

RIVISTA GIURIDICA DEL LAVORO E DELLA PREVIDENZA SOCIALE

Fondata da Aurelio Becca e Ugo Natoli

ANNO LXIX- 2018 - N.1

Trimestrale

gennaio-marzo 2018

DIRETTA DA

Umberto Carabelli

COLLEGIO DEI CONDIRETTORI

*Alessandro Bellavista, Olivia Bonardi, Fausta Guarriello,
Andrea Lassandari, Franco Scarpelli, Lorenzo Zoppoli*

COMITATO DI INDIRIZZO SCIENTIFICO E DI REFERAGGIO

*Mariapaola Aimo, Anna Alaimo, Cristina Alessi, Piergiovanni Alleva, Amos Andreoni,
Vittorio Angiolini, Gian Guido Balandi, Marzia Barbera, Marco Barbieri, Vincenzo Bavaro,
Lorenzo Bordogna, Franca Borgogelli, Giuseppe Bronzini, Laura Calafà, Piera Campanella,
Maria Teresa Carinci, Michele Castellano, Pasquale Roberto Chieco, Luigi de Angelis,
Alfonsina De Felice, Gisella De Simone, Antonio Di Stasi, Marco Esposito, Francesco Fabbri,
Vincenzo Ferrante, Giuseppe Ferraro, Franco Focareta, Ginevra Galli, Alessandro Garilli,
Domenico Garofalo, Stefano Giubboni, Donata Gottardi, Enrico Gragnoli, Renato Greco,
Daniela Izzi, Carmen La Macchia, Vito Sandro Leccese, Antonio Lo Faro, Piera Loi,
Massimo Luciani, Luigi Mariucci, Luigi Menghini, Gabriella Nicosia, Roberta Nunin,
Giovanni Orlandini, Massimo Pallini, Paolo Pascucci, Adalberto Perulli, Alberto Piccinini,
Valeria Piccone, Carla Ponterio, Federico Maria Putaturo, Rita Sanlorenzo, Paola Saracini,
Stefania Scarponi, Antonino Sgroi, Valerio Speciale, Carla Spinelli, Lucia Tria, Patrizia Tullini,
Sergio Vacirca, Lucia Valente, Bruno Veneziani, Antonio Viscomi, Roberto Voza*

COMITATO DI REDAZIONE

*Andrea Allamprese (caporedattore), Filippo Aiello, Stefano Cairolì, Guido Canestri,
Maria Giovanna Greco, Carlo de Marchis, Madia D'Onghia, Michele Faioli,
Lorenzo Fassina, Antonio Federici, Lorenzo Giasanti, Alberto Lepore, Antonio Loffredo,
Marco Lozito, Matteo Maria Mutarelli, Alessandra Raffi, Enrico Raimondi,
Rocco Reina, Michelangelo Salvagni, Enrico Maria Terenzio*

DIRETTORE RESPONSABILE

Maurizio Minnucci

SEGRETERIA DI REDAZIONE

Rossella Basile



EDIESSE

Il Collegio dei condirettori della *Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale* ha deciso, come scelta editoriale decorrente dal 2016, di non accettare per la pubblicazione contributi che siano stati pubblicati o siano in corso di pubblicazione in altre riviste italiane o in rete, né di consentire la pubblicazione in altre riviste italiane o in rete di contributi già pubblicati nella *Rivista*. Gli autori sono invitati a rispettare questa decisione.

I saggi pubblicati nella «Parte I - Dottrina» non devono superare le 20 pagine nel formato della *Rivista* (pari a 54.000 battute spazi inclusi) e sono sottoposti alla valutazione di *referees* anonimi. Il gruppo dei *referees* è composto dai membri del Comitato di indirizzo scientifico e di referaggio e da altri/e studiosi/e.

I materiali per la pubblicazione vanno inviati per posta elettronica alla Segreteria di redazione e devono uniformarsi ai criteri redazionali della *Rivista* (che possono essere richiesti alla stessa Segreteria).

Il testo delle sentenze annotate nella «Parte II - Giurisprudenza» è pubblicato in:
www.ediesseonline.it/riviste/rgl.

La *Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale* partecipa alla *International Association of Labour Law Journals* (www.labourlawjournals.com).

Proprietario ed editore
Ediesse s.r.l.
Via delle Quattro Fontane 109 - 00184 Roma
Tel. 06 44870325 - Fax 06 44870335
www.ediesseonline.it
E-mail: ediesse@cgil.it
Autorizzazione del Tribunale di Roma
n. 3848/1954

Sito web della rivista
www.ediesseonline.it/riviste/rgl

Segreteria di redazione
Via delle Quattro Fontane 109 - 00184 Roma
Tel. 06 44870323 - Fax 06 44870335
E-mail: rgl@ediesseonline.it

Progetto grafico e fotocomposizione
EDIESSE

Stampa
O.GRA.RO. s.r.l.

Vicolo dei Tabacchi, 1 - 00153 Roma
Ufficio abbonamenti
Tel. 06 44870283 - Fax 06 44870335
Dal lunedì al venerdì 10-13 / 14-16,30
E-mail: abbonamenti@ediesseonline.it

Tariffe di abbonamento
Ordinario 130,00 euro; estero 260,00 euro
• L'abbonamento dà diritto all'accesso gratuito al *Notiziario della Rivista giuridica del lavoro*.
• Agli studenti universitari che abbiano uno specifico interesse per il diritto del lavoro verrà riconosciuto lo sconto del 50% presentando la richiesta del docente che segue la loro attività.

Singolo fascicolo: 38,00 euro; arretrati: 76,00 euro

Distribuzione in libreria
MESSAGGERIE LIBRI SPA

FINITO DI STAMPARE NEL MESE DI APRILE 2018

Egregio Abbonato,
ai sensi del d.lgs. n. 196/2003 La informiamo che i Suoi dati sono conservati nel nostro archivio informatico e saranno utilizzati dalla nostra società, nonché da enti e società esterne a essa collegate, solo per l'invio di materiale amministrativo, commerciale e promozionale derivante dalla nostra attività.
La informiamo inoltre che Lei ha il diritto di conoscere, aggiornare, cancellare, rettificare i Suoi dati od opporsi all'utilizzo degli stessi, se trattati in violazione del suddetto decreto legislativo.



Associato all'USPI - Unione Stampa Periodica Italiana

PARTE I
DOTTRINA

SAGGI

Enrico Gragnoli
Un libro storico: Ghezzi, *La mora del creditore nel rapporto di lavoro* 3
A Historical Book: Ghezzi, La mora del creditore nel rapporto di lavoro

Vincenzo Bavaro
Questioni in diritto su lavoro digitale, tempo e libertà 35
Legal issues about digital labor, working time and freedom

Nicola Sartori
Contributo unificato e deducibilità fiscale delle spese della giustizia
nel processo del lavoro 65
*Italian Court fee and tax deduction of legal costs
in the employment procedure*

Giulia Bandelloni
La rimozione del divieto di controllo a distanza:
significato e conseguenze 85
*The removal of the rule on the prohibition of work performance's
remote control: meaning and effects*

OPINIONI A CONFRONTO

Il lavoro agile

Amos Andreoni
Il lavoro agile nel collegamento negoziale 105
Smart working and path dependence

<i>Rosa Casillo</i>	
Competitività e conciliazione nel lavoro agile	115
<i>Competitiveness and work-life balance in «agile» work</i>	

<i>Carla Spinelli</i>	
Il lavoro agile nelle pubbliche amministrazioni	127
<i>Agile work in public administration</i>	

PROBLEMI DI DIRITTO SOCIALE EUROPEO E INTERNAZIONALE

<i>Giuseppe Antonio Recchia</i>	
Alone in the crowd? La rappresentanza e l'azione collettiva ai tempi della <i>sharing economy</i>	141
<i>Alone in the crowd? Representation and collective action in the times of the sharing economy</i>	

<i>Andrea Zubin</i>	
Il licenziamento nell'ordinamento statunitense	167
<i>The termination of the employee in the United States</i>	

DOCUMENTAZIONE

<i>Ufficio giuridico e vertenze - Cgil</i>	
La Cassazione sul referendum <i>voucher</i>	187
Cassazione, Ufficio centrale per il referendum, 29.11.2017, ord.	192

PARTE II GIURISPRUDENZA

RAPPORTO DI LAVORO

<i>Irene Bilotta</i>	
Lavoro forzato e risarcimento del danno (<i>Corte europea dei diritti dell'uomo, 30.3.2017, S. I</i> <i>Corte di Assise Lecce, 25.10.2017</i>)	3

Ornella La Tegola

L'eterodirezione della prestazione come criterio selettivo della subordinazione

(Cassazione, 3.10.2017, n. 23056, S. civ., ord.)

(Cassazione, 21.7.2017, n. 18018, S. civ.)

11

Fabiola Lamberti

Svolgimento di attività lavorativa durante la malattia o l'infortunio e licenziamento per giusta causa

(Cassazione, 19.9.2017, n. 21667)

(Cassazione, 1.8.2017, n. 19089)

17

Antonio Federici

I controlli investigativi tra libertà (d'impresa) e diritti (del lavoratore)

(Cassazione, 18.7.2017, n. 17723)

22

Diego Del Biondo

Il regime della prova nel licenziamento discriminatorio e ritorsivo

(Cassazione, 9.6.2017, n. 14456)

27

Fiorenzo Liguori

La *public service exception* tra norma e giudice: il caso dei direttori stranieri dei musei italiani

(Consiglio di Stato, 24.7.2017, n. 3666, S. VI)

33

Silvia Donà

Il rifiuto di eseguire un distacco illegittimo è autotutela del lavoratore (non insubordinazione)

(Corte d'Appello Bologna, 4.5.2017)

40

Marianna Russo

Mancato preavviso nella comunicazione dei turni di lavoro e danno esistenziale

(Corte d'Appello Torino, 12.4.2017)

45

Nicoletta Frasca

Il lavoro a termine nel settore radio-televisivo

(Tribunale Milano, 14.9.2017)

51

Oscar Genovesi

I requisiti soggettivi e oggettivi del contratto di lavoro intermittente

(*Tribunale Ravenna, 6.9.2017*

Tribunale Milano, 20.6.2017

Tribunale Milano, 19.6.2017)

57

Dario Calderara

In che termini è possibile la deroga al divieto

dei licenziamenti nei trasferimenti d'azienda

(*Tribunale Milano, 25.7.2017, ord.*)

64

CONTROVERSIE DI LAVORO

Alessandra Ingrao

Criteri di scelta e *onus probandi* «ripartito»:

la Sezione lavoro contraddice le Sezioni Unite del 2001?

