito dell’impianto?

Di primo acchito e senza troppi approfondimenti, la sensazione è che più fattori abbiano progressivamente inciso su questo progressivo, in parte inconsapevole, processo di atrofizzazione della dimensione dialogica in presenza del giudizio del lavoro.

Intanto, non si può negare la tendenza alla complessificazione degli schemi giuridici, anche a seguito del venir meno del mito del monismo, e la ormai pacifica pluralità delle fonti, e quindi l’alto tecnicismo di molte questioni che vengono poste e circa le quali il discorso pronunciato, spesso ragionevolmente, cede il passo all’analisi scritta, e ciò sia per chi quell’analisi minuziosa la debba proporre, sia per chi la debba valutare. In tal senso, pur essendo convinti che, in coerenza con la radice etimologica¹², la quintessenza della discussione stia nel confronto dialettico diretto e fisico, non si può nascondere che l’elevato tecnicismo di molte questioni renda difficile l’immediatezza e contestualità del confronto, privando la migliore oratoria di materia su cui esprimersi.

Vi è, poi, il tema delle clausole generali, frutto di una tecnica normativa, come noto tipica della legislazione lavoristica, in quanto idonea a garantire flessibilità e, quindi, evitare che un eccessivo irrigidimento della *regula iuris* aumenti e renda più aspra l’endemica conflittualità tra le parti del rapporto. Ora, normalmente l’applicazione di una clausola generale dovrebbe implicare un’ampia discussione e l’espansione dello sforzo defensionale degli avvocati, che dovrebbero trovarsi impegnati a convincere il giudice della specificità della *quaestio facti*, tale da richiedere l’una o l’altra soluzione. Ebbene, anche su questo, si nota sempre più, nella vita dei Tribunali, la rarità di ampi confronti dialettici e ciò, in parte, rispecchia l’irrigidimento del ruolo del giudice e la riduzione dello spazio valutativo a lui affidato. A quest’ultimo scopo, basti richiamare l’art. 30 del collegato lavoro, norma pleonastica dal punto di vista precettivo, ma di forte significato deontologico

¹² Il verbo “discutere”, dal latino *disquatere*, significa, storicamente, scuotere con forza delle cose tra loro per stabilirne la maggiore resistenza e forza.

e valoriale, e l'attuale sindacato della Cassazione, ai sensi del n. 3 dell'art. 360, co. I, cod. proc. civ.

Di enorme incidenza è del resto il progressivo aumento di peso dei precedenti giurisprudenziali, e della portata della nomofilachia, rivendicata dalla Suprema Corte non solo quale fattore di certezza del diritto e quindi di contenimento del contenzioso, ma anche quale garanzia diretta dell'uguaglianza dei cittadini di fronte alla legge, particolarmente avvertita proprio nel settore del lavoro. Sia consentito sul punto riportare il passaggio della recente sentenza della Suprema Corte 30 gennaio 2024 n. 2739, ove si afferma "una volta che l'interpretazione della *regula iuris* è stata enunciata con l'intervento nomofilattico della Corte regolatrice, essa ha anche vocazione di stabilità, [...] atteso che, in un sistema che valorizza l'affidabilità e la prevedibilità delle decisioni, il quale influisce positivamente anche sulla riduzione del contenzioso, vi è l'esigenza, avvertita anche dalla dottrina, dell'osservanza dei precedenti e nell'ammettere mutamenti giurisprudenziali di orientamenti consolidati solo se giustificati da gravi ragioni [...] ne consegue che, in mancanza di ragioni nuove e diverse da quelle disattese nei giudizi analoghi, deve operare il principio di fedeltà ai precedenti".

E dunque sulla base di un principio di specularità, se per il giudice è sufficiente una motivazione *per relationem*, che richiami precedenti conformi, ex art. 118 disp att. cod. proc. civ., è più utile per un difensore, che debba stabilire un ordine di priorità nella sua impegnativa giornata di lavoro, trovare un precedente favorevole o preparare un'eccellente discussione orale?

Tutto ciò, giocoforza, atrofizza l'oralità¹³, e crea anche un effetto di obsolescenza regolativa, perché le clausole generali una volta irrigidite non consentono più all'ordinamento di respirare e di rinnovarsi.

Ma la componente umana e concreta del giudizio si è attenuata non solo rispetto alle questioni di diritto, ma anche rispetto a quelle di fatto. Si nota infatti la fatica di tutti gli operatori nell'analisi del dato storico, nella valutazione del materiale istruttorio, e ben si comprende l'affermazione di Del Punta, quando scrive: "se si domandasse ad un giudice quale sia, tra le attività di gestione di una causa, quella più faticosa, snervante, e talora angosciante, credo che egli non esiterebbe ad indicare la comprensione e la valu-

¹³ Senza contare gli effetti di sistema: "the failure to maintain a dynamic and evolutive approach would risk hindering reform or improvement" (C. Eur Dir. Uomo Grande Camera 20 ottobre 2011, Nejdet ahin e Perihan ahin c. Turchia, § 58).

tazione dei fatti e del materiale istruttorio, piuttosto che l'interpretazione astratta di una disposizione, che, rispetto al duro lavoro sui fatti, è quasi un'incombenza di riposo, o se non altro, con le debite eccezioni (e forse una di queste è il nuovo art. 18 St. lav.), comparativamente meno impegnativa, anche perché indirizzata, quasi sempre, dall'esistenza di precedenti"¹⁴.

Su questa latente fuga dal fatto pesa anche la circostanza che sempre più la necessità, che nelle origini era avvertita come primaria, di ricostruzione della realtà materiale dei fatti controversi, è dovuta scendere a compromessi con il valore della ragionevole durata dei processi. Di ciò costituiscono emblematici esempi gli indirizzi interpretativi espressi dalla Cassazione ai fini della esatta delimitazione dei poteri ufficiosi del giudice del lavoro, ai sensi dell'art. 421 cod. proc. civ. e ai fini della rigorosa applicazione degli oneri di cui agli artt. 414 e 416 cod. proc. civ., già dal notissimo arresto n. 8202/2005 in tema di prova documentale.

Per altro verso, non si può escludere che sul risultato esperienziale pesi un approccio anche in parte difensivo, rinvenibile in tutte le professioni, in termini di messa in sicurezza del proprio ruolo rispetto ad eventuali responsabilità. Ciò, per esempio, ai fini dell'eventuale futuro gravame, induce tutti gli operatori, anche all'interno del circuito collaborativo col giudice in udienza, a preferire sempre le tranquillizzanti note scritte: *scripta manent, verba volant*.

7. *Pandemia e PNRR: prove di superfluità dell'umano e digitalizzazione come efficienza*

L'oralità ha trovato poi ulteriori fattori congiunturali di ridimensionamento nella pandemia e nel Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza.

La disciplina emergenziale¹⁵ ha consentito e legittimato scelte derogatorie rispetto ai principi generali regolatori della materia, soprattutto ai fini della non indispensabilità della presenza fisica. Ma quelle disposizioni introdotte entro originarie di eccezionalità delle fonti di produzione giuridica,

¹⁴ DEL PUNTA, *Il giudice e i problemi dell'interpretazione: una prospettiva giuslavoristica*, in RIDL, 2023, I, p. 22 (nota n. 16).

¹⁵ Rispetto al tema della trattazione scritta, l'art. 83, co. 7, lett. h), d.l. 17 marzo 2020 n. 18, conv. l. 24 aprile 2020 n. 27, l'art. 221, co. 4, d.l. 19 maggio 2020 n. 34, conv. l. 17 luglio 2020 n. 77.

del tutto *extra ordinem*, hanno costituito l'occasione per la sperimentazione di nuove forme processuali. E, alla fine, con minime modifiche, le disposizioni eccezionali, imperniate sulla rarefazione dell'incontro umano indispensabile ad evitare il contagio, si sono ritrovate ad essere stabilizzate, anzi rilanciate.

Il punto di non ritorno segnato dalla disciplina emergenziale si rivela nella idoneità che la stessa avuto di forzare e dematerializzare le categorie fisiche fondamentali del processo, come il concetto di “udienza”, divenuta ormai una realtà virtuale, una “unità giuridica di tempo logico”¹⁶.

Il PNRR a sua volta, imponendo l'incremento della produttività, la riduzione del *disposition time* e lo smaltimento dell'arretrato¹⁷, ha spinto alla contrazione ulteriore dei tempi e dei luoghi della giustizia e quando si tagliano queste componenti, in nome di un pur ineludibile obiettivo produttivistico, si toglie molto dell'umano.

La deriva produttivistica, generalizzata a tutti i livelli, e nella spirale di monitoraggi continui sul periodico raggiungimento degli obiettivi, non si può pensare che non abbia i suoi effetti collaterali, che, naturalmente, vanno soppesati e sostenuti in un'ottica statuale di complessivo bilanciamento di sistema.

La creazione coi Fondi PNRR della Banca dati di merito, finalmente pubblica, costituisce un prezioso risultato in termini di possibilità di ricerca e di prevedibilità del diritto, in vista della prossima calcolabilità delle decisioni, soluzione rispetto alla quale sembra funzionale l'estensione ai provvedimenti del giudice dei criteri redazionali previsti per gli atti giudiziari dall'apposito decreto del Ministro della giustizia 7 agosto 2023 n. 110.

Ma, sicuramente l'approccio al caso, con le coordinate della serialità e ripetitività, rischia di disumanizzare la vicenda processuale e non implementa certo il continuo rinnovarsi del ragionamento giuridico.

Le provviste finanziarie arrivateci dall'UE hanno fornito agli uffici giudiziari ed anche alle sezioni lavoro, i funzionari dell'Ufficio per il processo, nuovi GOP, ma si ha l'impressione che l'investimento sia solo sulla quantità e non sulla qualità del prodotto finale.

Proseguendo l'itinerario ricostruttivo, il tenace contrasto alla “superfluità”, anche ingenerata dalla digitalizzazione, ha comportato sempre più

¹⁶ Cass. 12 luglio 2023 n. 19984.

¹⁷ Entro giugno 2026, ponendosi come obiettivo la riduzione, rispetto al 2019, del 40% dei tempi di trattazione delle cause e del 90% degli arretrati.

non solo l'eliminazione della realtà analogica, ma anche la riduzione della presenza fisica umana. È emblematico, sul punto, che lo schema di decreto correttivo, sopra richiamato, preveda (art. 6, co. 1 lett. a), l'abrogazione dell'art. 82 del r.d. 22 gennaio 1934 n. 37 (norme di attuazione dell'ordinamento forense), che impone all'avvocato che svolga attività difensiva in foro diverso da quello di appartenenza di eleggere domicilio nel luogo in cui ha sede l'autorità giudiziaria adita. "La norma – chiarisce la Relazione illustrativa – è ormai del tutto superata", essendo "del tutto superflua la fisica reperibilità del difensore nell'ambito della circoscrizione del giudice".

Ora, la ragionevole durata, nutrita dalla tecnologia, è fondamentale per una risposta giudiziaria giusta, e sicuramente l'efficienza è *conditio sine qua non* dell'effettività, ma per la credibilità delle funzioni, per l'affidabilità e la qualità dell'esperienza giudiziaria del cittadino vale anche altro, anche perché, banalmente, la dematerializzazione del processo non dovrebbe tradursi in disumanizzazione, posto che la carta e l'uomo non sono esattamente la stessa cosa.

8. Dall'ufficiosità istruttoria all'onere della prova

Sull'altro tratto fisionomico caratterizzante lo *specificum* del rito del lavoro, cioè i poteri istruttori del giudice, le riflessioni non cambiano poi molto.

Per via interpretativa, intanto, il presupposto di attivazione di questi poteri doveri è stato fortemente circoscritto: oggi se non si ha un fatto storico esattamente allegato, contestato in modo specifico, su cui c'è già una pista probatoria avanzata, preferibilmente senza decadenze né inerzie maturate, se non si ha l'istanza di parte e se non lo si ritenga indispensabile, questi poteri non si possono esercitare¹⁸.

Oltre a questo, grava su tutti la pressione del fattore tempo, e il timore del giudice, di cui si dirà, di non essere visto come neutrale.

Se dunque sarebbe "caratteristica precipua del detto rito speciale il contegno del principio dispositivo con le esigenze della ricerca della verità materiale"¹⁹ in realtà molto spesso il giudice, lontano dall'originaria

¹⁸ *Ex multis*, Cass. 27 ottobre 2023 n. 29940; 10 settembre 2019 n. 22628.

¹⁹ Cass. Sez. Un. 17 giugno 2004 n. 11353.

ufficiosità istruttoria, fa meccanica applicazione della regola formale di giudizio fondata sull'onere della prova, senza superare l'incertezza dei fatti costitutivi dei diritti in contestazione.

Dunque, anche qui, la fuga dal fatto ed il rifugio nel formalismo della regola astratta di giudizio denotano l'arretramento del giudice e la riduzione dei motivi di compresenza fisica in udienza.

9. *Ridimensionamento delle funzioni giudiziarie del lavoro*

Di fondo, pur a grandi linee, e con molta approssimazione, il quadro tratteggiato rivela uno scenario nel quale il giudice ha perso la sua centralità, con un chiaro ridimensionamento del suo ruolo, fenomeno questo che non riguarda solo il singolo giudice nel singolo processo, ma, anche la posizione della magistratura del lavoro nell'ordinamento giudiziario e nel contesto sociale, politico e culturale del paese, in forte discontinuità rispetto al passato.

Al riguardo, dal punto di vista delle politiche giudiziarie, intanto, vanno messi in evidenza alcuni fattori significativi, che tendenzialmente sono riscontrabili: la contrazione numerica della magistratura del lavoro ed il suo parziale cambiamento anagrafico, la non esclusività del contenzioso assegnato ed il diverso posizionamento socio-culturale.

Dal punto di vista quantitativo, la composizione della magistratura del lavoro è difficilmente definibile, a causa della promiscuità delle funzioni molto spesso assegnate, per carenza di personale togato; negli uffici in cui vi sono sezioni esclusive tabellate, il numero di magistrati addetti è di molto inferiore a quello relativo ad altri settori²⁰.

Nei limiti di ogni generalizzazione, la generazione più giovane di magistrati del lavoro, per lo più assegnata a sedi disagiate e, comunque, con pesanti carichi di lavoro e con funzioni promiscue, spesso è costretta a dare priorità alle aspettative produttivistiche e quindi al profilo quantitativo dell'attività espletata²¹. Talora le esigenze logistiche e di gestione dei ruoli costringono a limitare l'udienza in presenza. Per molti, anche a causa del ritmo pressante di lavoro, l'universo giuslavoristico ha poco *appeal* valoriale ed è

²⁰ Come si desume dalla consultazione delle piante organiche nei siti istituzionali del Ministero della Giustizia e del CSM.

²¹ V. la recente delibera del CSM, di Determinazione dei carichi esigibili nazionali (25 ottobre 2023).

facile avvertire un calo di tensione ideale rispetto alla materia trattata, anche perché spesso, appena legittimati, i giovani magistrati cercano di rientrare nelle sedi di origine, quindi non maturano quell'*affectio* generata dalla continuità nel tempo delle funzioni.

In molte sezioni lavoro delle grandi sedi metropolitane, all'opposto, non c'è *turn over* e non c'è ricambio alcuno, ciò provoca giocoforza un invecchiamento anagrafico della magistratura del lavoro, anche perché, sul piano dell'ordinamento giudiziario, non vi sono termini massimi di permanenza, e ciò ben ragionevolmente, in quanto la stabilità e la continuità delle funzioni sono profili essenziali per la specializzazione. Ma, anche solo come caratteristiche anagrafiche, nel passaggio di testimone dai giovani pretori di assalto degli anni '70 ai magistrati del lavoro prossimi alla pensione degli anni nostri, di sicuro qualcosa della *forma mentis* è cambiato, ma non sul lato valoriale.

Il profilo, poi, sopra sollevato dell'approccio difensivo alle professioni, la distanza che si avverte nel dialogo personale, nelle più rigide linee del *politically correct*, il calo di tensione ideale, la burocratizzazione delle funzioni, sono tutti fattori che, anche nel cambiamento generazionale che vi è stato, ingenerano purtroppo la crisi della componente relazionale personale ed anche del senso di colleganza e di appartenenza sociale. È la triste realtà per cui "nessuno si fida più di nessuno, perché si è perduto, ammesso e non concesso che mai ci sia stato, il senso dell'interesse generale"²².

10. Anonimizzazione del giudice: la giustizia senza valori

Questa riflessione offre il passaggio logico per accennare al fatto che, a livello socio-politico, dopo anni in cui la magistratura del lavoro è stata criticata (o esaltata) per il suo attivismo, per il preteso uso politico del diritto, per il soggettivismo giudiziario²³, oggi la stessa presenta una fisionomia quasi opposta, di dismissione dello spazio ordinamentale affidatole.

Il giudice del lavoro – secondo una percezione diffusa – teme spesso di non apparire neutrale e interpreta il proprio ruolo stando sulla difensiva, in modo molto prudente ed asettico, vivendo con un certo disagio il potere-

²² DEL PUNTA, *cit.*, p. 39.

²³ BALLESTRERO, *Come eravamo. Statuto dei lavoratori e riforma del processo del lavoro nei primi anni di applicazione*, in *LD*, 2023, pp. 595-612.

dovere d'inveramento dell'ordinamento, che gli è stato con larghezza affidato; molto attrezzato tecnicamente, preferisce sentirsi una mera *bouche de la loi*, e arretra di fronte agli spazi di manovra pur spettantigli *optimo iure* (per esempio è diffuso il timore che entrando più in profondità nel tentativo di conciliazione si possa essere accusati di anticipazione del giudizio, parimenti, nell'interpretazione delle norme, ma anche nella partecipazione al dibattito scientifico, è molto sentita l'esigenza di non essere considerati "schierati").

Che sia un bene o un male, sta di fatto che si è lontani da quella "magistratura del lavoro che si accollò una funzione extra-processuale, in chiave politico sociale, di sostegno alla classe subalterna e al tempo stesso di stimolo alla modernizzazione dello stato e dell'arretratissimo capitalismo sociale"²⁴.

Richiamando, *ad exemplum*, quanto detto sulla prassi del sempre più limitato esercizio dei poteri ufficiosi, "è chiaro che il giudice interveniente deve essere motivato ad affrontare e a sostenere il disagio, se non il sospetto, di apparire vicino alla posizione della parte attrice, prevedibilmente ausiliata dalle prove aggiuntive. In altre parole e più esplicite, il giudice che applica l'art. 421 cod. proc. civ. è un giudice sensibile ai diritti dei lavoratori subordinati, dei cassintegrati, dei pensionati, degli invalidi; ma non mi sembra che il sentire comune, negli ultimi dieci, venti e più anni sia andato in questa direzione"²⁵.

In un momento di neutralizzazione di conflitti, con una normalizzazione della stessa magistratura, che non vuole più assumersi la responsabilità di scelte assiologiche e col rischio di una società "piena di diritti, ma vuota di politica"²⁶, vi è da riflettere quindi sulla validità di un processo caratterizzato da grande cultura tecnica, ma senza cuore valoriale: "la tecnica serve a fabbricare lo strumento processuale, mentre l'ideologia determina gli scopi che il processo dovrebbe conseguire. Entrambe sono congiuntamente necessarie e disgiuntamente insufficienti: la tecnica senza l'ideologia è vuota, mentre l'ideologia senza la tecnica è impotente"²⁷.

Dall'esterno, la traiettoria è caratterizzata dall'abbandono del vecchio

²⁴ FONTANA, *Per una storia critica del processo del lavoro dalla legge n. 533 ad oggi*, in *RIDL*, 2023, I, p. 330.

²⁵ GENTILE, *La specificità del processo del lavoro e il cambiamento della prassi*, in *QG*, 10 giugno 2021, *online*.

²⁶ RODOTÀ, *Le politiche del diritto ieri e oggi*, in MANNUZZU, CLEMENTI (a cura di), *Crisi della giurisdizione e crisi della politica*, Franco Angeli, 1988, p. 157.

²⁷ TARUFFO, *Cultura e processo*, in *RTDPC*, 2009, p. 71.

mito della prossimità fisica del giudice, che un tempo era addirittura presente (non solo nei capillari uffici di pretura, ma addirittura) direttamente nel luogo di lavoro. La spinta alla remotizzazione porta il rischio della anonimizzazione e della impersonalità del magistrato, aspetto che può generare la crisi anche del senso simbolico e solenne della giustizia e dell'autorità dello Stato²⁸.

Ora, se è vero che il soggettivismo giudiziario ed anche quindi interpretativo può avere effetti collaterali gravi in termini d'incertezza ed imprevedibilità del diritto, ingenerando “esternalità negative”²⁹ e deludendo un'istanza sociale ed economica importante e diffusa, resta fermo che *l'ubi consistam* della funzione del giudice del lavoro risiede proprio nella sua umanità, che, sola, gli consente di adempiere al dovere di amministrare e gestire una tutela diseguale, trovando punti di equilibrio e di sintesi, anche all'interno di un contesto cambiato e divisivo.

II. *Crisi di senso del modello*

Certamente la fisionomia qui tratteggiata costituisce il risultato di più fattori concomitanti, non ultimo l'ingresso nell'ordinamento giuslavoristico delle ragioni dell'economia, dunque dovremo dire che “la premessa necessaria è che il mercato globalizzato impone di rivedere non solo il diritto sostanziale ma anche il processo”³⁰.

Ma, su questa linea logica, la specialità del rito del lavoro geneticamente orientata alla difesa dei soggetti più deboli, e quindi con un forte portato assiologico, indirizzato più all'attuazione di scelte politiche, che alla risoluzione dei conflitti, oggi si ritrova uno strumento in larga parte confacente alle esigenze delle imprese, che sono più in grado di allineare la propria organizzazione ad un criterio di calcolabilità giuridica delle soluzioni, per esempio in conformità ad orientamenti giurisprudenziali emergenti. Basti pensare al profilo del precedente conforme e all'impegno di tempo e di risorse defen-

²⁸ Nella relazione d'inaugurazione dell'anno giudiziario 2024 del Consiglio Nazionale Forense, il Presidente Avv. Francesco Greco ha rilevato che impropriamente si parla di “servizio giustizia”, così manifestando una visione minimalista, quando invece è una tra le più importanti “funzioni” che uno Stato democratico deve assicurare.

²⁹ DEL PUNTA, *cit.*, p. 24.

³⁰ VIDIRI, *Il giuslavorista alla ricerca di sé stesso tra leggi oscure e giudici sovrani*, in *LG*, 2022, p. 1117.

sionali per elaborare un *distinguishing* o un *overruling*: quanto evidentemente questo impegno è più gravoso per il lavoratore a fronte della tendenziale maggiore capacità di resistenza e di attesa dell'impresa? A fronte di ciò, il margine di maggiore efficienza del processo del lavoro rispetto a quello ordinario, misurato in termini di durata media – aspetto ormai d'interesse ordinamentale più per gli investitori che per i deboli – costituisce oggi un dato positivo in sé, anche se i tempi restano comunque consistenti.

Il dato di sintesi, è dunque che la giustizia del lavoro, come ben compreso dal legislatore del 1973, continua ad essere un modello di natura sistemica e multilivello. Tuttavia, le singole tessere del mosaico risultano molto cambiate e quindi sembrerebbe modificato il disegno d'insieme. In questo stato di crisi, si pone allora la questione esiziale, se cioè abbia ancora senso e valore una tutela differenziata così conformata. Ci si deve dunque chiedere se possano essere considerate ancora persistenti condizioni disomogenee di partenza tra le parti, tali da giustificare e legittimare un diritto processuale diseguale. E la questione non è solo speculativa, ma è strettamente giuridica, e, in prospettiva, potrebbe riguardare in radice la persistente tenuta costituzionale di un sistema singolare, posto che la Corte Costituzionale ha più volte ribadito che, ai sensi dell'art. 3, co. 2, cod. proc. civ., il legislatore può e deve legittimamente adottare misure di normazione diseguale (solo) quando le posizioni di partenza siano davvero differenziate e nei limiti della ragionevolezza³¹.

Vero è che oggi gli *standard* socio-economici sono in parte mutati, e quindi è certo necessario richiamare le puntuali osservazioni di Arturo Carlo Jemolo³², allorché eccepiva che le categorie di datore di lavoro e di lavoratore subordinato non corrispondono a quelle di ricco e povero. Ma, con tutte le opportune precisazioni, la verità è che, purtroppo la forbice sociale ed economica evidenzia oggi difficoltà trasversali ancora più gravi del passato e diseguaglianze sempre crescenti non solo nel giudizio, ma addirittura nelle precondizioni di accesso a qualsiasi forma di tutela, e ciò anche solo considerando il profilo dei costi del processo e le disparità incrementate dalla tec-

³¹ Sia permesso rinviare ancora una volta al famoso scritto di Proto Pisani, che richiamava la necessità di “un meccanismo di neutralizzazione della notoria minor resistenza del lavoratore di fronte al rischio processuale”, tale da ripristinare una situazione di sostanziale parità, in coerenza col disposto dell'art. 3, co. 2, Cost. (PROTO PISANI, *Tutela giurisdizionale differenziata e nuovo processo del lavoro*, in *FI*, 1973, V, c. 207 ss.).

³² JEMOLO, «*Gli occhiali del giurista*»: *la legge è uguale per tutti*, in *RDC*, 1972, II, p. 103 ss.

nologia. Ciò potrebbe giustificare il dato registrato dalle rilevazioni statistiche ministeriali di una importante contrazione della domanda di giustizia, vista la significativa riduzione dei ricorsi in materia di lavoro depositati negli ultimi anni e non spiegabile solo col fattore pandemico³³.

In ogni caso, è la realtà sociale, economica e produttiva che invoca il rinvenimento di punti sostenibili, di equilibrio tra valori in conflitto anche di rango primario, come dimostra la terribile piaga delle morti sul lavoro.

12. *Prospettive e sfide*

Proprio la consapevolezza del bisogno di protezione dovrebbe stimolare il superamento di una crisi identitaria e di senso propria (della funzione degli operatori) del diritto del lavoro, attraverso un'urgente rivitalizzazione della vocazione di mediazione giudiziaria soprattutto del magistrato, quale figura deputata a valutare, di volta in volta, l'adeguatezza e l'effettività di ogni singolo rimedio, oltre che la sua astratta correttezza.

Condividendo a pieno il bisogno, largamente avvertito, di uno sforzo rifondativo, certamente vi è *in primis* da investire sul lato etico e deontologico delle professioni e della crescita motivazionale delle nuove generazioni; non vi è infatti effettività delle norme se non quella fondata e affidata alla coscienza morale nell'individuo. Ciò particolarmente vale nella giustizia del lavoro, imperniata proprio sulla funzione del giudice: "tutto dipende dalla sua preparazione, dalla sua capacità organizzativa, dalle sue motivazioni, dalla sua sensibilità giuslavoristica, dalla sua tensione ideale"³⁴.

Imprescindibile è, poi, recuperare anzi riassaporare il valore del dialogo: la capacità di saper parlare e di saper ascoltare dovrebbe ritrovare adeguati spazi e tempi di formazione, di crescita e di investimento. Lo spazio del confronto non è solo peraltro quello delle aule giudiziarie, ma è quello più ampio di cui gode la comunità dei giuristi, è lo spazio dell'accademia e degli altri luoghi di costruttivo incontro istituzionale, come certamente sono anche quelli delle Buone Prassi e dei Protocolli locali.

Necessario è poi tornare ad investire sull'impianto strutturale della giu-

³³ DE LUCA, *Processo del lavoro nei diversi gradi del giudizio: cinquant'anni dopo* in VTDL, 2023, pp. 1009-1035.

³⁴ PILEGGI, *La progressiva defunzionalizzazione del processo del lavoro*, in LDE, 2023, n. 4.

stizia del lavoro, dal punto di vista dell'ordinamento giudiziario (dalle valutazioni di professionalità, ai criteri di assegnazioni dei giudici, alla scelta della dirigenza), e negli ambiti propri delle politiche giudiziarie e finanziarie, con maggiori investimenti.

Pur assecondando le ragionevoli spinte evolutive e prendendo atto dei punti di non ritorno ormai raggiunti, si confida che il sistema, se i valori resteranno vivi, saprà rigenerare, anche in uno spazio non fisico, "l'insopprimibile caratura dialogica dell'udienza in cui il principio del contraddittorio si manifesta non solo come dibattito tra le parti, ma coinvolge anche il giudice nella sua posizione di interlocutore, espressione dell'esercizio pubblico dell'attività giudiziaria"³⁵.

Ma, alla base, resta fondamentale contrastare una latente crisi di senso, ed anche di consapevolezza dei ruoli, negli ambiti elettivi di ciascuno, arginando i rischi di disumanizzazione della giustizia, anche in vista delle future ineludibili sfide con l'intelligenza artificiale. Poiché ci troviamo chiaramente nell'epoca della transizione verso il mondo *legal-tech*, soprattutto per i giuristori, è necessario chiedersi "cosa significhi essere (e rimanere) umani nel momento della decisione"³⁶, così come in qualsiasi passaggio dell'attività giuridica, dal primo incontro dell'avvocato col cliente sino alla decisione del giudice. E ciò proprio tenendo conto che "l'accentramento degli orientamenti interpretativi e il distanziamento del giudice dalle parti" sono fattori che stimolano il giusto sviluppo tecnologico, ma rischiano di rendere obsoleti i canoni del rito del lavoro³⁷.

La crescita delle diseguaglianze, ma anche le enormi complessità del mondo imprenditoriale e produttivo, invocano un grandissimo sforzo di mediazione dei conflitti, a conferma della centralità del momento giurisprudenziale, e quindi forense, ed accademico del diritto del lavoro, anche in supplenza o supporto rispetto ad altri soggetti della scena talora ancora più in crisi, come il legislatore o il sindacato³⁸.

Questa è la ragione per cui oggi deve ribadirsi l'interesse pubblico in-

³⁵ Cass. 31 maggio 2023 n. 15311, proprio in un caso di trattazione scritta.

³⁶ BIASI, LOMBARDI, *Processo del lavoro e giustizia predittiva: prime riflessioni*, in *RIDL*, 2023, I, p. 364.

³⁷ FONTANA, *Intelligenza artificiale e giustizia del lavoro nell'epoca della "calcolabilità giuridica"*, in *DLRI*, 2023, p. 377. Anche nella citata relazione pronunciata dal Presidente del CNF è espressa la preoccupazione nei termini indicati.

³⁸ Da ultimo, TREU, *Processo del lavoro e ruolo del sindacato*, in *LDE*, n. speciale, 2023, p. 1 ss.

disponibile ed il fondamento costituzionale della giustizia del lavoro, quale modello di tutela differenziata, unica in grado di dare risposta adeguata alle domande di tutela giudiziaria effettiva, lontano dal paradigma dell'indifferenza e sul fondamento di un'incomprimibile "riserva di umanità".

Abstract

Partendo dall'osservazione della realtà quotidiana di molti uffici giudiziari e con un metodo di analisi esteso a tutto il modello della giustizia del lavoro, il saggio offre elementi di riflessione critica sui cambiamenti intervenuti non solo nel processo, ma anche nella realtà sociale, economica, professionale e culturale. Il ridimensionamento del ruolo del giudice del lavoro e la riduzione della presenza fisica nel processo costituiscono, secondo questa analisi, i possibili fattori di futuro passaggio verso una giustizia fondata sull'intelligenza artificiale. Tuttavia, l'umanità della giustizia del lavoro, continua a restare la sua essenza, e rende ragione della sua persistente necessità.

Starting from the observation of the daily reality of many judicial offices and with a method of analysis extended to the entire model of labor justice, the essay offers elements for critical reflection on the changes that have occurred not only in the process, but also in the social, economic, professional and cultural reality. According to this analysis, the downsizing of the role of the labour judge and the reduction of the physical presence in the trial are the possible factors of the future transition towards a justice based on artificial intelligence. However, the humanity of labour justice continues to remain its essence, and accounts for its persistent necessary.

Keywords

Processo del lavoro, ruolo del giudice del lavoro, rapporto dialogico tra magistratura e avvocatura, oralità, PNRR.

Labour process, role of the labour judge, dialogical relationship between justice and advocacy, orality, PNRR.

Marco Leonardi

Come possono convivere contrattazione e salario minimo

Sommario: **1.** Il possibile impatto di un salario minimo a 9 euro sulla struttura salariale italiana. **2.** (In)compatibilità tra salario minimo per legge e contrattazione collettiva. **3.** Conclusioni.

1. Il possibile impatto di un salario minimo a 9 euro sulla struttura salariale italiana

Molte città in Italia discutono della possibile istituzione di salari minimi comunali per le gare di appalto, Napoli, Roma e ora anche Milano. Nonostante ci siano molte differenze nel costo della vita, la cifra in discussione è sempre quella della proposta nazionale: 9 euro all'ora. Per studiare quale possano essere le conseguenze dell'introduzione di un salario minimo fissato a 9 euro sulla struttura salariale italiana è necessario innanzitutto capire come la proposta si relazioni ai contratti collettivi vigenti e alle retribuzioni effettivamente erogate.

In particolare, il primo punto da chiarire è se 9 euro rappresentino di più o di meno di quanto oggi offrano i principali CCNL. Gli studi disponibili al riguardo sono pochi e non univoci. E il risultato dipende dal considerare il TEM (Trattamento Economico Minimo) dei contratti, cioè il minimo tabellare oppure il TEC (Trattamento Economico Complessivo), cioè il minimo tabellare aumentato del TFR e tredicesima.

Bisogna qui subito specificare che già la scelta di far riferimento al TEM o al TEC dei contratti è indice di come si interpreta la funzione del salario minimo legale. L'esperienza internazionale vorrebbe che il salario minimo

legale fosse rapportato al TEM, tanto è vero che il salario minimo dovrebbe innanzitutto essere applicato a chi non è coperto dai contratti collettivi o ha lavori o ore talmente saltuarie da non essere coperto da 13esima e TFR. Tuttavia, chi oggi (ma non ieri, tempo in cui tutte le parti erano d'accordo nel confinare il salario minimo ai margini della contrattazione collettiva) intende il salario minimo come un modo per alzare il livello di retribuzione dei contratti collettivi si rapporta al TEC.