(*Cassazione, 24.8.2017, n. 20335*)

69

Filippo Aiello

Decadenza: «cambio appalto» e tentativo di conciliazione

(*Cassazione, 25.5.2017, n. 13179*

Tribunale Napoli, 23.5.2017)

74

Matteo Avogaro

Un *bluff* del datore di lavoro? La conciliazione in sede sindacale
alla prova del dolo omissivo

(*Cassazione, 30.3.2017, n. 8260*)

80

Maria Giovanna Greco

Ancora sul riparto degli oneri probatori

e sul principio di non contestazione nel processo del lavoro

(*Corte d'Appello Roma, 14.2.2017*

Corte d'Appello Roma, 3.2.2017)

86

SICUREZZA SOCIALE

Barbara Caponetti

Le pensioni svizzere e il dialogo tra le Corti:

non guardarmi, non ti sento!

(*Corte costituzionale, 12.7.2017, n. 166*)

91

Carmela Garofalo

La neutralizzazione dei periodi contributivi per disoccupazione
al vaglio della Corte costituzionale: una sentenza dall'esito già scontato
(*Corte costituzionale, 13.4.2017, n. 82*) 96

William Chiaromonte

Diniego dell'assegno per il nucleo familiare, discriminazione collettiva
per nazionalità e legittimazione ad agire delle associazioni
(*Corte di Giustizia, 21.6.2017, C-449/16, Settima Sezione*
Cassazione, 8.5.2017, n. 11165, ord.) 109

Gionata Cavallini

Il regime prescrizione del diritto alla rendita vitalizia
ex art. 13, l. n. 1338/1962, tra conferme e prospettive critiche
(*Cassazione, 14.9.2017, n. 21302, S.U. civ.*) 123

OSSERVATORI ONLINE

CORTE COSTITUZIONALE

A cura di Lorenzo Fassina e Massimo Pallini

Periodo luglio-dicembre 2017

Rapporto di lavoro

Massimo Pallini 1

Sicurezza sociale

Lorenzo Fassina 11

CONTRATTAZIONE COLLETTIVA

A cura di Ginevra Galli e Stefano Cairoli

Periodo II semestre 2017

Stefano Bini, Stefano Cairoli 17

Errata corrige

La nota a sentenza di Antonio Di Stasi *La natura «bifronte» della Rsu e il diritto all'assemblea delle singole componenti* (Cassazione, 6.6.2017, n. 13978, S.U.) apparsa nel n. 4/2017, parte II, di q. *Riv.* è stata erroneamente pubblicata nella sezione «Rapporto di lavoro» anziché nella sezione «Diritto sindacale».

La redazione si scusa con l'Autore e con i lettori.

Si avvertono i gentili lettori che l'abbonamento alla *Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale* dà diritto all'accesso gratuito e riservato al *Notiziario della Rivista giuridica del lavoro*, pubblicato a partire dal n. 1/2017 esclusivamente online.

PARTE I
DOTTRINA

Enrico Gragnoli (*)

UN LIBRO STORICO: GHEZZI,
LA MORA DEL CREDITORE NEL RAPPORTO DI LAVORO (**)

SOMMARIO: 1. Il diritto del lavoro e quello privato nell'impianto del libro. — 2. La mora del creditore, la varietà dei problemi da risolvere e la ricerca di un approccio unitario. — 3. La struttura della prestazione di lavoro, il tempo e la mora del creditore. — 4. Il significato del riferimento alla mora del creditore nel rapporto di lavoro. — 5. L'inesistenza di un obbligo o di un onere del datore di lavoro di consentire l'espletamento della prestazione. — 6. L'irrelevanza della categoria della mora del creditore qualora la mancata esecuzione dell'attività dipenda dall'esercizio, vero o putativo, di un potere del datore di lavoro e, in particolare, di quello di licenziamento. — 7. Le fattispecie di mancata esecuzione del fare non collegate all'esercizio di un potere e la possibilità di una loro ricostruzione unitaria. — 8. La mora del creditore, l'impossibilità della prestazione e l'inesistenza delle condizioni o dell'opportunità di produrre per ragioni economiche od organizzative. — 9. Lo sciopero e la mora del creditore. — 10. Le conseguenze della mora e il diritto del lavoratore, nell'incertezza se attenga alla controprestazione retributiva o al risarcimento del danno.

1. — *Il diritto del lavoro e quello privato nell'impianto del libro* — Il prof. Ghezzi avrebbe saputo trovare parole più ironiche per descrivere l'impegno culturale e il contestuale piacere di interrogarsi su una opera storica del diritto del lavoro, dalla quale, prima di tutto, in ogni stagione della vita, riceviamo una lezione di riflessione teorica equilibrata, di ricerca attenta all'impostazione sistematica e di sagace capacità di dominare questioni di grande difficoltà, sul raccordo fra il diritto del lavoro e quello privato (1).

(*) Professore ordinario di Diritto del lavoro presso l'Università di Parma.

(**) Questo lavoro prende spunto dalla relazione al Seminario di Firenze del marzo 2016, su invito del prof. Gaeta e del prof. Del Punta, e insieme al prof. Speciale. Sarà concesso dedicare un lavoro anche a chi non è un giurista e, pertanto, dedico questo studio alla signora Ghezzi, deceduta nel 2017, in quanto testimone affettuosa e benevola di una stagione del diritto del lavoro e, forse, non sempre e non solo testimone.

(1) Viscomi 2010, 595 ss.

Qualunque sia la valutazione ultima sulla nostra dottrina (2), il libro resta fermo, per quanto ha saputo esprimere sulla necessità di indagare le fonti e di metterle in collegamento con una analisi che le trascendesse e costruisse un sistema (3).

Non a caso, come si è detto, «la volontà normativa – che sia affidata o a burocrati e tecnocrati dell’Unione europea, o a coalizioni di governo regionale e nazionale – si elabora e si esprime lontano dalla cerchia e dalla cultura dei giuristi. E costoro si trovano dunque [...] dinanzi all’alternativa [...] o di professare tenace e nobile fede nella scienza, nella logicità, nei concetti giunti dal passato [...]; o di aderire alla datità delle norme, e cercare quel poco o quel molto che esse sono in grado di porgerci» (4). Seppure con perspicue eccezioni (5), il dilemma trova nel nostro dibattito la preferenza spiccata per tale seconda soluzione (6). Queste tensioni contemporanee non sono proprie del libro del prof. Ghezzi, nato in una diversa e, forse, in una migliore stagione, nella quale, per un verso, la ragione costruttiva aveva fiducia in se stessa e nella sua collaborazione con i frammenti prescrittivi e, per altro verso, il diritto civile, quello di una tradizione millenaria, si apriva a un incontro con l’ordinamento del lavoro. Non a caso, si osserva che, «ove si eccettuino [...] peculiari, ma sporadici, agganci con la legge positiva, il tema della mora del creditore di lavoro non pare [...] di gran lunga discostarsi, da un punto di vista conoscitivo più generale» (7). Così, stabilito il risalto della questione, è disegnato il ragionamento, con il confronto fra i «peculiari [...] agganci con la legge positiva settoriale» (l’art. 6 del regio decreto legge n. 1825 del 1924) e la «più ampia problematica» del diritto civile.

Ripensare a una storica ricerca di cinquanta anni fa significa chiedersi se da questo dialogo sia nata una soluzione che abbia retto; il modello culturale sotteso agli sforzi del 1965 è stato uno dei punti di riferimento non solo della mia generazione di studiosi, ma di quella precedente e di quella successiva. Di questo successo completo si deve prendere atto con ammirazione. Anche colui che abbia meno affetto e riconoscenza di me per il prof. Ghezzi dovrebbe convenire senza esitazioni su queste prime conclusioni.

(2) Persiani 2010, 328 ss.

(3) Sul formalismo e sul nichilismo quali connotazioni fondanti del diritto contemporaneo, vd. Irti 2004, 27 ss.

(4) Irti 2004, 66 ss.

(5) Carinci 2007, XIV ss.

(6) Cappellini 2002, 27 ss.

(7) Ghezzi 1965, 2 ss.

2. — *La mora del creditore, la varietà dei problemi da risolvere e la ricerca di un approccio unitario* — A stabilire il tema della sua riflessione, il prof. Ghezzi ha ricordato che «è lo stesso imprenditore che, in genere [...], pone a disposizione del lavoratore» gli elementi obiettivi necessari all'espletamento dell'attività solutoria, come è nell'idea del lavoro eterodiretto, ma «i macchinari a volte si inceppano, senza che sia dato eliminare prontamente il guasto, così come, altre volte, si interrompe temporaneamente la distribuzione dell'energia elettrica: anche il lavoro, allora, si sospende» (8). L'analisi ricostruttiva è stata considerata non solo possibile, ma unitaria. Se l'idea originaria era di abbracciare un ampio spettro di questioni, anche lontane le une dalle altre, tale ambizione non è stata molto coerente con l'evoluzione successiva.

Per fare solo un esempio, non sarebbe di grande attualità la pretesa di risolvere in questo modo il problema della legittimità della sospensione cautelare in un procedimento disciplinare (9), poiché, sulla base di una idea ora compatta, la riflessione verte sul potere sanzionatorio (10). Può essere disposta la sospensione dell'incolpato, talora considerata sufficiente a garantire la tempestività dell'esercizio del potere, in specie qualora l'impresa attenda l'esito di un giudizio penale (11), poiché «è manifestazione della volontà del datore di lavoro di risolvere il rapporto» (12). Anzi, non vi è un limite alla durata del periodo di allontanamento e non opera l'art. 7, quarto comma, St. lav.; con qualche eccesso, si afferma che «la continuazione del rapporto per diversi anni senza la sospensione cautelare non implica l'inconfigurabilità della giusta causa di recesso» (13). L'ipotesi è eccezionale; come qualunque iniziativa unilaterale, anche la sospensione deve essere retta da criteri di concentrazione e di tempestività.

(8) *Ivi*, 1 ss.

(9) Per un esame della questione sulla base della mora del creditore, vd. Speciale 1992, 137 ss.

(10) Sul nesso fra il procedimento disciplinare e la sospensione cautelare, vd. Mainardi 2002, 498 ss.; Papaleoni 1996, 245 ss.; Balandi 1980, 904 ss.