Damiano e Rotondi¹, analizzando i 154 CCNL delle principali categorie del settore privato, ricavano i minimi retributivi (TEM = paga base + contingenza) delle categorie più basse dei diversi inquadramenti professionali: il minimo retributivo in 15 CCNL su 154 è superiore a 9 euro, in 47 casi si colloca tra 8 e 9 euro, in 68 casi tra 7 e 8 euro, in 24 casi sotto i 7 euro. Il valore modale si colloca quindi tra 7 e 8 euro. Ovviamente si ottengono risultati diversi se si considera il TEC (TEM + ratei 13a, 14a e TFR): in tal caso sono assai numerosi i CCNL per i quali si osserva il superamento della soglia dei 9 euro.

La Fondazione Studi dei Consulenti del Lavoro² ha presentato una ricognizione su 61 CCNL particolarmente importanti per numero di dipendenti interessati (circa il 90%) ma si limita a calcolare il TEC: in 39 casi supera i 9 euro, in 22 casi si colloca al di sotto (superando comunque gli 8 euro in 18 casi).

Lombardo e Tiraboschi³ analizzano 11 CCNL tra i più importanti. Il TEC supera i 9 euro in 6 casi su 11. L'analisi del TEM è svolta solo "per i profili bassi più frequenti": per essi il TEC supera sempre i 9 euro ma il TEM solo in cinque casi su 11. In conclusione, sulla base degli studi finora noti, l'impatto di un TEM legale fissato a 9 euro sui minimi tabellari previsti dai CCNL risulta essere sicuramente consistente, interessando moltissimi CCNL.

La seconda questione da chiarire è come 9 euro si relazionino all'effettiva struttura salariale italiana. Al di là delle stime ufficiali sulla copertura dei contratti collettivi, è noto infatti che non vi sia una piena applicazione dei termini stabiliti dai CCNL⁴. In particolare, molte aziende dichiarano formalmente il rispetto dei CCNL e pagano i contributi minimi INPS ma poi

¹ DAMIANO, ROTONDI, *Il salario minimo in Europa e in Italia*, in *Il Sole 24 ore -Il corriere delle paghe*, n. 1, gennaio 2023.

² FONDAZIONE STUDI DEI CONSULENTI DEL LAVORO, *Salario minimo in Italia: elementi per una valutazione*, 13 luglio 2023.

³ LOMBARDO, TIRABOSCHI, *Conoscere per deliberare: quale impatto per lavoratori, sindacati e imprese di un salario minimo legale a 9 euro?*, in *BA*, 3 luglio 2023, n. 25.

⁴ GARNERO, *The Dog That Barks Doesn't Bite: Coverage and compliance of sectoral minimum wages in Italy*, in *IZA JLP*, 2018, vol. 7 (3).

le buste paga sono in pratica molto più leggere del dovuto per mille ragioni legate alle ore di lavoro o a veri e propri fenomeni illegali.

Per rispondere a questa seconda domanda è necessario individuare il numero di dipendenti per i quali il salario dovrebbe essere immediatamente innalzato – e di quanto – nel caso di introduzione del salario minimo legale. Dai dati INPS sotto la soglia TEM dei 9 euro all'ora si trovano nel 2022 4,2 milioni di dipendenti, pari al 26% del totale (circa 17 milioni di lavoratori): si tratta di 3,3 milioni di dipendenti privati (con addensamenti significativi tra i somministrati e tra i dipendenti di alberghi-ristorazione), quasi 300.000 operai agricoli e oltre 600.000 lavoratori domestici (l'87% di questa categoria). Questa incidenza però variava notevolmente a seconda della diversa intensità occupazionale:

- era pari al 6% (meno di 400.000) tra i dipendenti occupati l'intero anno a tempo pieno;

- saliva al 70% (oltre 3 milioni) per i dipendenti a tempo pieno ma discontinui, quindi con buchi occupazionali nel corso dell'anno;

- arrivava infine all'89% (quasi 5 milioni) tra i lavoratori a *part-time*.

In termini monetari l'incremento della massa salariale dei 4,2 milioni sotto soglia dei 9 euro si aggirerebbe sui 7,6 miliardi di euro (di cui 1,8 miliardi a carico delle famiglie, per il lavoro domestico). Per Istat l'introduzione del reddito minimo comporterebbe un incremento medio annuo di 804 euro per rapporto per un totale di 2,8 miliardi di euro; la retribuzione media annuale dei rapporti interessati risulterebbe incrementata del 14,6%. Si tratta di un impatto nettamente inferiore a quello calcolato da Inps (2023) ma si spiega largamente sia con l'esclusione in Istat di domestici e operai agricoli sia con l'utilizzo di una nozione TEC piuttosto che TEM.

Inoltre, l'introduzione di un salario minimo a 9 euro avrebbe un effetto anche al di là di coloro che sono attualmente pagati meno di quella cifra: il salario minimo, infatti, ha ricadute (in inglese si parla di *spillovers*) anche a livelli più elevati della distribuzione salariale perché il minimo è utilizzato, formalmente o informalmente, come parametro di riferimento nella negoziazione dei salari collettivi e individuali. La magnitudo degli *spillovers* varia significativamente nei paesi per cui sono disponibili delle stime e dipende dal livello del salario minimo, dalla distribuzione dei salari e dal peso della contrattazione collettiva. È possibile immaginare che un minimo a 9 euro in un paese come l'Italia in cui la distribuzione salariale (oraria) è relativamente compressa e la contrattazione collettiva pervasiva possa avere effetti di *spillo-*

vers importanti, coinvolgendo quindi un numero ben più ampio delle stime dei lavoratori attualmente sotto soglia.

In conclusione di questa rapida carrellata delle stime disponibili, è possibile concludere che il valore-soglia di 9 euro (TEM), se adottato, implicherebbe un impatto significativo sia sui minimi tabellari dei CCNL sia sulle retribuzioni effettive, come del resto ovvio se il salario minimo corrisponde a valori attorno al 75% del salario orario mediano (mentre nei paesi OCSE il salario minimo tende a variare tra il 40% e il 60% del mediano).

L'adozione di un salario minimo a 9 euro si configurerebbe, quindi, come un intervento atto a discriminare le posizioni di sfruttamento e, se pienamente applicato, a stroncare le retribuzioni troppo basse, ma anche a modificare sensibilmente la distribuzione salariale attuale.

Questo non significa affatto che il salario minimo non si debba introdurre nell'ordinamento italiano, quanto piuttosto che debba essere fissato ad un livello compatibile con la struttura economica e dei contratti collettivi. Del resto, nei paesi europei in cui è presente, il salario minimo copre sempre una percentuale di lavoratori inferiore al 10%, con le sole eccezioni di Francia e Slovenia.

2. *(In)compatibilità tra salario minimo per legge e contrattazione collettiva*

Le proposte di introduzione di un salario minimo legale in Italia hanno incontrato fin da subito la resistenza delle parti sociali e di numerosi studiosi i quali temono che esso porti a uno svuotamento della contrattazione collettiva. Il timore è che una volta stabilito un minimo per legge le imprese si limitino a pagare quel minimo, abbandonando il contratto collettivo e tutti gli istituti aggiuntivi ai minimi tabellari che questo garantisce. Oppure che, se stabilito a un livello troppo elevato, renda inutili i contratti collettivi. Meno presente in Italia, ma forte nel dibattito nei paesi nordici, è anche la paura che la fissazione per legge del minimo salariale (come anche l'estensione per legge dei contratti) tolga un incentivo ai lavoratori a sindacalizzarsi ("perché pagare la quota di iscrizione se tanto ci pensa la legge?"), indebolendo il movimento dei lavoratori.

Sono paure che riflettono la natura profonda delle relazioni industriali italiane fondata su una bassa e debole regolazione legale per cui l'intervento del legislatore è spesso visto come un'indebita (e potenzialmente dannosa) interferenza nella libertà negoziale delle parti. Tuttavia, in Italia, esistono o

sono esistite già varie determinazioni legali del salario, dall'indennità di disponibilità per il lavoro somministrato o intermittente ai c.d. *voucher*, il cui valore nominale era fissato con decreto del Ministro del lavoro o al libretto di famiglia per i piccoli lavori domestici.

Guardando all'esperienza degli altri paesi, si può dire che dove la contrattazione collettiva è assente o poco sviluppata, un salario minimo per legge è l'unico strumento per i lavoratori con una posizione contrattuale debole (Tabella 1). In molti paesi dell'est Europa o del mondo anglosassone, dove la contrattazione collettiva è molto debole, solo il minimo per legge garantisce una base salariale inderogabile. All'estremo opposto, nei paesi nordici così come in Austria e Italia, la copertura della contrattazione è ampia a sufficienza per garantire la stragrande maggioranza di lavoratori dipendenti.

Tabella 1 – Copertura dei contratti collettivi e salario minimo legale nei Paesi dell'Unione europea

	Copertura dei contratti bassa (<40%)	Copertura media (>40%&<80%)	Copertura alta (>80%)
Salari minimi nella contrattazione collettiva	-		Austria, Danimarca, Fin- landia, Italia, Svezia
Salario minimo per legge	Estonia, Grecia, Irlanda, Lettonia, Lituania, Bulgaria, Ungheria, Polonia, Romania, Rep. Ceca, Slovacchia	Cipro, Croazia, Germania, Lussemburgo, Malta, Portogallo, Olanda, Slovenia	Belgio, Francia, Spagna

Fonte: elaborazione su dati OECD/AIAS ICTWSS.

Ci sono, tuttavia, una serie di paesi in cui la contrattazione è forte, ma il salario minimo interviene comunque a complemento. In Belgio, Francia, Spagna, ma anche Germania, Portogallo e Olanda, per esempio, convivono una copertura dei contratti collettivi elevata o abbastanza elevata e il salario minimo legale (di valore elevato, almeno relativamente alla distribuzione dei salari, in Francia e Portogallo, più moderato in Belgio, Germania, Spagna e Olanda).

In Belgio, per esempio, i contratti collettivi sono estesi *erga omnes* e coprono praticamente tutti i lavoratori e il salario minimo, anch'esso negoziato dalle parti, è solo la protezione di ultima istanza e nei fatti copre un numero molto limitato di lavoratori.

Anche in Francia i contratti collettivi coprono praticamente tutti i lavoratori e i contratti collettivi sono estesi per legge con una procedura semi-automatica, ma il salario minimo che è fissato dal governo sulla base di una formula di rivalorizzazione automatica e l'opinione di un gruppo di esperti copre oltre un lavoratore su dieci e ha un forte effetto leva sui minimi tabellari. Nel caso francese, il salario minimo è un traino importante (alcuni dicono troppo importante) per la rinegoziazione dei contratti.

In Olanda dove l'estensione *erga omnes* è regolata con criteri abbastanza stringenti, invece, il salario minimo segue l'evoluzione dei salari della contrattazione collettiva. Si può dire che rappresenti come in Belgio una rete di protezione di ultima istanza, proteggendo chi esce dalle maglie e andando a rimorchio della contrattazione collettiva.

In Germania, infine, l'estensione *erga omnes* è ormai una rarità e il salario minimo è stato introdotto per proteggere quei settori dove la negoziazione collettiva non riesce più ad arrivare e, al netto dell'aumento a 12 euro deciso per l'autunno, è lasciato nelle mani di una commissione di parti datoriali e sindacali che come regola informale prende l'andamento dei salari negoziati come riferimento. Anche in questo caso il minimo svolge soprattutto una funzione di protezione per chi *de jure* o *de facto* sfugge alla contrattazione. In Germania, la questione è stata oggetto di due studi recenti di ricercatori affini ai sindacati (e quindi, supponiamo, non interessati a minimizzare la questione)⁵: con un mix di metodi quantitativi e qualitativi questi studi sono

⁵ BISPINCK ET AL., *Entwicklung des Tarifgeschehens vor und nach der Einführung des gesetzlichen Mindestlohns*, Bundesministeriums für Arbeit und Soziales, 2020 e BISPINCK ET AL., *Auswirkungen des gesetzlichen Mindestlohns auf das Tarifgeschehen*, Mindestlohnkommission, 2023.

giunti alla conclusione che “il salario minimo non ha avuto quasi alcun effetto sulla volontà di impegnarsi nella contrattazione collettiva. Anche la copertura della contrattazione collettiva è rimasta inalterata. [...] Al contrario, la contrattazione collettiva è stata spesso fortemente influenzata [dal salario minimo] nella fascia più bassa delle scale salariali e, a seconda del settore, ha portato a una compressione della struttura salariale o ha contribuito a uno spostamento verso l’alto dell’intera griglia salariale”⁶. In Germania, inoltre, Ress e Spohr⁷ trovano un effetto positivo dell’introduzione del salario minimo sul tasso di adesione ai sindacati⁸.

In sostanza, l’esperienza europea suggerisce che un salario minimo per legge non sia necessariamente alternativo o addirittura dannoso per la contrattazione collettiva. I due sistemi possono convivere e, anzi, rafforzarsi a vicenda. A differenza di altri paesi, però, in Italia non esiste un’estensione *erga omnes* dei contratti e la proliferazione dei CCNL mostra come il sistema di contrattazione collettiva italiano sia già su un crinale stretto. È comprensibile, quindi, che alcune parti sociali e alcuni studiosi chiedano di procedere con prudenza. Nel corso degli anni recenti, sono state diverse le proposte per evitare un intervento *ex abrupto*.

Come già richiamato, la legge delega del *Jobs Act* che nel 2014 aveva trovato un compromesso specificando che il salario minimo legale dovesse essere introdotto solo per i lavoratori non coperti dalla contrattazione collettiva. Tuttavia, fin da subito, si era capito che questa formulazione non aveva alcuna valenza pratica. Attraverso l’articolo 36 della Costituzione, tutti i lavoratori dipendenti in Italia sono o possono essere coperti da un contratto o direttamente o indirettamente come riferimento per il giudice. Non a caso, nonostante la delega a legiferare in materia, alla fine non se ne fece niente.

Più recentemente alcune convergenze sono state trovare sulla proposta di estendere l’applicazione dei contratti collettivi principali a tutti i lavoratori del settore in questione (il cosiddetto ‘*erga omnes*’). Se tutti i lavoratori di-

⁶ Traduzione degli autori da BISPINCK ET AL., *Entwicklung des Tarifgeschehens*, cit.

⁷ RESS, SPOHR, *Was it worth it? The impact of the German minimum wage on union membership of employees*, in *EID*, 2022, 43(4), pp. 1699–1723.

⁸ Negli Stati Uniti, invece, CLEMENS e STRAIN (*The Minimum Wage and Union Membership among Minimum Wage Workers: Why Do Unions Advocate for Minimum Wage Increases?*, IZA DP No. 15685) trovano degli elementi a supporto della tesi del *freeriding*, cioè minore adesione ai sindacati in conseguenza a un uso Maggiore del salario minimo.

pendenti sono coperti da un contratto collettivo firmato da parti rappresentative, l'esigenza di un minimo per legge è molto limitata. E comunque la possibilità di uscire dai contratti per pagare il minimo non sarebbe più possibile. Questa opzione, però, si scontra con alcuni problemi giuridico-politici di non secondaria importanza, quali la definizione di chi sono le parti rappresentative, in particolare tra le parti datoriali, e qual è il perimetro di applicazione dei contratti, cioè quale contratto si applica a chi. E in ogni caso resterebbe il problema di evitare un irrigidimento ulteriore del sistema di negoziazione salariale (e quindi una probabile inefficacia nel proteggere i lavoratori più deboli che in questi anni si è riflesso nel fenomeno dei 'contratti pirata') che non trova (più) alcuno spazio nel dibattito pubblico attuale. Tuttavia, l'*erga omnes* potrebbe essere utilizzato come strumento temporaneo e circoscritto a pochi settori in attesa dell'introduzione di un minimo di legge. Sempre in Germania, quando fu introdotto il salario minimo, sei settori che avevano salari inferiori al minimo furono coperti nel 2015 con un *erga omnes* temporaneo al livello inferiore alla soglia del minimo in modo che avessero tempo di adeguarsi.

L'ultima proposta in ordine di tempo, esposta nella Relazione sul lavoro povero che insieme ad altri colleghi l'autore di questo articolo ha predisposto nel gennaio 2022 su richiesta del Ministro del Lavoro e delle Politiche Sociali, è quella di procedere in maniera sperimentale, sia nel caso del salario minimo per legge sia in quello dell'*erga omnes*. Invece di cercare la quadratura del cerchio a livello nazionale, si potrebbe partire in alcuni limitati settori dove la situazione è particolarmente complessa ed esistono oggettive evidenze di fragilità dei lavoratori. Da tale esperienza si potrebbe poi procedere ad un monitoraggio e valutazione insieme alle parti sociali interessate sul modello di quanto avvenuto in Germania dove, a partire dal 1997, vennero introdotti salari minimi definiti per legge, ma sulla base di un accordo tra le parti, per singoli settori. Si iniziò con le costruzioni e si proseguì su questa strada. Nel caso italiano, la sperimentazione dovrebbe basarsi su un coinvolgimento diretto delle parti sociali, per esempio utilizzando il CNEL come istituzione di coordinamento, dando, però, indicazioni precise sui tempi entro i quali interverrebbe il Ministero in maniera autonoma, se le parti non dovessero arrivare ad un accordo relativamente agli ambiti della sperimentazione.

3. Conclusioni

In conclusione, sulla base delle esperienze internazionali, appare difficile affermare che salario minimo e contrattazione collettiva siano due strumenti che non possono convivere. Tuttavia, la convivenza dipende dal disegno esatto dei due strumenti e ovviamente dalla soglia di salario minimo prescelta che non deve interferire con i contratti maggiori e deve riguardare una percentuale di lavoratori che non implichi una variazione eccessiva della distribuzione dei salari.

Stante la situazione attuale, la cifra attualmente in discussione implicherebbe un impatto significativo (al rialzo) sia sui minimi tabellari dei CCNL sia sulle retribuzioni effettive. Più che di compatibilità con il sistema di contrattazione collettiva, la domanda che si pone è la sostenibilità economica della cifra proposta per un sistema economico che, a parte la forte ripresa post Covid-19, sembra tornare su un cammino di crescita inferiore a quelli degli altri paesi europei.

Data la complessità tecnica e politica di identificare *ex ante*, la cifra ‘giusta’, ritengo che la definizione della cifra dovrebbe essere il punto di arrivo del processo, dopo una più attenta analisi delle retribuzioni previste dai CCNL ed effettivamente in vigore, e non quello di partenza. E che idealmente la decisione sulla cifra sia affidata ad una commissione composta da rappresentanti dei lavoratori, dei datori di lavoro e tecnici indipendenti. Sarebbe, inoltre, consigliabile di cominciare in maniera graduale e, poi, accelerare sulla base di adeguate e dettagliate valutazioni. Il modello delle commissioni indipendenti riscontra un successo crescente nei paesi europei, a partire dai casi scuola di Regno Unito e Germania, ma anche in Francia, Spagna e Grecia.

Abstract

Negli ultimi anni si è registrato un crescente interesse per i salari minimi legali a livello europeo e internazionale. Recentemente molti paesi come l'Ungheria, la Corea, la Spagna e il Regno Unito, nonché diversi Stati e città degli Stati Uniti, hanno aumentato significativamente i loro salari minimi facendone uno strumento di lotta all'inflazione. In Italia, il tema del salario minimo è in discussione da almeno due decenni. Recentemente il tema è tornato in maniera prepotente nell'agenda parlamentare con la proposta dei partiti di opposizione di fissare un salario minimo a 9 euro all'ora. La proposta è stata rigettata a livello nazionale ma è adottata da alcune città per gli appalti comunali. In questo articolo, discutiamo prima il possibile impatto di un salario minimo a 9 euro sulla struttura salariale italiana per poi passare a discutere la presunta incompatibilità tra salario minimo per legge e contrattazione collettiva. In conclusione, proponiamo un metodo per fissare la cifra in linea con le migliori esperienze in altri paesi.

Recently many countries have set up their legal minimum wages. Hungary, Korea, Spain, UK and many states in the US have risen their minimum wages as instrument to fight inflation. In Italy the minimum wage is under discussion since 20 years. Recently, a joint proposal by the opposition parties has been rejected in Parliament but many municipalities are adopting 'minimum wages' in their public procurement competitions. We discuss the impact of a minimum wage threshold at 9 euros on the wage distribution and the relationship between a minimum level imposed by the law and contractual wages.

Keywords

Salario minimo, contrattazione collettiva, TEM, TEC.

Minimum wage, collective agreements, TEM, TEC.

Milena d’Oriano

La Cassazione sul salario minimo costituzionale: *the day after*

Sommario: **1.** La nuova giurisprudenza sul trattamento salariale minimo. **2.** Una breve premessa: il valore del lavoro nella Costituzione. **3.** La ricostruzione dei precedenti e l’assenza dei presupposti per una rimessione alle Sezioni Unite. **4.** Il confronto con la legge e l’assenza dei presupposti per una rimessione alla Corte costituzionale. **5.** Il giudice e la contrattazione collettiva; ingerenza o sostegno? **6.** L’inecepibile riferimento alla direttiva UE 2022/2041. **7.** Il paventato “soggettivismo” e l’imprevedibilità delle decisioni. **8.** Conclusioni.

1. *La nuova giurisprudenza sul trattamento salariale minimo*

Sono trascorsi ormai diversi mesi dalla pubblicazione delle sentenze con cui la Sezione lavoro della Corte di cassazione si è pronunciata in tema di “salario minimo costituzionale”, definendo, in senso favorevole ai lavoratori, un nutrito contenzioso in cui veniva denunciata la violazione dei canoni della proporzionalità e sufficienza di cui all’art. 36 Cost. da parte dei trattamenti salariali fissati dal contratto collettivo di categoria “per i dipendenti delle imprese di vigilanza privata e servizi fiduciari”, stipulato anche da organizzazioni sindacali dotate di certa rappresentatività sul piano nazionale.

Sull’argomento si sono susseguiti convegni, dibattiti, tante pubblicazioni, raccolte di saggi ed interi numeri di riviste scientifiche¹ dedicate ad esplorare

¹ Cfr. ALBI (a cura di), *Salario minimo e salario giusto*, Giappichelli, 2023; ALLEVA, *La Corte di Cassazione approva il salario minimo*, in *Comma 2*, del 3 ottobre 2023; ANDREONI *La giusta retribuzione secondo la Cassazione*, in *RGL, Giurisprudenza online*, 2023, n. 10; AA.VV. *Numero Antologico speciale salario minimo e dintorni*, in *LDE*, 2024, parte 4^o; BARBIERI *Il salario minimo tra discussione politica e giurisprudenza*, in *LDE*, 2023, n. 3; BRONZINI, *Il contributo della Corte di Cas-*

con rinnovato interesse il rapporto Costituzione, retribuzione e contrattazione.

Delle sei pronunce, tre, depositate il 2 ottobre 2023², hanno cassato con rinvio le decisioni delle Corti di appello di Torino e Milano, di riforma di sentenze di primo grado che avevano ritenuto le retribuzioni censurate non conformi all'art. 36 Cost.; altre tre³, depositate il 10 ottobre 2023, hanno rigettato i ricorsi presentati contro pronunce della Corte d'appello di Milano che avevano, invece, accolto le istanze dei ricorrenti.

Seppure simili le decisioni non sono esattamente sovrapponibili, anche in conseguenza delle diverse questioni collaterali sottoposte al giudizio della Corte (ad es. in tema di ferie, licenziamento, ecc.), della diversa natura dei datori di lavoro (in due casi società cooperative), del differente segno della pronuncia; in particolare, solo nelle prime tre decisioni di accoglimento la Corte si esprime, come dovuto ai sensi dell'art. 384 cod. proc. civ., nella formulazione dei principi di diritto, dedicando una particolare attenzione, in vista del giudizio di rinvio, sia alla elaborazione degli indici sintomatici dell'inadeguatezza della retribuzione (cd. *pars destruens*), sia alla indicazione dei criteri parametrici sostitutivi del salario insufficiente (cd. *pars construens*).

Il clamore conseguito alle pronunce è la prova dell'importanza dei prin-

szazione per risolvere il tema dei «salari indecenti», in LDE, 2023, n. 3; CARABELLI, Considerazioni sull'interpretazione dell'art. 36 c. 1 Cost., in RGL 2023, I, p. 647 ss.; CAZZOLA, La "nazionalizzazione del salario" finisce in Cassazione, in Adapt, bollettino del 16 ottobre 2023; DELFINO, La recente giurisprudenza della Cassazione in materia di salario minimo, ovvero alla ricerca della soglia di povertà, in DLM, 2023, p. 547 ss.; D'ORIANO, La Cassazione sul salario minimo costituzionale: squarciato il velo sul lavoro "povero", in LG, 2023, p. 1032 ss.; FERRARO, Il salario minimo tra prelievo previdenziale e relazioni sindacali, in RDSS, 2023, p. 721 ss.; GRAGNOLI, La recente giurisprudenza di legittimità e la dissociazione fra sufficienza e proporzionalità della retribuzione, in LDE, 2024, n. 2; ICHINO, Se è il giudice a stabilire il salario minimo, in lavoce.info del 16 dicembre 2023; LASSANDARI, La Suprema Corte e il contratto collettivo: alla ricerca dell'equa retribuzione, in RGL, 2023, II, p. 497 ss.; MARTELLONI, Il salario minimo legale come strumento di attuazione costituzionale, in Costituzionalismo.it, 2023, n. 3; MISCIONE, Minimi retributivi e libertà sindacale nel controllo giurisdizionale imposto dall'art. 36 della Costituzione, in LDE, 2024, n. 2; PISANI, Salario minimo legale: una soluzione semplicistica ad un problema complesso, in LDE, 2023, n. 3; SARACINI, Giudice, contrattazione e retribuzione: l'ennesima "istantanea" della debolezza del sistema sindacale di fatto, in RIDL, 2023, II, p. 688 ss.; ZOLI, Il riconoscimento dello status di cittadinanza tra retribuzione adeguata e salario minimo legale, in LDE, 2024, n. 1; ZOPPOLI L., Il salario minimo legale: un vecchio nodo che viene al pettine in modo sbagliato, in LDE, 2023, n. 3.

² Cass. 2 ottobre 2023 n. 27711, n. 27713 e n. 27769.

³ Cass. 10 ottobre 2023 n. 28320, n. 28321 e n. 28323.

cipi in esse affermati e della loro portata innovativa; tante le voci adesive, ma non minori le osservazioni critiche che si sono affannate nella ricerca di errori sistematici e motivazionali che potessero disinnescare le potenzialità applicative di quei principi nella tutela dei *working poor*.

L'enfasi di alcune obiezioni sollecita qualche considerazione a margine, ripercorrendo sinteticamente i punti più controversi.

2. *Una breve premessa: il valore del lavoro nella Costituzione*

In premessa, noti i principi enunciati, va senza dubbio ascritto al merito di tali sentenze l'aver riaperto l'attenzione degli interpreti sul valore del lavoro e sul diritto alla giusta retribuzione nella Costituzione, temi che apparivano solo fuggacemente sullo sfondo del dibattito politico in corso sul salario minimo legale.

Non appare mai retorico ricordare che il lavoro è un “fondamentale diritto di libertà della persona umana”⁴ che si arricchisce della coesistenza di aspetti materiali e di una componente ideale; dal principio lavoristico espresso all'art. 1 ai successivi articoli della Costituzione emerge la centralità del lavoro non solo per lo sviluppo e la crescita economica di un paese, ma anche quale mezzo di affermazione della personalità e della dignità dell'uomo, quale singolo e quale cittadino.

Dopo la solenne affermazione del principio personalista e di quello della solidarietà di cui all'art. 2 Cost, il compito della Repubblica di rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale che impediscono l'uguaglianza sostanziale dei cittadini di cui all'art. 3 si realizza attraverso il sostegno sia al pieno sviluppo della persona umana, che non può prescindere dalla sua realizzazione in campo lavorativo, sia alla partecipazione di tutti i “lavoratori” all'organizzazione politica sociale ed economica del paese; l'art. 4 ne completa la proclamazione quale valore costituzionale fondamentale con il riconoscimento della sua natura anfibologica di diritto-dovere a mezzo del quale ogni cittadino contribuisce alla crescita materiale e spirituale della società.

Tale polisemia è efficacemente colta dalla direttiva UE 2022/2041 del 19 ottobre 2022, relativa a salari minimi adeguati nell'Unione Europea, che,

⁴ Cfr. C. Cost. n. 45 del 1965.

pur nella sua portata meramente programmatica e propulsiva, nel considerando n. 28 sollecita l'utilizzo di strumenti di determinazione del salario minimo adeguato che tengano conto oltre che delle necessità materiali "quali cibo, vestiario e alloggio" anche della necessità del lavoratore "di partecipare ad attività culturali, educative e sociali".

Questo diritto di libertà si realizza tramite la "giusta retribuzione" ex art. 36 Cost.; già nella sentenza n. 30 del 1960 la Corte costituzionale affermava che il diritto alla "giusta retribuzione" è un "diritto soggettivo perfetto" destinato a trovare immediata applicazione senza la necessità di una attuazione tramite legge ordinaria.

L'art. 36 Cost. detta anche le unità di misura del valore del lavoro; i criteri per la determinazione della retribuzione come "diritto" sono individuati nella proporzionalità alla qualità e quantità della prestazione lavorativa e nella sua sufficienza.

Senza che esista una gerarchia dei due principi, che l'espressione "e in ogni caso" pone in un indissolubile rapporto di complementarietà, la proporzionalità ne sottolinea la funzione corrispettiva nell'ambito del sinallagma contrattuale del contratto di lavoro, la sufficienza ne esalta la funzione sociale, quale strumento indispensabile ad assicurare al lavoratore ed alla sua famiglia un'esistenza libera e dignitosa.

Entrambi sono canoni astratti che, come tutte le clausole generali, necessitano di essere riempiti di un contenuto che garantisca effettività al precetto costituzionale, posto come limite all'autonomia negoziale a tutela della libertà dal bisogno e della dignità del lavoratore.

Il precetto costituzionale è vincolante per il legislatore, per le parti private e per le parti sociali; è compito della giurisdizione vigilare sulla sua attuazione con gli strumenti che l'ordinamento ha all'uopo predisposto.

3. *La ricostruzione dei precedenti e l'assenza dei presupposti per una rimessione alle Sezioni Unite*

Le sentenze si aprono con un'ampia pagina ricostruttiva del percorso che ha portato la giurisprudenza a colmare il vuoto lasciato dalla mancata attuazione dell'art. 39 Cost. e a garantire la tutela salariale dei lavoratori attraverso il riconoscimento dell'applicabilità *erga omnes* dei contratti collettivi, almeno sul piano retributivo e in sede giudiziale.

Sin dagli anni '50 la Corte di cassazione ha dato attuazione al diritto soggettivo perfetto alla retribuzione adeguata di cui all'art. 36 Cost. riconoscendo immediata efficacia precettiva a tale disposizione nei rapporti individuali attraverso il combinato disposto degli artt. 1419, secondo comma, e 2099, secondo comma, cod. civ.

Il meccanismo è noto: ove la retribuzione prevista nel contratto di lavoro, individuale o collettivo, risulti inferiore a questa soglia minima, la clausola contrattuale è nulla e, in applicazione del principio di conservazione, il giudice adegua la retribuzione secondo i criteri dell'art. 36 Cost., con valutazione discrezionale, e procedendo alla determinazione giudiziale della retribuzione consentita.

Sempre con orientamento consolidato, la S.C. ha individuato il parametro sostitutivo nei trattamenti retributivi previsti dalla contrattazione collettiva applicabile, a cui ha riconosciuto una presunzione di adeguatezza sul presupposto che quei trattamenti, frutto della trattativa sindacale finalizzata a contemperare le esigenze dei lavoratori e dei datori, costituissero un affidabile criterio di riferimento per stabilire ciò che le stesse parti sociali avevano ritenuto un salario giusto in una determinata congiuntura economica-spazio-temporale, e quindi un parametro idoneo a rappresentare la situazione del mercato del lavoro e le dinamiche delle relazioni industriali.

Presunzione evidentemente relativa, rispetto alla cui operatività opera una mera facoltà e non un obbligo di utilizzazione, facendo salva la possibilità del giudice di discostarsi, sia *in melius* che *in peius*, con un onere di adeguata motivazione⁵.

Sin da una giurisprudenza risalente viene affermato che il giudice può motivatamente utilizzare parametri differenti da quelli contrattuali e “fondare la pronuncia, anziché su tali parametri, sulla natura e sulle caratteristiche della concreta attività svolta, su nozioni di comune esperienza e, in difetto di utili elementi, anche su criteri equitativi”⁶.

Nel 1997 le Sezioni Unite⁷, a composizione di un contrasto sorto in merito al caso in cui il datore di lavoro applichi un contratto proprio di un

⁵ Tra le tante, Cass. 20 dicembre 1962 n. 3395; 2 aprile 1966 n. 1038; 25 giugno 1969 n. 275; 18 luglio 1972 n. 2458; 23 aprile 1979 n. 2302; 14 gennaio 1986 n. 163; 13 ottobre 1987 n. 7563; 18 giugno 1986 n. 4096; 14 dicembre 1990 n. 11881.

⁶ Vedi in Cass. 28 marzo 1985 n. 2193; 20 marzo 1987 n. 2791; 30 novembre 2016 n. 24449.

⁷ Cass. Sez. Un. 26 marzo 1997 n. 2665.

settore non corrispondente a quello dell'attività svolta dall'imprenditore, hanno affermato che, sebbene il lavoratore non possa aspirare all'applicazione di un contratto collettivo diverso se il datore di lavoro non vi è obbligato per appartenenza sindacale, può tuttavia richiamare tale disciplina come termine di riferimento per la determinazione della retribuzione *ex art. 36 Cost.*, deducendo la non conformità al precetto costituzionale del trattamento economico previsto nel contratto applicato, dal momento che tale norma permette "al giudice di adeguare la retribuzione ai detti parametri, facendo per l'appunto riferimento a quella prevista nel contratto di categoria"⁸.