(11) Vd. Cass. 6.12.2005, n. 26670, in *Rep. GI*, 2005; Cass. 10.9.2003, n. 13294, in *MGL*, 2004, 95 ss.; Cass. 3.2.2003, n. 1562, in *Rep. GI*, 2003. Sul fatto che taluni contratti collettivi possono non solo consentire, ma imporre la sospensione cautelare, per lo più in attesa della definizione del connesso giudizio penale, vd. C. App. Milano 3.10.2002, in *LG*, 2003, 490 ss. Vd. anche C. cost. 17.12.1997, n. 405, in *RCDL*, 1998, 321 ss.

(12) Cfr. T. Firenze 8.7.2004, in *RCDL*, 2004, 1023 ss.

(13) Vd. T. Roma 14.7.1999, in *NGL*, 2000, 104 ss.

Sorta soprattutto per volontà dei contratti collettivi (14), la misura ha «carattere provvisorio e strumentale all'accertamento degli adempimenti ed esaurisce i suoi effetti con l'adozione degli atti definitivi» (15), poiché è frutto di un generale potere di sospensione (16). Essa inerte alla sfera soggettiva del prestatore di opere e non attiene al rapporto in quanto tale, così da non essere paragonabile alle altre fattispecie di sospensione (17). È confutata la pretesa di inquadrare il tema nella mora. Per la giurisprudenza di legittimità (18), il potere può essere esercitato a prescindere da una previsione abilitativa del contratto di categoria (19). Esso influisce solo sulla regolazione della retribuzione (20), la quale deve essere versata (21) qualora la sospensione sia disciplinata dall'accordo collettivo, perché «l'effetto [...] investe anche l'obbligazione retributiva» (22). Invece, se il prestatore di opere non è poi licenziato, ha comunque diritto alla remunerazione non versata mentre era stato allontanato dal servizio (23).

Talora, la sospensione è considerata espressione del potere direttivo (24), non di quello disciplinare, del quale, invece, è un aspetto complementare (25). Nonostante diverse opinioni, anche consolidate (26), è difficile riportare l'istituto al potere direttivo, poiché riguarda un comportamento illecito e ha come presupposto il relativo sospetto. Sebbene non abbia funzione sanzionatoria, è una componente del procedimento disci-

(14) Sull'origine storica dell'istituto, vd. Papaleoni 1996, 247 ss.

(15) Vd. Cass. 25.8.2003, n. 12481, in *MGL*, 2004, 20 ss.

(16) Sul fatto che essa può essere adottata anche nei confronti di un prestatore di opere assente per malattia, vd. Cass. 6.8.2001, n. 10881, in *Rep. GI*, 2001.

(17) Rusciano 1993, 9 ss. dell'estratto.

(18) Vd. Cass. 22.3.1996, n. 2517, in *Rep. GI*, 1996. In senso opposto, vd. Pret. Milano 9.7.1996, in *RCDL*, 1996, 984 ss.

(19) Branca 1972, 114 ss.; Spagnuolo Vigorita, Ferraro 1975, 219 ss.

(20) Miscione 1974, 703 ss., e, *Id.*, 1981, I, 1, 1838 ss.; Saracini 1981, 562 ss.; Papaleoni, 1997, 408 ss.

(21) Spagnuolo Vigorita, Ferraro 1975, 220 ss.; Mainardi 2002, 501 ss.; in senso diverso, vd. Pera 1972, 103 ss.; Bortone, 1979, 122 ss.

(22) Vd. Cass. 8.1.2003, n. 89, in *MGL*, 2004, 20 ss.

(23) Vd. Cass. 26.3.1998, n. 3209, in *RIDL*, 1999, II, 127 ss.; Cass. 25.3.1997, n. 2633, in *NGL*, 1997, 369 ss.; Cass. 26.3.1982, n. 1885, in *RGL*, 1982, II, 296 ss.; sul diritto del lavoratore al pagamento delle retribuzioni relative al periodo di sospensione, nel caso in cui il provvedimento sia dichiarato illegittimo, vd. Cass. 27.10.1995, n. 11175, in *RFI*, 1995, voce *Lavoro (rapporto)*, n. 833.

(24) Cass. 15.11.1999, n. 12631, in *NGL*, 2000, 330 ss.

(25) Foglia 1971, I, 58 ss.

(26) Cfr. Branca 1972, 102 ss.; Mainardi 2002, 499 ss.

plinare, concernendo la reazione all'inadempimento altrui (27), in quanto anticipa il licenziamento (28). Senza implicazioni punitive, il provvedimento è espressione indiretta del potere disciplinare, che radica un fascio di iniziative, anche cautelari in senso lato, comunque collegate all'autotutela (29). La sospensione si inserisce nel sistema procedurale dell'art. 7 St. lav., concernendo non l'organizzazione aziendale, ma la risposta a un comportamento che può rivelarsi illecito. Tuttavia, la sospensione e il licenziamento sono provvedimenti distinti (30) e, con una sentenza discutibile, si è sostenuto che neppure gli artt. 1175 e 1375 c.c. impongono la preventiva contestazione degli addebiti, quale presupposto della prima. Ciò non ha riscontro nell'art. 7 St. lav., sebbene occorra il legittimo procedimento. Se questo non è avviato o si estingue o, comunque, è promosso in violazione dell'art. 7 St. lav., la sospensione non può essere disposta o conservata.

Come si ricava da questo esempio, non opera la mora del creditore qualora si discuta dell'esercizio di un potere, poiché il sindacato giudiziale si sposta sulla validità dell'atto. Il rapporto di lavoro si scompone in istituti settoriali e talora trova difficoltà a confrontarsi con i canoni generali, come quelli della mora del creditore, se non si passa per ambiti specifici, e il riferimento al potere porta a una valutazione della legittimità del provvedimento frutto del suo esercizio, secondo logiche diverse da quelle della mora. Un ulteriore esempio deriva dalla sospensione dovuta alla crisi dell'impresa, per l'eventuale ricorso al trattamento di integrazione salariale, nonostante, in modo non persuasivo, si affermi che «la qualificazione delle somme corrisposte a titolo di anticipazione della prestazione previdenziale è consentita solo all'esito del procedimento per l'ammissione al trattamento di integrazione salariale e, in caso di mancato accoglimento della richiesta, tali importi costituiscono solo una parte della retribuzione, al cui pagamento il datore di lavoro continua a essere obbligato [...], poiché è in *mora* [...] rispetto a una sospensione da lui disposta, in difetto

(27) Papaleoni 1996, 248 ss., il quale, comunque, fa riferimento al potere direttivo quale presupposto della sospensione cautelare.

(28) Sul fatto che la sospensione cautelare sarebbe fondata sull'art. 1206 c.c., per cui la mora del creditore presuppone il rifiuto della prestazione senza un motivo legittimo, vd. Tosi *et al.* 1989, 256 ss.

(29) Vd. Cass. 26.3.1982, n. 1885, S.U., in *MGL*, 1982, 376 ss.

(30) Vd. Cass. 24.7.1998, n. 7296, sulla legittimità di un provvedimento di licenziamento per giusta causa intimato «con effetto retroattivo dalla data di sospensione retribuita dal servizio».

del relativo potere» (31). La tesi non è condivisibile, perché l'illegittimo esercizio del potere rende irrilevante il riferimento alla mora, in quanto si discute della validità dell'atto.

3. — *La struttura della prestazione di lavoro, il tempo e la mora del creditore* — Rispetto all'impianto plausibile cinquanta anni fa, è più difficile trovare una costruzione comune delle ipotesi di sospensione, diverse fra loro. Il risalto della mora è talvolta secondario, a fronte della preliminare verifica sul legittimo esercizio di un potere, idoneo a giustificare il rifiuto di collaborare all'altrui adempimento. L'autorità del datore di lavoro è il riflesso della subordinazione, poiché indirizza l'attività all'interno di una continuativa relazione fra persone chiamate a convivere, nel senso etimologico e originario di tale parola (32). Il rinvio alla non persuasiva categoria delle energie o delle opere introduce confusione sull'oggetto del contratto, che non è un dare, ma un comportamento funzionale alla soddisfazione dell'interesse organizzativo, seppure mediato dalla collaborazione del creditore e dall'esercizio del potere direttivo, nei suoi limiti (33). Non a caso, non possono essere condivisi i dubbi espressi per tradizione sull'applicabilità al rapporto di lavoro della mora del creditore, perché *operae praeteritae sunt peritae* (34). La tesi non è da accettare, prima di tutto in quanto le opere sono estranee alla configurazione del comportamento solutorio, il quale attiene a un fare non distinguibile in articolazioni interne e per cui il trascorrere del tempo non rende affatto impossibile l'adempimento tardivo, né impedisce a esso di realizzare l'interesse dell'impresa.

Se il prof. Ghezzi ha risolto più che altro in modo implicito tale quesito (35), si è commentato che, pure «tenendo conto dei limiti già descritti, il rifiuto ingiustificato o l'omissione cooperatoria del datore di lavoro non «estingue» le *operae* non rese e non esclude che esse possano essere offerte perché vengano effettuate tardivamente (e, quindi, «recuperate»), rendendo così possibile una valida costituzione in mora e l'applicabilità della complessa disciplina prevista dal codice civile» (36). Poiché l'adempimento at-

(31) Vd. Cass. 23.6.2010, n. 15207, in *Rep. GI*, 2010.

(32) Capograssi 2008, 621 ss.

(33) Buoncristiano 1986, 282 ss.; Pessi 1973, I, 60 ss.; Magrini 1973, 369 ss.; Zoli 1997, 240 ss.

(34) Vd.: Mengoni 1953, 261 ss.; Cattaneo 1973, 73 ss. Fra gli altri, vd. anche D'Antona 1979, 39 ss.; Ichino 1984, 213 ss.; Zoppoli 1991, 156 ss.

(35) Però, vd. Ghezzi 1965, 132 ss. Vd. anche Balletti 1990, 354 ss.

(36) Speciale 1992, 189 ss.

tiene a un fare e comporta la considerazione del suo risultato (37), peraltro diverso da quello finale e complessivo dell'imprenditore (38) nell'impostazione del suo progetto, la prestazione può essere eseguita in ritardo, con la realizzazione anche piena dell'obiettivo del creditore (39). A prescindere dal fatto che, per qualunque prestazione, l'esecuzione tardiva la rende differente da quella programmata nel contratto o, comunque, oggetto dell'obbligazione, poiché sono diverse almeno le condizioni di tempo, l'interesse del creditore è il punto di riferimento necessario a stabilire se mantenga significato l'adempimento tardivo (40). Esso realizza esigenze paragonabili, ma non identiche a quelle dell'esecuzione puntuale.

Come si osserva, «anche nel caso di una rigida predeterminazione temporale delle prestazioni, nulla impedisce che il datore di lavoro, disponendo liberamente del proprio interesse creditorio», consideri non le opere o le energie, ma il fare oggetto del contratto (41) «ancora utilizzabile nonostante non reso a tempo debito» (42), né esistono motivi di sostanziale diversità rispetto a quanto caratterizza qualsiasi obbligazione. La disciplina dell'orario, in tutte le sue complesse articolazioni, si riferisce a categorie del tempo «vuoto» (43), poiché utilizza i sistemi di misurazione senza considerare i fatti e la loro successione. L'orario (come il termine) ha quale parametro le unità di catalogazione, alla stregua delle abitudini invalse nella società, ma non ha alcuna connessione con gli eventi occorsi e con il cosiddetto tempo degli uomini. Non a caso, l'orario è considerato divisibile e così sarebbe l'intera prestazione di *facere* (44), mentre in nessun modo si può pensare a una divisione del tempo storico, al quale si deve fare riferimento ai fini della mora. Il primo è stato ritenuto criterio di misurazione del fare, e solo più di recente si è messo in luce quanto tale conclusione sia insoddisfacente (45).

(37) Cfr. Grandi 1999, 309 ss.

(38) Sulla centralità del risultato produttivo per la determinazione del contenuto e del modo di essere della prestazione dovuta dal lavoratore, vd. Mengoni 1965a, 685 ss.

(39) Perlingieri 1975, 496 ss.

(40) Breccia 1991, 745 ss.

(41) Sulla prestazione di lavoro come prestazione di comportamento, vd. Grandi 1987, 330 ss.

(42) Speciale 1992, 184 ss.

(43) Mi riferisco al ragionamento sviluppato in un altro contributo, sulle cui conclusioni qui mi baso; vd. Gragnoli 2007, 439 ss.

(44) Ichino 1984, 16 ss.

(45) Lyon-Caen 2000, 236 ss.

Il riferimento agli interessi è coerente con una più articolata considerazione del tempo, per nulla coincidente con l'orario (46); tesi non persuasiva e foriera di equivoci, come quello per cui *operae praeteritae sunt peritae*. Se mai, il rifiuto della cooperazione del creditore alla prestazione di fare può non rientrare nell'area di applicazione della mora e delle relative disposizioni del codice civile qualora sia il frutto di un esercizio dei poteri, da espletare in un periodo lungo e non programmato in via preventiva. Questa è la subordinazione, e il tempo ne è un parametro di comprensione e di qualificazione, per la natura continuativa del rapporto (47), fermo il necessario rinvio non al tempo cosiddetto vuoto, ma a quello storico. E l'orario non è misura del fare, ma solo della presenza in azienda.

4. — *Il significato del riferimento alla mora del creditore nel rapporto di lavoro* — La fortuna del contributo del prof. Ghezzi non ha impedito a esso di subire critiche; come si legge a più riprese, «quel che qui interessa [...] è soltanto l'analisi se il rifiuto dell'apporto del lavoratore, cioè della *utilitas* che col contratto questi si impegna a fornire, qualunque ne sia il contenuto, al datore di lavoro, sia o no riconducibile a un "motivo legittimo" (art. 1206 c.c.) o al *casus* che determina una impossibilità sopravvenuta, in senso tecnico, della stessa prestazione» (48). A un lettore di cinquanta anni dopo, prima di tutto, lascia perplessità il fatto di sottostimare gli elementi specifici del contratto, a partire dalla subordinazione, per il tentativo di rimettere tutta l'indagine a un profilo privatistico e, cioè, alla definizione della prestazione impossibile (49).

Ciò non si collega tanto al desiderio di reperire una razionale e completa protezione degli interessi del lavoratore, quanto a una vocazione pancivilistica della ricerca, confermata dall'adesione alla tesi per cui *operae praeteritae sunt peritae* (50), in contrasto con la valorizzazione della mora, no-

(46) Questa posizione è diversa da quella di chi sostiene che «la svalutazione della efficienza qualificatoria del tempo trova [...] più analitica spiegazione nel lavoro subordinato e nei processi di differenziazione delle esigenze di tutela che emergono dal mondo del lavoro»; vd. De Luca Tamajo 1986, 462 ss. Infatti, il problema è la configurazione del tempo. La qualificazione del contratto di lavoro subordinato non può avere luogo con riferimento al «tempo vuoto», ma postula la considerazione di quello pieno dei fatti storici.

(47) Cfr. Oppo 143 ss.; Spagnuolo Vigorita 1972, 1023 ss.; De Luca Tamajo 1987, 26 ss.

(48) Ghezzi 1965, 45 ss.

(49) Ghera, Liso 1976, 983 ss.

(50) Ghezzi 1965, 132 ss.

nostante le due conclusioni non siano conciliabili in modo persuasivo (51). Sul punto, in via espressa (52), si avverte, «si ha mora del creditore [...] ove questi non ponga in relazione l'elemento oggettivo dell'adempimento [...] con la tensione a prestare del debitore [...]. Vi è in questa concezione [...] una innegabile tendenza a una rilevazione "oggettiva" dell'area entro la quale può espandersi il fenomeno della *mora accipiendi* [...]. Unico limite della mora appare, infatti, l'impossibilità della prestazione dovuta...» (53).

Non solo una vocazione alla protezione del prestatore di opere sorregge questa contrapposizione alquanto radicale fra la mora e l'impossibilità sopravvenuta (54), ma si aspira anche a un ragionamento lineare. Il rischio non è soltanto di sottostimare il motivo legittimo dell'art. 1206 c.c., ma, prima ancora, di dimenticare l'elemento della subordinazione, che incide nella selezione delle fattispecie di mancata cooperazione del datore di lavoro, il quale resta sovrano della sua organizzazione (55) e nella condizione di conformare i comportamenti solutori del dipendente (56). Ci si deve domandare se e quando esista la mora, con la ricostruzione di un potere di sospensione del rapporto e anche con l'analisi di quello di licenziamento, visto che il rifiuto o il ritardo possono intervenire dopo l'estinzione vera o allegata del rapporto stesso (57). Poi, se vi è mora, resta da stabilirne le conseguenze.

5. — *L'inesistenza di un obbligo o di un onere del datore di lavoro di consentire l'espletamento della prestazione* — Il rapporto di lavoro subordinato

(51) Speciale (1992, 230 ss.), per cui, secondo la tesi del prof. Ghezzi, «l'imprenditore [...] non è liberato dal proprio obbligo retributivo/risarcitorio a meno che non si verifichi una impossibilità oggettiva e assoluta di cooperare, con un criterio rigoroso che gli accolla tutte le ipotesi di "difficoltà gestionali" (crisi economiche, mancanza di materia prima...) e che lo libera soltanto quando eventi estranei all'organizzazione imprenditoriale si traducono nell'assoluta impossibilità di continuare l'attività produttiva» (vd. 231).

(52) In una prospettiva paragonabile, vd. Cottino 1948, I, 452 ss., e Id. 1955, 395 ss.; Liso 1972, 1076 ss.; Cinelli 1982, 116 ss.

(53) Ghezzi 1965, 63 ss.

(54) Sottolinea questa motivazione Speciale 1992, 231 ss.

(55) Cfr. Persiani 1966, 35 ss.; sul nesso fra l'organizzazione aziendale e le obbligazioni del prestatore di opere, vd. Mengoni 1965b, 498 ss.

(56) Marazza 2002, 145 ss. Sull'impossibilità di configurare l'organizzazione quale elemento del contratto di lavoro subordinato, vd. Grandi 1987, 330 ss. Vd. anche Pessi 1989, 44 ss. Sul nesso fra contratto di lavoro e organizzazione, vd. Liso 1982, 53 ss.

(57) Speciale 1992, 137 ss.

non conosce alcun diritto del dipendente a effettuare la sua prestazione (58), poiché è oggetto solo di un obbligo, al quale si contrappongono la posizione attiva del datore di lavoro e i suoi poteri (59). Poco importa l'interesse professionale del prestatore di opere, perché l'effettiva esecuzione del fare lo arricchisce dal punto di vista umano e tecnico e valorizza le sue competenze. Tale aspettativa non è sufficiente per ravvisare un obbligo dell'impresa (60), poiché i cosiddetti «interessi debitori» (61) non bastano ad «attribuire al debitore un vero e proprio diritto soggettivo, che oltretutto risulterebbe sfornito di specifica tutela, non essendo suscettibile di esecuzione forzata» (62). Se tale argomentazione è un po' debole (vi potrebbe essere un diritto anche in carenza dei presupposti per la sua realizzazione in forma specifica o per l'adozione di una pronuncia di condanna, poiché, se non altro, si potrebbe invocare il risarcimento del danno) (63), la conclusione è convincente e non si può riconoscere un diritto all'esecuzione dell'attività. Dalle ragioni del lavoratore e dalla sua esigenza di collaborare in modo attivo, e, perciò, di adempiere al suo obbligo, non si può ricavare un diritto (64). Il fare è oggetto di un diritto del datore e di un obbligo del prestatore di lavoro, e lo stesso oggetto non inerisce a due posizioni attive speculari (65).

Né si può parlare di un onere; come si è sostenuto, «la cooperazione del creditore è un onere finalizzato a consentire l'adempimento in presenza di uno specifico interesse del lavoratore a liberarsi dal vincolo che non configura in ogni caso un vero e proprio diritto» (66), con una esatta descrizione della fattispecie, ma con il non condivisibile richiamo all'onere. La cooperazione creditoria è necessaria perché l'obbligo del dipendente possa trovare adempimento, e non si vede dove starebbe l'onere; se il datore di lavoro non consente l'adempimento stesso e non crea le condizioni per cui possa avere luogo, vi è solo la mancata realizzazione del programma negoziale e, appunto, l'obbligo non è adempiuto. Il rinvio all'onere duplica i concetti;

(58) *Ivi*, 193 ss.

(59) Ferrante 2012, 1652 ss.

(60) In senso diverso, vd. Ravazzoni 1964, 903 ss.

(61) Cattaneo 1973, 47 ss.

(62) Speciale 1992, 193 ss. Cfr. Di Majo 1985, 385 ss.; Natoli 1984, 4 ss.; Rescigno 1979, 177 ss.

(63) Giacobbe 1976, 961 ss.