Il corposo elenco dei precedenti citati nelle sentenze in commento si può integrare ricordando che, senza suscitare identico clamore, la S.C. aveva in passato riconosciuto al giudice di discostarsi dai contratti collettivi nazionali in senso riduttivo, mancando un "criterio legale di scelta nell'ipotesi di una pluralità di norme collettive"⁹; ed anche affermato che il giudice di merito ben può, nella scelta del parametro contrattuale, far riferimento agli importi previsti da un contratto collettivo locale o anche aziendale, pur se peggiorativo rispetto al contratto collettivo nazionale e pur se intervenuto in periodo successivo alla conclusione del rapporto di lavoro di cui trattasi, e che ove tuttavia il contratto aziendale sia scaduto e non sia più congruo e sufficiente (come dimostrato proprio dalla sua mancata rinnovazione) può escluderne l'utilizzabilità come parametro, facendo per converso riferimento ad altro contratto collettivo di diverso livello¹⁰.

In successive decisioni la Corte di cassazione ha arricchito le pronunce con un invito alla cautela e, ove la retribuzione sia prevista da un contratto collettivo, ha esortato il giudice ad usare la sua discrezionalità nell'adeguare la retribuzione secondo i criteri dell'art. 36 con la massima prudenza, e comunque con adeguata motivazione¹¹.

Solo due anni prima la Corte¹², con una motivazione più sintetica passata del tutto sotto silenzio, aveva confermato una sentenza di appello che affermava il potere del giudice di discostarsi *in melius* dai parametri collettivi, sia pure concordati dalle organizzazioni sindacali più rappresentative dei la-

⁸ Per successive conformi *ex plurimis* Cass. 15 dicembre 1997 n. 12663; 26 marzo 1998 n. 3218; 8 maggio 2008 n. 11372; 18 dicembre 2014 n. 26742; 26 novembre 2015 n. 24160.

⁹ Vedi fra le altre Cass. 9 agosto 1996 n. 7383 e 28 agosto 2004 n. 17250.

¹⁰ Cass. 26 marzo 1998 n. 3218; 2 settembre 2007 n. 19467; 31 gennaio 2012 n. 1415.

¹¹ Tra le altre, Cass. 1° febbraio 2006 n. 2245 e 14 gennaio 2021 n. 546.

¹² Cass. 6 dicembre 2021 n. 38666.

voratori, proprio in riferimento allo stesso ccnl imprese di vigilanza e servizi fiduciari, accertando il diritto di un socio lavoratore, addetto alla *reception* di un istituto bancario, di percepire un trattamento non inferiore a quello previsto dal ccnl dipendenti proprietari fabbricati.

Ebbene tale risalente e pacifico orientamento, tanto consolidato da asurgere al rango di diritto vivente, è stato indubbiato al punto da affermare che la Sezione lavoro della Corte avrebbe dovuto astenersi dalla decisione, seppure assunta all'esito di una pubblica udienza e in un collegio presieduto dal Presidente dell'intera Sezione¹³, e rimettere la questione alle Sezioni Unite.

Su quali presupposti è difficile capire, sia per l'assenza di contrasti sia perché si era in presenza di una tipica questione in materia di retribuzione adeguata *ex art.* 36, di importanza equivalente a tante altre di cui la specializzazione della Sezione garantisce l'adeguata ponderazione.

In punto di diritto resta da chiedersi se la Corte potesse giungere ad una diversa conclusione. Poteva forse affermare: che la violazione dell'art 36 Cost. non è denunciabile se la retribuzione in fatto corrisposta è conforme a quella stabilita da un contratto collettivo? Che il ruolo dell'autonomia negoziale privata e le prerogative di quella sindacale consentono di escludere che tale autonomia e tali prerogative debbano esplicarsi nel rispetto del principio costituzionale della giusta retribuzione? Che l'inosservanza del precetto dell'art. 36 Cost. non possa essere dedotta riguardo ad un trattamento retributivo solo perché fissato dalla contrattazione collettiva di categoria sottoscritta da organizzazioni sindacali maggiormente rappresentative? Che la verifica di adeguatezza *ex art.* 36 Cost. è ammissibile solo a corrente alternata, quando cioè sia applicata in senso riduttivo rispetto a condizioni contrattuali collettive nazionali o aziendali di maggiore favore?

È evidente che l'efficacia immediatamente precettiva e cogente dell'art. 36 Cost non lo consente, né il precetto costituzionale prevede distinzioni a seconda che la retribuzione sia stata determinata facendo applicazione della contrattazione collettiva di categoria sottoscritta da sindacati maggiormente rappresentativi, poco rappresentativi o per nulla rappresentativi.

La Corte si è limitata a ribadire che anche la retribuzione fissata dalla contrattazione collettiva non si sottrae alla verifica di conformità a Costituzione e che pertanto non può negarsi al lavoratore il "diritto di uscire" dalla

¹³ Già Presidente della Corte europea dei diritti dell'uomo.

contrattazione di categoria se questa si pone in contrasto con il canone costituzionale.

In realtà la portata innovativa dei principi affermati va rinvenuta altrove e precisamente:

- nella forza con cui questo pesante bagaglio giurisprudenziale viene calato nel mutato contesto sindacale, economico e sociale che la Corte analizza consapevolmente: frammentazione della rappresentanza, proliferazione della contrattazione, pratiche di dumping salariale, mancati rinnovi contrattuali, inflazione;

- nella perentoria elaborazione di una sorta di statuto del salario minimo costituzionale mediante un coraggioso richiamo allo spettro della “povertà”, l'accostamento della povertà al lavoro, la certificazione della diffusione di forme di lavoro povero “nonostante” la contrattazione a cui rivolge la sua tutela;

- nella solenne affermazione che la retribuzione giusta *ex art. 36 Cost.* non è quella che garantisce di non essere poveri ma quella che assicura una vita libera e dignitosa.

4. *Il confronto con la legge e l'assenza dei presupposti per una rimessione alla Corte costituzionale*

Nelle decisioni che avevano ad oggetto giudizi promossi da soci lavoratori la Suprema Corte afferma che al sindacato giudiziale di adeguatezza *ex art. 36 Cost.* non è di ostacolo il fatto che, trattandosi di cooperative, sia una legge a fare rinvio al trattamento previsto dalla contrattazione collettiva sottoscritta dai sindacati maggiormente rappresentativi; il rinvio non è in bianco ma ad un parametro esterno, come già riconosciuto dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 51 del 2015, e anche tale parametro deve essere adeguato ai canoni costituzionali e anche quella legge che opera il rinvio va interpretata secondo Costituzione.

Tale passaggio motivazionale è stato criticato affermando che in questo modo si legittimerebbe una ingerenza del giudice in un ambito riservato alle leggi ordinarie che regolano la materia¹⁴ e che, in generale, circa la portata

¹⁴ Si veda l'art. 1, co. 1, del d.l. 9 ottobre 1989 n. 338, convertito in l. 7 dicembre 1989 n. 389 in tema di minimale contributivo; l'art. 7, co. 4, del d.l. 31 dicembre 2007 n. 248, conv., con

del sindacato giudiziale sul contratto collettivo sarebbe stato più corretto sollevare una questione di legittimità costituzionale.

Quanto alle leggi che regolano la materia, il riferimento rilevante è unicamente quello all'art. 7, co. 4, del d.l. 31 dicembre 2007 n. 248, convertito, con modificazioni, dall'art. 1, co. 1, della l. 28 febbraio 2008 n. 31, che fissa di fatto in materia di cooperative *un salario legale* imponendo alle società cooperative “in presenza di una pluralità di contratti collettivi della medesima categoria” di applicare ai soci con cui intrattengano anche un rapporto di lavoro subordinato “trattamenti economici complessivi non inferiori a quelli dettati dai contratti collettivi stipulati dalle organizzazioni datoriali e sindacali comparativamente più rappresentative a livello nazionale nella categoria”.

La norma ha superato il vaglio di legittimità costituzionale in ragione della sentenza n. 51 del 2015 con cui la Corte costituzionale ne ha escluso il contrasto con l'art. 39 Cost. in quanto la stessa non opera “un recepimento normativo” delle previsioni dei contratti stipulati dalle organizzazioni comparativamente più rappresentative, assegnandogli efficacia erga omnes bensì “richiama i predetti contratti, e più precisamente i trattamenti economici complessivi minimi ivi previsti, quale parametro esterno di commisurazione, da parte del giudice, nel definire la proporzionalità e la sufficienza del trattamento economico da corrispondere al socio lavoratore, ai sensi del art. 36 Cost.”.

Come si legge nella sentenza citata, “nell'effettuare un rinvio alla fonte collettiva che, meglio di altre, recepisce l'andamento delle dinamiche retributive nei settori in cui operano le società cooperative, l'articolo censurato (D.L. n. 248 del 2007, art. 7 ndr.) si propone di contrastare forme di competizione salariale al ribasso, in linea con l'indirizzo giurisprudenziale che, da tempo, ritiene conforme ai requisiti della proporzionalità e della sufficienza (art. 36 Cost.) la retribuzione concordata nei contratti collettivi di lavoro firmati da associazioni comparativamente più rappresentative”.

modificazioni, dall'art. 1, co. 1, l. 28 febbraio 2008 n. 31, in materia di lavoro nelle cooperative; l'art. 16, co. 1, d.lgs. 3 luglio 2017 n. 117 per gli enti del Terzo settore; l'art. 203, co. 1, d.l. del 19 maggio 2020 n. 34 per quelli il settore del trasporto aereo; gli artt. 11 e 119 del d.lgs. 31 marzo 2022 n. 36, contenente il nuovo Codice dei contratti pubblici, adottato in attuazione dell'art. 1 della l. 21 giugno 2022 n. 78; sempre in tema di appalti, v. l'art. 29 del d.l. 2 marzo 2024 n. 19, di modifica dell'art. 29 del d.lgs. 10 settembre 2003 n. 276, come modificato dalla legge di conversione 29 aprile 2024 n. 56.

Detti trattamenti fungono, dunque, da mero parametro esterno e indiretto di commisurazione del trattamento economico complessivo rispetto ai criteri di proporzionalità e sufficienza della retribuzione, previsti dall'art. 36 Cost., di cui si impone l'osservanza anche in riferimento al lavoro dei soci di cooperative; il fatto che il legislatore abbia attribuito alla contrattazione collettiva, nel settore privato e poi anche nel settore pubblico, il ruolo di fonte regolatrice nell'attuazione della garanzia costituzionale di cui all'art. 36 Cost., nell'assenza di una previsione del salario minimo legale, non può impedire al giudice di sottoporre tali trattamenti alla verifica dei canoni della proporzionalità e sufficienza.

In un precedente in termini, anch'esso inspiegabilmente ignorato dagli attuali commentatori, la Sezione lavoro della Corte di cassazione aveva già affermato che "L'attuazione per via legislativa dell'art. 36 Cost., nella perdurante inattuazione dell'art. 39 Cost., non comporta il riconoscimento di efficacia erga omnes del contratto collettivo ma l'utilizzazione dello stesso quale parametro esterno, con effetti vincolanti (cfr. Corte Cost. 51/2015)" e che "Dall'assetto come ricostruito non deriva alcun rischio di lesione del principio di libertà sindacale e del pluralismo sindacale. La scelta legislativa di dare attuazione all'art. 36 Cost., fissando standard minimi inderogabili validi sul territorio nazionale, a tal fine generalizzando l'obbligo di rispettare i trattamenti minimi fissati dai contratti collettivi conclusi dalle associazioni datoriali e sindacali comparativamente più rappresentative nella categoria, non fa venir meno il diritto delle organizzazioni minoritarie di esercitare la libertà sindacale attraverso la stipula di contratti collettivi, ma limita nei contenuti tale libertà, dovendo essere comunque garantiti livelli retributivi almeno uguali a quelli minimi normativamente imposti. Parimenti, le singole società cooperative potranno scegliere il contratto collettivo da applicare ma non potranno riservare ai soci lavoratori un trattamento economico complessivo inferiore a quello che il legislatore ha ritenuto idoneo a soddisfare i requisiti di sufficienza e proporzionalità della retribuzione"¹⁵.

Se per volontà del legislatore il contratto collettivo rimane un parametro, come potrebbe avvenire per una futura legge sul salario minimo legale che ritenga di adottare lo stesso meccanismo, non può meravigliare che quel parametro sia soggetto alla valutazione giudiziale e che come tale sia suscettibile di essere disatteso in conformità alla Costituzione, laddove sostenere il

¹⁵ Cass. 31 maggio 2022 n. 17698.

contrario esporrebbe quelle leggi ad una evidente censura di illegittimità costituzionale rispetto alla portata direttamente precettiva dell'art. 36 Cost.

Non si comprende in verità quale avrebbe dovuto essere la legge o l'atto avente forza di legge da sottoporre al giudizio della Corte costituzionale *ex art.* 134 Cost.

Forse l'art. 7, co. 4, del d.l. 248/2007, come convertito, che rinvia alla contrattazione collettiva? Già è stato fatto con esito negativo (vedi la già citata sentenza n. 51 del 2015); del resto sarebbe paradossale che al mancato rinnovo per anni di un contratto collettivo parametro possa conseguire un'illegittimità *ex post* della legge che vi rinvia, che poi potrebbe improvvisamente tornare ad essere legittima qualora il contratto venisse aggiornato.

Forse la contrattazione collettiva? Ma il contratto collettivo di diritto comune, benché di livello nazionale, non è equiparabile alla legge né ha forza di legge; non lo sarebbero neppure i contratti collettivi *erga omnes* qualora trovasse attuazione l'art. 39 Cost. che resterebbero subordinati alla legge ordinaria; non lo sono i contratti collettivi nel pubblico impiego che hanno carattere sub-primario; secondo la giurisprudenza costituzionale non avevano forza di legge le norme corporative¹⁶, né tanto meno la contrattazione collettiva di diritto comune che negli anni 1959/1969 fu recepita dai decreti presidenziali attuativi della legge 14 luglio 1959 n. 741¹⁷.

Ed allora, solo se e quando ci sarà una legge ordinaria che determini direttamente, e non mediante rinvio, il salario legale minimo, il giudice, investito del sindacato di proporzionalità e sufficienza, sarà chiamato a verificare la rilevanza e la non manifesta infondatezza di una eventuale questione incidentale di legittimità costituzionale di quella norma per violazione dell'art. 36 Cost.

5. *Il giudice e la contrattazione collettiva; ingerenza o sostegno?*

Si contesta alla Cassazione di aver invaso un campo riservato alla contrattazione collettiva che sarebbe stata esautorata e commissariata nel suo ruolo fondamentale di autorità salariale.

¹⁶ Vedi C. Cost. sentenze n. 1 del 1963; n. 76 del 1969; n. 72 del 1971; n. 246 del 1974; n. 67 del 1975; ordinanze n. 87 del 1984 e n. 343 del 1988.

¹⁷ C. Cost. sentenze nn. 106 e 107 del 1962; n. 129 del 1973; n. 120 del 1974.

Che la “la fonte collettiva può (continuare a) svolgere il ruolo di ‘autorità salariale’ purché inserita in un sistema sindacale saldo e robusto”¹⁸ è approdo condiviso; innegabile anche che negli ultimi anni la crisi del sistema sindacale stia raggiungendo il suo apice alimentata, da un lato, da pratiche di *dumping* salariale, imputabili alla presenza di contratti collettivi stipulati da parte di organizzazioni sindacali o datoriali scarsamente o per nulla rappresentative, che consente al datore di lavoro di scegliere in autonomia il cnl da applicare sulla sola base della sua economicità, e, dall’altro, dalle rilevanti divisioni interne al fronte sindacale confederale che indebolisce la forza contrattuale dei sindacati maggiormente rappresentativi.

La Corte di cassazione ha semplicemente dato atto di uno stato di fatto e ne ha elencato le ragioni: la frammentazione della rappresentanza e la presenza di associazioni collettive (sindacali e datoriali) di dubbia rappresentatività; la frantumazione degli ambiti della contrattazione, dei settori e delle categorie; la proliferazione del numero di contratti, di cui solo un quinto stipulato dai sindacati più rappresentativi; il fenomeno della disparità di retribuzione nelle stesse aziende e a parità di lavoro; il ritardo abituale dei rinnovi dei contratti collettivi; la ripresa dell’inflazione.

La contrattazione collettiva a causa dell’inerzia del legislatore non ha mai avuto efficacia *erga omnes* e nell’assenza nel nostro ordinamento di un salario minimo legale, la soluzione giurisprudenziale del suo utilizzo parametrico ha avuto il pregio di colmare il *vulnus* che è derivato all’impianto costituzionale dal fatto che la seconda parte dell’art. 39 Cost. fosse rimasta lettera morta, tracciando per via pretoria una alternativa al meccanismo dell’“*erga omnes*”, attraverso il quale avrebbe dovuto giungere a completamente la garanzia della giusta retribuzione definita in termini generali dall’art. 36 Cost.

Purtroppo negli ultimi anni il sistema delle relazioni industriali è rimasto inerte rispetto ad una contrattazione collettiva che si è attestata su retribuzioni minime imbarazzanti.

Cosa dovrebbe fare il giudice allorché questo parametro esterno raggiunga progressivamente livelli così bassi da porsi al di sotto del minimo costituzionale? È sostenibile che un giudice nell’esercitare il tradizionale controllo costituzionale ex art. 36 Cost. applichi un parametro che non soddisfi i criteri di proporzionalità e sufficienza?

¹⁸ DELFINO, *Salario legale, contrattazione collettiva e concorrenza*, Editoriale Scientifica, 2019, p. 107 ss.

A queste domande retoriche hanno risposto le pronunce in commento proponendo nella baconiana “*pars construens*” come principale parametro sostitutivo gli altri contratti applicabili per lo stesso settore, che prevedono al contrario trattamenti adeguati, e o per categorie affini, relativamente a mansioni analoghe.

Tale indicazione sollecita il giudice di merito a muoversi sempre all'interno della contrattazione collettiva, procedendo alla disapplicazione di un singolo contratto collettivo che si assume non conforme al precetto costituzionale, in conformità al tradizionale orientamento di legittimità applicato nel caso diametralmente opposto di utilizzo da parte del datore di lavoro di contratti non corrispondenti all'attività e sempre censurabili per l'inadeguatezza della retribuzione¹⁹.

L'effetto virtuoso è quello di ampliare l'ambito applicativo della contrattazione “conforme” a Costituzione, in modo da esaltare e promuovere la contrattazione “migliore” e marginalizzare la contrattazione “deteriore”, ma pur sempre nel perimetro di azione dell'autorità salariale; nessun neo-interventismo della giurisprudenza ma paradossalmente un rafforzamento di un sano e forte sistema di relazioni sindacali, con un ritorno alla mediazione su parametri condivisi, ed un sostegno alla contrattazione in un percorso comune di indispensabile recupero dei valori costituzionali.

6. *L'inecepibile riferimento alla direttiva UE 2022/2041*

Una ulteriore spinta innovatrice delle pronunce è rinvenibile nell'esortazione ad allargare l'orizzonte della ricerca del parametro esterno in funzione sostitutiva anche ad indicatori europei ed internazionali.

Dei tanti, molto criticato è stato il riferimento alla direttiva UE 2022/2041 che sarebbe stato inappropriato in quanto la direttiva distingue nettamente gli Stati membri in cui vige un salario minimo imposto per legge da quelli in cui i minimi salariali sono garantiti da un'adeguata copertura della contrattazione collettiva, tra i quali rientrerebbe l'Italia dato l'altissimo tasso di copertura contrattuale di cui risulta accreditata, e nei confronti dei quali non opererebbero i criteri specifici di adeguatezza, riservati solo agli Stati che disciplinano per legge i salari minimi.

¹⁹ Su cui *supra* note nn. 7 e 8.

Non è questa la sede per una disamina dettagliata della direttiva e del suo impatto generale sull'adeguatezza dei salari nel nostro ordinamento o per una verifica dell'effettivo tasso di copertura contrattuale nel nostro paese; ciò che è possibile dire è che il richiamo presente nelle pronunce in esame risulta quanto mai pertinente e necessario.

La Suprema Corte non ha riconosciuto efficacia diretta a clausole della direttiva non applicabili, e prima ancora che fosse scaduto il termine per la sua attuazione, ma si è premurata di fare riferimento ad un importante atto di normazione derivata con cui l'Unione europea, presa coscienza del numero sempre più elevato di lavoratori che si trovano in condizioni di povertà, è per la prima volta intervenuta sul tema dei salari minimi, al fine di ridurre le disuguaglianze in materia salariale.

Ci si chiede come avrebbe potuto la Corte, in un sistema multilivello di tutela dei diritti fondamentali ispirato alla massima espansione delle garanzie, pronunciarsi sul salario minimo costituzionale ignorando la direttiva UE 2022/2041, tenuto conto anche del fatto che gli obiettivi posti in una direttiva vincolano il giudice nazionale nell'interpretazione conforme del diritto interno anche prima del suo concreto recepimento e della sua attuazione²⁰.

Ed il richiamo è stato effettuato in termini ineccepibili:

- il riferimento al 60 % del salario lordo mediano e al 50 % del salario lordo medio, quale indicatore qualificato per una retribuzione minima, è presente non solo nell'art. 5, punto 4, destinato a quegli Stati diversi dall'Italia il cui salario minimo è fissato per legge, ma anche nel considerando n. 28, rivolto anche agli Stati in cui la garanzia del salario minimo adeguato è rimessa alla contrattazione collettiva²¹;

- l'indicatore è uno solo dei tanti possibili, né lo stesso è stato proposto quale criterio prioritario o privilegiato.

²⁰ Cass. 21 maggio 2019 n. 13649.

²¹ “Gli Stati membri potrebbero scegliere tra gli indicatori comunemente impiegati a livello internazionale e/o gli indicatori utilizzati a livello nazionale. La valutazione potrebbe basarsi su valori di riferimento comunemente impiegati a livello internazionale, quali il rapporto tra il salario minimo lordo e il 60% del salario lordo mediano e il rapporto tra il salario minimo lordo e il 50 % del salario lordo medio, valori che attualmente non sono soddisfatti da tutti gli Stati membri, o il rapporto tra il salario minimo netto e il 50% o il 60% del salario netto medio”.

7. Il paventato “soggettivismo” e l'imprevedibilità delle decisioni

Molti commentatori segnalano preoccupati sia i rischi che il nuovo corso della giurisprudenza in tema di salario minimo costituzionale dia la stura a fenomeni di “soggettivismo” decisionale, sia le ricadute negative dell'imprevedibilità degli esiti del contenzioso sull'esercizio dell'attività di impresa.

In particolare si sottolinea che la funzione di sistema della contrattazione collettiva di fissare degli *standard* retributivi prevedibili sulla cui base l'azienda organizza la propria attività produttiva sarebbe vanificata dalla supplenza giudiziale che, intervenendo *ex post* e secondo *standard* non prevedibili, andrebbe ad alterare, specie per le imprese “*labour intensive*” o quelle che operando nel settore degli appalti calibrano preventivamente le loro offerte su di un determinato costo del lavoro, gli obiettivi della programmazione economica sino ad esporre a rischio di *default* le stesse aziende che in buona fede avevano fatto affidamento su quei valori.

L'effetto sarebbe poi potenziato dal nuovo corso della giurisprudenza²² in tema di differimento, anche per le imprese sopra-soglia, della decorrenza della prescrizione alla cessazione del rapporto per tutti i crediti retributivi non ancora prescritti alla data di entrata in vigore della legge 28 giugno 2012 n. 92.

Ebbene, quanto alle imprese che hanno fondato le proprie offerte nelle gare di appalto avvantaggiandosi di un incostituzionale risparmio sul costo della manodopera, ponendosi consapevolmente in una situazione di sleale concorrenza rispetto alle imprese dello stesso settore che hanno invece applicato contratti collettivi che prevedevano salari adeguati, riesce difficile individuare una qualsiasi motivazione per la quale le stesse dovrebbe essere sottratte al controllo giudiziale *ex art. 36 Cost.* e per giunta premiate a danno dei lavoratori il cui diritto alla retribuzione proporzionata e sufficiente è tutelata dalla Costituzione.

Quanto poi al paventato “soggettivismo” può essere opportuna una breve premessa sistematica.

L'art. 36 Cost., pur se dotato di immediata efficacia precettiva, resta una norma “indeterminata” sotto due profili, quelli della proporzionalità e sufficienza che, come ricorda la Corte di cassazione, “si integrano a vicenda”.

²² Cass. 6 settembre 2022 n. 26246.

Il nostro ordinamento è trasversalmente ricco di norme indeterminate laddove sia impossibile ricorrere a definizioni specifiche perché è necessario fare riferimento a valori e comportamenti umani variabili nel tempo; nel diritto civile si parla anche di “norma elastica” o “clausola generale”, nel diritto penale di “norma in bianco”.

La struttura aperta delle disposizioni ascrivibili alla tipologia delle cd. clausole generali richiede una specificazione in via interpretativa, allo scopo di adeguare il modulo generico che le identifica alla realtà articolata e mutevole nel tempo.

La specificazione può avvenire mediante la valorizzazione o di principi che la stessa disposizione richiama o di fattori esterni relativi alla coscienza generale ovvero di criteri desumibili dall'ordinamento generale, a cominciare dai principi costituzionali ma anche dalla disciplina particolare in cui si colloca la fattispecie.

In tema la Corte costituzionale ha affermato che il legislatore può far riferimento “a concetti che hanno la loro fonte o in altre discipline dell'ordinamento o in altri settori dello scibile o addirittura in regole che vengono dal costume o dalla sensibilità sociale. Un fenomeno normativo non infrequente, di cui esempi classici sono quelli del concetto di ‘osceno’, o di ‘comune sentimento del pudore’»²³.

La Corte di cassazione²⁴ precisa che le specificazioni del parametro normativo hanno natura giuridica e la loro errata individuazione è deducibile in sede di legittimità come violazione di legge sotto il profilo della correttezza del metodo seguito nell'individuazione dei parametri integrativi, perché, pur essendo necessario compiere opzioni di valore su regole o criteri etici o di costume o propri di discipline e/o di ambiti anche extra-giuridici, “tali regole sono tuttavia recepite dalle norme giuridiche che, utilizzando concetti indeterminati, fanno appunto ad esse riferimento” traducendosi in un'attività di interpretazione giuridica e non meramente fattuale della norma stessa.

L'utilizzo di “clausole generali” è particolarmente diffuso nel diritto del lavoro (si veda ad es. gli artt. 2087 e 2119 cod. civ.), al punto da giustificare l'introduzione di una specifica disposizione che testimonia una marcata diffidenza del legislatore nei confronti dell'integrazione giudiziale²⁵.

²³ C. Cost. n. 475 del 1988.

²⁴ Per tutte: Cass. 20 maggio 2019 n. 13534 e ivi ulteriori richiami giurisprudenziali.

²⁵ Art. 30, co. 1, l. 4 novembre 2010 n. 183.

Tanto è rilevante al fine di evidenziare che la giurisprudenza in esame, nel dare un contenuto alla “giusta retribuzione ex art. 36 Cost.”, non si è appropriata di nulla non le appartenesse già, limitandosi ad applicare una norma, per giunta di rilievo costituzionale, che per sua natura richiedeva una specificazione mediante l'utilizzo di parametri esterni che, doverosamente, sono stati adeguati al mutato contesto sociale e normativo.

Né sarebbe possibile sostenere che il controllo di legalità sull'adeguatezza delle retribuzioni al canone costituzionale non spetti ai giudici o che possa essere interdetto dal semplice fatto che oggetto della verifica giudiziale sia un trattamento retributivo previsto dalla contrattazione collettiva.

Anche l'imprevedibilità delle decisioni risulta una variabile tipica di tutte le operazioni di liquidazione giudiziale che da sempre la giurisprudenza cerca di contenere attraverso l'elaborazione di criteri predeterminati, oggettivi e verificabili (si pensi alle tabelle per la liquidazione del danno non patrimoniale) che orientino il giudice nella fase applicativa.

E ritornando alle decisioni in commento è proprio questo lo sforzo compiuto dalla Suprema Corte che, quasi in prevenzione delle prevedibili critiche di lasciare aperto il varco dell'indeterminatezza, procede a fornire ai giudici di merito una serie di istruzioni operative su come operare la verifica di proporzionalità e sufficienza, una sorta di *vademecum* consultabile da tutti, anche dalle parti in vista di future censure.

Elenca gli indicatori nazionali di inadeguatezza della retribuzione, fornisce i parametri esterni utilizzabili in via sostitutiva in una ideale graduazione di prossimità, prima la contrattazione collettiva poi gli indicatori statistici ed economici quindi l'apertura alle fonti europee ed internazionali, precisa che la retribuzione va verificata al netto, comparando l'importo orario, nella misura ordinaria senza tener conto dello straordinario, supporta la decisione con regole processuali sul riparto degli oneri di allegazione e prova, sulla verifica d'ufficio, sull'imprescindibilità di una adeguata motivazione.

Dunque tutti elementi oggettivi, preventivamente conoscibili e successivamente verificabili, suscettibili di riforma se non correttamente applicati.

Quello che forse spaventa non è il rischio di indeterminatezza ma l'offerta ai giudici di criteri omogenei e puntuali difficilmente contestabili che

“tragicamente” ed “inesorabilmente” non consentono di negare l’esistenza di salari non conformi ai canoni costituzionali²⁶.

Anche l’impatto esponenziale del differimento del decorso della prescrizione sui crediti retributivi alla cessazione del rapporto non sembra che si possa imputare al sindacato giudiziale sull’adeguatezza *ex art. 36 Cost.* e limitarne la portata, costituendo piuttosto la ricaduta, forse sottovalutata, di scelte legislative che hanno profondamente inciso sul trattamento sanzionatorio in caso di licenziamento illegittimo.

All’esito delle riforme del 2012 e del 2015 il sistema rimediale è innegabilmente meno protettivo e favorevole, per espressa volontà del legislatore che ha individuato in questo arretramento di tutela un incentivo all’incremento dell’occupazione; la decorrenza in corso di rapporto richiede stabilità, che a sua volta presuppone la certezza della reintegra, venuta meno quella, la prescrizione opera sempre in modalità differita.

Se la *ratio* incentivante ha degli effetti collaterali sul piano retributivo, ciò è la conseguenza di una inadeguata ponderazione da parte del legislatore degli effetti delle modifiche; tale *deficit* non può certamente condizionare il controllo di sufficienza e proporzionalità della retribuzione andando a gravare sulla posizione dei lavoratori già pesantemente incisa dal ridimensionamento della tutela reintegratoria.

8. Conclusioni

Indubbiamente, in assenza di una disciplina legale del salario minimo, queste pronunce scontano i limiti comuni a tutte le soluzioni giurisprudenziali che restano circoscritte al caso concreto, subordinate alle iniziative dei singoli, perimetrare in base alle scelte e alle posizioni difensive delle parti, condizionate dall’alea del processo, tutti elementi che accentuano la discrezionalità delle decisioni.

Ma, come sempre accade, la giurisprudenza è tenuta ad intervenire sulla patologia, quando cioè i meccanismi preventivi di assorbimento dei conflitti

²⁶ La retribuzione lorda prevista dal c.c.n.l. Servizi Fiduciari per un rapporto full time di 40 ore su cui si è pronunciata Cass. n. 27713/2023 era di € 817,1309, pari € 557,46 netti, mentre quella su cui si è pronunciata Cass. n. 27769/2023 per un livello D a tempo pieno era di 930,00 € lordi, cui corrisponde un salario netto di € 650,29.

sociali hanno già fallito; il giudice è chiamato a fare supplenza ad inerzie, inefficienze, inadeguatezze che alimentano domande di giustizia a cui, a differenza del legislatore che può permettersi anche di ignorare ripetuti moniti della Corte costituzionale, è obbligato a rispondere, senza potersi trincerare dietro un “*non liquet*” solo perché la sua decisione potrebbe avere delle ripercussioni di sistema.

Nell'attuale contesto nessuna “arroganza” da parte della Suprema Corte, ma solo un'assunzione di responsabilità, ed una sollecitazione ai giudici di merito a fare altrettanto, dinanzi al fenomeno generalizzato e disumanizzante del “lavoro povero”, mediante un intervento a tutela che resta residuale, e si spera in futuro sempre più eccezionale, seppure i dati del recente rapporto annuale dell'ISTAT per l'anno 2024²⁷ appaiano tutt'altro che incoraggianti.

²⁷ Ove si legge che “Tra il 2013 e il 2023 il potere d'acquisto delle retribuzioni lorde in Italia è diminuito del 4,5 per cento mentre nelle altre maggiori economie dell'Ue27 è cresciuto a tassi compresi tra l'1,1 per cento della Francia e il 5,7 per cento della Germania” e che “Secondo i dati dell'Indagine sul reddito e le condizioni di vita (Eu-Silc) nel 2022 la quota di occupati a rischio di povertà in Italia è all'11,5 per cento, nell'Ue27 è l'8,5 per cento del totale”.

Abstract

A diversi mesi dalla pubblicazione delle sentenze della Corte di cassazione in tema di salario minimo costituzionale tante le analisi critiche sulle potenzialità applicative dei principi affermati a tutela dei “*working poor*”; il contributo ripercorre sinteticamente i punti più controversi: la ricostruzione dei precedenti, il confronto del giudice con la legge e la contrattazione collettiva, i riferimenti alla direttiva UE 2022/2041, il paventato “soggettivismo” decisionale ed il lamentato rischio di imprevedibilità delle pronunce giudiziali.

After several months from the publishment of the Supreme Court pronouncements regarding the constitutional minimum wage, many critical analysis emerged on the potential applications of the principles stated in support of the “*working poor*”; the contribution briefly outlines the most controversial points: the summary of previous verdicts, the judge’s confrontation with the law and the collective contracts, the references to the UE directive 2022/2041, the scaring subjectivism in the decision-making and the complained risk of verdicts’ unpredictability.

Keywords

Retribuzione, proporzionalità e sufficienza, salario minimo costituzionale, contrattazione collettiva, Direttiva UE 2022/2041.

Retribution, Proportion and sufficiency, Constitutional minimum wage, Collective contracts, UE directive 2022/2041.