(64) Ghera, Liso 1976, ss.

(65) Per una diversa concezione, almeno in alcune ipotesi, vd. Cattaneo 1964, 65 ss.

(66) Speciale 1992, 194 ss.

non vi è un onere di permettere l'adempimento, salvo farlo coincidere con il mancato esercizio del diritto del datore di lavoro.

Non si può ricavare l'esistenza di un obbligo dell'impresa dal risarcimento del danno per lesione delle competenze professionali del prestatore di opere, talora riconosciuto, con un combattuto dibattito giurisprudenziale, più che altro sull'esistenza del pregiudizio (67). L'obbligazione risarcitoria non è collegata in sé alla mancata esecuzione della prestazione e all'omessa cooperazione all'adempimento, in quanto tale, poiché non si immagina neppure un danno ristorabile (68) qualora l'impresa in crisi o in carenza di opportunità produttive non trovi alcunché da affidare ai dipendenti e li lasci inattivi, senza obiettivi punitivi o lesivi dei loro valori personali. Il danno non ha affatto la sua giustificazione in un (inesistente) diritto all'adempimento (69). Al contrario, si discute del dovere dell'impresa di favorire la realizzazione personale e professionale dei collaboratori (70), quindi si rinvia all'art. 2103 c.c. e all'art. 2087 c.c., senza che la citata responsabilità possa operare se non vi sono elementi di intenzionalità o, quanto meno, di colpa, identificabile in condotte specifiche, di privazione di occasioni di lavoro esistenti.

Non si può parlare di un obbligo di permettere il fare neppure se vi è «uno specifico interesse a prestare, giuridicamente rilevante» (71), come nel caso dell'apprendistato. Anche in tale ipotesi, il *facere* in quanto tale non inerte a «un rapporto obbligatorio indipendente seppure accessorio a quello che ha a oggetto la prestazione del debitore di lavoro» (72), salvo pensare che l'impresa senza occasioni produttive debba risarcire il danno all'apprendista per tale sola ragione (e, cioè, perché rifiuta il fare). Al contrario, persino in relazione ai vantaggi contributivi in vario modo riconosciuti per diversi modelli contrattuali (per esempio, ora, l'apprendistato), si può riconoscere un obbligo formativo (73), diverso da quello a ricevere la prestazione, in quanto caratterizzato da un oggetto più articolato (74). Non si vede perché, o per scelta discrezionale, o in quanto costretta dalle contingenze del mercato, l'impresa non possa sostituire per qualche tempo

(67) Ghezzi 1965, 93 ss. e 104 ss.

(68) Brollo 2015, 29 ss.; Miscione 2015, 437 ss.; Pisani 2105, 37 ss.

(69) Corti 2016, 55 ss.

(70) Del Conte 2016, 25 ss.

(71) Ghezzi 1965, 237 ss.

(72) Ghezzi 1965, 238 ss.

(73) Romei 1990, 172 ss.

(74) Caruso 2007, 39 ss.; Balandi 2007, 135 ss.

al fare altre forme di sostegno e di promozione della professionalità. Se vi è un dovere di farla progredire, questo non coincide con la necessaria e costante cooperazione all'adempimento.

Anzi, per l'apprendistato, con l'obbligo di formazione l'ordinamento protegge la crescita tecnica e culturale (se non altro, per i vantaggi riconosciuti alle aziende) senza che il dipendente abbia un diritto al *facere*, a fianco del suo obbligo. L'opposta tesi cade nell'idea, un po' meccanicistica, per cui solo l'esecuzione del fare potrebbe realizzare gli obiettivi dei negozi a vocazione formativa (75), mentre le stesse finalità possono essere raggiunte con un più articolato contributo del datore di lavoro, quindi con l'esercizio dei suoi poteri, a cominciare da quello direttivo e da quello conformativo, anche sulla scorta delle condizioni del mercato e della singola struttura produttiva. Né vale obiettare che il giovane può apprendere solo lavorando e, in difetto, le finalità addestrative non possono essere conseguite. Il diritto all'acquisizione di competenze tecniche consente varie forme di adempimento proporzionate. Se non esiste un diritto a rendere la prestazione (così da imporre l'esecuzione in ogni istante e a prescindere da qualsiasi contingenza), all'opposto non si può avere addestramento compiuto se non si lavora mai. La discrezionalità sui metodi di insegnamento e di completamento della professionalità non è assoluta.

6. — *L'irrelevanza della categoria della mora del creditore qualora la mancata esecuzione dell'attività dipenda dall'esercizio, vero o putativo, di un potere del datore di lavoro e, in particolare, di quello di licenziamento* — L'esercizio legittimo, o anche solo putativo e in deviazione dalle previsioni, dei poteri del datore di lavoro comporta periodi di mancata attività da collocare fuori della mora. In particolare, non si discute mai di mora di fronte al principale potere in grado di provocare l'inesecuzione del fare e, cioè, quello di licenziamento. Il punto non poteva essere affrontato come lo vediamo oggi in una opera del 1965 e con inevitabile riferimento al sistema originario del codice civile, prima che fosse introdotta la tutela legale contro il recesso illegittimo. In merito, a prescindere dall'estrema e persino un po' ossessiva moltiplicazione dei regimi sanzionatori (76), il loro tratto comune è di allontanarsi in modo consapevole dalla mora e dalla sua disciplina.

Qualora non vi sia il recesso, si ritorna subito a discutere della mora, come nell'ipotesi del vecchio contratto collettivo della Spa Poste italiane, che

(75) Speciale 1992, 195 ss.

(76) Cester 2017, 734 ss.

aveva previsto la cessazione automatica del rapporto a fronte di alcuni presupposti, con clausola nulla, ma diversa dal recesso e che non ne implicava l'adozione. È convincente la differenza così tracciata fra licenziamento e mancata esecuzione del fare per il preteso operare di una risoluzione automatica; e, appunto, in tale ultima evenienza, per gli effetti normativi del negozio sindacale (o, meglio, per quelli che si sarebbero prodotti se fosse stato valido), la fattispecie esulava dall'esercizio di un potere, appunto per l'immaginato carattere automatico dell'estinzione del rapporto. A identiche conclusioni si giungeva a proposito della scadenza del termine, va da sé prima della legge n. 183 del 2010, con un regime sanzionatorio derogatorio.

Questa contrapposizione fra il licenziamento e la mora non trova alcuna attenuazione nell'art. 6 della legge n. 604 del 1966, in tutte le sue stesure, poiché l'impugnazione è la dichiarazione di volere fare valere la pretesa illegittimità del recesso, ma non incide sul carattere espulsivo dell'atto. Nell'assetto iniziale della legge n. 604 del 1966, il termine di decadenza apparteneva a quelli «entro i quali si richiede il compimento di un atto cosiddetto "singolare"» (77), in alternativa all'azione giudiziale. La decadenza poteva dipendere da una omissione estranea all'esercizio del diritto (78), poiché a tale nozione non può essere ricondotta l'impugnazione stragiudiziale (79), nemmeno ora, dopo la legge n. 183 del 2010. L'art. 6 considerava (e riguarda anche oggi) una inattività verificatasi in un predeterminato spazio di tempo (80) e «ai fini impeditivi della decadenza occorre una valida manifestazione di esercizio del diritto» (81).

A fronte di un recesso, il prestatore di opere non ha l'onere di offrire la prestazione (82). Poi, le forme di protezione contro il licenziamento illegittimo seguono criteri appositi, e rafforza questa tesi l'ultima stesura dell'art. 2 della legge n. 604 del 1966, poiché la Suprema Corte (83) ha ritenuto inapplicabile al recesso orale l'art. 6 della legge n. 604 del 1966, nel testo successivo alla legge n. 183 del 2010 (84). Per il suo preteso carattere eccezionale, anche prima del 2010, l'art. 6 non è stato riferito al recesso

(77) Vd. Panza 1989, 134 ss.

(78) Trimarchi 1956, 218 ss.; Azzariti, Scarpello 1964, 346 ss.

(79) Scalfi 1965, 234 ss.

(80) Tedeschi 1962, 113 ss.; Candian 1950, 1 ss.

(81) Panza 1989, 135 ss.

(82) Vd. Cass. 6.11.2002, n. 15593, in *LG*, 2003, 277 ss.

(83) Vd. Cass. 9.11.2015, n. 22825, in *www.dirittolavorovariations.it*.

(84) In modo condivisibile, sul superamento del riferimento alla mora a opera dell'art. 32 della legge n. 183 del 2010, vd. Cass. 21.8.2013, n. 19371, in *Rep. GI*, 2013.

orale (85) o carente della sottoscrizione (86), sebbene l'onere di impugnazione riguardi sia il licenziamento nullo, sia quello annullabile (87).

Nonostante una difforme posizione (88), quello orale resta un recesso; in precedenza, si sosteneva talora la necessità dell'offerta della prestazione (89). Salva l'inapplicabilità dell'art. 6 della legge n. 604 del 1966, il prestatore di opere non deve offrire alcunché, poiché la fattispecie è diversa dalla mora ed è comminata la tutela reintegratoria dell'art. 18 St. lav. e del decreto legislativo n. 23 del 2015. Per quanto si allontani dalle previsioni normative, al punto da essere intimata a voce, la manifestazione di volontà di estinguere il rapporto è da contrapporre (come ogni altro provvedimento attuativo di un potere, a prescindere dalla sua legittimità) alla semplice inesecuzione della prestazione, dovuta al venire meno della cooperazione creditoria.

Se, in passato, vi erano stati dei dubbi sul recesso orale (90), sia per il riferimento talora suggerito alla sua inesistenza, sia per le espressioni dell'art. 2 della legge n. 604 del 1966 e per il rinvio all'inefficacia, l'ultima stesura dell'art. 18 St. lav. e il decreto n. 23 del 2015 riconducono il recesso comunicato a voce all'esercizio del potere, seppure in modo illegittimo. Se non occorre impugnazione, poiché il termine decorre dalla comunicazione e tale locuzione presuppone un atto scritto, ai fini dell'applicazione dell'art. 6 della legge n. 604 del 1966 vi deve essere comunque una dichiarazione del datore di lavoro volta a estinguere il rapporto. La riconduzione di quello orale nella categoria del recesso conferma la contrapposizione rispetto a ipotesi di inesecuzione del fare non connesse all'esercizio di alcun potere.

(85) Vd. Cass. 27.2.2003, n. 3022, in *MGL*, 2003, 260 ss.; Cass. 4.6.1999, n. 5519, in *MGL*, 2003, 260 ss.; Cass. 29.11.1996, n. 10697, in *MGL*, 1997, 9.

(86) Vd. Cass. 18.7.1991, n. 8010, in *RIDL*, 1992, II, 1025 ss.

(87) Mazzotta 1976, I, 1619 ss.; Magno 1976, II, 76 ss.; in senso diverso, vd. Cessari 1971, 152 ss.; Aranguren 1971, 516; Speciale 1984, 685 ss. Per una recente e articolata posizione (vd. Ferrante 2007, 223 ss.), la legge n. 604 del 1966 avrebbe «previsto, all'art. 2, l'ipotesi del vizio di forma, senza che una simile qualificazione si sia poi rispecchiata con diversità di effetti nella previsione di cui al successivo art. 6», così che, «a rigore, il termine breve dovrebbe applicarsi in forma indifferenziata a tutti i licenziamenti, a prescindere dalla patologia» (cfr. già De Luca Tamajo 1991, 185 ss.).

(88) Per una rilevante pronuncia (vd. Cass. 18.10.1982, n. 5394, S.U., in *GC*, 1983, I, 869 ss.), l'inefficacia propria del licenziamento orale non avrebbe prodotto l'estinzione del rapporto.

(89) Vd. Cass. 30.8.2010, n. 18844, in *Rep. GI*, 2010.

(90) Però, sul fatto che fosse superfluo l'atto di costituzione in mora da parte del lavoratore, vd. T. Bari 14.7.2014, in *Rep. GI*, 2014. In senso opposto, vd. T. Milano 19.7.2013, in *LG*, 2013, 1046 ss.

7. — *Le fattispecie di mancata esecuzione del fare non collegate all'esercizio di un potere e la possibilità di una loro ricostruzione unitaria* — Rispetto alla tesi tradizionale, si è ristretto lo spazio riservato alla mora nel rapporto di lavoro, a vantaggio dell'omogeneità dell'istituto, poiché non vi è ragione per accostare la mancata cooperazione dell'impresa all'altrui adempimento, rispetto all'esercizio di poteri, anche se illegittimo. Di fronte a una manifestazione di volontà, compete alla regolazione settoriale sul potere stabilire se il corrispondente provvedimento sia conforme al paradigma normativo e identificare le reazioni sanzionatorie, secondo il modello del licenziamento, a proposito del quale non vi è nessun rifiuto di ricevere il fare, ma, se mai, una determinazione volta a estinguere il rapporto (91). Se «la mancata cooperazione del datore di lavoro, nella misura in cui impedisce la prestazione, mette in discussione la retribuzione, che non costituisce soltanto il corrispettivo del lavoro, ma un diritto fondamentale di carattere costituzionale» (92), il tema è eterogeneo rispetto all'esecuzione dei poteri, i quali sono comunque espressione della subordinazione e identificano e limitano al tempo stesso spazi di iniziativa unilaterale.

Diversa è la semplice, mancata collaborazione all'adempimento del dipendente, come la giurisprudenza ha sottolineato, richiedendo solo in tale seconda situazione l'applicazione del sistema civilistico (93), con l'offerta della prestazione. Nell'evoluzione dell'impresa moderna e della relativa disciplina, la distinzione ha assunto tratti più precisi, come nell'ipotesi del licenziamento orale, dopo la legge n. 92 del 2012 e il decreto n. 23 del 2015. Se mai, vi è da chiedersi se queste opportune soluzioni dell'ultimo legislatore, con la comminazione della tutela reintegratoria, siano il frutto di una apposita riflessione teorica o un indiretto beneficio, collegato alla risistemazione del regime sanzionatorio senza alcuna preordinazione. Come si osserva, cade nella mora «il datore di lavoro che rifiuti la prestazione», con i «generali principi previsti in materia di obbligazioni e contratti» (94) e con considerazioni riproposte nel caso del rifiuto opposto al dipendente in malattia e, poi, guarito in anticipo, desideroso di riprendere servizio. Anche in questa ipotesi occorre offrire il fare (95): elemento indispensabile per il sorgere della mora. Con l'applicazione dell'istituto civilistico, essa dipende dall'offerta (96).

(91) In senso diverso, vd. Balletti 1990, 65 ss.

(92) Speciale 2016, 505 ss.

(93) Camardi 2012, 745 ss.

(94) Vd. T. Pescara 6.11.2014, in *Rep. GI*, 2014.

(95) Vd. Cass. 19.7.2012, n. 12501, in *Rep. GI*, 2012.

(96) Speciale 2016, 518 ss.

La costituzione in mora e l'offerta non rilevano al fine della liberazione del debitore (97), ma per creare i presupposti per il sorgere del diritto alla controprestazione e, cioè, alla retribuzione; nei rapporti di durata, la struttura dell'obbligazione e le scadenze dell'adempimento riducono o escludono la rilevanza della liberazione del debitore e sottolineano la dimensione alimentare delle sue iniziative. Ciò comporta una inclinazione del sistema civilistico, ma esso deve essere invocato con riguardo al rapporto di lavoro, secondo quanto ammettono anche tesi in origine discordanti, almeno in parte (98). Non vi è ragione per non richiamare gli artt. 1206 ss. c.c., i quali pongono principi generali riferibili al contratto di lavoro (99).

Ne deriva la necessità dell'offerta (100) e senza alcuna limitazione della protezione del dipendente, in quanto così si distinguono periodi di inattività concordati o accettati o visti come ragionevoli dai lavoratori da una mancata collaborazione destinata a mettere in discussione le loro basilari esigenze economiche, appunto correlate all'attività e alla percezione della controprestazione. Non a caso, dell'offerta non vi è bisogno quando la determinazione dell'impresa sia chiara, imposta al collaboratore, in particolare qualora si ragioni dell'esercizio di un potere. Anzi, in una ipotesi limite, si è esclusa la necessità dell'offerta quando, credendo di avere un inesistente e generale potere di sospensione collegato all'andamento del mercato, il datore di lavoro lo ha esercitato in via espressa, rendendo palese come l'inesecuzione del *facere* trovasse ragione in una sua deliberazione, seppure alquanto bizzarra. Infatti, non possono assumere rilevanza «eventi riconducibili alla gestione» e «il dipendente “sospeso” non è tenuto a provare di avere messo a disposizione» il suo adempimento, «in quanto, per il solo fatto della sospensione unilaterale, si realizza la *mora accipiendi*» (101).

Il caso era strano, perché l'impresa non aveva adottato un provvedimento illegittimo rispetto a un potere comunque regolato, ma aveva immaginato un potere in nessun modo ricavabile dal tessuto normativo. Tuttavia, la decisione sottolinea il senso ultimo dell'offerta, cioè rendere manifesto il rifiuto del creditore, con la sua indisponibilità a creare le condizioni per l'esecuzione della prestazione. Il rilievo degli artt. 1206 ss. c.c. è diminuito negli anni in modo drastico, non solo per l'attuale disciplina del licenziamento

(97) Cursi 2010, 803 ss.

(98) Speciale 2016, 507 ss.

(99) Stella 2012, 377 ss.

(100) Bigliuzzi Geri 1990, 3 (dell'estratto).

(101) Vd. C. App. Potenza 18.11.2008, in *Rep. GI*, 2008.

orale, ma perché non possono più essere invocati nelle fattispecie più frequenti nelle quali, in precedenza, si riteneva necessaria l'offerta, cioè quando si contestasse la validità del termine. Ora, residuano due grandi questioni applicative in cui rimangono centrali gli artt. 1206 ss. c.c.: l'una a proposito dello sciopero e del connesso rifiuto delle prestazioni dei lavoratori non aderenti; l'altra sulle conseguenze di drastici contenimenti delle potenzialità produttive, o per crisi economiche o per eventi occasionali, come la mancanza di materie prime o il danneggiamento dello stabilimento, in carenza dei presupposti per il trattamento di integrazione salariale.

8. — *La mora del creditore, l'impossibilità della prestazione e l'inesistenza delle condizioni o dell'opportunità di produrre per ragioni economiche od organizzative* — Fermo il rifiuto della teoria per cui *operae praeteritae sunt peritae* (102), il libro del 1965 ha avuto un grande successo nel definire i limiti del diritto del dipendente alla controprestazione, poiché non vi è quasi mai un interesse a liberarsi dell'obbligazione, se non altro perché il lavoratore può mettere fine al rapporto con le dimissioni. Si legge che «il debitore [...], se intende porre il creditore in *mora accipiendi*, deve essere in grado di prestare: il che può esprimersi dicendo che la sua prestazione deve essere, in quel momento, non impossibile» (103); così, è stata sancita l'alternativa fra la mora e l'impossibilità sopravvenuta, con il favore consolidato della giurisprudenza (104). Questa tesi è stata sottoposta a critiche serrate (105).

Nell'ovvia consapevolezza per cui il dipendente vuole salvaguardare la sua retribuzione, anche in considerazione delle componenti alimentari e personali di tale diritto, il fine della monografia del 1965 era di ridurre in spazi molto ristretti il giustificato rifiuto, con una lettura selettiva del concetto di legittimo motivo, ripreso dalla disciplina civilistica (106), secondo criteri condivisi dalla giurisprudenza (107). Anche gli oppositori della ricostruzione del prof. Ghezzi giungono a soluzioni finali in linea con il suo pensiero, per un verso, escludendo l'importanza alla colpa e, per altro verso, sostenendo che «i requisiti» della mancata collaborazione «(obiettività dell'impossibilità, imprevedibilità e inevitabilità dell'evento, mancanza di una qualsiasi sua connessione con responsabilità imprenditoriale) limitano

(102) Cattaneo 1973, 47 ss.

(103) Ghezzi 1965, 51 ss.

(104) Cass. 11.5.1982, n. 2534, in *FI*, 1982, I, 2486 ss.

(105) Speciale 1992, 230 ss.

(106) Ghera, Liso 1976, 991 ss.

(107) Cass. 21.1.1986, n. 376, in *GC*, 1986, I, 1933 ss.

i casi di esclusione della *mora accipiendi* [...] all'impossibilità cooperatoria causata da eventi naturali del tutto eccezionali» (108), senza che possano avere rilievo contingenti o strutturali crisi aziendali, situazioni di mercato o difficoltà (e non impossibilità assoluta) di approvvigionamento delle materie prime.