Cassazione civile, Sezioni Unite, 28 dicembre 2023, n. 36197 – Primo Pres. Aggiunto D’Ascola – Rel. Patti – Istituto nazionale per l’assicurazione contro gli infortuni sul lavoro (avv. Pontone) c. G.O. (avv. Americo e Aiello)

Pubblico impiego contrattualizzato – Rapporti a tempo indeterminato e determinato – Crediti retributivi – Prescrizione – Decorrenza.

La prescrizione dei crediti retributivi dei lavoratori nel pubblico impiego contrattualizzato – sia nei rapporti a tempo indeterminato, sia in quelli a tempo determinato, e anche in caso successione di contratti a termine – decorre, per i crediti che nascono nel corso del rapporto lavorativo, dal giorno della loro insorgenza e, per quelli che maturano alla cessazione, a partire da tale data, perché non è configurabile un ‘metus’ del cittadino verso la pubblica amministrazione e poiché, nei rapporti a tempo determinato, il mancato rinnovo del contratto integra un’aprensione che costituisce una mera aspettativa di fatto, non giustiziabile per la sua irrilevanza giuridica.

★ ★ ★

Alberto Tampieri

La Cassazione “affossa” la decorrenza differita della prescrizione nel lavoro pubblico

Sommario: **1.** L’ordinanza di rimessione e il tentativo di giustificare la decorrenza differita della prescrizione nei rapporti di lavoro pubblico. **2.** L’evoluzione della giurisprudenza costituzionale e di legittimità in materia. **3.** La prima obiezione: la (perdurante) specialità del datore di lavoro pubblico anche dopo la privatizzazione del rapporto. **4.** La seconda obiezione: la tutela rafforzata per il pubblico dipendente avverso il licenziamento illegittimo. **5.** Il problema dei contratti precari e l’aspettativa verso un’eventuale stabilizzazione. **6.** Conclusioni.

1. L’ordinanza di rimessione e il tentativo di giustificare la decorrenza differita della prescrizione nei rapporti di lavoro pubblico

La decisione in epigrafe è di particolare importanza, perché risolve in maniera netta e (per il momento) definitiva la questione della decorrenza della prescrizione dei crediti di lavoro nel pubblico impiego privatizzato, ribadendo l’applicazione della regola generale di cui all’art. 2935 cod. civ. Si tratta, in realtà, di un orientamento rimasto incontroverso per molto tempo, ma di recente rimesso in discussione quale “riflesso” della giurisprudenza di legittimità che si è occupata dell’argomento con riferimento al lavoro privato.

Proprio il tentativo di equiparare il lavoro (o meglio il lavoratore) pubblico al lavoro privato, ai fini della decorrenza della prescrizione, costituisce il fondamento dell’ampia e interessante ordinanza interlocutoria di rimessione (Cass. 28 febbraio 2023 n. 6051¹). Quest’ultima, dopo un’accurata ricostruzione della giurisprudenza pregressa, conclude nel senso che sarebbe “sempre più problematico giustificare un sistema che individua una differente decorrenza della prescrizione degli identici crediti retributivi di diversi lavoratori che svolgano le stesse mansioni e il cui rapporto di lavoro sia egualmente costituito con la stipula di un contratto individuale e non attraverso un atto di nomina, a seconda semplicemente della loro dipendenza da un datore privato piuttosto che pubblico”.

¹ Pubblicata in *LG*, 2023, 5, p. 479, con commento di GIORGI.

La sostanziale assimilazione pubblico-privato, sempre secondo l'ordinanza di rimessione, sarebbe confermata dall'intervento legislativo del 2017² sull'art. 63, co. 2, d.lgs. 30 marzo 2001 n. 165, a seguito del quale le tutele contro il licenziamento illegittimo non sarebbero (più) tali da garantire al dipendente pubblico la stabilità, e la conseguente assenza di *metus*, che giustificano l'applicazione della decorrenza della prescrizione in costanza di rapporto.

Infine, il provvedimento di rimessione insiste in modo particolare sull'ipotesi del reiterato (e spesso abusivo) ricorso al contratto a termine da parte della pubblica amministrazione. Anche in questo specifico caso, sul quale si tornerà in chiusura, non vi sarebbe differenza, quantomeno dal punto di vista “socio-economico”, tra un lavoratore pubblico e un lavoratore privato: entrambi, a fronte della successione di contratti a termine, si troverebbero in una “situazione di incertezza sulla stabilità occupazionale” che crea una condizione di “soggezione assoluta” nei confronti del datore di lavoro, provocando un evidente “danno da precariato”.

Le osservazioni del giudice della rimessione, pur suggestive e ben argomentate, in ultima analisi non risultano persuasive.

Conviene però ripercorrere in modo analitico i passaggi che stanno alla base della decisione assunta dalle Sezioni Unite con la pronuncia in commento.

2. *L'evoluzione della giurisprudenza costituzionale e di legittimità in materia*

In primo luogo, le Sezioni Unite prendono atto che su di una delle questioni sollevate dall'ordinanza di rimessione – e cioè quella relativa al diritto del pubblico dipendente, nel caso di intervenuta stabilizzazione, all'integrale riconoscimento della pregressa anzianità di servizio – si è formato il giudicato: tale diritto infatti, riconosciuto anche in sede di appello, “non è più in discussione”. In ogni caso, sottolinea giustamente la Suprema corte, si tratta di un aspetto estraneo alla disciplina della prescrizione³.

² D.lgs. 25 maggio 2017 n. 75, art. 21, co. 1, lett. a.

³ In quanto l'anzianità di servizio non è uno *status*, né “un distinto bene della vita oggetto di un autonomo diritto”, bensì un presupposto di fatto per il riconoscimento di specifici e diversi diritti di natura economica.

La Corte passa quindi senz'altro all'esame della questione principale sollevata dall'ordinanza di rimessione, vale a dire la decorrenza del termine di prescrizione dei crediti nel pubblico impiego privatizzato.

Innanzitutto la decisione in epigrafe ripercorre brevemente la giurisprudenza costituzionale e di legittimità in materia, la quale, nel corso degli anni, ha elaborato un principio – divenuto, secondo le Sezioni Unite, “diritto vivente” – alla stregua del quale la decorrenza della prescrizione nel pubblico impiego segue le regole ordinarie, e quindi inizia dal momento dell'insorgenza del diritto (in costanza di rapporto) o dalla cessazione di esso (per i diritti che traggano origine da quest'ultima). E ciò vale, precisa subito la Corte, anche nel caso di rapporti di lavoro a termine, pur se illegittimamente reiterati⁴.

Nel lavoro privato, invece, dopo la decisione di illegittimità costituzionale degli artt. 2948, n. 4, 2955, n. 2 e 2956, n. 1, cod. civ. (C. Cost. 10 giugno 1966 n. 63)⁵, limitatamente alla parte in cui consentivano la decorrenza della prescrizione del diritto alla retribuzione durante il rapporto di lavoro, si tornò gradualmente alle regole ordinarie, allorché le tutele legali contro il licenziamento illegittimo si rafforzarono mediante l'introduzione dell'art. 18 Stat. lav. e la conseguente generalizzazione della reintegrazione. Come ebbe modo di chiarire già C. Cost. 12 dicembre 1972 n. 174, citando a sua volta C. Cost. 20 novembre 1969 n. 143⁶, la decorrenza ordinaria della prescrizione deve “trovare applicazione in tutti i casi di sussistenza di garanzie che si possano ritenere equivalenti a quelle disposte per i rapporti medesimi”⁷, cioè per il pubblico impiego.

Tuttavia, sempre per il lavoro nell'impresa privata, si è avuta di recente, com'è noto, una nuova inversione di tendenza giurisprudenziale⁸, sul pre-

⁴ Qui le Sezioni Unite richiamano, oltre al *leading case* (Cass. Sez. Un. 16 gennaio 2003 n. 575), anche Cass. 28 maggio 2020 n. 10219. Da ultimo, cfr. App. Messina 6 giugno 2023 n. 431.

⁵ In *GI*, 1966, I, p. 1390.

⁶ Secondo la quale, nel rapporto di lavoro pubblico – come del resto già riconosciuto da C. Cost. 10 giugno 1966 n. 63 – “l'impiegato è assistito dalle garanzie dei rimedi giurisdizionali contro l'arbitraria risoluzione anticipata del rapporto”, e dunque non trova fondamento il principio della decorrenza differita della prescrizione.

⁷ In argomento cfr. SANTONI, *La decorrenza della prescrizione dei crediti di lavoro e la legge n. 92/2012*, in *RIDL*, 2013, I, p. 882.

⁸ In tal senso cfr., oltre alla più nota Cass. 6 settembre 2022 n. 26246, in *GI*, 2023, I, p. 138 ss., con nota di FIATA, si v., tra le altre, Cass. 20 ottobre 2022 n. 30957. In precedenza, cfr. Trib. Brescia 26 maggio 2021, in *FI*, 2021, I, c. 2529; Trib. Milano 16 dicembre 2015 n. 3460, in *RIDL*,

supposto che prima la legge n. 92/2012, riscrivendo l’art. 18 Stat. lav., e poi il successivo d.lgs. n. 23/2015 sul contratto a tutele crescenti, abbiano ridotto le tutele contro l’illegittimo licenziamento al punto tale da far rivivere il *metus* in capo al dipendente, presupposto essenziale per giustificare la decorrenza differita della prescrizione⁹.

Occorre dunque chiedersi – affermano le Sezioni Unite in questa sede – se quest’ultima, recente revisione debba estendersi o meno anche ai rapporti di pubblico impiego, come ritiene il giudice della rimessione.

La risposta a tale quesito, come già anticipato, è di netta chiusura, sul presupposto “che debba essere negata una piena parificazione dei rapporti di lavoro privato e pubblico contrattualizzato”. E ciò ai fini della decorrenza della prescrizione, ma non soltanto; infatti, come si desume dalla pronuncia in commento¹⁰, il tema dell’assimilazione pubblico-privato, nel contesto dell’ormai ultratrentennale legislazione sulla “privatizzazione”, andrebbe riletto in termini più generali.

La soluzione fornita dalla Corte si basa su due presupposti essenziali e interconnessi, che riguardano le peculiarità della “privatizzazione” suddetta

2016, II, p. 261. Sul tema si rinvia, per tutti, ai contributi raccolti nel volume BALLETTI, SANTUCCI (a cura di), *Prescrizione dei crediti e stabilità del rapporto di lavoro*, Giappichelli, 2023. Sul diritto transitorio venutosi a creare dopo l’intervento della Suprema corte, cfr. Trib. Taranto 5 ottobre 2022 n. 1890, in *GI*, 2023, p. 893, con nota di COSTA.

Nella direzione opposta, vale a dire della perdurante stabilità (ai fini della decorrenza della prescrizione) anche dopo l’entrata in vigore della l. 28 giugno 2012 n. 92, cfr. Trib. Bari 6 settembre 2023 n. 2179, in *MGL*, 2023, 4, p. 828, con commento di FABOZZI, e in *RIDL*, 2023, II, p. 618, con commento di ROMEI.

⁹ In dottrina, una larga maggioranza condivide questa impostazione. Cfr., tra i più recenti, MAZZOTTA, *Prescrizione dei crediti di lavoro e stabilità: attualità di un dibattito antico*, in *Labor*, 2022, p. 149, e *ivi* ulteriori rimandi (nt. 31); SCARPELLI, *La (non) decorrenza della prescrizione dopo le riforme sui licenziamenti: una soluzione obbligata*, in *RIDL*, 2023, I, p. 41; BALLESTRERO, *Stabilità percepita e decorrenza della prescrizione dei crediti retributivi*, in *RIDL*, 2023, I, p. 161. In precedenza, MAINARDI, *Prescrizione dei crediti retributivi del lavoratore tra vecchi e nuovi concetti di stabilità del rapporto di lavoro*, in *GI*, 2013, 4, p. 884, nota a Cass. 16 maggio 2012 n. 7640.

In senso diverso cfr. specialmente PERSIANI, *Situazione psicologica di timore, stabilità e prescrizione dei crediti di lavoro*, in *ADL*, 2018, I, p. 3 ss.; MARESCA, *Reintegrazione “recessiva” e decorso della prescrizione dei crediti retributivi (si ritorna al 10 giugno 1966)*, in BALLETTI, SANTUCCI (a cura di), *cit.*, p. 55 ss.; PACCHIANA PARRAVICINI, *La decorrenza della prescrizione e le tutele da licenziamento illegittimo: finché riforma non ci separi?*, in *RIDL*, 2020, II, p. 272, nota ad App. Milano 26 febbraio 2020 n. 89.

¹⁰ Cfr. in particolare i punti da 8.1 a 9 della motivazione, dove si evidenziano le plurime ragioni che portano a negare la piena sovrapposizione tra lavoro pubblico privatizzato e lavoro privato.

e lo speciale regime di protezione del pubblico dipendente contro il licenziamento illegittimo. Ciascuno dei due aspetti in questione merita un breve approfondimento.

3. *La prima obiezione: la (perdurante) specialità del datore di lavoro pubblico anche dopo la privatizzazione del rapporto*

Le Sezioni Unite, dopo aver rapidamente ripercorso le tappe fondamentali della legislazione in materia, a partire dalla l. 23 ottobre 1992 n. 421 e dal d.lgs. 3 febbraio 1993 n. 29, affermano che la “privatizzazione” del pubblico impiego non impedisce che l’organizzazione amministrativa sia tuttora governata da specifici principi costituzionali: in particolare, dalla regola generale dell’accesso ai ruoli mediante concorso, che è espressione di un principio di “neutralità” e garanzia di eguaglianza, e dal dovere di esclusiva del dipendente pubblico nei confronti dell’ente di appartenenza (artt. 97, co. 4 e 98, co. 1, Cost.).

Questa “scissione fra l’organizzazione amministrativa e i rapporti di lavoro” – per usare le parole della Corte – fa sì che non si sia (mai) verificata “una totale identificazione”, specie sotto il profilo datoriale¹¹, tra rapporto di lavoro pubblico “privatizzato” e rapporto di lavoro privato. E ciò riguarda soprattutto gli obiettivi cui è vincolato il datore di lavoro pubblico: quest’ultimo, anche dopo il “venir meno della concezione dogmatica” consistente nel principio di “immedesimazione organica” tra l’ente e il pubblico funzionario, rimane comunque orientato al perseguimento di finalità di pubblico interesse (cfr. punto 9 della decisione in commento).

Ora, che la distinzione tra lavoro pubblico (sebbene) “privatizzato” e lavoro privato sia rimasta una costante anche nell’arco delle ultime tre decadi è assolutamente vero. Ma vi è di più: la privatizzazione stessa – se non nei presupposti essenziali, certamente nella regolazione dei rapporti di lavoro – è stata via via sconfessata da parte dello stesso legislatore, il quale da un lato ha continuato a produrre leggi dedicate soltanto ai rapporti di lavoro pubblico, e dall’altro ha escluso questi ultimi da tutte le principali riforme del diritto del lavoro degli ultimi vent’anni¹², con il risultato di una persistente

¹¹ Cfr. già ALES, *La pubblica amministrazione quale imprenditore e datore di lavoro. Un’interpretazione giuslavoristica del rapporto tra indirizzo e gestione*, Giuffrè, 2002, p. 109.

¹² Cfr. d.lgs. 10 settembre 2003, n. 276, art. 1, co. 2; l. 28 giugno 2012, n. 92, art. 1, co. 7 e

“tormenta legislativa”¹³ che non è stata però in grado di impedire la progressiva “ossificazione” degli apparati pubblici¹⁴.

Ne consegue che la constatazione del giudice della rimessione, secondo cui “la maggior parte del pubblico impiego è però, da anni, contrattualizzato”, oltre a essere alquanto superficiale, non è idonea a giustificare l’identità di disciplina sulla decorrenza della prescrizione.

Tuttavia, l’argomentazione decisiva per escludere che la decorrenza della prescrizione debba essere differita nei rapporti di lavoro pubblico attiene alla disciplina delle tutele contro il licenziamento illegittimo. Ed è quanto le Sezioni Unite spiegano ai punti 10 ss. della motivazione.

4. *La seconda obiezione: la tutela rafforzata per il pubblico dipendente avverso il licenziamento illegittimo*

Com’è noto, attualmente il regime di tutela per il dipendente pubblico illegittimamente licenziato prevede, ai sensi dell’art. 63, co. 2, d.lgs. n. 165/2001, la reintegrazione nel posto di lavoro, unitamente a un risarcimento del danno che può arrivare sino a 24 mensilità dell’ultima retribuzione di riferimento per il calcolo del TFR, con detraibilità dell’eventuale *aliunde perceptum*¹⁵.

Questo meccanismo di protezione, pur essendo diverso *sia* rispetto all’art. 18 Stat. lav. *post* legge Fornero, *sia* rispetto a quello contenuto nel d.lgs. n. 23/2015¹⁶, offre al dipendente (e anche al dirigente) pubblico una tutela indiscutibilmente forte per l’ipotesi di ingiustificato licenziamento. E ciò av-

8; d.lgs. 4 marzo 2015, n. 23, art. 1. In dottrina, da ultimo, si v. CARINCI F., *Il diritto del lavoro pubblico è speciale?* in *LPA*, 2023, 1, p. 3 ss., il quale afferma che la privatizzazione non è stata conforme all’intenzione originaria, essendo risultata una “privatizzazione speciale, iper-regolata, si potrebbe dire burocratizzata” (p. 5).

¹³ Cfr. ZOPPOLI L., *La riforma del lavoro pubblico dalla “deregulation” alla “meritocrazia”: quale continuità?*, introduzione a ZOPPOLI L. (a cura di), *Ideologia e tecnica nella riforma del lavoro pubblico*, Editoriale Scientifica, 2011, p. 3.

¹⁴ Cfr. ancora ZOPPOLI L., *Riformare ancora il lavoro pubblico? L’“ossificazione” delle pubbliche amministrazioni e l’occasione post-pandemica del P.O.L.A.*, in *LPA*, 2021, 1, p. 3 ss.

¹⁵ Sia consentito rinviare a TAMPIERI, *Il licenziamento del dipendente pubblico*, Giappichelli, 2023, p. 114 ss.

¹⁶ Cfr. SARACINI, *Licenziamento ingiustificato e reintegrazione nel lavoro pubblico*, in *RGL*, 2018, 3, p. 524 ss.

viene non solo mediante la generalizzazione della misura reintegratoria, ma anche con la previsione aggiuntiva di un'indennità risarcitoria che, seppur limitata nel massimo, è “di entità non propriamente irrisoria”, come affermano le Sezioni Unite (punto 10.1). La particolare intensità della protezione rimane tale anche se va ricordato che l'art. 63, co. 2 novellato fa testuale riferimento non soltanto al licenziamento *annullabile*, ma anche a quello *nullo*: e proprio in relazione a quest'ultimo vizio si nota un'inconsueta diminuzione delle tutele economiche rispetto al lavoratore privato, il quale, com'è noto, a fronte della nullità del recesso datoriale non subisce limiti massimi al risarcimento del danno (art. 18, co. 1, Stat. lav.; art. 2 d.lgs. n. 23/2015).

Le Sezioni Unite, a ulteriore rafforzamento della tesi secondo la quale le tutele per il pubblico dipendente in caso di licenziamento illegittimo non lasciano spazio al *metus*, richiamano poi la precedente giurisprudenza di legittimità in tema di applicazione dell'art. 18 Stat. lav. al pubblico impiego, e in particolare Cass. 9 giugno 2016 n. 11868¹⁷. Quest'ultima, nota pronuncia, di poco antecedente all'introduzione del nuovo art. 63, co. 2, d.lgs. n. 165/2001, sostenne che al dipendente pubblico ingiustamente licenziato dovessero applicarsi le tutele di cui all'art. 18 Stat. lav. addirittura nella versione *antecedente* alla l. n. 92/2012, e cioè la reintegrazione quale misura di carattere generale.

A prescindere dalla questione, ormai superata, della fondatezza di questa tesi¹⁸, merita chiedersi quale sia il senso di questo richiamo giurisprudenziale da parte delle Sezioni Unite. Innanzitutto, Cass. n. 11868/2016 contiene un riferimento, ben evidenziato dalla decisione in commento, sulla differenza degli interessi da tutelare nel lavoro pubblico e in quello privato e sulla relativa ponderazione. Ad esempio, mentre le limitazioni al potere di licenziare, nel lavoro privato, sono disposte nell'esclusivo interesse del lavoratore, in quello pubblico esse sono al servizio anche dei “più generali interessi collettivi” (così ancora Cass. n. 11868/2016, *cit.*) sottesi ai doveri di imparzialità e buon andamento dell'amministrazione. Proprio questa sottolineatura consente alle Sezioni Unite di rafforzare la tesi della perdurante differenza tra lavoro pubblico e privato che sta alla base del diverso regime di decorrenza della prescrizione.

¹⁷ In *FI*, 2016, I, c. 2363.

¹⁸ Peraltro formulata pochi mesi dopo un precedente di segno contrario: Cass. 26 novembre 2015 n. 24157, in *FI*, 2016, I, c. 550.

In secondo luogo, credo che il richiamo all’art. 18 Stat. lav. e alla sua applicazione giurisprudenziale al lavoro pubblico non abbia un valore meramente storico: infatti, la norma statutaria, in quanto espressamente richiamata anche dalla (mai abrogata) disposizione di cui all’art. 51, co. 2, d.lgs. n. 165/2001, può avere un valore residuale in certi aspetti non regolati dall’art. 63, co. 2 del d.lgs. n. 165/2001¹⁹. E in questo senso, mi pare che il rinvio delle Sezioni Unite alla giurisprudenza anteriore sia ancor più comprensibile.

5. *Il problema dei contratti precari e l’aspettativa verso un’eventuale stabilizzazione*

Resta da trattare uno dei profili più interessanti della questione, al quale peraltro le Sezioni Unite dedicano soltanto poche righe, e cioè quello dell’applicazione dei principi suddetti al caso specifico di rapporti di lavoro a termine nel pubblico impiego, ed anzi all’abuso di tale strumento, purtroppo non infrequente anche in questo settore.

La questione è ampiamente trattata nell’ordinanza di rimessione, con argomentazioni che non sarebbe esagerato definire “appassionate”: si legge infatti che “la reiterazione dei rapporti, oltre che frequente, è spesso illegittima e pone il lavoratore, in base ad una valutazione *ex ante*, in uno stato di *soggezione assoluta* (corsivo mio), poiché egli ben sa che solo accettando tale reiterazione da ultimo potrà eventualmente essere assunto dalla P.A.”; e ancora, che in questo caso i lavoratori “vengono ad occupare il medesimo posto ininterrottamente per vari anni e svolgono, in modo costante e continuativo, le medesime funzioni”, giungendosi così alla “nascita di un *metus* oggettivo del lavoratore in ordine all’esercizio di siffatti crediti”.

Conclude quindi il provvedimento di rimessione nel senso che “in questa maniera è istituzionalizzata una condizione di strutturale inferiorità del medesimo lavoratore, che esegue la sua prestazione sperando di beneficiare di una procedura di stabilizzazione ... condizione che va ben oltre il *metus* ed è incompatibile con l’applicazione ai contratti *de quibus* delle comuni re-

¹⁹ Si pensi, ad esempio, alla disciplina della revoca del licenziamento, introdotta dall’art. 18, co. 10, Stat. lav. (novellato nel 2012) e poi ripresa dal d.lgs. 4 marzo 2015 n. 23, art. 5; tale ipotesi, sicuramente configurabile anche nel caso dell’ente pubblico-datore di lavoro che abbia un tempestivo “ripensamento”, dovrà trovare necessariamente la sua regolamentazione nell’art. 18, co. 10, Stat. lav., non essendo contemplata dall’attuale d.lgs. 30 marzo 2001 n. 165, art. 63, co. 2.

gole civilistiche, anche sulla prescrizione, basate sulla parità fra le parti negoziali”.

A questa articolata (e qui abbreviata) argomentazione, le Sezioni Unite rispondono con alcune sintetiche osservazioni, affermando di non poter accogliere “la proposta dell’ordinanza interlocutoria di rilettura e ampliamento del concetto di *metus*”, in quanto, a fronte di un possibile (e ipotetico) mancato rinnovo del contratto a termine, neppure di *metus* in capo al lavoratore si potrebbe propriamente parlare, bensì di una mera ‘apprensione’; concetto, quest’ultimo, che – aggiunge la Corte – “integra una mera aspettativa di fatto, non giustiziabile per la sua irrilevanza giuridica”.

La conclusione è stringata ma condivisibile, per una serie di ragioni.

Innanzitutto, lo stesso giudice della rimessione è consapevole del fatto che sia la precedente giurisprudenza di legittimità (Cass. n. 10219/2020, *cit.*), sia la risalente giurisprudenza costituzionale (C. Cost. n. 143/1969, *cit.*), avevano espressamente affrontato il problema specifico della decorrenza della prescrizione nei rapporti di lavoro (pubblico) temporanei, finendo per ribadire, anche in questo caso, la validità della regola ordinaria sulla decorrenza della prescrizione²⁰. Ma ai suddetti precedenti si potrebbe giustamente obiettare (e la stessa ordinanza di rimessione non manca di farlo) che, da un lato, l’attuale disciplina dei rapporti di lavoro temporaneo nel pubblico impiego non è paragonabile a quella di fine anni Sessanta, e dall’altro la questione è stata portata all’attenzione delle Sezioni Unite proprio perché controversa all’interno della stessa giurisprudenza di legittimità.

Ciò che, tuttavia, induce a ritenere non convincente la “proposta” avanzata nell’ordinanza di rimessione è ancora una volta il tentativo di equiparare in tutto e per tutto (quindi anche nelle eventuali conseguenze di un uso abusivo o distorto dei rapporti di lavoro) il datore di lavoro pubblico rispetto a quello privato. Tentativo che non può andare a buon fine sempre per la strutturale e ineliminabile diversità del datore di lavoro pubblico, delle sue esigenze organizzative e degli obiettivi (oltre che degli interessi) in gioco.

²⁰ Ma anche nel lavoro privato, qualora trovi applicazione la decorrenza differita, la sospensione della prescrizione viene comunque meno in caso di successione di contratti di lavoro tra le stesse parti, “atteso che le posizioni soggettive attinenti a ciascun rapporto, distinto ed autonomo, vivono e si esauriscono nell’ambito dello stesso senza interferire nello svolgimento del successivo” (così Cass. 29 aprile 2015 n. 8684). In dottrina cfr., in tal senso, SANTONI, *cit.*, p. 884.

La particolarità della figura datoriale pubblica diviene evidente, nel caso specifico dei rapporti di lavoro a termine, in alcuni profili di indubbia rilevanza: in primo luogo, l'impossibilità *ex lege* di un consolidamento, sia pure in via sanzionatoria, dei rapporti a termine in un contratto di lavoro a tempo indeterminato senza concorso (art. 36, co. 5, d.lgs. n. 165/2001); poi, la diversa natura, rispetto al lavoro privato, dell'eventuale danno da “precarizzazione”, sancita da Cass. Sez. Un. 15 marzo 2016 n. 5072²¹ con riferimento all'indennità *ex art. 32, c. 5, l. 4 novembre 2010 n. 183* (cfr. pag. 9-10 dell'ordinanza di rimessione)²²; e ancora, la natura facoltativa, per l'amministrazione, della stabilizzazione dei rapporti di lavoro precari, procedura di per sé eccezionale²³ a fronte della quale, quindi, non può sussistere che una mera aspettativa. Infine, va ricordato che, secondo un costante orientamento giurisprudenziale (citato anche in sede di rimessione), l'intervenuta stabilizzazione del lavoratore precario – a condizione che sia in “stretta correlazione” con l'abuso del contratto a termine – è circostanza “satisfattiva del bene della vita richiesto”, con conseguente efficacia riparatoria dell'illecito²⁴.

In questo senso, la “soggezione assoluta” del dipendente pubblico a termine nei confronti della P.A. datrice di lavoro, sostenuta dal giudice della rimessione, non è configurabile, certamente non negli stessi termini in cui potrebbe ravvisarsi nell'impresa privata.

Impropria, anche se dal significato intuibile, è poi l'espressione “*metus* oggettivo” utilizzata dal giudice della rimessione: si tratta di una sorta di os-simoro, posto che, com'è stato autorevolmente fatto rilevare in proposito, il *timore* non è che una “situazione psicologica”, e “non può essere considerato

²¹ La decisione può leggersi in *RIDL*, 2016, II, p. 597.

²² Ai fini della tesi qui sostenuta, merita altresì ricordare l'affermazione di Cass. 15 marzo 2016 n. 5072 secondo la quale “Il dipendente pubblico che subisce la precarizzazione per effetto di una successione di contratti a termine connotata da abusività non perde alcun posto di lavoro alle dipendenze dell'Amministrazione pubblica per la quale ha lavorato ed al quale non avrebbe mai avuto diritto, non avendo superato il vaglio di un concorso pubblico per un posto stabile”. Questa affermazione contribuisce a rafforzare la tesi della mera “aspettativa” del dipendente pubblico a termine nei confronti di un'eventuale stabilizzazione del rapporto di lavoro.

²³ In tal senso, da ultimo, cfr. C. Cost. 18 maggio 2023 n. 89, che, pronunciandosi sulla l.r. Molise 4 agosto 2022 n. 13, ha ribadito che “La disciplina sulla stabilizzazione del personale della pubblica amministrazione introduce ... una deroga temporanea al principio del pubblico concorso”.

²⁴ Si v., da ultimo, Cass. 15 dicembre 2023 n. 35145.

come un sentimento costantemente costitutivo e determinante della psiche umana” al punto tale da porlo a fondamento di una regola giuridica generale²⁵.

6. Conclusioni

In definitiva, pur ritenendo apprezzabile il tentativo dell’ordinanza di rimessione di tutelare al massimo grado il pubblico dipendente, specie se precario, ritengo che le tesi esposte in quella sede non colgano nel segno. E ciò non tanto perché la pubblica amministrazione debba ritenersi a priori “immune”, proprio in virtù della sua natura pubblica, da qualsiasi comportamento che sia *contra legem* o pregiudizievole dei diritti dei lavoratori²⁶. Piuttosto, è indiscutibile che le tutele accordate al pubblico dipendente ingiustamente licenziato siano ancora largamente superiori rispetto a quelle del lavoratore privato, in linea con quanto avviene, del resto, in molti altri aspetti del rapporto di lavoro²⁷. Il lavoro pubblico è rimasto quindi l’unico a rispettare il rigoroso principio, richiamato a pag. 6 della decisione in commento, per cui “una vera stabilità non si assicura se all’annullamento dell’avvenuto licenziamento non si faccia seguire la completa reintegrazione nella posizione giuridica preesistente” (C. Cost. n. 174/1972, *cit.*).

La questione della decorrenza della prescrizione nel lavoro pubblico

²⁵ Cfr. PERSIANI, *cit.*, p. 16, il quale aggiunge che il riferimento al *metus*, contenuto in C. Cost. n. 63/1966, doveva essere un *obiter dictum*, ma “ha finito per essere determinante per i successivi orientamenti della giurisprudenza costituzionale e ordinaria” (p. 6).

²⁶ Un simile convincimento, sul quale si basava, ad esempio, la (presunta) esenzione dello Stato dal procedimento di repressione della condotta antisindacale di cui all’art. 28 Stat. lav. (C. Cost. 5 maggio 1980 n. 68; 21 luglio 1988 n. 860), venne presto accantonato come infondato. In dottrina cfr. ESPOSITO, *La condotta antisindacale delle pubbliche amministrazioni*, Jovene, 2008, p. 51 ss.

²⁷ Si pensi, ad esempio, al diritto, di fonte contrattuale, del pubblico dipendente a mantenere il posto di lavoro durante tutto il periodo di prova svolto presso un nuovo ente, anche di comparto diverso (art. 25, co. 10-12, CCNL Funzioni Locali 2019-2021) ovvero la possibilità di chiedere la ricostituzione del rapporto di lavoro entro 5 anni dalla data delle intervenute dimissioni (art. 15 CCNL Funzioni Centrali 2016-2018). Cfr. SANTONI, *Decorrenza della prescrizione dei crediti di lavoro e regimi di tutela del posto di lavoro*, in BALLETTI, SANTUCCI (a cura di), *cit.*, il quale parla di “un rapporto dotato di particolare forza di stabilità del posto e di resistenza” anche dopo il d.lgs. n. 75/2017 (p. 43).

potrebbe, a questo punto, essere rimessa in discussione soltanto da un intervento del legislatore, diretto o anche indiretto, cioè da una nuova revisione delle tutele contro il licenziamento illegittimo nel settore pubblico. Ma l'eventualità è decisamente poco verosimile.

Keywords

Prescrizione estintiva, lavoro pubblico, crediti retributivi, decorrenza, contratti precari.

Extinctive limitation period, public employment, wage claims, beginning of the limitation period, precarious contracts.

Alessandra Ingraio

Le *email* dei dipendenti tra conservazione dei metadati e protezione dai controlli a distanza

Sommario: **1.** Il nuovo documento di indirizzo “programmi e servizi informatici di gestione della posta elettronica nel contesto lavorativo e trattamento dei metadati” del Garante per la privacy. **2.** La lettura restrittiva della categoria degli strumenti di lavoro si giustifica perché la miniera dei metadati è insidiata di pericoli per i diritti fondamentali dei lavoratori. **3.** Il controllo a distanza è un trattamento di dati personali dei lavoratori e la sua finalizzazione deve essere esplicita anche nell’ipotesi in cui lo strumento serve a lavorare. **3.1.** Indagini difensive, strumenti di lavoro e conservazione dei metadati. **4.** Il necessario contemperamento tra diritto/dovere dell’impresa di conservare la corrispondenza aziendale, senza controllare i lavoratori. Un *bug* all’interno delle linee di indirizzo del Garante.

1. *Il nuovo documento di indirizzo “programmi e servizi informatici di gestione della posta elettronica nel contesto lavorativo e trattamento dei metadati” del Garante per la privacy*

Con il documento di indirizzo in commento, il Garante per la protezione dei dati personali ha promosso la consapevolezza delle scelte organizzative dei datori pubblici e privati sulle misure di contenimento dei rischi per la *privacy* dei lavoratori che possono derivare dall’impiego di programmi informatici per la gestione della posta elettronica che raccolgono, tracciano e conservano i metadati di qualsiasi email, inviata e ricevuta, dall’*account* di posta elettronica aziendale.