La conseguenza è la piena tutela dell'interesse del prestatore di opere a ottenere la retribuzione, senza la valutazione della colpa (nonostante note e difformi teorie) (109) e con la riduzione sostanziale dell'area di legittima assenza della cooperazione. Messa alla prova da due recenti e drammatiche situazioni del nostro paese, la sintesi ha retto senza soverchie difficoltà, in contingenze eccezionali, proprio sulla base della soluzione ultima proposta dal prof. Ghezzi. Per un verso, in occasione dei terremoti di qualche anno fa, la consapevolezza del fatto che i datori di lavoro colpiti avrebbero potuto addurre la condizione eccezionale, oggettiva e imprevedibile dell'impossibilità di svolgere l'attività ha spinto verso il ricorso massiccio al trattamento di integrazione salariale, anche sulla base di norme derogatorie; per altro verso, in senso opposto, nella crisi successiva al 2008 e ancora in corso, i problemi aziendali non sono stati ritenuti sufficienti a consentire il rifiuto del fare, con la necessità di versare la retribuzione, in coerenza con basilari principi di salvaguardia del lavoro e, ancora una volta, con l'inevitabile estendersi dei trattamenti di integrazione salariale.

Ci si può chiedere se, nel 1965, codificando la contrapposizione nota fra impossibilità della prestazione e mora, il prof. Ghezzi non volesse proprio questo e, cioè, non solo radicare il diritto alla retribuzione nella sua forma più estensiva e impedire all'impresa di farlo venire meno con quel rifiuto che non è né libero, né oggetto di un generale potere, ma anche spingere verso una ricomposizione delle ragioni opposte mediata dall'azione pubblica, come accaduto con la forte incentivazione dei trattamenti di integrazione salariale e degli strumenti previdenziali e assistenziali. Se, poi, la loro disciplina torrenziale e confusa ha vanificato in parte la chiarezza dell'iniziativa pubblica, il prof. Ghezzi ha cercato di porre qualche rimedio, con la riforma del trattamento straordinario di integrazione salariale immaginata nel 1991, nella veste di legislatore storico, con la legge n. 223 del 1991, tanto lucida nell'impianto, quanto smentita nel volgere di pochi mesi.

(108) Speciale 1992, 269 ss.

(109) Falzea 1947, 185 ss.

In questa materia, il ricorso alla deroga non è stato imposto dall'ultima crisi, ma è stato di poco successivo all'entrata in vigore della legge n. 223 del 1991, tanto che «le distinzioni e separazioni tra i vari ammortizzatori e l'insuperabilità di tempi prefissati durarono [...] solo un attimo o forse nemmeno un attimo, perché alla scadenza dei singoli interventi, dicendo che ci sarebbero stati fatti imprevedibili, si ammise subito la sommatoria con l'uso di un ammortizzatore al posto dell'altro e i tempi furono prorogati. Si può dire che la legge n. 223 del 1991 non è mai entrata veramente in funzione» (110). La storia dell'evoluzione normativa è quella di un antisistema, se si consente di denominare così l'improvvisazione costante (111). La trasformazione successiva al 1991 ha rinnegato l'idea centrale della legge n. 223 e ci si può chiedere se, nel tentativo di reimpostare gli strumenti previdenziali, il prof. Ghezzi non avesse cercato di coronare nella sua attività politica quell'impianto sistematico posto nel 1965 e sedimentato dal successo avuto nella giurisprudenza (112).

Nonostante questi risultati, talune critiche alla monografia devono essere accettate (113); in particolare, come si è detto, «gli eventi che impediscono la cooperazione del datore di lavoro non “estingono” le *operae* non rese a tempo debito, ma creano una situazione di impossibilità temporanea (e non definitiva) della prestazione che non esclude una sua offerta per il futuro e, quindi, una valida costituzione in mora» (114), anche perché, secondo una tesi raffinata, «la prestazione, per il futuro, è sempre possibile, e quindi sempre dovuta, mentre per il passato non è avvenuta per “rinuncia” del creditore (il che è diverso dal dire che sia impossibile)» (115). Così riportato il ragionamento all'art. 1206 c.c., non si deve discutere della possibilità della prestazione, ma di quella della cooperazione del creditore, poiché «la tutela privilegiata del lavoro [...] impone [...] che il sacrificio di tali interessi costituisca una *extrema ratio*» (116).

Con precisazioni rilevanti, in particolare perché si fa riferimento non all'impossibilità della prestazione, ma a quella della cooperazione, l'esito ultimo è il medesimo del libro del 1965, se si conclude che «il datore di lavoro non è in mora quando vi sia una impossibilità [...] “radicale e assoluta, non

(110) Miscione 2007, 710 ss.

(111) Miscione 2012, 5 ss.

(112) Cass. 6.3.1990, n. 1767, in *Rep. GI*, 1990.

(113) Speciale 1992, 230 ss.

(114) *Ivi*, 234 ss.

(115) Liso 1972, 1080 ss.

(116) Speciale 1992, 263 ss.

imputabile a fatto dell'imprenditore stesso, né prevedibile, né evitabile, e quindi non riferibile assolutamente a carenza di programmazione, di previsione, oppure a mere difficoltà", pur persistenti, di mercato» (117). La tesi è convincente e, seppure con le revisioni critiche ai presupposti teorici, a rileggere con calma il testo del 1965, corrobora, non contraddice l'obiettivo di fondo del prof. Ghezzi. A tacere della pure fondamentale necessità di coerenza del ragionamento, se vi sono una lettera e uno spirito della legge, così si deve dire anche con riguardo alle opere scientifiche. Aperta a revisioni suggerite nel volgere del tempo, la ricerca del 1965 ha voluto circoscrivere a casi eccezionali il legittimo motivo esonerativo dell'obbligo di versare la retribuzione, eliminando l'idea per cui, da un lato, si dovesse discutere della colpa e, dall'altro, consentire la sospensione del rapporto in modo discrezionale, a detrimento delle ragioni patrimoniali e morali dei dipendenti. Sedimentato dalla giurisprudenza (118), questo spirito resta attuale.

9. — *Lo sciopero e la mora del creditore* — La teoria della mora trova il suo punto di più acuta tensione a proposito delle conseguenze dei cosiddetti scioperi articolati (119), per la necessità di stabilire se il datore di lavoro possa rifiutare la prestazione offerta dai dipendenti in apparenza (o in realtà) non aderenti (120), nonostante dal loro *facere* ricavi scarsi vantaggi produttivi, comunque inferiori ai costi retributivi. A ragione, ci si chiede (121) se, ad affrontare questo tema, non si debba parlare con il tempo passato, poiché, negli ultimi anni, ma ormai in modo consolidato, il dibattito si è andato spegnendo, per ragioni culturali e organizzative estranee a questi profili di analisi giuridica. La strategia conflittuale è cambiata e, soprattutto, in questo secolo, si è concentrata sulle imprese in crisi, almeno nell'area industriale, così che le forme cosiddette articolate di sciopero non hanno grande importanza, per la scarsa solvibilità del datore di lavoro. Se mai, hanno risalto i riflessi delle iniziative sugli organi di stampa. La contrapposizione degli anni ottanta e novanta sulla mora appare un quesito di grande fascino (122), ma proprio del passato, con il rischio di una nuova, futura trasformazione delle opzioni rivendicative e con il riaccendersi dei conflitti ora accantonati.

(117) Speciale 1992, 263 ss.

(118) Vd. Cass. 17.7.1990, n. 7302, in *Rep. GI*, 1990.

(119) Orlandini 1998, 149 ss.

(120) Borgogelli 1998, 115 ss.

(121) Speciale 2016, 521 ss.

(122) Balletti 1990, 283 ss.

Questi sono stati vivaci e, a tale riguardo, il successo della teoria del prof. Ghezzi non è stato completo (123). Era inevitabile che fosse così, poiché, già sul piano della giustizia sostanziale, i dubbi sono maggiori di quanto accada per la mancata cooperazione in crisi aziendali, se non altro perché l'impresa subisce azioni altrui e non può imputare solo a una deficienza organizzativa o, comunque, a fattori incidenti sulla sua sfera di rischio la volontà di fare cessare l'attività nel suo complesso. Anche in tema di sciopero, sulla base della contrapposizione fra mora e impossibilità della prestazione, la monografia del 1965 ha ridotto in limiti angusti il legittimo motivo in grado di escludere la mora (124), senza incontrare la completa condivisione dell'idea in giurisprudenza, a differenza di quanto accaduto per altri aspetti. Se alcuni hanno adottato «una nozione assai rigorosa di impossibilità cooperativa, più restrittiva» (125), una larga area delle sentenze la «ha esclusa quando le prestazioni offerte potrebbero essere utilizzate attraverso l'assunzione di oneri o spese maggiori di quelle direttamente collegabili all'esercizio del diritto di sciopero» o «quando si afferma che l'imprenditore non è tenuto a modificare la propria organizzazione produttiva “con misure implicanti perdite economiche o spese superiori”, come ancora una volta ribadito” (126), prima dell'ultima fase di sostanziale silenzio delle decisioni.

Il quesito è importante, ed è insito nella stessa idea di impossibilità della collaborazione, poiché ci si deve chiedere se essa debba essere assoluta e se si possa invocare lo sforzo massimo plausibile in astratto, o se vi siano dei limiti di coerenza organizzativa ed economica (127), soprattutto di fronte a una strategia delle associazioni sindacali, tipica dei cosiddetti scioperi articolati. Non a caso, la giurisprudenza è stata in dubbio (128) e le sue incertezze non sono state distoniche dalla coscienza sociale, se si riflette sul diradarsi dei precedenti e sull'abbandono di queste forme di autotutela, non solo per motivi endosindacali, ma per una qualche reazione pubblica. Questo secolo non ha solo visto la diminuzione degli scioperi articolati, ma anche una dura contestazione, seppure infondata (129), a opera delle note

(123) Cass. 16.4.2004, n. 7300, in *Rep. GI*, 2004.

(124) Ghezzi 1965, 191 ss.

(125) Speciale 2016, 522 ss.

(126) *Ibidem*, con rinvio a Cass. 4.3.2000, n. 2466, in *Rep. GI*, 2000.

(127) Balletti 1990, 283 ss.

(128) Cass. 13.1.1988, n. 150, in *Rep. GI*, 1988, per la tesi più restrittiva sulla nozione di impossibilità.

(129) Cfr. Eklund 2006, 202 ss.; Lo Faro 2008, 63 ss.; Pallini, 2006, 239 ss.

pronunce della Corte di Giustizia (130), a dimostrazione di una complessiva sensibilità sfavorevole al conflitto industriale, a prescindere dai limiti oggettivi delle citate pronunce.