Il documento è pronunciato ai sensi dell’art. 25 reg. Ue 2016/679 del 27 aprile 2016 e 154 *bis*, co. 1, lett. *a*, del Codice della privacy e quindi non ha efficacia prescrittiva, ma si limita a creare una consapevolezza nei titolari

del trattamento, al fine di prevenire comportamenti in contrasto con la disciplina *privacy*.

Si cominci col dire che i metadati sono informazioni che descrivono caratteristiche e proprietà di un'altra informazione. Esattamente come la scheda del catalogo di una biblioteca descrive la posizione, il titolo, l'anno di edizione di un volume; così i metadati delle comunicazioni elettroniche identificano giorno, ora, mittente, destinatario, oggetto e dimensione di una determinata comunicazione elettronica. Si tratta, pertanto, di dati *esteriori* delle e-mail che, pur non descrivendone il contenuto, possono rivelare informazioni che, se immagazzinate in modo generalizzato nei contesti lavorativi, possono disvelare informazioni delicate come a breve si dirà.

Le linee di indirizzo di cui si discorrerà nelle pagine che seguono sono quelle emanate nel giugno 2024, a seguito della consultazione pubblica che il Garante per la protezione dei dati personali ha dovuto avviare a seguito delle aspre critiche ricevute dal precedente provvedimento del febbraio 2024¹.

Le nuove linee risultano, senza dubbio, frutto di un ragionamento più complesso e approfondito. Ciò si può evincere, innanzitutto, dalla definizione di metadato, contenuta nella parte introduttiva del provvedimento, che risulta più precisa sotto il profilo tecnico-informatico, che ai nostri fini interessa relativamente. Ma soprattutto, l'Autorità ha rinunciato a portare avanti la precedente tesi – davvero poco condivisibile – secondo la quale i metadati delle comunicazioni elettroniche appartenevano alla categoria degli “strumenti di lavoro” (art. 4, co. 2, st. lav.) *per soli sette (estensibili a nove) giorni*; scaduti i quali, divenivano strumenti di controllo (*ex art. co. 1, St. lav.*) con la conseguenza che, a prescindere dalla finalità del loro impiego, il trascorrere del tempo obbligava il datore di lavoro a esperire la procedura sindacale codeterminativa con le RSA/RSU (o, qualora la trattativa condotta in buona fede avesse avuto esito infausto, a ottenere l'autorizzazione amministrativa dell'Ispettorato del lavoro).

Viceversa, nella nuova versione delle linee d'indirizzo, maggiore rilievo assume il principio di finalità che, a dire il vero, da sempre funge da pietra angolare dell'intera disciplina *privacy*². In buona sostanza, il nuovo provvedi-

¹ Sulle linee precedenti cfr. TEBANO, *La gestione della posta elettronica nel contesto lavorativo: una questione ancora aperta*, in *RIDL*, 2024, I, 1, p. 75 ss.

² Sia consentito rinviare a INGRAO, *Il controllo a distanza sui lavoratori e la nuova disciplina privacy: una lettura integrata*, Cacucci, 2018.

mento esorta i datori di lavoro a calibrare la disciplina applicabile ai metadati della corrispondenza elettronica – disciplina che è necessariamente frutto della integrazione tra reg. 679/16 e art. 4 St. lav. – in base allo *scopo* di raccolta, memorizzazione ed (eventuale) impiego che il datore di lavoro intenderà fare delle informazioni relative ai dati esteriori delle *email*. Con il corollario (su cui *funditus* § 2) che, ad avviso del Garante, il metadato può essere considerato strumento di lavoro esclusivamente nelle ipotesi in cui garantisca il funzionamento del sistema di posta elettronica.

Resta poi ferma una particolare attenzione dell’Autorità per le garanzie collegate alla doverosa limitazione della conservazione dei (meta)dati che implica che essi – a prescindere dall’alternativa tra strumenti di lavoro o strumenti di controllo – possono essere conservati per pochi giorni, *proporzionalmente* individuati in relazione agli scopi del trattamento, quantificati dal Garante “orientativamente” in giorni ventuno.

Infine, l’Autorità invita anche i fornitori dei servizi a rispettare i principi di *privacy by design* e *by default* nella progettazione del servizio di posta che poi sarà immesso sul mercato. Ciò non toglie, che la responsabilità per il trattamento illecito resti in capo al titolare del trattamento che decide modalità e scopi dello stesso e che, dunque, non può discolarsi addossando al fornitore del *software* la colpa per il cattivo servizio (che per esempio non procede all’anonimizzazione dei metadati dopo un certo periodo).

2. *La lettura restrittiva della categoria degli strumenti di lavoro si giustifica perché la miniera dei metadati è insidiata di pericoli per i diritti fondamentali dei lavoratori*

Il caso della conservazione dei metadati mette molto bene in luce un profilo particolarmente critico della riforma dell’art. 4 St. lav. ad opera del d.lgs. 14 settembre 2015 n. 151, art. 23³: la distinzione tra strumenti di controllo e strumenti di lavoro, cui il Garante si riferisce nelle linee di indirizzo, affermando che i metadati vanno considerati strumenti di lavoro esclusivamente se la loro raccolta e memorizzazione assicura il “funzionamento delle infra-

³ Tra i tanti studi cfr. DEL PUNTA, *La nuova disciplina dei controlli a distanza sul lavoro* (art. 23, d.lgs. 151/2015), in *RIDL*, 2016, I, 1, p. 77 ss. NUZZO, *La protezione del lavoratore dai controlli impersonali*, Editoriale Scientifica, 2018.

strutture del sistema di posta”, quindi, solo nelle ipotesi in cui il trattamento sia strettamente servente a necessità informatiche collegate al mantenimento in vita del sistema stesso.

Qualsiasi altro scopo aziendale – leggi: immagazzinamento generalizzato dei metadati a scopo di controllo o indagine – richiede l’accordo sindacale o l’autorizzazione amministrativa. Le linee guida rinnovate, sotto questo profilo, sono per il datore più restrittive delle precedenti che avevano lasciato un tempo “cuscinetto” di sette/nove giorni, durante i quali il trattamento dei metadati rientrava comunque nella ipotesi eccezionale del co. 2 dell’art. 4 St. lav.⁴.

Tuttavia, la lettura restrittiva del Garante si giustifica perché appare più sistematicamente coerente, oltre ad essere volta a superare il vero *busillis* dell’art. 4 St. lav.: la distinzione prevista in seno ai primi due commi – dove si dice che gli strumenti di lavoro possano essere consegnati ai dipendenti, in assenza dell’accordo con RSA o RSU o dell’autorizzazione amministrativa, previsti, invece, nell’ipotesi di strumenti di controllo (gli impianti di video-sorveglianza, per esempio)⁵ – non tiene abbastanza in conto che lo strumento di lavoro non è meno offensivo di uno strumento di controllo per i diritti di libertà e dignità del lavoratore. La previsione di quell’eccezione all’interno del corpo dell’art. 4 St. lav. è ancora più contraddittoria se si considera che, non esistendo una nozione ontologica di strumento di lavoro, la sua funzionalità dipenderà in concreto dall’organizzazione del datore di lavoro e dalle finalità d’uso della tecnologia decise dal datore di lavoro al momento d’installazione dello strumento⁶.

⁴ Garante per la protezione dei dati personali, 13 luglio 2016 n. 303, confermato da Tribunale di Chieti, 24 ottobre 2019 n. 672; Garante per la protezione dei dati personali, provvedimenti 1° febbraio 2018 n. 53, doc. web n. 8159221; 29 ottobre 2020 n. 214, doc. web n. 9518890; 29 settembre 2021 n. 353, doc. web n. 9719914.

⁵ TULLINI, *Il controllo a distanza attraverso gli strumenti per rendere la prestazione lavorativa. Tecnologie di controllo e tecnologie di lavoro: una distinzione è possibile?* in TULLINI (a cura di), *Controlli a distanza e tutela dei dati personali del lavoratore*, Giappichelli, 2017, p. 97 ss.; TROJSI, *Controllo a distanza (su impianti e strumenti di lavoro) e protezione dei dati del lavoratore*, in *VTDL*, 2016, p. 667 ss.

⁶ Infatti, l’operazione logica di incasellamento del singolo dispositivo tecnologico, nel co. 1 o nel co. 2 della norma, che compie il giudice ai fini dell’accertamento della legittimità del controllo diviene delicatissima ed esposta ad apprezzamenti che variano caso per caso, come la giurisprudenza *post jobs act* dimostra; su WhatsApp Trib. Milano 24 ottobre 2017, in *DRI*, 2018, con nota di CASSANO; sulla Viacard Trib. La Spezia 25 novembre 2016. Sulle componenti che generano *log* Trib. Torino 19 settembre 2018 n. 1664.

In proposito, ci si limita a ricordare che proprio le *e-mail* che, *prima facie*, appaiono il prototipo perfetto dello strumento di lavoro sono state considerate, da una isolata sentenza di merito⁷, uno strumento di controllo *ex comma 1* che necessita per l'installazione dell'accordo sindacale, visto che "di fatto" consentono comunque un controllo sulla corrispondenza del prestatore.

Ed è ragionando su quest'ultimo argomento, tanto pragmatico quanto logico, che si comprende il senso profondo del provvedimento del Garante: i metadati delle *e-mail* sono idonei a rivelare dati personali del lavoratore lo espongono ad un controllo a distanza (si pensi all'orario di ricezione della corrispondenza e di risposta!) che può divenire lesivo e sleale quanto quello esercitato per mezzo di una videocamera.

Di qui, il corollario del principio di limitazione: se i metadati sono memorizzati per poco tempo se ne può presumere una sorta di inoffensività per i diritti fondamentali del prestatore; tenuto altresì conto che la raccolta dei dati esteriori (la *cd. envelope* del messaggio) è necessaria ad assicurare il funzionamento e il regolare utilizzo del sistema di posta elettronica, ivi inclusa la garanzia di sicurezza informatica. Viceversa, se i metadati sono raccolti e conservati per anni, lustri e decenni rafforzano quel potere di controllo retrospettivo e sleale che è proprio ciò che la *ratio legis* intende contrastare.

L'istanza di protezione autentica dei lavoratori poi va presa ancor più sul serio, se si considera che i metadati delle *e-mail* (ma il discorso vale anche per quelli delle comunicazioni telefoniche) costituiscono un enorme bacino di dati personali che consentono la ricostruzione dei comportamenti digitali di intere schiere di persone fisiche.

Un bacino molto ricco e variegato se si considera che la prolungata raccolta e conservazione permette di categorizzare i lavoratori sulla base di informazioni che trascendono la sfera lavorativa (ossia di dati irrilevanti ai fini della valutazione dell'attitudine professionale *ex art. 8 St. lav.*). Per fare solo un esempio, i flussi delle mail in uscita dagli *account* possono rivelare quali lavoratori rispondono o indirizzano le comunicazioni a una certa sigla sindacale⁸.

⁷ Trib. Roma ord. 13 giugno 2018 n. 57668 sulla posta elettronica e un sistema gestionale. Ma cfr. anche Garante per la protezione dei dati personali, provvedimento del 13 luglio 2016, *Trattamento di dati personali dei dipendenti mediante posta elettronica e altri strumenti di lavoro*.

⁸ Cfr. Garante per la protezione dei dati personali, *Ordinanza di ingiunzione nei confronti di regione Lazio*, 1° dicembre 2022.

Ma vi è di più. Le informazioni esterne delle comunicazioni possono divenire una miniera, su cui fare poi operare sistemi più o meno complessi di intelligenza artificiale capaci di profilare abitudini, ripetizioni di comportamenti, costumi di *cluster* di persone fisiche; di andare quindi al di là del semplice monitoraggio delle azioni dei lavoratori a scopi valutativi, dimostrando ancora una volta che i dati personali forniscono il substrato informativo necessario all'esercizio di sistemi automatizzati che servono ad compiere scelte gestionali e a esercitare il potere direttivo⁹.

Non sorprende, allora, che proprio i metadati siano al centro dell'attenzione dei costituzionalisti, perplessi dall'impiego di tali strumenti da parte degli Stati ai fini della prevenzione dei crimini¹⁰.

In definitiva, se è insostenibile che la tutela dei diritti fondamentali del prestatore possa essere affidata esclusivamente alla labile distinzione tra strumenti di lavoro e strumenti di controllo, allora è di fondamentale importanza valorizzare il disposto del comma 3 del nuovo articolo 4 St. lav.

Cosa che merita una separata trattazione nel paragrafo che segue.

3. *Il controllo a distanza è un trattamento di dati personali dei lavoratori e la sua finalizzazione deve essere esplicita anche nell'ipotesi in cui lo strumento serva a lavorare*

È di plastica evidenza che l'impostazione del nuovo art. 4, co. 3, st. lav. sia aggiornata all'innovazione tecnologica poiché essa non guarda più soltanto alle regole di installazione degli strumenti, ma accorda esplicitamente tutela al fatto che lo strumento – sia di controllo sia di lavoro – è un mero tramite che permette la raccolta, la memorizzazione e la conservazione dei dati personali dei lavoratori. In altre parole, il *focus* normativo cade sulle condizioni di utilizzabilità dei dati che sono, al contempo, condizioni legali di *consultabilità*, per il datore di lavoro, e di *ammissibilità* della prova in giudizio per il giudice.

Il rinvio esplicito contenuto nella norma al rispetto del d.lgs. 30 giugno 2003 n. 196 e alla doverosa consegna al lavoratore di una *adeguata* informa-

⁹ Sia consentito rinviare a INGRAO, *Voce Contratto di lavoro e digitalizzazione*, in *Contratto di lavoro* diretta da DEL PUNTA, SCARPELLI, ROMEI, ne *I tematici*. ED, Giuffrè, 2023, p. 245 ss.

¹⁰ ROSSI, *La conservazione dei dati esterni alle comunicazioni tra privacy ed esigenze di accertamento dei reati*, FrancoAngeli, 2020.

zione sulle modalità d'uso degli strumenti e sulle caratteristiche dei controlli realizzati sta a significare che il controllo a distanza è un trattamento di dati personali del lavoratore e, come tale, deve essere disciplinato, dalla fase di configurazione dei dispositivi da installare fino alla cancellazione/distruzione dei dati personali.

Tale configurazione del potere implica – secondo l'impostazione dell'*accountability* (art. 5 reg.)¹¹ – che prima di installare qualsiasi strumento idoneo a raccogliere dati personali, il datore di lavoro dovrà identificare e definire una volta per tutte la finalità che è alla base del trattamento (art. 5, par. 1, lett. b, reg.), individuando altresì un'adeguata base giuridica (art. 6 reg.) che lo legittimi a trattare (nel caso de *qua* i meta) dati.

In proposito, occorre ricordare che la liceità della base giuridica, non esime il titolare dal cd. test di bilanciamento che impone al datore di valutare e dimostrare in concreto la legittimità, la proporzionalità del trattamento e la prevalenza dell'interesse e delle esigenze imprenditoriali. Esse sono oggi enumerate nell'art. 4 co. 1 St. lav. che ricomprende delle generali esigenze aziendali di tipo organizzativo, produttivo, di sicurezza del lavoro e di tutela del patrimonio aziendale. A queste si aggiungono le esigenze d'installazione dello strumento identificate dal comma 2: l'impiego dello strumento per consentire la prestazione lavorativa o per registrare accessi e presenze.

Dalle esigenze di legittima installazione vanno tenute distinte le finalità del trattamento che, ai sensi dell'art. 4 co. 3 St. lav., possono essere tutte quelle connesse al contratto di lavoro. In altri termini, il controllo-trattamento potrebbe avere scopi disciplinari, formativi, gestionali, retributivi ecc. Quel che rileva è che la finalità sia definita a priori ed esplicitata nell'informativa data al lavoratore, anche nell'ipotesi in cui si tratti di rilevazioni effettuate attraverso strumenti di lavoro.

Di tale ponderazione poi dovrà rimanere traccia nella valutazione di

¹¹ Tale principio impone al titolare del trattamento un dovere di proteggere i dati personali dei dipendenti trattandoli nel rispetto della normativa ed essere anche in grado di dimostrarne il rispetto. È importante puntualizzare che si tratta di proteggere riservatezza e intimità, ma di prevenire i rischi per i diritti fondamentali insiti nel trattamento dei dati personali, adottando misure preventive conformi ai principi del trattamento che, incidendo sull'organizzazione strumentale, si dimostrino adeguate a mitigare, e se possibile eliminare, i rischi. La temporizzazione della cancellazione dei dati raccolti e memorizzati è una di quelle misure di prevenzione. L'applicazione dei principi del trattamento al controllo, finalità minimizzazione e proporzionalità costituisce un altro esempio. La logica insomma è nota ai giuslavoristi, perché identica a quella sottesa al d.lgs. 9 aprile 2008 n. 81 ai fini della tutela della salute e della sicurezza.

impatto sulla protezione dei dati (35 e 36 reg. Ue 679/16), oltretutto in una informativa adeguata (art. 4, co. 3, St. lav. e 13 reg.) che permetta al lavoratore di rappresentarsi, prima che il trattamento sia eseguito, le modalità con cui saranno disposti controlli sulla posta elettronica e sui metadati, il tipo di dati personali raccolti, la base giuridica, le finalità del monitoraggio e il tempo di conservazione dei dati stabilito dal titolare in relazione allo scopo del trattamento.

In tale documento (e possibilmente in una separata *policy*), poi, dovranno essere esplicitati i possibili usi della posta elettronica aziendale e anche dei relativi metadati.

Altrimenti, qualora mancassero gli adempimenti *de qua*, le informazioni trattate relative alla posta elettronica non saranno utilizzabili *ex art. 4, co. 3, st. lav.* e il datore di lavoro potrebbe esporsi a sanzioni amministrative, così come previsto nel reg. Ue 679/16 oltretutto alla responsabilità penale (cfr. la continuità dell'illecito prevista per gli strumenti di lavoro dall'art. 171 c.p.).

3.1. *Indagini difensive, strumenti di lavoro e conservazione dei metadati*

Tra le esigenze aziendali che legittimano il controllo a distanza, anche per fini disciplinari, merita attenzione la “tutela del patrimonio aziendale”. Sebbene il documento d'indirizzo del Garante ne faccia laconico riferimento, il controllo esercitato a scopo difensivo degli *asset* aziendali, oltre ad essere il più diffuso, implica una riflessione più approfondita di quella riservata dal documento d'indirizzo sul bilanciamento dei contrapposti interessi delle parti.

Il legislatore del 2015 ha preso una posizione netta nei confronti dell'annoso problema delle cd. *internal investigation* tecnologiche ossia di quei controlli a distanza che hanno ad oggetto condotte illecite dei dipendenti, le quali, nella maggior parte dei casi, configurano anche reati contro il patrimonio aziendale, materiale e immateriale¹². L'art. 4 St. lav. contiene un temperamento degli interessi equilibrato. A differenza della previgente versione, la nuova norma legittima il controllo difensivo esplicitamente. Ci si avvede che nelle organizzazioni complesse queste indagini sono collegate strettamente ai doveri imprenditoriali di prevenire crimini: i canali di segna-

¹² *Contra* MARAZZA, *I controlli a distanza del lavoratore di natura difensiva*, in TULLINI (a cura di), *Controlli a distanza*, cit., p. 27 ss. e MARESCA, *Controlli tecnologici e tutele del lavoratore nel nuovo art. 4 St. lav.*, in TULLINI (a cura di), *Controlli a distanza*, cit., p. 24.

lazione *whistleblowing* di cui al d.lgs. 10 marzo 2023 n. 24 hanno, per esempio, lo scopo di avviare tempestivamente, *internal investigation* a fini difensivi in relazione ad illeciti di rilevanza penale che l'ente scopre essere stati commessi al proprio interno e che possono costituire reati presupposti ai fini della responsabilità ex d.lgs. 8 giugno 2001 n. 231; o ancora, lo stesso reg. Ue 679/16 obbliga il titolare del trattamento a prevenire perdite di dati causate da illeciti disciplinari dei dipendenti.

Dall'altro lato, però, la nuova norma chiarisce definitivamente che tali controlli non possono essere svolti in modo occulto e sproporzionato, in spregio ai diritti fondamentali dei lavoratori che si trovano esposti al monitoraggio nel luogo di lavoro in cui gli illeciti si sono consumati, dando vita al sospetto e all'esigenza concreta di procedere al monitoraggio per tutelare il patrimonio aziendale. Tali trattamenti di dati personali devono, in altri termini, rispettare tutte le garanzie stabilite dall'art. 4 St. lav. e dalla disciplina *privacy*.

Il problema spinoso che il documento d'indirizzo del Garante pone riguarda i presupposti di legittimità di questo genere di controlli se esercitati sulle mail aziendali e sui loro dati esteriori, posto che dalla mera interpretazione letterale della disposizione sembrerebbe che soltanto gli strumenti di controllo puro (art. 4, co. 1) possano essere impiegati per esercitare il controllo per la tutela del patrimonio aziendale.

Le nuove linee d'indirizzo non entrano nel merito della questione appena accennata, fornendo però agli interpreti un criterio direttivo che s'impenna sul principio di finalità e che sembra essere risolutivo per dirimere eventuali questioni.

Sarebbe fuorviante concentrarsi soltanto sull'apparente utilità dello strumento a realizzare la prestazione, come la norma testualmente sembrerebbe imporre, perché ciò che conta ai fini dell'applicazione della disciplina è la *finalizzazione del potere* di controllo a distanza rispetto agli scopi connessi alle esigenze che si pongono nel caso concreto. Esemplificando, se durante la valutazione del rischio *privacy* emerge che i *file log* contenenti i (metadati)dati della corrispondenza elettronica saranno conservati per effettuare monitoraggi su eventuali condotte illecite perpetrate dagli stessi (scaricamenti di materiali illeciti, violazioni di segreti professionali ecc.), sarà necessario qualificare *ab origine* le mail aziendali e i metadati come strumenti di monitoraggio ex art. 4, co. 1, St. lav.

Con la conseguenza che dovrà essere esperita la procedura sindacale ed

autorizzatoria al fine di accertare in concreto la ricorrenza della specifica esigenza e di valutare se le modalità di esercizio del potere sono conformi ai principi di minimizzazione, proporzionalità e finalità.

Peraltro, si rammenta che il principio di *accountability* obbliga il datore di lavoro ad adottare misure che prevengano la commissione di comportamenti illeciti già installate by *default* nelle apparecchiature (per quanto riguarda le email, antivirus, antispam, divieti di uso promiscuo della mail aziendale e formazione dei lavoratori; ma si pensi altresì alla creazione di blocchi di navigazione o *alert* che impediscono accessi abusivi al sistema informatico ecc.).

Infine, si sottolinea che le indagini difensive informatizzate disposte per la tutela del patrimonio aziendale possono oggi condurre all'impiego per fini disciplinari delle informazioni ricavate, fatta salva l'ipotesi in cui l'accordo sindacale (o, in mancanza, l'autorizzazione amministrativa), prevalendo per specialità sulla legge, vieti l'impiego delle rilevazioni a fini disciplinari.

Ed è per le ragioni appena esposte che l'accordo gestionale stipulato in sede sindacale o l'autorizzazione amministrativa dovranno tenere in debita considerazione le esigenze di conservazione dei dati personali in possesso dell'impresa, riconoscendo che la loro memorizzazione non potrà essere limitata a qualche settimana, ma potrà anche essere concessa per mesi, in considerazione della finalizzazione del trattamento. I sospetti di illeciti, infatti potrebbero materializzarsi anche dopo diverso tempo rispetto alla ricezione della corrispondenza e, se così non fosse, il diritto di difesa dell'impresa sarebbe compromesso.

Infine, una volta concordato o autorizzato un tempo di conservazione lungo, che è variabile in relazione alle esigenze del caso concreto, sarebbe opportuno prevedere altresì una regolazione specifica delle circostanze in cui è possibili accedere ai dati e, soprattutto, dei soggetti che hanno la visibilità degli stessi¹³. Si potrebbero indicare, per esempio, nomi e cognomi degli incaricati ad accedervi, includendo tra essi anche i rappresentanti dei lavoratori.

¹³ Gruppo di lavoro sulla protezione dei dati ex articolo 29, Parere n. 8 del 13 settembre 2001, *sul trattamento di dati personali nell'ambito dei rapporti di lavoro*, § 9; Garante per la protezione dei dati personali, *Lavoro: le linee guida del Garante per posta elettronica e internet*, 2007 § 8. Sugli amministratori di sistema cfr. INGRAO, *Il controllo a distanza sui lavoratori e la nuova disciplina privacy: una lettura integrata*, Cacucci, 2018, p. 103 ss. SITZIA, *Il diritto alla "privatezza" nel rapporto di lavoro tra fonti comunitarie e nazionali*, Cedam, 2013, pp. 115-116.

4. *Il necessario contemperamento tra diritto/dovere dell'impresa di conservare la corrispondenza aziendale, senza controllare i lavoratori. Un bug all'interno delle linee di indirizzo del Garante*

Occorre infine avvedersi che non è sempre detto che quando il datore di lavoro conservi i metadati delle comunicazioni elettroniche lo faccia o per esigenze di funzionalità del sistema o perché voglia, per forza, controllare i lavoratori.

L'Autorità sembra partire da questa erronea equazione e sottovaluta che l'impresa ha interesse a conservazione la corrispondenza aziendale per tempi molto superiori alla settimana. Anzi, di vero e proprio *dovere* dell'imprenditore alla conservazione si può discorrere, poiché vi sono norme del codice civile che lo obbligano a "conservare ordinatamente per ciascun affare gli originali delle lettere, dei telegrammi e delle fatture ricevute, nonché le copie delle lettere dei telegrammi e delle fatture spedite" (art. 2214, co. 2, cod. civ.).

Tale disposizione, prevista nel 1942 per la corrispondenza cartacea, può essere estesa, in via interpretativa, anche alla documentazione digitale; giacché la sua *ratio* risponde all'esigenza di consentire i controlli di legge (si pensi all'ammissione alla procedura del concordato preventivo) agli organi all'uopo predisposti, come gli ufficiali di polizia tributaria o gli uffici ispettivi del lavoro per i fini da essi perseguiti istituzionalmente. D'altro canto, non si può ignorare il fatto che l'impresa di fronte a tali controlli avrà il diritto di difendersi (*ex art. 24 Cost.*) in eventuali procedimenti o processi (penali, civili, fiscali), impiegando la corrispondenza elettronica come prova in grado di ricostruire determinati accadimenti. E ciò è comprovato dal fatto che vi sono numerose sentenze della Corte di Cassazione¹⁴ che stabiliscono che le *e-mail* formano prova piena di fatti e cose rappresentate (salvo il disconoscimento), poiché si tratta di documenti elettronici idonei a contenere la rappresentazione informatica di atti, fatti o dati giuridicamente rilevanti che rientrano tra le riproduzioni informatiche e le rappresentazioni meccaniche di cui all'articolo 2712 cod. civ.

Ebbene, quanto alla conservazione nel tempo della corrispondenza, l'art. 2214, co. 2, cod. civ., è richiamato dall'art. 2220 cod. civ. e prevede espressamente un periodo di conservazione di dieci anni, prendendo come *dies a quo* il termine di registrazione della corrispondenza.

¹⁴ Da ultimo, si v. Cass. 21 maggio 2024 n. 14046, in *De Jure*.

Si può discutere dell'ambito applicativo di tali regole, ovvero se il tempo decennale di conservazione della corrispondenza digitale riguardi proprio tutte le e-mail inviate dai propri dipendenti o possa essere ristretto solo ad alcune di esse particolarmente rilevanti (alle email, a quelle contenenti per esempio fatture elettroniche, prove di pagamenti, di ordini ecc.); però, resta il fatto che nel test di bilanciamento da effettuare per giustificare l'esistenza di una base legittima del trattamento (vedi *supra*), non può non tenersi conto di queste disposizioni di legge che incidono fortemente sul legittimo interesse dell'impresa alla conservazione della corrispondenza aziendale anche per periodi superiori ai 21 giorni.

Ed è per tale ragione, in definitiva, che diviene particolarmente rilevante isolare, definire e descrivere nella valutazione di impatto *privacy* e nella informativa da consegnare al lavoratore e alle organizzazioni sindacali (cfr. art. 1 *bis* d.lgs. 152/1997) la specifica finalità che motiva il trattamento dei metadati.

Keywords

Garante Privacy, metadata, email dipendenti, privacy, art. 4 St. lav.

Privacy Authority, metadata, employee email, privacy, Art. 4 of the Workers' Statute.

Maria Dolores Santos Fernandez

Lavoro femminile: criticità e rafforzamento delle tutele

Sommario: **1.** Ancora tanta violenza sulle donne nei luoghi di lavoro. **1.1.** Ampliamento dell'ambito soggettivo e oggettivo della tutela. **1.2.** La tutela delle donne che hanno subito violenza: denuncia, processo e sanzione. **2.** La parità retributiva e il valore del lavoro di cura. **2.1.** Il divieto di discriminazione per motivi di cura. **2.1.** Trasparenza, premialità e salario equo.

1. Ancora tanta violenza sulle donne nei luoghi di lavoro

L'anno 2021, a ridosso di un lockdown che ha messo una lente d'ingrandimento sul lavoro femminile, si è aperto e si è chiuso con due interventi legislativi rivolti a rafforzare la sua tutela. A gennaio, con la legge n. 4, l'Italia ha ratificato la Convenzione OIL n. 190/2019, relativa all'eliminazione della violenza e delle molestie sul luogo di lavoro. A novembre, con la legge n. 62, sono state approvate delle disposizioni in materia di pari opportunità tra uomo e donna in ambito lavorativo.

Sono diversi gli istituti giuridici previsti in queste due norme che contribuiscono a ridurre due aspetti gravi e ancora tristemente attuali del lavoro femminile, come la violenza sulle donne e il gap salariale. Esse sono, infatti, due ferite profonde della nostra società che, sempre di più, sono venute a galla in modo evidente e incontrovertibile. Per quanto attiene alla violenza sulle donne, in particolar modo, si sta assistendo a una fase storica in cui, a fronte di una diminuzione complessiva dei numeri degli omicidi in termini assoluti, i femminicidi sono, invece, in drammatico aumento¹, ponendo in

¹ Come hanno illustrato DEMURTAS (CNR-IRPPS) e TOFFANIN (Università di Padova),

contraddizione il dato fattuale con la presunta presa di coscienza, da parte della società, del problema.

In queste pagine mi propongo di affrontare alcuni istituti che hanno ricevuto l'attenzione anche da parte del legislatore – una parte della giurisprudenza l'aveva già fatto – rivolti a rafforzare, intensificare e migliorare la lotta contro questi due fenomeni che segnano alcune dimensioni del lavoro femminile.

1.1. Ampliamento dell'ambito soggettivo e oggettivo della tutela

La violenza maschile e la misoginia sul luogo di lavoro non hanno mai smesso di arrecare danni alle donne. Del resto, la violenza in casa e quella che si sviluppa sul posto di lavoro costituiscono due facce della stessa medaglia; per questa ragione, le politiche tese a eliminarle non possono non tener conto di questo nesso e del fatto che l'accesso a un lavoro sicuro e dignitoso è essenziale per consentire a molte donne di liberarsi da relazioni di coppia violente e, talvolta, letali. L'indipendenza economica, infatti, è una chiave importantissima nella lotta alla violenza contro le donne.

A tal proposito, anche a seguito di una maggiore presa di coscienza sulla portata della problematica della violenza maschile, l'Italia, come si è anticipato, ha ratificato con la legge n. 4 del 15 gennaio 2021 la Convenzione OIL n. 190/2019, relativa all'eliminazione della violenza e delle molestie sul luogo di lavoro. L'occasione della ratifica della norma internazionale ha determinato reazioni e risposte da parte di altri operatori giuridici volti a rafforzare le tutele già previste nell'ordinamento interno.

La forza trascinante della ratifica si deve anche alla prospettiva chiaramente allargata della norma internazionale. Infatti, la Convenzione si propone di tutelare tutti/e contro la violenza e le molestie sul luogo di lavoro, ma riconosce che le donne ne sono colpite in misura sproporzionata e che, per assicurare loro una protezione effettiva, vi sia la necessità di adottare misure specifiche. Tali misure mirano a far emergere le cause sottostanti alla violenza, quali: l'abuso di posizioni di potere, i rapporti diseguali, le norme sociali e culturali su cui poggiano i pregiudizi rivolti alle donne.

Sebbene la norma internazionale poco aggiunga, dal punto di vista

della protezione giuridica, a quanto era già previsto dalle norme nazionali volte a contrastare violenze e molestie correlate al lavoro (d.lgs. n. 215 e 216 del 2003 e n. 198 del 2006), in quanto il quadro normativo nazionale risulta già conforme sotto molti profili alla disciplina stabilita dalla Convenzione OIL²; è anche vero che la definizione di tali violenze, contenuta nella Convenzione, potrebbe spingere il legislatore nazionale a riflettere sull'opportunità di identificare – fornendo uno specifico apparato di tutela – ipotesi di molestie che vadano al di là del riferimento alle cause di discriminazione³. Infatti, la Convenzione, anziché limitarsi a contrastare le molestie legate a uno dei fattori tassativamente protetti dalla normativa antidiscriminatoria, ha optato per offrire una tutela di portata ampia. Essa ha scelto di contrastare tutte le pratiche e comportamenti “inaccettabili o la minaccia di porli in essere, sia in un'unica occasione, o sia ripetutamente, che si prefiggano, causino, o possano causare danno fisico, psicologico o sessuale o economico, e include la violenza di genere”, così come si legge nella apertura della norma OIL. La violenza di genere viene intesa come “violenza e molestie nei confronti di persone in ragione del loro sesso o genere, o che colpiscano in modo sproporzionato persone di un sesso e genere specifico, ivi comprese le molestie sessuali”.

Sotto il profilo oggettivo, la normativa offre una copertura “a tutto tondo”. Infatti, in materia di contrasto alla violenza e alle molestie, uno degli assi portanti della Convenzione riguarda non solo l'esteso ambito di applicazione oggettivo ma anche quello soggettivo⁴. Nel suo art. 2 si prevede, infatti, un'ampia protezione di lavoratori/lavoratrici ma anche tirocinanti, apprendisti, volontari, persone alla ricerca di un lavoro...⁵. E l'art. 3 definisce

² SCARPONI, *La Convenzione OIL 190/ 2019 su violenza e molestie nel lavoro e i riflessi sul diritto interno*, in RGL, 2021, I.

³ BASSETTI, *Ratificata la Convenzione OIL n. 190: un impegno per l'eliminazione della violenza e delle molestie sul lavoro*, in D&L, 2021, n. 1, pp. 9-12.

⁴ SCARPONI, *La Convenzione OIL 190/ 2019 su violenza e molestie nel lavoro e i riflessi sul diritto interno*, in RGL, 2021, I; più recentemente, *Dopo la ratifica della Convenzione OIL n. 190/2019 su violenza e molestie nei luoghi di lavoro: un cantiere normativo ancora aperto*, 2022, *Working Paper LLC*, reperibile all'indirizzo https://bit.ly/Scarponi_WP; v. anche, ALESSI, *La Convenzione Ilo sulla violenza e le molestie sul lavoro*, in LD, 2023.

⁵ “La presente Convenzione protegge i lavoratori e altri soggetti nel mondo del lavoro, ivi compresi le lavoratrici e i lavoratori come definiti dalle pratiche e dal diritto nazionale, oltre a persone che lavorino indipendentemente dallo status contrattuale, le persone in formazione, inclusi tirocinanti e apprendisti, le lavoratrici e i lavoratori licenziati, i volontari, le persone alla

ed estende ulteriormente i margini dell'applicazione normativa, occupandosi dei molteplici contesti in cui le norme della Convenzione devono essere applicate⁶. Risulta, quindi, notevole la sensibilità della Convenzione per quanto concerne le potenziali forme della violenza e delle molestie nei luoghi di lavoro, perché mette insieme non solo la più tradizionale concezione del contesto lavorativo limitata al luogo stesso in cui il lavoro viene svolto, ma anche i luoghi transitati per arrivare o lasciare il luogo di lavoro, nonché lo "spazio virtuale" nel quale la comunicazione può essere instaurata.

L'importanza della Convenzione è stata di recente valorizzata anche dalla Cassazione, che ha sottolineato come essa rafforzi la legislazione, le politiche e le istituzioni nazionali al fine di rendere effettivo il diritto a un luogo di lavoro libero da violenza e da molestie (Cass. 14 dicembre 2023, n. 35066). Nel caso concreto, la Corte, chiamata a giudicare la legittimità di una pronuncia della Corte di Appello di Milano che, conformemente al giudice di primo grado, aveva rigettato l'impugnazione del licenziamento per giusta causa comminato a un lavoratore "team leader" in un istituto di credito; il lavoratore era stato considerato colpevole di avere posto in essere numerose condotte moleste (dalla diffusione di notizie false, ad atti di attenzione non richiesta, fino a episodi di violenza fisica) nei confronti di due colleghe che, esauste, avevano richiesto il trasferimento ad altra sede di lavoro. La pronuncia appare degna di nota in particolare laddove smentisce il terzo motivo di ricorso del lavoratore, relativo alla violazione e falsa applicazione dell'art. 2105 c.c. vista l'irrelevanza disciplinare dei comportamenti del ricorrente nei confronti delle colleghe, essendo le condotte avvenute per lo più al di fuori del contesto lavorativo. La pronuncia, infatti, nel valorizzare la valenza irrimedi-

ricerca di un impiego o candidate, e individui che esercitino l'autorità, i doveri e le responsabilità di datrice o datore di lavoro.

La presente Convenzione si applica a tutti i settori, sia privato che pubblico, all'economia formale e informale, e alle aree urbane o rurali.

Inoltre, la presente Convenzione si applica alla violenza e alle molestie nel mondo del lavoro che si verificano in occasione di lavoro, in connessione con il lavoro o che scaturiscano dal lavoro (...)"

⁶ A) nel posto di lavoro, ivi compresi spazi pubblici e privati laddove questi siano un luogo di lavoro; b) in luoghi in cui la lavoratrice o il lavoratore riceve la retribuzione, in luoghi destinati alla pausa o alla pausa pranzo, oppure nei luoghi di utilizzo di servizi igienico-sanitari o negli spogliatoi; c) durante spostamenti o viaggi di lavoro, formazione, eventi o attività sociali correlate con il lavoro; d) a seguito di comunicazioni di lavoro, incluse quelle rese possibili dalle tecnologie dell'informazione e della comunicazione; e) all'interno di alloggi messi a disposizione dai datori di lavoro; f) durante gli spostamenti per recarsi al lavoro e per il rientro dal lavoro".

diabilmente lesiva del vincolo fiduciario del contegno del dipendente oltremodo petulante e violento nella gestione dei rapporti extraprofessionali con le colleghe, fa sorprendentemente leva proprio sulla Convenzione OIL n. 190/2019.

Tale riferimento giurisprudenziale deve necessariamente essere salutato positivamente. Non vi è dubbio, infatti, che la Cassazione, richiamando la Convenzione, in particolare laddove condanna tutte quelle pratiche e comportamenti inaccettabili occorsi non solo in occasione del lavoro, ma anche in connessione con il lavoro o scaturenti, comunque, dal lavoro, dimostri di voler rendere effettivo il diritto a un luogo di lavoro libero dalla violenza e dalle molestie.

Il cambio di prospettiva, in questo caso marcato dall'aggettivo "libero", è importante in quanto non si tratta di ridurre gli episodi di violenza o di contenerli o eliminarli, ma di fare in tal modo che il risultato venga garantito: un luogo libero dalla violenza senza fare riferimento a nessun connotato discriminatorio.

1.2. *La tutela delle donne che hanno subito violenza: denuncia, processo e sanzione*

La nozione nazionale di discriminazione, rispetto a quella proposta dall'OIL, ha il limite di essere circoscritta alle pur ampie ipotesi espressamente previste; d'altro canto, essa ha il pregio di non richiedere che vi sia (o che vi possa essere) un "danno" – elemento che, invece, è richiesto nella convenzione OIL – valorizzando l'instaurazione di un "clima" che può condurre al potenziale verificarsi del danno⁷. Danno la cui richiesta riparatoria avrebbe potuto essere svuotata di significato se non si fosse intervenuti, proteggendo le lavoratrici denuncianti. Altrimenti, si poteva correre il rischio di riprodurre, in altre sedi, il danno nei confronti di chi denuncia: infatti, è essenziale provare a rafforzare una tutela, che vada oltre l'insistenza a denunciare i comportamenti indesiderati e violenti, per offrire un quadro coerente ed efficace di contrasto alla violenza.

In questo senso, sia la legge del 27 dicembre 2017, n. 205 (bilancio di previsione dello Stato per l'anno finanziario 2018 e bilancio pluriennale per il triennio 2018-2020) che ha modificato l'art. 26 del Codice delle Pari Op-

⁷ BASSETTI, *Ratificata la Convenzione*, cit.

portunità (d.lgs. 198/2006), sia, per altro verso, la sentenza della Giudice del Lavoro Lucia Mancinelli, del Tribunale di Torino, del 7 maggio 2020, costituiscono due esempi di come si possa cercare di evitare di recare ulteriori danni alla donna che denuncia, evitando un peggioramento delle condizioni di lavoro come conseguenza di una denuncia. In particolare, la sentenza citata ha il pregio di far emergere l'importanza che nel processo ha il rapporto di fiducia e di riconoscimento tra le tre donne protagoniste del caso – la lavoratrice, l'avvocata e la giudice – in una sorta di *affidamento*⁸ all'altra, più predisposta all'ascolto, al recepimento e alla valorizzazione dell'esperienza femminile concreta, come si vedrà dopo.

Per quanto riguarda la legge, invece, essa si inserisce in un percorso giuridico tendente alla tutela effettiva di chi denuncia. L'orientamento giurisprudenziale recepito dalla normativa tende a combattere quella parte della realtà istituzionale ostile alle vittime di violenza. Infatti, non si può dimenticare che una donna maltrattata o molestata che sceglie di non denunciare, in molte occasioni esprime una sfiducia nei confronti delle istituzioni che, purtroppo non raramente, sminuiscono o riproducono la violenza, determinando una "vittimizzazione secondaria". In questo senso, la scarsa sensibilità delle nostre istituzioni, compresa quella di molti giudici, trova una importante conferma nella sentenza della CEDU di maggio 2021, che ha condannato un giudice fiorentino per aver riprodotto, appunto, nelle proprie aule una "vittimizzazione secondaria"⁹ in un caso di stupro. Queste riflessioni risultano di estrema rilevanza perché rafforzano la consapevolezza della carenza istituzionale nella quale si sviluppano gli strumenti di tutela e, al contempo, si cerca di evitare danni ulteriori a chi, con coraggio, decide invece di denunciare.

Proprio a tal fine, infatti, la legge 205/2017 ha individuato una garanzia minima relativa al divieto di sanzioni, trasferimenti, demansionamenti, licenziamenti o altra misura organizzativa "avente effetti negativi, diretti o indiretti, sulle condizioni di lavoro se tale misura è la conseguenza della denuncia stessa. L'eventuale licenziamento ritorsivo o discriminatorio nei

⁸ Sull'efficacia della pratica dell'*affidamento* tra donne nel processo, vd. AA.VV., *Non credere di avere diritti*, Rosenberg&Sellier, 1987, p. 75 ss.

⁹ In questo senso, vale la pena ricordare la sentenza della CEDU, Corte Edu, *J.L. c. Italia*, ricorso n. 5671/16, sentenza 21 maggio 2021, che condanna un tribunale di Firenze per aver colpevolizzato la donna violentata di aver provocato la condotta dello stupratore. Riproducendo, appunto, la violenza all'interno dell'istituzione che dovrebbe, invece, tutelarla.

confronti della lavoratrice o del lavoratore denunciante è nullo e questi ha diritto non già al risarcimento del danno, ma alla reintegra sul posto di lavoro. Allo stesso modo sono nulli anche il mutamento di mansioni nonché qualsiasi altra misura ritorsiva o discriminatoria adottata nei confronti del denunciante”.

Tre anni dopo l’approvazione della legge, la citata sentenza di Torino stabiliva che trasferire la lavoratrice che denuncia le molestie sul luogo di lavoro è discriminatorio. “L’impresa non è riuscita a provare in giudizio che il trasferimento della ricorrente fosse l’unico modo per sottrarla – doverosamente – al contatto con il molestatore, dato che analogo risultato poteva essere ottenuto trasferendo ad altra unità produttiva il superiore gerarchico autore delle condotte moleste” spiega, nella sentenza del 7 maggio 2020, la giudice del lavoro. La donna, impiegata in un’impresa di pulizie organizzata in cooperativa con diversi appalti a Torino anche per enti pubblici e che, ovviamente, per ragioni di riservatezza ha ottenuto di restare anonima, aveva segnalato che a fine 2019, nell’arco di un mese, era stata vittima di due gravi episodi di “molestie sessuali e altri episodi vessatori” da parte del suo capo squadra. Per cercare aiuto si era rivolta a uno studio legale e proprio da una lettera dell’avvocata Francesca Guarnieri era partita la vertenza.

Quando i proprietari dell’impresa di pulizie vennero a conoscenza del caso, anziché allontanare o licenziare l’uomo, decisero di trasferire la donna: “In questo modo lei ha subito un danno perché è stata spostata di sede e anche il suo orario di lavoro è mutato – racconta l’avvocata Guarnieri –. Si tratta di un peggioramento delle condizioni di lavoro ingiusto ed immotivato, visto che lei ha solo cercato di porre fine ad abusi”.

Il 5 dicembre 2019 partì la segnalazione e dopo appena due settimane arrivò il trasferimento per aver “lamentato situazioni di incompatibilità con il responsabile dell’impianto in cui attualmente opera”.

Il riferimento alle molestie denunciate è chiaro, come lo è la prova da parte dell’azienda dell’impossibilità del trasferimento del capocantiere ad altra unità produttiva, senza produrre documentazione idonea a dimostrare l’affermata insostituibilità dello stesso, sostiene la giudice. Per questo, la sentenza ha annullato il provvedimento di trasferimento, disponendo che dalla settimana successiva la donna sarebbe potuta tornare al proprio posto di lavoro e sarebbe stato il capocantiere a dover cambiare sede e turno: “È un provvedimento importante perché riconosce che i trattamenti sfavorevoli

assunti dal datore di lavoro costituiscono una reazione alla denuncia da parte della lavoratrice dei comportamenti molesti subiti dalla stessa e quindi hanno natura discriminatoria”, conferma l’avvocata.

Per quale motivo una donna dovrebbe esercitare un diritto se farlo presuppone un onere aggiuntivo che, per di più, ha a che vedere con la natura irrisolta di un uomo violento, misogino o decadente? Forse uno dei modi migliori per poter far fronte a tutto ciò è proprio obbligare l’uomo violento ad allontanarsi dal posto di lavoro.

La sentenza fissa, così, un principio fondamentale nella lotta contro la violenza maschile tendente a “decentrare” gli uomini violenti, spostarli dal centro, per contribuire in maniera efficace alla rottura definitiva di una delle manifestazioni della divisione sessuale del lavoro e alle sue ricadute sulla retribuzione femminile.

Peraltro, bisogna provare a tenere collegati aspetti apparentemente disconnessi come sono la violenza contro le lavoratrici e le sue implicazioni economiche. Infatti, tante donne, davanti a comportamenti violenti, molestie ecc. scelgono di allontanarsi, di abbandonare il posto di lavoro, di richiedere un trasferimento o di declinare una proposta di promozione pur di evitare situazioni ostili, violente o misogine. Tutte queste scelte comportano evidentemente delle rinunce, spesso di carattere economico o conseguenze indirettamente economiche.

Com’è stato scritto di recente¹⁰, le molestie sul lavoro hanno un impatto negativo sui salari delle donne contribuendo ad alimentare il divario di genere nelle retribuzioni. A essere penalizzate sono soprattutto le lavoratrici più qualificate e in posizioni manageriali. È stato definito “il prezzo delle molestie” oppure, gli effetti negativi e i costi delle molestie sessuali, che sono stati ampiamente documentati, anche se sono pochi gli studi che hanno analizzato l’impatto economico del fenomeno, focalizzandosi sulle retribuzioni¹¹.

¹⁰ ZACCHIA, ZUAZU BERMEJO, *Il prezzo delle molestie*, *InGenere*, 19 febbraio 2024, <https://www.ingenere.it/articoli/il-prezzo-delle-molestie>.

¹¹ ZACCHIA, ZUAZU BERMEJO, *cit.*

2. *La parità retributiva e il valore del lavoro di cura*

La persistenza del gap salariale costituisce una spia dell'esigenza di intervenire su alcuni istituti che, forse, sono stati poco esplorati o non sempre collegati al fenomeno della disparità di salario tra donne e uomini che, ancora oggi, anche se i dati cambiano da paese a paese, raggiunge come media europea il 12%. Se, da un lato, la situazione sembra in miglioramento grazie allo sviluppo e al consolidamento delle politiche antidiscriminatorie e di inclusione sociale, dall'altro, alcuni strumenti rivolti alla valorizzazione del lavoro di cura andrebbero rafforzati, in quanto particolarmente incisivi sulla parità retributiva.

Anche se ormai sempre più uomini si occupano dei compiti di cura, il primato resta ancora di gran lunga delle donne, in parte per tradizione in parte per scelta. Sostenere, insomma, senza giudicare questa dedizione delle donne ad altri aspetti della vita, estranei al lavoro produttivo, significa non penalizzare chi se ne occupa.

Non penalizzare, nel caso concreto, implicherebbe non discriminare ma anche non sottopagare il tempo dedicato alla cura, attraverso l'utilizzo dei corrispondenti congedi retribuiti in modo dignitoso. Non si tratta di monetizzare la cura e rimanere all'interno dell'ordine simbolico patriarcale, rischiando di asservire anche la cura alle logiche del mercato, ma di valorizzarlo (art. 37 Cost.), retribuendo meglio quel periodo di assenza dal lavoro per motivi di cura (chiunque lo svolga).

2.1. *Il divieto di discriminazione per motivi di cura*

La nozione di discriminazione è in costante evoluzione¹², muovendosi verso concetti sempre più ampi e includenti; un esempio è, appunto, la nozione ampia di "comportamenti indesiderati", prevista nella Convenzione. Il medesimo approccio sembra essere stato accolto dalla normativa introdotta dalla legge n. 162 del 5 novembre 2021, quando fa riferimento a "ogni trattamento (...) che possa produrre una situazione di svantaggio". Il legislatore ha voluto innanzitutto precisare che tra gli atti e i comportamenti apparentemente neutri che possono integrare una discriminazione indiretta qualora

¹² V. per tutti, BARBERA, GUARISO (a cura di), *La tutela antidiscriminatoria. Fonti strumenti interpreti*, Giappichelli, 2019, p. 45 ss.

determinino una situazione di particolare svantaggio per le lavoratrici rispetto ai lavoratori e viceversa devono includersi anche “quelli di natura organizzativa o incidenti sull’orario di lavoro” (art. 25 co. 2). Essa ha inoltre chiarito che deve considerarsi discriminatorio “ogni trattamento o modifica dell’organizzazione delle condizioni e dei tempi di lavoro che, in ragione del sesso, dell’età anagrafica, delle esigenze di cura personale o familiare, dello stato di gravidanza nonché di maternità o paternità, anche adottive, ovvero in ragione della titolarità e dell’esercizio dei relativi diritti”, può porre la lavoratrice o il lavoratore in una situazione di svantaggio rispetto alla generalità degli altri dipendenti o può essere causa di una limitazione delle opportunità di partecipazione alla vita aziendale o di crescita professionale (art. 25 co. 2-bis).

Sembrirebbe, com’è stato segnalato, “una ulteriore ipotesi di discriminazione, ampia, perché comprende ogni trattamento, e, forse rafforzata, dal punto di vista dei pregiudizi sufficienti a configurarla”¹³. Non sembra, tra l’altro, necessario designare casi rilevanti, evidenti o gravi di disuguaglianza, ma sono, in particolare, le persone portatrici di un determinato fattore di protezione a trovarsi svantaggiate a causa della disposizione, del criterio o della prassi di cui si tratta, essendo sufficiente, perché si trovino in quella situazione di svantaggio, l’esistenza di un nesso causale adeguato, ossia tale da provocare quel particolare effetto, in base a un criterio di normale prevedibilità.

Quest’allargamento della nozione di discriminazione, a livello normativo, porta con sé la presa in considerazione di un modello diverso, più femminile che maschile, per implementare e gestire i tempi di lavoro¹⁴ (anche se non solo); tipologie femminili di flessibilità, tuttavia, che devono uniformarsi a un mondo del lavoro a misura maschile.

Modificare l’organizzazione o i tempi di lavoro (prettamente maschili) per motivi di cura non può portare come effetto la penalizzazione di una

¹³ BASSETTI, *Approvate le modifiche al Codice delle pari opportunità: un passo avanti verso la parità salariale, con qualche ambiguità*, in *D&L*, 2021, n. 7, pp. 4-7.

¹⁴ LAZZERONI, *Genere e tempi di lavoro*, in *Scritti in onore di Pessi*, Giappichelli, 2020; SFORZA, *Il tempo delle donne*, in BAVARO, CARABELLI, SFORZA, VOZA (a cura di), *Tempo comune. Conciliazione di vita e di lavoro e armonizzazione dei tempi della città*, Franco Angeli, 2009, pp. 63 e 96; e MILITELLO, *Tempi di lavoro e conciliazione. L’orario di lavoro scelto come strumento di parità*, in *AA.VV., Diritto di conciliazione. Prospettive e limiti della sua trasposizione*, nei Quaderni di questa rivista, 2023, n. 14, pp. 45-46.

lavoratrice; cosa che, tuttavia, accade discriminando chi si occupa della cura¹⁵. Una cura che porta civiltà e qualità nella vita di tutti, ma anche blocchi di carriera, difficoltà di aggiornamenti professionali, allontanamenti dal lavoro, minor disponibilità lavorativa e, di conseguenza, retribuzione inferiore. Tutti questi sono evidenti segnali dell'incapacità del diritto di riconoscere l'impossibilità delle donne di "stare da un parte sola", come riconoscimento del fatto che la propria identità è costruita su due pilastri: la realizzazione di sé nella vita affettiva/familiare e la realizzazione di sé nella vita professionale, mettendo in gioco, a tale scopo, delle strategie individuali e familiari alle quali sarebbe auspicabile continuare ad accompagnare delle misure all'interno delle aziende e delle organizzazioni, per approdare al territorio con una politica dei servizi mirata e una strategia per i tempi della città¹⁶. In sintonia con l'art. 37 della Costituzione che considera costituzionale solo quel tipo di lavoro, o quel modo di lavorare, che consenta di svolgere la cura personale e/o familiare¹⁷.

In questo senso vanno valorizzate quelle pronunce giurisdizionali che segnalano l'illegittimità dei tempi di lavoro che soffocano la vita e la cura che ne deriva. Un orientamento della giurisprudenza di merito la quale, in più di un'occasione, ha accertato il carattere discriminatorio di decisioni datoriali aventi a oggetto l'organizzazione dell'orario di lavoro capaci di incidere negativamente sulla possibilità dei genitori e soprattutto delle madri di conciliare lavoro e impegni della vita familiare¹⁸. La sentenza del Tribunale di Bologna del 31/12/2021, ad esempio, ha dichiarato discriminatoria la modifica dell'organizzazione dell'orario di lavoro che rende particolarmente difficile la conciliazione dei tempi di vita e di lavoro per i lavoratori genitori e in special modo per le lavoratrici madri, "ove si tratti di una misura che, pur appropriata al raggiungimento di una finalità legittima, non sia però strettamente necessaria allo scopo e pertanto idonea a giustificare la discri-

¹⁵ SCARPONI, *Discriminazione e cura genitoriale: la modifica dell'orario imposta dal datore di lavoro è rilevante?*, consultabile in <https://www.italianequalitynetwork.it/discriminazione-e-cura-genitoriale-la-modifica-dellorario-imposta-dal-datore-di-lavoro-e-rilevante/>, maggio 4, 2022.

¹⁶ Alcune di queste proposte si trovano nella Legge regionale della Toscana n. 16 del 2 aprile 2009, sulla "Cittadinanza di genere".

¹⁷ NICCOLAI, *Lotta alle discriminazioni e modello sociale europeo*, edizioni Efesto, 2022, pp. 122 e ss.

¹⁸ Da conto di questo orientamento, CALVELLINI, *Brevi note sull'uso del diritto anti-discriminatorio a difesa del work-life balance*, in questa rivista, 2022, pp. 190-192.

minazione”¹⁹. La vicenda nasce dal trasferimento, a inizio 2020, di circa centotrenta lavoratrici da una società a un’altra che avrebbe comportato la modifica degli orari di lavoro: da un turno unico centrale (8:30-17:30) a due turni (dalle 5:30 alle 13:30 o dalle 14:30 alle 22:30). Tale decisione ha posto molte lavoratrici di fronte a un trattamento discriminatorio, in quanto impossibilitate a conciliare orari di lavoro e cura dei figli. La giudice, Chiara Zompi, ha riportato all’interno della sentenza dei passaggi raccapriccianti sulle gravi difficoltà nate dal cambiamento aziendale. Le testimonianze di due delle lavoratrici dell’azienda, madri di figli minori in tenera età, rendono chiara la sofferenza che comporta una modifica ostile e contraria ai tempi di vita e della città. La prima lavoratrice ha riferito: “Il nuovo orario non è compatibile con le mie esigenze personali e famigliari, perché prima portavo i bambini a scuola prima di andare a lavorare e li andavo a prendere dopo la fine dell’orario lavorativo, adesso non ce la faccio. Io ho due figli, una di 9 e uno di 7. Sono sposata, mio marito fa l’operaio in fonderia e lavora su turni, la mattina dalle 6 alle 14 e l’altro turno dalle 14 alle 22 e poi fa anche il turno di notte dalle 22 alle 6 di mattina. Dopo che è subentrata la LIS, abbiamo dovuto organizzarci in vari modi: alcune settimane, quando i suoi turni lo consentono, mi aiuta mio marito, le altre settimane ho dovuto mettermi d’accordo con una ragazza che però non accetta di venire a casa nostra alle 5 di mattina, quindi, io sveglio i bambini alle 4.30, li metto in macchina e li porto a casa di questa ragazza, a volte i bambini si riaddormentano, a volte non riescono. Poi è la ragazza che li porta a scuola e io li vado a prendere. Questo quando faccio il turno della mattina. Invece, quando faccio il turno del pomeriggio, io li porto a scuola la mattina e la ragazza va a prenderli all’uscita di scuola, se li porta a casa sua perché anche lei ha due bambini e poi vado a prenderli io quando esco dal lavoro. A volte li trovo svegli, a volte li trovo che stanno già dormendo, perché sono circa le 23.00”. La seconda, madre single di figlio minore in tenera età, ha a sua volta dichiarato: “Ricordo che ad ottobre 2020, quando finì la cassa integrazione e dovemmo tornare a lavorare, noi donne che avevamo accettato di proseguire con il lavoro ci siamo rese conto che era impossibile. Alcune si sono licenziate, altre, parlando tra di noi, hanno deciso di provare a chiamare i capi e parlare con loro, per vedere se potevano venirci incontro. (...) Io ho chiesto loro come

¹⁹ SCARPONI, *Discriminazione e cura genitoriale: la modifica dell’orario imposta dal datore di lavoro è rilevante?*, in <https://www.italianequalitynetwork.it/discriminazione-e-cura-genitoriale-la-modifica-dellorario-imposta-dal-datore-di-lavoro-e-rilevante/>.

si organizzano: una mi ha detto che il marito fa il corriere e si porta il bambino in macchina finché lei non torna dal lavoro. Le altre sono riuscite a far venire le mamme, chi dal sud Italia chi da paesi stranieri. Il nostro stipendio pieno è intorno ai 1200 euro, io non mi posso permettere una baby-sitter perché la baby-sitter dovrebbe venire a casa mia alle 5.00 del mattino e farebbe più ore di me, praticamente: io non arrivo a coprire questa spesa. Se io facessi il turno di pomeriggio, sarebbe anche peggio perché la baby-sitter dovrebbe andare a prendere il bambino al nido alle 17.30 e restare fino alle 22.30 e sono troppe ore da pagare. Io non ho la possibilità di chiamare mia mamma. Che io sappia, ci sono circa 15 ragazze che sono nella situazione disperata in cui mi trovo io, perché non hanno aiuti per gestire i bambini”. Rispetto alla propria situazione personale, la propria lavoratrice ha poi riferito: “Quando sono rientrata dalla cassa integrazione, ad ottobre 2020, per tre settimane ho fatto i turni, prima che l’azienda mi venisse incontro: in queste tre settimane, ho cercato di prendermi in casa una ragazza studentessa, offrendo posto letto in cambio dell’aiuto come baby sitter, ho trovato una ragazza che alla fine non ha accettato perché il bambino si svegliava con me alle 4.30 e lei non riusciva a tranquillizzarlo, il bambino continuava a piangere fino all’apertura del nido. Quando è andata via, sono rimasta una settimana scoperta e mi sono organizzata con le mie vicine di casa, portavo il bambino a casa loro alle 4.30 di mattina oppure, quando facevo il turno pomeridiano, lo andavo a prendere alle 23. Poi per la terza settimana l’ho portato a Ravenna da mia sorella”.

Si tratta di testimonianze che offrono una narrazione diretta di situazioni che colpiscono e rendono evidente l’angoscia delle lavoratrici. Sono scenari insostenibili, che confermano, se ce ne fosse bisogno, l’incidenza che il regime dell’orario proietta sulla permanenza donne nel lavoro, come rilevato anche dalla Direttiva 2019/1158/UE²⁰. Peraltro, nella vicenda che ha portato a tale pronuncia, la società ricorrente non ha provato, com’era suo onere, che i mezzi impiegati per il perseguimento della legittima finalità perseguita fossero strettamente necessari al raggiungimento della stessa²¹. Di conseguenza, non poteva che essere accertata la natura discriminatoria, sub specie di discriminazione indiretta, della condotta datoriale.

È davvero interessante notare come, anche in quest’occasione, sia una

²⁰ Sulla sua trasposizione, v. il Quaderno di questa rivista, 2023, n. 14.

²¹ SCARPONI S., *Discriminazione e cura genitoriale...*, cit.

giudice che, attraverso una narrazione femminile del diritto più attenta all'ascolto e alla valorizzazione dell'esperienza delle donne, fa emergere come il meccanismo della discriminazione indiretta non fa altro che rivelare una neutralità maschile che danneggia le donne nella misura in cui il loro modo di lavorare non è registrato nella norma come generatore di diritti forti, soprattutto (ma non solo), in materia di tempi.

Questi tempi, però, stanno cominciando a cedere in alcuni contesti, quelli più influenzati dalle donne, che stanno aprendo, appunto, numerosi conflitti per soppiantare alcuni elementi dell'organizzazione del tempo di lavoro²². Sostituendo questi tempi e collocando la cura al centro dell'organizzazione produttiva, noi donne sappiamo che si vive e si lavora meglio. Uno dei modi che le lavoratrici stanno trovando per forzare questo spostamento è, per l'appunto, l'apertura di conflitti contro i tempi insensati del lavoro. Servono interventi e politiche che, trovando ispirazione proprio in quei comportamenti femminili, siano in grado di tradurli in mediazioni e misure che rifiutano la scissione tra tempo di vita e tempo di lavoro. Non discriminare chi, scardinando la normativa “*standard*”, propone percorsi, soluzioni e tempi in sintonia con *le esigenze di cura personale o familiare* è un passo importante nel raggiungimento della parità retributiva. Un collegamento che la normativa, recependo una giurisprudenza leale all'esperienza femminile, rende finalmente evidente.

2.2. *Trasparenza, premialità e salario equo*

Insieme a quest'ulteriore ampliamento della nozione di discriminazione, ci sono poi degli strumenti “positivi” o di promozione, volti a contrastare il persistente divario retributivo di genere attraverso meccanismi di trasparenza e premialità. In concreto, si tratta del *Rapporto sulla situazione del personale*, che sembra uno strumento interessante per individuare situazioni di disuguaglianza, se non di vera e propria discriminazione nelle imprese con almeno 50 dipendenti. In materia retributiva, essi dovranno riguardare in modo distinto, per uomini e donne, oltre alle “retribuzioni iniziali”, ciascuna delle diverse componenti della retribuzione individuale, non solo secondo il livello di inquadramento professionale, ma anche delle specifiche mansioni svolte e

²² In questo senso anche il caso oggetto del mio commento: *Orario di lavoro aziendale e discriminazione delle lavoratrici e dei lavoratori con figli piccoli*, in *RGL*, 2020, II, p. 309.

delle altre voci, comprese le erogazioni “*ad personam*”. Si intende così superare uno dei principali ostacoli al contrasto delle discriminazioni retributive, dovuto al fatto che i dati contenuti nel rapporto sulla situazione del personale sono forniti in modo eccessivamente aggregato, compromettendo la trasparenza dei sistemi retributivi e dei criteri applicati per valutare la professionalità individuale²³.

La trasparenza delle informazioni si trova alla base e all’origine del diritto antidiscriminatorio. Infatti, gli strumenti volti a imporre la trasparenza – come, per esempio, l’obbligo di motivazione – sono stati indicati come una misura efficace di lotta contro le discriminazioni²⁴. Nel *Rapporto* devono essere indicati, inoltre, i criteri delle assunzioni e dei reclutamenti e dell’accesso alla formazione professionale e manageriale, nonché i criteri per la progressione di carriera.

In secondo luogo, anche essa espressione dell’esigenza di trasparenza²⁵, la norma introduce la procedura di “certificazione”, secondo l’art. 46-bis, svincolata da limiti dimensionali. La “certificazione” permette alle aziende virtuose di accedere a vantaggi contributivi e ad altri istituti di premialità relativi ai bandi di gara per fondi europei o per l’aggiudicazione degli appalti, come già previsto per i fondi connessi ai PNRR. Il presupposto è costituito dall’attuazione di *policies* aziendali intese a promuovere la parità retributiva, le opportunità di progressione di carriera delle lavoratrici, nonché la conciliazione tra tempi di vita e tempi di lavoro, anche con riguardo alle donne incinte e più in generale alla gestione delle differenze di genere (materie, comunque, da qualche decennio, presenti nei diversi prodotti della contrattazione collettiva²⁶).

Quest’istituto, chiaramente ispirato alle azioni positive, fa parte di un percorso generale che mira all’inclusione delle donne nel mondo del lavoro attraverso iniziative riguardanti la loro “appetibilità economica”, quali le agevolazioni fiscali o contributive per assumere o stabilizzare le donne.

²³ Come dagli anni Ottanta ha sostenuto la giurisprudenza della CGUE: vd. le sentenze del 1 luglio 1986, C-237/85, *Gisela Rummler*, e del 17 ottobre 1989, C-109/88, *Danfoss*.

²⁴ BORGOGELLI, *Le azioni positive nel settore pubblico*, in *NLCC*, 2003, p. 687 e ss.

²⁵ Di recente CASANO, *Certificazione della parità di genere e trasparenza: riflessioni a margine della prima attuazione del sistema*, in *ERDA*, 2024, n. 2, <https://www.dirittoantidiscriminatorio.it/app/uploads/2024/07/Casano.pdf>

²⁶ Infatti, presenti già dagli anni Ottanta, cfr. BORGOGELLI, *Il lavoro femminile tra legge e contrattazione. Una ricerca sulla contrattazione collettiva in tema di lavoro femminile*, Franco Angeli, 1989, 2ª edizione.

A partire dalla legge Fornero del 2012, un complesso sistema di sgravi contributivi mira appunto a promuovere pari opportunità di accesso nel mercato del lavoro (anche) delle donne disoccupate da 6 o 12 mesi, a seconda dall'area geografica. Tale misura è stata riproposta e rafforzata con la legge di Bilancio per il 2021, che prevede l'esonero contributivo del 100% per gli imprenditori che assumono o stabilizzano donne²⁷. Fu, inoltre, presentato alla Camera un disegno di legge fiscale che reca una "misura di equità per le donne"²⁸, attraverso un sistema di detassazione selettiva, mirata a incentivare l'offerta di lavoro dei secondi percettori di reddito, cioè principalmente le donne.

Un primato – quello di essere seconde nella percezione di reddito – che trova la sua spiegazione primordiale nella dedizione delle donne ad altri aspetti della vita, estranei al lavoro produttivo. Dedizione che in tanti casi comporta l'utilizzo di congedi sottopagati o retribuiti con una percentuale piuttosto bassa della retribuzione com'è noto per i congedi parentali.

I contratti collettivi del settore privato, di norma, non prevedono integrazioni, mentre nel lavoro pubblico vige, come per altri istituti conciliativi, un trattamento più favorevole. Ad ogni modo, rimane il fatto che, per tali assenze, la copertura economica è scandalosamente scarsa. Non si tratta, come si è detto anteriormente, di monetizzare la cura e rimanere all'interno dell'ordine simbolico patriarcale, rischiando di asservire anche la cura alle logiche del mercato senza, però, comprendere la forza scardinante di questo sapere, ma nemmeno di penalizzare economicamente chi si dedica a essa, che sono prevalentemente le donne. Aumentare la retribuzione durante il periodo di assenza dal lavoro per motivi di cura sarebbe un modo efficace di lottare contro la disparità retributiva, concorrendo, inoltre, a sostenere e assicurare la volontarietà e la libertà di scelta delle donne lavoratrici nella gestione dei tempi²⁹.

In effetti, ci si può anche domandare se in questo modo non si stia incentivando le donne a occuparsene. Va detto, però, che questo dubbio si colloca in linea con una certa interpretazione del principio di non discriminazione, secondo la quale sono potenzialmente discriminatorie tutte quelle forme di tutela a favore delle donne che tendono a riappropriarsi dei

²⁷ In modo dettagliato, VALENTE, *Se assumere le donne conviene*, *In Genere*, 26 gennaio 2022.

²⁸ VALENTE, *Se assumere le donne conviene*, cit.

²⁹ MILITELLO, *Work life balance. Parità nel lavoro e condivisione della cura*, nei Quaderni di questa rivista, 2022, n. 12, p. 197.

saperi usurpati e resi subalterni dal contratto sessuale³⁰, uscendo così dall'identificazione patriarcale donna-casa-sottomissione.

Tale interpretazione del diritto antidiscriminatorio rischia di sostenere la tendenza a una eguale irrilevanza delle condizioni di vita di chi lavora³¹, così come di cadere in un eccesso di esternalizzazione e mercantilizzazione del lavoro di cura, con tutti i pericoli connessi a questi processi³², creando ulteriori fenomeni di divisione tra la forza lavoro.

Come dice la protagonista del film *Pago justo*³³ in un'assemblea sindacale: “Non siamo divisi per genere. Ma da chi è disposto ad accettare le ingiustizie e da chi lotta per ciò che è giusto. E la parità retributiva è giusta. È una questione di principio e di giustizia”.

³⁰ La nozione di contratto sessuale è di PATEMAN, con essa fece riferimento nel 1988 al patto tra uomini per accedere al corpo delle donne e i loro frutti. Una recente edizione italiana del testo *Il contratto sessuale. I fondamenti nascosti della società moderna*, Moretti&Vitali, 2015.

³¹ NICCOLAI, *Ikea, il diritto non è solo affare di donne*, in *Il Manifesto*, 2017.

³² BORELLI, *Who care? Il lavoro nell'ambito dei servizi di cura alla persona*, Jovene, 2020, p. 24 e ss.

³³ In italiano, *We want sex equality* (título original: *Made in Dagenham*, 2010).

Keywords

Violenza contro le donne nei luoghi di lavoro, parità retributiva, cura.

Violence against women in the workplace, equal pay, care.

Milena Anna Impicciatore

Luci e ombre del “Fondo Nuove Competenze”: dall’emergenza pandemica alla ripresa e resilienza

Sommario: **1.** Premessa. **2.** Il Fondo Nuove Competenze: da strumento emergenziale a strumento strutturale? **3.** Il Fondo Nuove Competenze: i tratti peculiari dell’istituto. **4.** Il Fondo Nuove Competenze nel Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza. **5.** La formazione nel mercato del lavoro finanziata dal Fondo Nuove Competenze: profili critici. **6.** L’obbligo formativo nel rapporto di lavoro introdotto dal Fondo Nuove Competenze. **7.** Conclusioni.

1. Premessa

In uno scenario del mercato del lavoro in continua trasformazione, attraversato da molteplici cambiamenti, che incidono notevolmente sul rapporto di lavoro mettendo in discussione la tenuta dell’intero impianto di tutele del lavoro approntate nel ventesimo secolo, non possono sfuggire i tentativi del legislatore di introdurre nell’ordinamento nuovi strumenti di tutela, pensati proprio a favore del lavoratore nel contesto dei mutamenti in atto.

Uno di questi interventi, adottato in epoca pandemica, è il Fondo Nuove Competenze. Si tratta di un istituto che fino ad ora non sembra aver destato particolare interesse in dottrina, salvo rare eccezioni, ma che solleva diverse questioni su cui può essere utile avviare una riflessione.

Questo contributo vuole porre l’attenzione sui tratti salienti della disciplina del Fondo Nuove Competenze per metterne in evidenza i profili di interesse rispetto alla tutela del lavoratore sia nel mercato, sia nel rapporto di lavoro. Sicché saranno proposte delle riflessioni sugli aspetti critici che si profilano ad una lettura attenta del dato normativo, così come ad

una analisi del contesto attuativo, almeno per quanto ad oggi rilevabile e nella prospettiva che questo istituto sia destinato a divenire durevole nel tempo.

2. *Il Fondo Nuove Competenze: da strumento emergenziale a strumento strutturale?*

La pandemia da covid-19, come ormai noto, ha avuto un impatto devastante sulla situazione economica e occupazionale del nostro Paese, nel mentre era ancora alle prese con le conseguenze della precedente crisi finanziaria che aveva duramente colpito l'economia mondiale nel corso del decennio passato¹. Le ragioni della lenta ripresa della nostra economia dalla crisi finanziaria sono molteplici, ma senza dubbio rileva la “non agevole” transizione verso un nuovo paradigma produttivo che, diversamente dal passato, ci pone di fronte ad un modello di lavoro non più rispondente ai caratteristici tratti distintivi del lavoro subordinato, su cui però ancora si fondano le tutele nel rapporto e nel mercato del lavoro.

Le corpose riforme intervenute nell'ultimo ventennio, infatti, hanno lasciato scoperte ampie sfere del lavoro “contemporaneo” rimaste escluse dalle tutele approntate dall'ordinamento nel corso del secolo passato e che ormai rappresentano problemi strutturali del nostro mercato del lavoro. Queste condizioni impongono una riflessione sempre più indifferibile sul ruolo del diritto del lavoro in questa epoca in cui le profonde trasformazioni, diversamente dal passato, sembrano avere un carattere dinamico e inarrestabile: un fenomeno in continua evoluzione che, da un lato, fa emergere la necessità di nuove tutele in grado di adattarsi alle dinamiche innovative senza lasciare i lavoratori privi di protezione; dall'altro lato, richiede l'ormai improrogabile investimento sulle politiche attive del lavoro da troppo tempo annunciato, ma ancora lungi dall'essere realizzato.

La crisi sanitaria ha fatto emergere con forza tutti gli aspetti di debolezza strutturale del mercato del lavoro che in primis hanno interessato le categorie più vulnerabili di lavoratori (tra cui donne, giovani, migranti, precari, residenti nelle regioni del sud), ma hanno riguardato anche i lavoratori irregolari e

¹ Per una attenta ricostruzione del contesto in cui è intervenuta la crisi pandemica si veda TREU, *Diritto e politiche del lavoro tra due crisi*, in *DRI*, 2020, n. 2/XXX.

soprattutto i lavoratori autonomi² da sempre ai margini dello statuto protettivo del lavoratore che, per ragioni ovvie qualche decennio fa, non contemplava per loro spazi di tutela³.

Di fronte a questo scenario, che ha evidenziato “il ritardo” e, per certi versi, anche l’inadeguatezza con cui le tutele del mercato del lavoro si stanno “adeguando” al cambio di paradigma, gli interventi normativi nella prima fase emergenziale hanno chiaramente avuto la finalità di ridurre l’impatto negativo della crisi sanitaria sia sui dati occupazionali, sia sulla tenuta sociale del Paese, soprattutto attraverso un ingente investimento in politiche passive⁴.

Il comprensibile sbilanciamento verso le politiche passive ha visto un primo timido cambio di rotta con il decreto legge, c.d. Rilancio, n. 34 del 19 maggio 2020⁵, emanato in un momento in cui il sentore era quello di aver superato la fase più impetuosa della pandemia e l’esigenza più pressante era la ripresa delle attività che avevano subito il brusco arresto del Paese, causato dalle misure di contrasto al virus.

Con questa prospettiva il Governo, oltre a potenziare gli interventi di politica passiva e avviare di fatto la riforma degli ammortizzatori sociali, ha introdotto nel nostro ordinamento il Fondo Nuove Competenze, una misura di politica attiva sperimentale a favore delle imprese e dei lavoratori, destinata ad avere un ruolo centrale nella fase di ripresa post-pandemica dell’economia. Il Fondo, istituito presso l’Anpal sui fondi del Programma Operativo Nazionale Spao, ha la dichiarata finalità di “consentire la graduale ripresa dell’attività dopo l’emergenza epidemiologica, per l’anno 2020...”.

² SCARPELLI, *Il lavoro autonomo nell'emergenza tra bisogno, (poche) tutele, regole del contratto*, in BONARDI, CARABELLI, D'ONGHIA, ZOPPOLI L. (a cura di), *Covid-19 e diritti dei lavoratori*, Consulta giuridica CGIL Istant Book n. 1, Ediesse, 2020, p. 229-231.

³ Sull’argomento, negli ultimi anni, si è sviluppato un ampio dibattito che è impossibile richiamare in questa sede, pertanto, senza alcuna pretesa di completezza, per una ricostruzione storica e comparata della dicotomia tra lavoro subordinato e lavoro autonomo v. PERULLI, *Lavoro autonomo e diritto del lavoro: verso una ricomposizione*, in *Pol. Soc.*, 2021, n. 1, p. 33 ss.; per un’approfondita analisi si rinvia a PERULLI, TREU, *In tutte le sue forma e applicazioni. Per un nuovo Statuto del lavoro*, Giappichelli, 2022.

⁴ Per una rapida ricognizione degli strumenti di sostegno al reddito nelle prime fasi emergenziali v. FAIOLI, *Covid-19 e istituti speciali di sostegno al reddito*, in BONARDI, CARABELLI, D'ONGHIA, ZOPPOLI L., *op. cit.*, p. 167 ss.; CARCHIO, *Sostegno al reddito e interventi emergenziali nella crisi pandemica*, in *LDE*, 2021, n. 2, p. 1 ss.

⁵ Convertito con modificazioni dalla legge 17 luglio 2020, n. 77.

L'obiettivo, posto dall'esecutivo, viene raggiunto attraverso la stipula di "contratti collettivi di lavoro sottoscritti a livello aziendale o territoriale da associazioni dei datori di lavoro e dei lavoratori comparativamente più rappresentative sul piano nazionale, ovvero dalle loro rappresentanze sindacali operative in azienda ai sensi della normativa e degli accordi interconfederali vigenti" che "possono realizzare specifiche intese di rimodulazione dell'orario di lavoro per mutate esigenze organizzative e produttive dell'impresa, con le quali parte dell'orario di lavoro viene finalizzato a percorsi formativi". Il Fondo provvede alla copertura degli oneri relativi alla retribuzione delle ore destinate alla formazione, inclusi i contributi previdenziali e assistenziali. La formazione è posta a carico del datore di lavoro, che per la realizzazione può avvalersi anche delle risorse previste dai Programmi Operativi Nazionali e Regionali del Fondo Sociale Europeo e dei Fondi Paritetici Interprofessionali costituiti ai sensi dell'art. 118 della legge 23 dicembre 2000, n. 388.

Il Fondo presenta fin da subito dei tratti di assoluta novità⁶ e di interesse, come si evince già dal dato letterale della norma istitutiva, tuttavia il suo carattere temporaneo, in una prima fase, induceva ad escludere che potesse trattarsi di una misura destinata a sopravvivere oltre l'immediato post-pandemia. Infatti, il carattere sperimentale del Fondo Nuove Competenze, evidenziato oltretutto sia dalla durata temporale limitata, che dalla esigua dotazione finanziaria inizialmente stanziata, è stato confermato anche dalle prime modifiche normative intervenute successivamente alla sua introduzione. Il decreto legge del 14 agosto 2020, n. 104, infatti, amplia la dotazione finanziaria, stanziando un importo raddoppiato rispetto alla previsione iniziale, ed estende l'arco temporale di efficacia del Fondo Nuove Competenze al 2021, senza però modificarne la natura.

Anche la disciplina che ha reso operativo il Fondo⁷, delineandone i tratti applicativi, non lasciava affatto intuire che la misura potesse assumere un carattere durevole.

L'ipotesi ha preso forma solo in seguito all'inserimento del Fondo nel Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza, in particolare, nel Piano Nuove Competenze di cui, fin dall'origine, rappresenta uno dei pilastri fondamentali. L'obiettivo peculiare è quello di realizzare un'azione di *reskilling* e *up-*

⁶ TALARICO, *Autonomia collettiva e formazione professionale: il Fondo nuove competenze quale nuovo strumento di politica attiva*, in AA.VV., *Flexicurity e mercati transizionali del lavoro. Una nuova stagione per il diritto del mercato del lavoro?*, Adapt University Press, 2021, p. 336 ss.

⁷ D.i. del 9 ottobre 2020.

skilling delle competenze dei lavoratori già occupati, attraverso uno specifico investimento di risorse finanziarie a valere sul React-EU⁸.

Successivamente, il Fondo Nuove Competenze è stato ancora finanziato attraverso lo stanziamento di ulteriori risorse, ma è la recente affermazione del suo ruolo strategico nell’ambito del Piano Nuove Competenze – Transizione a decretarne la trasformazione.

Infatti, se già con il Decreto Lavoro⁹ si era potuto intuire l’intento del Governo di rendere strutturale la misura¹⁰, attraverso un finanziamento incrementale del Fondo gravante sulle risorse del Programma nazionale Giovani, donne, lavoro, cofinanziato dal Fondo sociale europeo Plus nel settennio 2021-2027, è con il decreto interministeriale del 29 marzo scorso, di istituzione del Piano Nuove Competenze Transizione, che ogni dubbio sembra dissolto. Questo passaggio, infatti, statuisce proprio la conversione del Fondo da strumento temporaneo ed emergenziale a rimedio di portata tale da favorire “in modo più strutturato i processi di transizione digitale ed ecologica”¹¹, dunque, destinato almeno nei prossimi anni ad avere un impatto sia sul mercato, che sul rapporto di lavoro.

Dal lato del mercato del lavoro la caratteristica che subito emerge è la volontà del legislatore di ricorrere alla formazione dei lavoratori per sostenere quel processo di innovazione delle competenze necessario a rispondere alle sfide organizzative e produttive del terzo millennio, che la crisi pandemica ha accentuato in modo repentino.

La formazione viene indicata come leva per la ripresa che potrebbe sembrare una questione scontata, rappresentando una delle politiche attive più incisive nel mercato del lavoro, ma in realtà denota un chiaro segnale di cambiamento rispetto al passato che merita di essere approfondito: in primo luogo, per comprendere se si tratta di un cambiamento di durata comunque

⁸ Reg. n. 2221 del 23 dicembre 2020, che modifica il reg. n. 1303 del 2013 per quanto riguarda le risorse aggiuntive e le modalità di attuazione per fornire assistenza allo scopo di promuovere il superamento degli effetti della crisi nel contesto della pandemia di COVID-19 e delle sue conseguenze sociali e preparare una ripresa verde, digitale e resiliente dell’economia.

⁹ D.l. 4 maggio 2023, n. 48, convertito con modificazioni in l. 3 luglio 2023, n. 85.

¹⁰ IMPELLIZZIERI, *Sviluppo delle competenze: alternanza formativa, Fondo nuove competenze e personale dell’Agenzia Industrie Difesa* (artt. 17, commi 4-5, 19 e 33, d.l. n. 48/2023), in DAGNINO, GAROFALO C., PICCO, RAUSEI (a cura di), *Commentario al d.l. 4 maggio 2023, n. 48 c.d. “decreto lavoro”*, Adapt University Press, 2023, pp. 173-179, qui p. 176.

¹¹ Piano Nuove Competenze – Transizioni (PNCT), Allegato A, d.i. del 29 marzo 2024, p. 4.

limitata o se invece apre a nuovi scenari destinati a perdurare nel tempo, come ad esempio il coinvolgimento delle parti sociali nella progettazione di politiche attive; in secondo luogo, per verificare se l'istituto, per come è congegnato, sia in linea con le riforme degli ultimi anni in materia di apprendimento permanente e al contempo sia in grado di rispondere alle forti spinte che arrivano dall'Unione Europea ad investire nella formazione degli adulti.

Dal lato del rapporto di lavoro si rileva un profilo di assoluto interesse relativo alla introduzione di un obbligo formativo nel contratto, tema già oggetto di acceso dibattito dottrinale in passato e tornato in auge, negli ultimi anni, a seguito della modifica dell'art. 2103 cod.civ. ad opera del Jobs Act. Dal tenore letterale della norma, infatti, si evince che in capo al datore di lavoro sorge un obbligo formativo nell'ambito del contratto di lavoro, un diritto soggettivo alla formazione che deve essere esercitato durante l'orario di lavoro, poiché si parla di rimodulazione e non di riduzione di orario e al contempo si precisa che le ore di formazione rientrano a pieno titolo nella retribuzione spettante al lavoratore, mentre i costi della formazione sono in capo ai datori di lavoro.

Sembra che questa novità in tema di politiche attive del lavoro non si possa trascurare in un momento in cui il tema della professionalità torna ad essere centrale sia nel rapporto che nel mercato del lavoro.

3. *Il Fondo Nuove Competenze: i tratti peculiari dell'istituto*

Ripercorrere i punti salienti nella evoluzione della disciplina del Fondo Nuove Competenze, a partire dal momento della sua istituzione, sembra essere un passaggio doveroso per comprenderne la reale portata, poiché nel tempo vi sono stati diversi interventi normativi, di vario rango e a più riprese, che ne hanno definito i tratti peculiari. La misura, infatti, sebbene di recente introduzione nell'ordinamento, sembra essere il risultato di una stratificazione di interventi successivi che hanno tentato di adeguarne i contenuti alle continue trasformazioni in atto, oltre che ai necessari limiti di spesa. Da questo punto di vista, si potrebbe presumere una sostanziale incapacità da parte delle istituzioni di programmare una politica attiva di medio-lungo periodo, in grado di rispondere alle metamorfosi del mercato del lavoro, al punto da essere costrette ad una affannosa rincorsa degli eventi. La natura sperimentale del Fondo, infatti, non lo rende immeritevole di una programmazione ocu-

lata. Questo aspetto, però, sebbene richieda una analisi approfondita, tenuto conto del ruolo fondamentale delle politiche attive nel contesto attuale, per ora viene solo accennato al fine, invece, di lasciare spazio alle caratteristiche più originali del nuovo istituto.

Una novità importante si rileva già a distanza di qualche mese dalla istituzione del Fondo, con il decreto legge del 14 agosto 2020, n. 104¹², che oltre ad ampliarne la dotazione finanziaria ed estenderne la durata al 2021, introduce una modifica molto significativa, ovvero, alla base degli accordi di rimodulazione dell’orario di lavoro viene aggiunta un’altra motivazione: “favorire percorsi di ricollocazione dei lavoratori”. Al Fondo, dunque, viene attribuita una duplice finalità: da un lato, sostenere le imprese nel riqualificare i propri lavoratori per affrontare le nuove sfide del mercato del lavoro; dall’altro, migliorare le competenze dei lavoratori al fine di favorire la loro occupabilità in caso di processi di mobilità o ricollocazione verso il mercato del lavoro. Sembra una svolta di grande rilievo, poiché la norma apre in modo inedito alla concreta possibilità di mettere la persona al centro della formazione e dunque valorizza la professionalità del lavoratore al fine di una occupabilità¹³ anche in altri contesti di lavoro.

I successivi interventi normativi, fino al Decreto Lavoro del maggio scorso, sono di rango inferiore, ma non per questo meno importanti, visto che definiscono le condizioni di operatività dell’istituto, come si avrà modo di approfondire ripercorrendo le diverse tappe.

Il Fondo Nuove Competenze diventa operativo nell’ottobre del 2020 con l’emanazione del decreto interministeriale che ne disciplina il funzionamento e le modalità e procedure di gestione. L’art. 2 di detto decreto, nel definire i destinatari degli interventi del Fondo, individua i datori di lavoro del settore privato che stipulino accordi di rimodulazione dell’orario di lavoro per mutate esigenze organizzative e produttive dell’impresa, tralasciando la finalità occupazionale che riappare nel successivo art. 3 come possibile oggetto dell’accordo collettivo.

¹² Convertito con modificazioni dalla l. 13 ottobre 2020, n. 126.

¹³ Il tema della professionalità per l’occupabilità nel mercato del lavoro e oltre la subordinazione viene affrontato di recente nel volume curato da BROLLO, ZOLI, LAMBERTUCCI, BIASI, *Dal lavoro povero al lavoro dignitoso. Politiche, strumenti, proposte*, ADAPT Labour Studies e-Book series n. 101, Adapt University Press, 2024, qui in special modo si rinvia alla Sezione IV - *La Professionalità per l’occupabilità*, pp. 407 ss.; si veda anche CIUCCIOVINO, *Professionalità, occupazione e tecnologia nella transizione digitale*, in *Federalismi*, 2022, n. 9, p. 129 ss.; mi sia consentito anche di rinviare al mio *La professionalità nel mercato del lavoro: nuove tutele per il lavoro che cambia*, ES, 2021.

La norma, infatti, stabilisce che “gli accordi devono individuare i fabbisogni del datore di lavoro in termini di nuove o maggiori competenze, in ragione dell’introduzione di innovazioni organizzative, tecnologiche, di processo di prodotto o servizi in risposta alle mutate esigenze produttive dell’impresa, e del relativo adeguamento necessario per qualificare e riqualificare il lavoratore in relazione ai fabbisogni individuati ... anche al fine di una qualificazione di livello EQF3 o 4”, al capoverso successivo si legge “gli accordi possono prevedere lo sviluppo di competenze finalizzate ad incrementare l’occupabilità del lavoratore ... coerenti con il sistema regionale di individuazione, validazione e certificazione delle competenze”. L’impressione che si avverte immediatamente è che la finalità occupazionale attribuita in corsa al Fondo dal legislatore, sia stata ritenuta una mera eventualità, probabilmente destinata ad intervenire nella fase di sblocco dei licenziamenti, mentre sia stata privilegiata, in sede di definizione applicativa, la qualificazione e riqualificazione del lavoratore all’interno dell’impresa, dunque la “tradizionale” formazione continua.

Come facilmente si evince non si tratta di un banale dettaglio, poiché a seconda dell’obiettivo da perseguire cambia radicalmente anche il contenuto dell’accordo collettivo, che se da un lato deve tener conto dei fabbisogni formativi dell’impresa in termini di nuove o maggiori competenze di cui dotare i lavoratori, dall’altro dovrebbe avere lo sguardo aperto verso i fabbisogni del mercato del lavoro per accrescere l’occupabilità dei lavoratori al fine di favorire l’incontro tra domanda e offerta¹⁴, un problema di assoluto rilievo nel nostro mercato del lavoro che stenta ad essere affrontato.

Ad ogni modo, il raggiungimento di entrambe le finalità attribuite al Fondo dal legislatore, seppur distinte e caratterizzate da differenti livelli di complessità, si fonda sul ruolo centrale della contrattazione collettiva. Proprio all’accordo collettivo, infatti, viene affidato il cardine della gestione del Fondo, poiché il finanziamento dei percorsi formativi è di fatto rimesso alle dinamiche e agli esiti della contrattazione decentrata.

¹⁴ Il grave disallineamento tra la domanda e l’offerta di lavoro è un tema su cui si discute da tempo, ma la sua complessità è tale da richiedere interventi strutturali e partecipati da molteplici soggetti, il dato di realtà fa supporre che ad oggi non vi siano le premesse per una soluzione nel breve periodo. Per una attenta analisi del fenomeno e delle sue cause si v. CIUCCIOVINO, *L’intermediazione alla prova dello skill mismatch*, in *LD*, 2023, num. 2, p. 309 ss.

L'accordo, oltre ad individuare il fabbisogno del datore di lavoro in termini di nuove competenze, deve prevedere il numero dei lavoratori coinvolti, le ore da destinare alla formazione, i contenuti e la durata di ciascuna azione formativa; deve, inoltre, contenere il programma della formazione condiviso dalle parti firmatarie.

Il progetto formativo, nello specifico, deve individuare gli obiettivi di apprendimento, le modalità di svolgimento del percorso formativo e di valorizzazione del patrimonio professionale del lavoratore anche mediante i servizi di individuazione, validazione, messa in trasparenza e certificazione delle competenze. Su questo ultimo aspetto torneremo tra poco, qui preme sottolineare il compito specifico affidato alle parti sociali che, pur non essendo del tutto nuove ad un diretto coinvolgimento nelle politiche attive¹⁵, vengono chiaramente investite della responsabilità di costruire percorsi di formazione per la valorizzazione dei profili professionali dei lavoratori, un ruolo di assoluto rilievo nel contesto del lavoro in trasformazione, naturalmente se le parti sociali sapranno cogliere questa opportunità.

Un altro tratto peculiare della disciplina attuativa del Fondo è dato dal tentativo di collegare la formazione al sistema di apprendimento permanente introdotto nel nostro ordinamento a seguito della l. 92 del 2012 e del successivo d.lgs. 13 del 2013¹⁶. Infatti, come si accennava poc' anzi, in sede applicativa la formazione negoziata nell'accordo deve assicurare da un lato, la possibilità che i percorsi formativi possano avere quale esito la qualificazione di livello EQF3 o EQF4 del quadro europeo delle qualifiche professionali, ovvero il conseguimento di competenze corrispondenti rispettivamente alla qualifica e al diploma professionale; dall'altro, la personalizzazione dei percorsi di apprendimento e la messa in trasparenza e certificazione (sebbene il decreto parli di attestazione) degli esiti della formazione.

La volontà di compiere questa sistematizzazione ad una prima analisi appare ragguardevole, se non fosse che il diritto all'apprendimento permanente non può ancora dirsi effettivo e il sistema nazionale di validazione e certificazione delle competenze, alla data della emanazione della

¹⁵ Si pensi ad esempio alla possibilità di negoziare percorsi di riqualificazione dei lavoratori eccedenti nelle crisi di impresa, tra i molti contributi si v. VALENTE, *I ruoli del sindacato e delle istituzioni per la soluzione delle crisi occupazionali*, in *DRI*, 2017, n. 3, p. 729 ss.

¹⁶ Per una ampia riflessione in tema di diritto all'apprendimento permanente si veda CIUCCIOVINO, *Apprendimento e tutela del lavoro*, Giappichelli, 2013.

disciplina di applicazione del Fondo, mancava ancora di una regolamentazione per l'operatività, emanata poi in tutta fretta a distanza di qualche mese¹⁷, seppur ad oggi ancora non risolutiva per l'effettivo funzionamento del sistema.

4. *Il Fondo Nuove Competenze nel Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza*

Il Fondo Nuove Competenze, nonostante le diverse criticità opportunamente segnalate da illustri commentatori in fase di avvio¹⁸, ha riscosso un grande interesse da parte delle imprese e le istanze di richiesta di finanziamento hanno riguardato un numero elevato di lavoratori e di ore di formazione al punto che le risorse stanziare sono terminate in anticipo rispetto alla scadenza fissata dal primo bando¹⁹. Proprio questo interesse deve aver indotto il decisore politico ad individuare il Fondo come uno degli strumenti da inserire nel Piano Nuove Competenze nell'ambito del Piano nazionale di ripresa e resilienza (PNRR)²⁰.

Il PNRR, come noto, nasce da un ambizioso piano di ripresa proposto dall'Unione Europea e imperniato sul Next Generation EU²¹, uno strumento di emergenza europeo per affrontare la crisi scatenata dalla pandemia da Covid, con l'obiettivo dichiarato di "rendere le economie e società eu-

¹⁷ D.i. del 5 gennaio 2021, *Disposizioni per l'adozione delle linee guida per l'interoperatività degli enti pubblici titolari del sistema nazionale di certificazione delle competenze*, (GU n. 13 del 18-1-2021).

¹⁸ MASSAGLI, IMPELLIZZIERI, *Fondo Nuove competenze: funzionamento, elementi di originalità e primi rilievi critici*, in *DRI*, 2020, n. 4, p. 1191 ss. Si segnalano anche le prime osservazioni di autorevoli studiosi sulla stampa, in ordine temporale: VALENTE, *"Nuove competenze" soffocate dalla burocrazia*, *lavoce.info*, 27.10.2020; VARESI, *Fondo nuove competenze: ottime le finalità, poco efficaci le scelte organizzative*, Editoriale IPSOA Quotidiano, 31.10.2020; CIUCCIOVINO, DE FUSCO, *Fondo nuove competenze: lavoratori in formazione solo se esclusi dalla Cig*, *Il Sole 24 ore*, 23.11.2020.

¹⁹ IMPELLIZZIERI, *Fondo nuove competenze e contrattazione collettiva: una rassegna ragionata*, in *DRI*, 2021, n.3, p. 895 ss..

²⁰ Per una analisi degli interventi previsti dal PNRR sul mercato del lavoro si rinvia ai contributi contenuti nel fascicolo di Lavoro e Diritto, n. 2 del 2023, dedicati al tema: *Il mercato del lavoro al tempo del PNRR*; si veda anche GAROFALO D., *Gli interventi sul mercato del lavoro nel prisma del PNRR*, in *DRI*, 2022, n. 32, I, pp. 114-160.

²¹ FORLIVESI, *Le politiche del lavoro a sostegno delle grandi transizioni*, in *REM*, 2021, n. 4, p. 628 ss.; MAMMONE, *Ripresa e resilienza dopo il Covid-19. Gli ammortizzatori sociali tra cooperazione europea e progettualità nazionale*, in *RDSS*, 2021, n. 2, p. 253 ss.

ropee più sostenibili, resilienti e meglio preparate alle sfide e alle opportunità delle transizioni ecologica e digitale” a fronte di un investimento di risorse economiche ingenti e di assoluta novità.

In questo contesto, una delle priorità individuate dalla Commissione Europea è proprio legata all’innalzamento delle competenze della popolazione dell’Unione attraverso azioni di *upskilling* e *reskilling*.

Non stupisce che l’Unione Europea abbia puntato anche con questo strumento finanziario all’incremento delle competenze per favorire la ripresa, infatti, fin dalle origini della Comunità, alle politiche formative viene attribuita la capacità di favorire uno sviluppo economico socialmente sostenibile, proprio per la duplice valenza della formazione che da una parte permette di adeguare costantemente le competenze dei lavoratori alle trasformazioni organizzative del lavoro e del processo produttivo generate dal progresso tecnologico, d’altro canto consente alle persone di acquisire nuove conoscenze e competenze aumentando l’occupabilità e di conseguenza migliorando la qualità sia della propria vita, sia del proprio lavoro. Come noto, già il Trattato istitutivo della Comunità Europea affidava a Commissione e Consiglio rispettivamente il compito di promuovere la collaborazione tra gli Stati membri in materia di formazione e di fissare i principi generali per l’attuazione di una politica comune di formazione professionale.

Questo processo a livello europeo non si è mai arrestato, anzi si è via via arricchito nel tempo delineando quello che oggi è considerato “un autentico spazio europeo dell’apprendimento” incentrato sulle competenze.

La Commissione, proprio nel tracciare i passi da percorrere nella fase di ripresa dalla pandemia, definisce un’Agenda per le competenze²² stabilendo che “oggi più che mai l’UE ha bisogno di un cambiamento di paradigma sulle competenze: un cambiamento che dia vita a una coraggiosa agenda per le competenze per l’occupazione volta a guidare la duplice transizione e a garantire la ripresa dall’impatto socioeconomico della pandemia di covid-19”.

In questo specifico ambito l’Italia mostra di essere ancora in grande affanno, come emerge dai dati più recenti²³. Già nelle *Country Specific Recommendations* (CSR) del 2019 la Commissione segnalava come “gli scarsi

²² COM (2020) 274 final, 1.7.2020, *Un’agenda per le competenze per l’Europa per la competitività sostenibile, l’equità sociale e la resilienza*.

²³ European Commission, *Joint Employment Report 2024*, Luxembourg: Publications Office of the European Union, 2024.

investimenti nelle competenze stanno rallentando la transizione dell'Italia verso un'economia basata sulla conoscenza, frenando la crescita della produttività e limitando il potenziale per migliorare la competitività non di prezzo e la crescita del PIL. Anche le lacune in materia di istruzione contribuiscono a spiegare la minore produttività delle microimprese e delle piccole imprese italiane rispetto a quelle di paesi comparabili". A tal proposito il Consiglio raccomandava di promuovere il miglioramento delle competenze e in particolare di rafforzare le competenze digitali.

Il Piano per la ripresa e resilienza, tra le sue finalità, impone proprio di adeguare la programmazione alle indicazioni derivanti dalle CSR del 2019 e del 2020, poiché mentre si riteneva che ci fosse un sostanziale adeguamento dell'Italia alle raccomandazioni per il 2020, quelle del 2019 erano ancora sostanzialmente disattese, pertanto era inevitabile affrontare il problema degli scarsi investimenti in competenze.

Il Piano Nazionale Nuove Competenze di fatto costituisce lo strumento di coordinamento strategico di tutti gli interventi di aggiornamento e qualificazione/riqualificazione delle persone "volti a rispondere ai nuovi e diversi fabbisogni di competenze derivanti dalle transizioni digitali ed ecologiche e dagli effetti della pandemia da covid-19".

Nello specifico sono stati individuati tre differenti percorsi di accrescimento delle competenze²⁴: il primo nell'ambito del Programma di riforma Garanzia per l'Occupabilità dei Lavoratori (GOL) rivolto ai disoccupati beneficiari di ammortizzatori sociali; il secondo nell'ambito del Programma di investimento Sistema Duale che promuove l'acquisizione di nuove competenze da parte dei giovani; il terzo incentrato sul Fondo Nuove Competenze rivolto ai lavoratori delle imprese che hanno stipulato intese o accordi collettivi di rimodulazione dell'orario di lavoro in risposta alle innovazioni di processo, prodotto o di organizzazione.

Apparentemente sembra che si voglia dare una risposta ampia al problema del mancato investimento in competenze nel nostro Paese rivolgendolo, di fatto, le azioni formative ad ogni lavoratore o persona in cerca di occupa-

²⁴ Per una analisi dei più recenti interventi in attuazione del PNRR in materia di formazione continua v. OCCHIOCUPO, *La funzione strategica della formazione continua per lo sviluppo delle competenze alla luce dei principali strumenti di policy*, in *EL*, n. 1, 2023, p. 40-42; v. CAMPANELLA, FORTE, VERGANI, *Formazione continua e occupati low-skilled: alcune piste di lavoro tra PNRR, Fondi Interprofessionali e intervento pubblico*, in *XXIII Rapporto mercato del lavoro e contrattazione collettiva*, CNEL, 2021 - Capitolo IV, pp. 99-102.

zione. La questione da approfondire è se tali misure concorreranno effettivamente a garantire una migliore tutela della professionalità e della occupabilità delle persone.

Ancor più significativo appare l'affiancamento del Piano Nuove Competenze agli obiettivi di politica attiva del lavoro inserite nel PNRR, che si avviano ad attuare, nei fatti, il disegno di riforma previsto dal d. lgs. 150 del 2015. Nel PNRR, infatti, la razionalizzazione e il potenziamento del sistema delle politiche attive e della formazione professionale si articolano attraverso una strategia integrata di azioni, i cui risultati, in ampia misura, dipenderanno dalla contestuale attuazione del Piano straordinario per il potenziamento dei Centri per l'impiego e del Piano Nuove Competenze. Sembra che la volontà sia quella di costruire un intreccio tra servizi per l'impiego e attività di formazione, dove la seconda risalta come pilastro della politica attiva²⁵.

Tornando nello specifico al Fondo Nuove Competenze, il suo inquadramento nel contesto più ampio definito dal PNRR, ha comportato anche un suo adattamento, dal punto di vista operativo, agli obiettivi previsti dal Piano.

Più in dettaglio, il decreto legge 21 ottobre 2021, n. 146, art. 11-ter, comma 2, ha stabilito che andava garantita “particolare attenzione” ai datori di lavoro operanti nei settori maggiormente interessati dalla transizione ecologica e digitale.

In seguito, il decreto del Ministro del lavoro del 22 settembre 2022, che ha parzialmente ridisegnato il profilo attuativo dell'istituto, come vedremo tra poco, ha anche ridefinito le finalità delle attività formative stabilendo che devono essere necessariamente orientate a supportare processi di innovazione che richiedano un “aggiornamento delle professionalità dei lavoratori a seguito della transizione digitale ed ecologica”, generando anche una incongruenza tra norme di diverso rango, laddove la norma attuativa di secondo livello introduce una esclusività dei fini che la norma generale non aveva previsto²⁶. Ma se la curvatura dell'istituto agli obiettivi della doppia transizione, che di fatto sono gli stessi che permeano l'intero

²⁵ Per quanto riguarda questo specifico aspetto in relazione al GOL si rinvia a BOZZAO, *L'intermediazione del lavoro nel programma GOL: potenzialità e criticità*, in *LD*, 2023, n. 2, p. 259 ss.

²⁶ La contraddizione è stata superata grazie all'art. 19 del Decreto Lavoro, norma di pari rango della norma istitutiva, che ha introdotto la nuova finalità degli accordi di rimodulazione dell'orario di lavoro, disponendo che devono essere volti a “favorire l'aggiornamento della professionalità dei lavoratori a seguito della transizione digitale ed ecologica”.

PNRR, sono comprensibili e condivisibili, è il complessivo ridisegno del Fondo a destare qualche perplessità, al di là del pasticcio tra le fonti di regolazione.

La principale novità riguarda l'ammontare degli oneri finanziabili dal Fondo che sono passati dal cento per cento al sessanta per cento della retribuzione dovuta ai lavoratori per il tempo dedicato alla formazione, fermo restando il rimborso integrale dei contributi previdenziali. A questa modifica si affianca una previsione inedita, ovvero viene stabilita una premialità a favore di quei datori di lavoro che nell'ambito degli accordi di rimodulazione dell'orario di lavoro, finalizzata ai percorsi formativi, prevedano anche una riduzione dell'orario normale di lavoro a parità di retribuzione complessiva. In tali casi il vantaggio è costituito dalla copertura integrale della retribuzione per il tempo dedicato alla formazione, ma solo se l'accordo assume un carattere strutturale o sperimentale per almeno un triennio.

La riduzione della copertura degli oneri retributivi, in realtà, ha una sua ragione d'essere nel contesto di una politica attiva del lavoro che mira a rafforzare le competenze dei lavoratori in relazione alle innovazioni tecniche e organizzative dell'impresa nella quale prestano la propria attività. Infatti, la partecipazione del datore di lavoro al costo della retribuzione per le ore di formazione è un obiettivo di assoluto rilievo che dovrebbe assumere una portata strutturale nel nostro ordinamento, come si dirà meglio in seguito. Quello che invece non si comprende è la ragione per la quale si sia voluta introdurre, nell'ambito di una misura ancora caratterizzata da "incertezze" dal punto di vista applicativo, un ulteriore intervento di politica attiva che riguarda la riduzione dell'orario di lavoro. Sono chiaramente due politiche di segno differente, se non opposto, se da un lato, infatti, si vuole perseguire l'obiettivo di riconoscere un obbligo formativo in capo al datore di lavoro nel contratto di lavoro prevedendo una rimodulazione dell'orario; dall'altro, si mira a ridurre l'orario normale di lavoro a parità di retribuzione e poiché basta la previsione, negli accordi collettivi, della riduzione di una sola ora di lavoro per beneficiare del rimborso al cento per cento della retribuzione destinata alla formazione, il rischio è che la riduzione di orario sia più funzionale all'ottenimento del beneficio economico, che alla reale introduzione di una nuova regolamentazione dell'orario di lavoro per finalità occupazionali. Inoltre, questa duplice opzione (rimodulazione e riduzione) potrebbe essere utilizzata in presenza di eccedenze di personale

favorendo il ricorso al Fondo Nuove Competenze in sostituzione della cassa integrazione guadagni, rischiando ancora una volta di sveltire misure di politica attiva del lavoro, che invece “sulla carta” avrebbero una finalità di grande rilievo.

Tornando alle novità introdotte nel 2022, si segnala il richiamo ad un coinvolgimento privilegiato dei Fondi interprofessionali per la formazione continua, sia per l’attuazione dei programmi, che per il finanziamento dei costi della formazione, al punto da richiedere la presentazione di una domanda preliminare, entro una scadenza data, per i Fondi che vogliono aderire al Fondo Nuove Competenze.

Altre novità di rilievo riguardano i contenuti stessi della formazione, infatti, viene fissato un monte orario minimo di 40 ore a fronte di un massimo di 200 ore, per ciascun lavoratore, ma soprattutto vengono definite le aree tematiche verso le quali devono essere orientati i progetti formativi rivolti all’acquisizione di competenze utili alla transizione ecologica e tecnologica e si esclude, diversamente da quanto previsto in origine, che la formazione possa essere erogata dall’azienda. Ciò che desta perplessità è che le competenze da acquisire sono anche preventivamente e tassativamente individuate da allegati al decreto, rendendo il processo da un lato estremamente burocraticizzato e dall’altro, riducendo l’autonomia negoziale e decisionale delle imprese e delle parti sociali in merito alla definizione dei fabbisogni professionali, infine, la personalizzazione della formazione professionale sembra essere del tutto accantonata.

5. *La formazione nel mercato del lavoro finanziata dal Fondo Nuove Competenze: profili critici*

La disciplina attuativa del Fondo Nuove Competenze, ferme restando le novità di assoluto interesse dello strumento di politica attiva, come già evidenziato, presenta dei profili critici che potrebbero influire sul reale impatto dell’istituto, e che gli accorgimenti sino ad ora intervenuti non hanno del tutto sanato. Ulteriori criticità si rilevano soprattutto in relazione alle finalità dei percorsi formativi che sembrano anacronistici rispetto alla realtà del sistema di formazione professionale del nostro Paese.

La formazione professionale, seppur riconosciuta a parole come leva di sviluppo non solo della professionalità dei lavoratori, ma anche della produt-

tività delle imprese²⁷, sconta dei gravi limiti che non sembrano superabili nell'immediato se non con un radicale cambio di passo.

Si assiste da tempo ad una separatezza strutturale tra il mondo della formazione e il mondo produttivo che da un lato, alimenta i fenomeni di disallineamento delle competenze, una delle piaghe del nostro mercato del lavoro; dall'altro, non permette di realizzare una formazione professionale efficiente, in cui gli esiti dei percorsi formativi siano misurabili e misurati in termini di nuova professionalità, migliore occupazione e qualità del lavoro.

Le recenti rilevazioni di dati sulla formazione professionale dei lavoratori continuano a mostrare un netto ritardo dell'Italia rispetto alla media dei Paesi dell'Unione Europea²⁸, nonostante la particolare attenzione che il legislatore italiano sembra aver posto, negli ultimi anni, al tema della formazione e ai propedeutici servizi di orientamento²⁹. La realtà è che la pur crescente attenzione del legislatore alla formazione professionale, anche a seguito dei molteplici segnali di ritardi che arrivano dall'Unione Europea, non si è manifestata attraverso un organico disegno di riforma del settore, su cui forse si dovrebbe ragionare, ma attraverso diversi interventi frammentati e sparsi in una molteplicità di norme che richiedono un notevole sforzo interpretativo e di inquadramento sistematico.

Certo è che la disciplina attuativa del Fondo ha cercato di toccare tutti gli aspetti di rilievo in materia di formazione professionale, quasi a voler dare l'impressione di un approccio sistemico; come già si anticipava, infatti, si riferisce alla personalizzazione dei percorsi formativi, al riconoscimento di qualifiche professionali nel quadro europeo delle qualificazioni e perfino alla

²⁷ CAMPAGNA, PERO, *Formazione permanente e continua per creare lavoro e produttività*, in CAMPAGNA, LIZZA M., PERO, ROSSINI (a cura di), *La fabbrica delle competenze e della dignità. Idee e progetti per il PNRR: Next Generation Italia*, Edizioni Lavoro, 2021; si veda anche la Risoluzione del Parlamento europeo dell'11 luglio 2023, *Promozione e adeguamento della formazione professionale come strumento per il successo dei lavoratori e come elemento costitutivo dell'economia dell'UE nella nuova industria 4.0*.

²⁸ ISTAT, *La formazione degli adulti - Report Anno 2022*, dell'8 aprile 2024.

²⁹ Autorevole dottrina ha di recente affermato che "l'orientamento e la formazione professionale, da cenerentole delle politiche del lavoro, sono riconosciuti dal legislatore quale essenziale strumento di promozione della condizione economica e sociale dei lavoratori e fondamentale strumento per rendere più efficiente il mercato del lavoro. Il sistema italiano tende così ad allinearsi alle migliori esperienze in ambito europeo" in VARESI, *La formazione professionale nel Decreto Legge 4 maggio 2023, conv. dalla Legge 3 luglio 2023, n. 85 (c.d. Decreto lavoro)*, in LDE, 2024, n. 1, p. 3.

validazione e certificazione delle competenze, ma tentare un collegamento tra i vari nodi del sistema di formazione professionale non è sufficiente a realizzare il sistema stesso, né sembra che il Fondo da solo possa riuscire in una simile impresa.

Sicché, nonostante i contenuti delle norme attuative facciano espresso rinvio al diritto all'apprendimento permanente e alla certificazione delle competenze, si può escludere con ragionevole certezza che i progetti formativi siano stati incentrati sulla persona di ogni lavoratore coinvolto nella formazione. Fin dalla prima fase di operatività del Fondo è stato osservato come le istanze di richiesta di finanziamento abbiano avuto ad oggetto progetti formativi soprattutto di grandi aziende, rivolti anche a numeri elevati di lavoratori³⁰, di conseguenza sembra chiaro che la definizione dei percorsi formativi non ha potuto tener conto delle competenze del singolo. Infatti, sebbene il decreto interministeriale del 2020, all'art. 5, facesse espresso riferimento ai servizi di individuazione e validazione delle competenze, così come alle modalità di messa in trasparenza e “attestazione” delle competenze, non teneva in alcun conto che la maggior parte delle Regioni non avevano ancora attivato i servizi previsti dal d.lgs. 13 del 2013 e che di conseguenza non sarebbe stato possibile per i lavoratori avvalersene. Altro aspetto controverso è l'utilizzo dei termini in modo confuso, come se non corrispondessero a fasi ben precise di un processo di convalida dell'apprendimento in cui ogni passaggio si conclude con un atto pubblico rilasciato da enti titolati, tant'è che viene usato il termine attestazione, richiamando la conformità alle previsioni del d.lgs. 13 del 2013, e non certificazione, come se fossero sinonimi.

Di conseguenza, in molti casi gli accordi hanno previsto un bilancio delle competenze dei lavoratori nella fase di avvio della formazione e la possibilità di una attestazione delle competenze acquisite in esito al percorso formativo rilasciata dall'ente di formazione o dalla stessa azienda, ma chiaramente si trattava semplicemente di un modo per tentare di ottemperare ad un obbligo normativo, non avendo gli strumenti per farlo, e comunque in assoluta difformità dal d.lgs. 13 del 2013.

Tali premesse portano a riflettere su quelli che saranno gli esiti dei percorsi formativi finanziati dal Fondo Nuove Competenze, che di fatto non

³⁰ IMPELLIZZIERI, *Fondo Nuove Competenze e contrattazione collettiva; una rassegna ragionata*, in *DRI*, 2021, n. 3, p. 895 ss., qui p. 897.

germogliano su un terreno fertile, e il rischio che si corre è che la formazione sia finalizzata più ad ottemperare agli obblighi formali, che non a valorizzare effettivamente, e in modo personalizzato, la professionalità dei lavoratori. Del resto anche il numero delle ore previsto come limite massimo della formazione (200 ore) lascia intravedere più la possibilità di un adeguamento delle competenze dei lavoratori che non una reale riqualificazione degli stessi. In tal senso viene meno anche la finalità occupazionale del Fondo, a favore della formazione finalizzata alle esigenze dell'impresa.

6. *L'obbligo formativo nel rapporto di lavoro introdotto dal Fondo Nuove Competenze*

Spostando l'attenzione al rapporto di lavoro, il Fondo Nuove Competenze segna un passo decisivo rispetto ad un tema che all'inizio del terzo millennio, e per diversi anni, ha sollecitato l'interesse di gran parte della dottrina. Il tema oggetto di discussione, avviato in un'epoca storica già caratterizzata da profonde trasformazioni organizzative, era se il diritto alla formazione del lavoratore dovesse essere, o meno, considerato quale parte integrante del sinallagma contrattuale, in altri termini, se vi fosse un vero e proprio obbligo formativo in capo al datore di lavoro.

Al fine di comprendere la portata della novità introdotta dal legislatore con il Fondo Nuove Competenze, sembra utile un inquadramento del contesto in cui tale novazione si colloca, tracciando i punti salienti del percorso ermeneutico condotto negli ultimi venti anni da dottrina e giurisprudenza.

Una prima posizione dottrinale tendeva a qualificare il diritto del lavoratore alla formazione come effetto legale del contratto³¹, in una cornice di riferimento ben più ampia, che traeva origine proprio dall'interpretazione della collaborazione ai sensi dell'art. 2094 cod.civ. per giungere alla affermazione che la professionalità dei prestatori di lavoro, fine ultimo della formazione, non dovrebbe essere intesa semplicemente quale bene oggetto della tutela disposta dalla disciplina legale delle mansioni, ma quale oggetto stesso del contratto di lavoro, sicché lo scambio avverrebbe tra professionalità e retribuzione. Ritenere che la professionalità sia l'oggetto del contratto di lavoro conduce all'individuazione, in capo al datore di lavoro, di un obbligo di ma-

³¹ NAPOLI, *Disciplina del mercato del lavoro ed esigenze formative*, in *RGL*, 1997, I, p. 270.

nutrizione della professionalità del lavoratore nel quale il diritto alla formazione assume una funzione rilevante, poiché ne deriva che il datore di lavoro, qualora modifichi la posizione professionale del lavoratore, seppur nell'ambito della professionalità già posseduta, sia tenuto ad erogare la formazione necessaria per l'adeguamento delle capacità professionali del lavoratore alla nuova posizione assegnata, affinché non venga meno la sua capacità di adempiere.

Muovendo da analoga posizione interpretativa, altre tesi si spinsero ad affermare che la stessa causa di scambio nel contratto di lavoro è "da ritenersi permeata dell'elemento formativo"³². Alla base di tali interpretazioni, già in forza dell'art. 35, comma secondo, della Costituzione, il datore di lavoro è gravato di un vero e proprio obbligo di elevazione professionale del lavoratore. Secondo questa affermazione, la norma costituzionale, appena richiamata, letta in combinato disposto con gli artt. 2094 e 2103 cod.civ., pone le basi per la traducibilità nel rapporto di lavoro del diritto alla formazione, in forza della centralità assunta dalla professionalità quale esplicazione della persona stessa del lavoratore, ma anche per il rilievo dell'adattabilità del lavoratore alle mutevoli esigenze aziendali, nelle organizzazioni produttive post-fordiste³³.

A queste teorie vi fu una forte contrapposizione, peraltro sulla base di posizioni dominanti in dottrina, secondo le quali non era affatto possibile rintracciare un obbligo del datore di lavoro di curare la formazione del lavoratore affinché quest'ultimo potesse essere in grado di eseguire la prestazione dovuta³⁴. Tali posizioni erano per lo più fondate sull'assenza di un dato normativo e sul possibile rischio di un'indebita dilatazione della posizione debitoria del prestatore.

Anche la giurisprudenza ha sostanzialmente negato la configurabilità di un vero e proprio obbligo di formazione in capo al datore di lavoro nel con-

³² GUARRIELLO, *Trasformazioni organizzative e contratto di lavoro*, Jovene, 2000, pp. 222-229.

³³ ALESSI, *Professionalità e contratto di lavoro*, Giuffrè, 2004.

³⁴ Si rinvia, senza pretesa di esaustività, alle opere di alcuni tra i principali autori che hanno ampiamente analizzato il tema: ROCCELLA, *Formazione, occupabilità, occupazione nell'Europa comunitaria*, in AA.VV., *Formazione e mercato del lavoro in Italia e in Europa*, Atti del XV Congresso nazionale di diritto del lavoro, S. Margherita di Pula, 1-3 giugno 2006, Giuffrè, 2007; MAGNANI, *Organizzazione del lavoro e professionalità tra rapporti e mercato del lavoro*, in *DLRI*, 2004, n. 101; CARABELLI, *Organizzazione del lavoro e professionalità: una riflessione su contratto di lavoro e post-taylorismo*, WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT - 5/2003; VARESI, *I contratti di lavoro con finalità formative*, Franco Angeli, 2001.

tratto, ma sul finire della prima decade degli anni duemila, ha aperto ad una possibile interpretazione estensiva in caso di trasformazioni organizzative dell'impresa e del lavoro affermando che “un obbligo specifico sorge ... alorché, per effetto di scelte imprenditoriali ... si introducono radicali innovazioni dei sistemi e metodi tali da incidere, modificandoli, sugli originari contenuti dell'oggetto della prestazione lavorativa. In siffatte ipotesi, i precetti desumibili dalle clausole generali di correttezza e buona fede nell'esecuzione del contratto di lavoro (art. 1175 e 1375 cod.civ.) fondano l'obbligo dell'impresa di predisporre strumenti di formazione idonei a consentire il necessario aggiornamento professionale del dipendente”³⁵. Questa pronuncia di legittimità, pur riaffermando che, in linea generale, tra gli obblighi del datore lavoro non rientra quello di curare la formazione professionale del dipendente affinché sia in grado di eseguire esattamente la prestazione lavorativa, individuando un obbligo specifico in capo al datore, in applicazione dei principi di correttezza e buona fede, sembra sostenere le ragioni di quanti, in dottrina, avevano già avvertito la necessità di una estensione degli obblighi del datore di lavoro, dal momento che le trasformazioni organizzative sono subite e non scelte dal lavoratore, il quale potrebbe in tal caso vedere ridotta la propria capacità di adempiere se non adeguatamente formato sulle innovazioni introdotte nell'impresa.

Il tema è da sempre molto controverso e la recente modifica dell'art. 2103 cod.civ. ha riaperto nuovamente il dibattito, grazie all'introduzione di un obbligo di formazione in capo al datore di lavoro in caso di mutamento di mansione.

La nuova versione dell'art. 2103, al terzo comma, sancisce che “il mutamento delle mansioni è accompagnato, ove necessario, dall'assolvimento dell'obbligo formativo, il cui mancato adempimento non determina comunque la nullità dell'atto di assegnazione delle mansioni”. Aldilà delle mancate conseguenze sulla mobilità del lavoratore in caso di inadempimento dell'obbligo formativo da parte del datore, ciò che rileva, in questa sede, è che il legislatore non solo ha introdotto un obbligo formativo in capo al datore di lavoro, ma non vi ha posto limiti nei riguardi del lavoratore, sicché, tale obbligo non è limitato solo alle ipotesi di demansionamento, ma si realizza ogni volta che il mutamento delle mansioni, sia esso orizzontale o verticale, necessiti un adeguamento della professionalità del lavoratore alla sua nuova posizione di lavoro.

³⁵ Cass., 7 maggio 2008, n. 11142, in *RIDL*, 2008, II, p. 81.

In altri termini, la questione centrale non è se l'atto di mobilità sia o meno nullo in caso di inadempimento dell'obbligo formativo, posto che la lettera della norma lo dice chiaramente, ma cosa il lavoratore possa legittimamente esigere nei riguardi del datore di lavoro inadempiente. A tal proposito, sembra condivisibile la posizione che sostiene la possibilità di giustificare l'eccezione di inadempimento da parte del lavoratore nei confronti della richiesta del datore di lavoro che non abbia ottemperato al suo obbligo formativo; così come, anche nel caso di esecuzione della prestazione richiesta dal datore di lavoro, al lavoratore non potrà essere imputata alcuna responsabilità per inesatto adempimento, laddove la prestazione richiesta esuli dalla capacità professionale dello stesso, specificata nel contratto di lavoro³⁶.

Ma se la modifica dell'art. 2013 cod.civ. ha richiamato l'attenzione sulla valorizzazione della professionalità, la novità introdotta dal Fondo Nuove Competenze sembra rappresentare la svolta decisiva per dirimere l'annosa questione, poiché la formazione, grazie all'accordo collettivo di rimodulazione dell'orario di lavoro, diventa a tutti gli effetti un obbligo del datore di lavoro finalizzato alla valorizzazione della professionalità dei lavoratori. Sicché, in un contesto di mutate esigenze organizzative e produttive dell'impresa, quando le competenze dei prestatori di lavoro rischiano di divenire obsolete, se non opportunamente adeguate, parte dell'orario di lavoro viene destinato alla formazione, in linea sia con la giurisprudenza di legittimità, sia con la dottrina che, nel corso delle prime trasformazioni organizzative, aveva già intuito il ruolo della formazione nel contratto di lavoro³⁷.

La previsione del Fondo Nuove Competenze presuppone che la formazione entri a pieno titolo nel sinallagma contrattuale, tant'è che vi è una rimodulazione dell'orario di lavoro, non una riduzione³⁸, quindi a parità di

³⁶ ALESSI, *Professionalità, contratto di lavoro e contrattazione collettiva, oggi*, in *Professionalità Studi*, 2018, n. 1/II, p. 23-30, in particolare, qui p. 27.

³⁷ GUARRIELLO, *op. cit.*, afferma “Se la causa di scambio è da ritenersi permeata dall'elemento formativo ... allora tra gli obblighi del datore va annoverato anche quello di assicurare la formazione necessaria a non fare deperire le competenze del lavoratore, consentendone lo sviluppo e l'adeguamento ai mutati assetti organizzativi”, p. 222.

³⁸ Rimarcare che non si tratta di riduzione dell'orario di lavoro è importante al fine di non incorrere in conclusioni come quella che si legge nell'Accordo Stato-Regioni del 2 marzo 2023, che approva il Piano Nazionale di Attuazione della Raccomandazione del Consiglio del 24 novembre 2020 relativa all'istruzione e formazione professionale (IFP) per la competitività sostenibile, l'equità sociale e la resilienza; più nello specifico a p. 6 dell'Allegato

orario di lavoro e a parità di retribuzione, una parte dell'orario è dedicata alla riqualificazione dei lavoratori per affrontare le innovazioni organizzative innescate dalla doppia transizione³⁹.

Diversamente da quanto accaduto per la novazione dell'art. 2103 cod.civ., questa previsione sembra non aver ancora destato particolare attenzione nella dottrina, eppure apre a questioni di rilevante interesse quali, ad esempio, l'onere del *repêchage* nei licenziamenti per giustificato motivo oggettivo, che già ha portato la dottrina ad interrogarsi su un possibile rafforzamento del principio di *extrema ratio*⁴⁰ dopo la l'introduzione dell'obbligo formativo nel 2103 cod.civ.

Nel caso del Fondo Nuove Competenze la questione si fa ancora più complessa, poiché siamo di fronte all'istituzione di uno specifico fondo destinato al *reskilling e upskilling* di cui si può senza dubbio ritenere necessaria l'attivazione, prima che il datore di lavoro possa sostenere di aver vagliato ogni possibile soluzione alternativa al licenziamento. In particolare, si evidenzia che, al di là della riqualificazione professionale dei lavoratori per mutamenti inerenti all'attività d'impresa, non è venuta meno la funzione occupazionale attribuita al fondo, sebbene non considerata in sede applicativa. Pertanto, se la lettera della norma istitutiva è applicabile, e non vi sono ragioni per ritenere il contrario, si può fare ricorso al fondo per attivare formazione professionale volta a "favorire percorsi di ricollocazione dei lavoratori" nel mercato del lavoro. Certo vi devono essere degli accordi di rimodulazione dell'orario affinché si possa attingere al fondo, ma non vi sono ragioni per cui le rappresentanze sindacali non debbano tenere il punto su questo aspetto.

si afferma "Accedendo al FNC il datore di lavoro ha un vantaggio immediato, ovvero una significativa riduzione del costo del lavoro, con la possibilità di coniugare una riduzione dell'orario di lavoro con la formazione, a differenza di altri metodi di supporto, come la cassa integrazione".

³⁹ La disposizione sembra anche in linea con il recente orientamento della Corte di Giustizia secondo il quale: quando il datore di lavoro, a seguito di innovazioni, impone al lavoratore una formazione professionale, il tempo durante il quale un lavoratore segue il percorso formativo, che lo porta a non esercitare le sue funzioni abituali, costituisce "orario di lavoro", ai sensi dell'art. 2, punto 1, della dir. 2003/88, v. C. Giust. del 28 ottobre 2021, C-909/2019.

⁴⁰ SPEZIALE, *Il giustificato motivo oggettivo: extrema ratio o "normale" licenziamento economico?*, in Perulli A. (a cura di), *Il licenziamento per giustificato motivo oggettivo: giurisprudenza e dottrina a confronto*, Giappichelli, 2017, p. 119.

7. Conclusioni

Provando a tirare le fila, sono molteplici gli aspetti di interesse sollevati dall'introduzione di questo nuovo istituto nell'ordinamento italiano e soprattutto è rilevante la volontà di renderlo strutturale, almeno da quanto si evince negli ultimi interventi del legislatore.

Il Fondo Nuove Competenze è uno strumento del tutto nuovo nel panorama di interventi fino ad oggi adottati tra le politiche attive del lavoro e dunque segna certamente un importante cambio di passo, aldilà delle criticità che ne caratterizzano il profilo attuativo e la effettività dell'azione formativa.

Lo strumento, in un'ottica prospettica, si presta ad essere di rilevante portata poiché l'Italia, in confronto agli altri Paesi dell'Unione Europea, parte da una situazione di maggiore svantaggio dovuta sia alla debolezza strutturale del sistema produttivo, ma anche ai livelli molto bassi di qualificazione dei lavoratori e di partecipazione alla formazione degli adulti, oltre al grave disallineamento di competenze sempre più preoccupante.

Il sistema della formazione professionale ha perso la sua organicità e risulta oggi frammentato in molteplici rivoli normativi che ne impediscono un approccio sistemico, né sembra vi sia l'idea di un ridisegno complessivo e di ampio respiro. Perfino gli interventi previsti nell'ambito del PNRR, che si fondano su azioni formative, mirano più ad individuare obiettivi specifici diretti a peculiari target di utenza che a definire una strategia organica di intervento, capace di rispondere alle esigenze delle singole persone, a prescindere dallo status occupazionale.

In questo contesto è evidente che i tratti peculiari del Fondo Nuove Competenze che dovrebbero essere destinati, almeno negli intenti del legislatore, a far decollare il sistema di formazione dei lavoratori, ponendo al centro la persona, la sua elevazione professionale, la sua occupabilità e le esigenze reali delle imprese sono meritori; il problema si pone in fase di attuazione, quando da un lato, emerge la incapacità istituzionale di programmare una politica attiva di tale portata in tutti i suoi aspetti attuativi e finanziari, seppur di breve termine; dall'altro, si evidenzia come la frammentarietà del sistema di formazione professionale non consenta neppure al legislatore stesso di contestualizzare un simile intervento facendolo dialogare con il diritto all'apprendimento permanente, pure se si tratterebbe di un aspetto di grande rilievo per le sue potenzialità.

Ad ogni modo la volontà di continuare ad investire risorse pubbliche

nella formazione dei lavoratori resta di assoluto rilievo perché, come autorevole dottrina segnalava già due decenni orsono “la formazione è sempre più un bene pubblico e meno un fatto solo aziendalistico”⁴¹. Naturalmente, questo discorso vale per quella formazione che non è tanto destinata ai profili specifici della singola azienda, quanto alla crescita e alla valorizzazione della persona che lavora, affinché possa riversare il suo sapere sia a vantaggio della realtà d’impresa in cui presta la propria attività, ma anche verso il mercato, divenendo maggiormente occupabile e più facilmente ricollocabile, in un mondo caratterizzato ormai da innumerevoli transizioni lavorative.

Ciò che sarà importante osservare nel medio periodo è se le azioni formative avranno un impatto tangibile sul mercato del lavoro o se invece si è di fronte all’ennesimo programma che consente di utilizzare le risorse finanziarie disponibili, garantendo una buona capacità di spesa, supportando le imprese attraverso incentivi economici, ma senza poi incidere significativamente sulla valorizzazione delle persone e sul miglioramento del mercato del lavoro.

Sotto questo profilo per il successo del Fondo sarà determinante il ruolo delle parti sociali, soprattutto nella definizione dei progetti formativi. La loro presenza dovrà assicurare che le azioni formative, pur se volte principalmente a rispondere ai fabbisogni di nuove competenze delle imprese, valorizzino effettivamente la professionalità dei lavoratori, per far sì che lo strumento non sia a vantaggio delle sole imprese beneficiarie, ma anche e soprattutto delle persone.

Guardando gli accordi già siglati a livello aziendale e territoriale, non sembra che le parti sociali siano ancora entrate in questo ruolo di partecipazione attiva alla costruzione dei percorsi di valorizzazione della professionalità dei lavoratori, ma si auspica che presto possano appropriarsi di questo ruolo e incidere in modo significativo sulla buona riuscita di questo nuovo strumento.

⁴¹ TREU, *Le tutele del lavoratore nel mercato del lavoro*, in *DRI*, 2002, n. 3, p. 396 ss., qui p. 398.

Keywords

Fondo Nuove Competenze, politiche attive del lavoro, accordi collettivi decentrati, rimodulazione orario di lavoro, formazione dei lavoratori, professionalità, occupabilità, diritto all'apprendimento permanente, doppia transizione.

New Skills Fund, active labour policies, decentralized collective agreements, remodulation of working hours, worker training, professionalism, employability, right to lifelong learning, double transition.

notizie sugli autori

Maria Casola

Giudice del lavoro presso il Tribunale di Roma

Milena d’Oriano

Assistente di studio alla Corte Costituzionale, già Consigliere della Corte di Cassazione

Milena Anna Impicciatore

Ricercatrice di Diritto del lavoro, Università di Chieti-Pescara G. d’Annunzio

Alessandra Ingraio

Associata di Diritto del lavoro, Università di Milano Statale

Pietro Lambertucci

Ordinario di Diritto del lavoro, Università dell’Aquila

Marco Leonardi

Ordinario di Economia politica, Università di Milano Statale

Maria Dolores Santos Fernandez

Associata di Diritto del lavoro, Università di Siena

Sandro Staiano

Ordinario di Diritto costituzionale, Università di Napoli Federico II, Presidente dell’Associazione Italiana dei Costituzionalisti

Alberto Tampieri

Ordinario di Diritto del lavoro, Università di Modena e Reggio Emilia

abbreviazioni

L'elenco delle abbreviazioni in uso in questa rivista è consultabile sul sito www.dd.ll.mm.eu.

Finito di stampare nel mese di settembre 2024
dalla Grafica Elettronica (Na)