La risposta al dubbio sulla mora negli scioperi non può essere solo tecnica, poiché sia la nozione di impossibilità della cooperazione, sia la stessa espressione normativa e il riferimento al motivo legittimo si prestano a letture diverse. Se mai, il quesito rimanda a un approccio più generale, non tanto sull'esegesi degli artt. 1206 ss. c.c., quanto sui limiti cosiddetti interni allo sciopero (131). Qualche imbarazzo dovrebbe trasparire per coloro i quali hanno accentuato l'importanza della buona fede nell'analisi della mora (132), sottolineando la centralità delle ragioni personali e alimentari del dipendente, nella necessità di ottenere la controprestazione e di contrastare l'eventuale sospensione disposta fuori dall'esercizio di un potere. Se la correttezza riporta nel diritto positivo elementi metagiuridici e, in primo luogo, componenti delle relazioni sociali, visti in una prospettiva assiologia, ma fuori della stringente classificazione del diritto scritto (133), ci si può domandare se il tentativo di rivedere la cooperazione del creditore su questa base non ponga difficoltà persino etiche, qualora non si discuta del desiderio dell'impresa di sottrarsi ai suoi obblighi, ma dei limiti dei danni procurati dalle azioni altrui, in specie se deliberate.

Ci si può chiedere se le oscillazioni della giurisprudenza non si colleghino a una qualche implicita o indiretta valutazione sulla ragionevolezza delle forme di autotutela, nel singolo caso, e tale eventualità è poco coerente con l'originario impianto degli artt. 1206 ss. c.c., ma non dovrebbe dispiacere a chi più ha sottolineato il risalto delle cosiddette clausole generali (134), le quali possono e devono influire sull'applicazione dell'art. 1206 c.c. L'invocare le clausole generali dovrebbe preludere all'accettazione di una analisi attenta a ogni profilo della singola evenienza empirica. Forse, ciò è inevitabile quando si ragiona di una iniziativa connotata da premeditazione, come è per lo sciopero articolato, legittimo, ma frutto di una strategia di incremento del pregiudizio arrecato. La risposta al quesito sui confini

(130) Vd. C. Giust. 11.12.2007, C-438 del 2005, *International Transport Workers' Federation, Finnish Seamen's Union vs. Viking Line Abp, Viking Line Essti*, in *ADL*, 2008, II, 765, e C. Giust. 18.12.2007, C-341 del 2005, *Laval un Partneri Ltd. vs. Svenska Byggnadsarbetareförbundet e altri*, in *ADL*, 2008, II, 777.

(131) Borgogelli 1998, 115 ss.

(132) Speciale 1992, 263 ss.

(133) Campanella 2015, 89 ss.; Bellomo 2015, 45 ss.

(134) Loy 2015, 25 ss.

dell'impossibilità della cooperazione rimanda a qualche dubbio ideale, sul valore e sul significato sociale dello sciopero. Sarebbe strano se, per decidere fino a quale punto il datore di lavoro debba subire le sue conseguenze, non si riflettesse sulla vicenda nei lineamenti ultimi, anche a proposito delle motivazioni dell'azione collettiva, delle sue ragioni e dei suoi obiettivi.

Per una decisione nota (135), l'impossibilità coinciderebbe con l'inutilità delle prestazioni «nelle mansioni attribuite, in relazione al tipo e alla natura dell'organizzazione produttiva, che l'imprenditore non è tenuto a modificare con misure implicanti perdite economiche o spese superiori». Questa non era la tesi del prof. Ghezzi, per lo meno quella enunciata nel 1965 (136), la quale ha avuto una attenuazione, perché l'impossibilità è stata vista in senso relativo e, cioè, condizionata da considerazioni patrimoniali, sulla struttura aziendale e sul carattere proficuo dell'attività, con idee avversate per lo più in dottrina (137), per cui non sarebbero sufficienti «le mere situazioni di *difficultas* nella cooperazione del datore di lavoro – tali da non configurare vere e proprie forme di impossibilità» (138). La ragionevole soluzione della giurisprudenza la rivede sulla base di un esame dell'organizzazione e pone le premesse per rendere accettabile il sacrificio imposto all'impresa, in linea con lo spirito del tempo, se questo ultimo è influenzato dalle tesi della Corte di Giustizia, per quanto non condivisibili.

Una visione attenuata dell'impossibilità porta a non sacrificare oltre modo l'interesse patrimoniale e ridimensiona gli spazi dello sciopero articolato. Diversa dall'idea della monografia del 1965, questa lettura è in sintonia con il contenimento di queste azioni di autotutela e con la stessa trasformazione produttiva, con stabilimenti differenti da quelli degli anni sessanta e settanta. L'orgogliosa difesa (139) di una concezione restrittiva sembra in qualche difficoltà in questa fase storica. Perciò, la ricerca del prof. Ghezzi manifesta una visione dello sciopero e del suo stesso valore in parte oggi in discussione. Una recente decisione (140) ha confermato questo ridimensionamento dell'iniziativa collettiva, costretta a conformarsi a istanze di moderazione o, almeno, a forme equilibrate (141).

(135) Cass. 16.4.2004, n. 7300, cit.

(136) Ghezzi 1965, 191 ss.

(137) Liso 1972, 1080 ss.

(138) Speciale 1992, 263 ss.

(139) Speciale 2014, 693 ss.

(140) Cerbone 2016, 581 ss.

(141) Cass. 3.12.2015, n. 24653, in *www.dirittolavorovariazioni.it*.

10. — *Le conseguenze della mora e il diritto del lavoratore, nell'incertezza se attenga alla controprestazione retributiva o al risarcimento del danno* — La giurisprudenza è in dubbio sulla natura del diritto ricavato dal dipendente a seguito della mora e solo in talune occasioni prende posizione in modo risoluto, per lo più facendo riferimento al risarcimento del danno, secondo l'impostazione del prof. Ghezzi (142); in altre ipotesi, le pronunce non risolvono il dubbio e rinviando in modo alternativo o all'obbligazione risarcitoria o a quella retributiva, lasciando insoluto il quesito, nella consapevolezza della sua complessità, ma con una sorta di deliberata astensione dal suo esame critico (143). La difficoltà concettuale della questione non giustifica il silenzio (144), peraltro venuto meno quando questo contributo era in bozze, poiché, come si è riconosciuto, a seguito di una sentenza di accertamento della natura illegittima di un contratto di somministrazione e dell'atto di costituzione in mora, il lavoratore ha diritto alla retribuzione, non al risarcimento. Nel caso di specie, la questione era abbastanza irrilevante, poiché era applicabile l'art. 27, secondo comma, del decreto legislativo n. 276 del 2003 e, quindi, non si poneva un problema di *aliunde perceptum*. Resta da stabilire se la decisione possa provocare una riflessione complessiva su questo importante profilo (145).

Il riferimento al risarcimento del danno è maggioritario (146) (o, meglio, lo era fino al febbraio 2018) e sarebbe forse convincente se si accettasse il principio per cui *operae praeteritae sunt peritae*, mentre, con il suo rifiuto, questa idea va in crisi, perché non si può più richiamare un criterio di corrispettività, per lo meno in senso assoluto (147), per escludere il persistere dell'obbligo di versare la retribuzione (148). A tacere di esigenze di sistemazione teorica, il tema ha rilievo applicativo, sia sul versante previ-

(142) Vd. C. App. Perugia 23.10.2013, in *Rep. GI*, 2013.

(143) Si dice che «è principio consolidato in giurisprudenza che in relazione alla regola generale di effettività e corrispettività delle prestazioni nel rapporto di lavoro, da cui deriva che all'infuori di espresse deroghe legali o contrattuali la retribuzione o il risarcimento del danno spetta soltanto se la prestazione di lavoro viene eseguita, non compete al lavoratore la retribuzione o il risarcimento del danno fino a quando egli non provveda a offrirla determinando la mora del datore di lavoro» (vd. T. Modena 13.4.2010, cit.).

(144) Cass. 3.3.2006, n. 4677, in *Rep. GI*, 2006.

(145) Cass. 7.2.2018, n. 2990, S.U., in *VTDL*, www.dirittolavorovariazioni.com.

(146) Ghezzi, *La mora del creditore nel rapporto di lavoro*, cit., 120 ss.; Mengoni 1954, 580 ss.; Mancini 1962, vol. I, 231 ss.; Falzea, *L'offerta reale e la liberazione coattiva del debitore*, cit., 110 ss.

(147) Speciale 1992, 302 ss.

(148) Cinelli 1984, 232 ss.

denziale, sia perché, se vi è pagamento del salario, non si può dedurre quanto il dipendente abbia ricavato da una diversa attività. Ciò aveva grande importanza qualora si discutesse della nullità del termine, prima della legge n. 183 del 2010, mentre, oggi, con buona probabilità, i periodi di mora dovrebbero essere brevi e non vi dovrebbero essere molte occasioni di effettiva discussione sul cosiddetto *aliunde perceptum*.

Con varie accezioni e, per esempio, con il riferimento al sinallagma genetico (149) o con una complessiva revisione dell'idea stessa di corrispettività (150), le critiche alla posizione del prof. Ghezzi sono state convincenti, a maggiore ragione per chi rifiuta la teoria per la quale *operae prae-teritae sunt peritae*, tanto che, in questo contesto argomentativo, si suggerisce che «la mancata collaborazione del datore di lavoro non giustificata [...] gli impone in ogni caso di erogare la retribuzione o perché le *operae prae-teritae* vengono successivamente “recuperate” [...] o perché sopravviene una impossibilità definitiva della prestazione lavorativa che, ai sensi dell'art. 1207, primo comma, c.c., obbliga ugualmente [...] a eseguire la controprestazione» (151). Il rinvio a questo «recupero» delle *operae prae-teritae* non convince, se non altro perché non si discute di *operae*, ma di un fare complessivo, oggetto del contratto, così che non vi può essere recupero, a prescindere dal carattere atecnico dell'espressione (che cosa significa «recuperare» un fare?).

Nulla si «perde» per il rifiuto della collaborazione, salvo confondere il tempo della prestazione con l'orario: profili del tutto separati. Il contributo professionale mantiene la sua unità giuridica e finanche concettuale, come corrispettivo della retribuzione. Quando una parte dell'attività non abbia luogo per il rifiuto opposto a creare le premesse dell'adempimento e, se mai, «poiché è da escludere che possa definirsi inadempiente colui che offre di adempiere ma non può adempiere solo per il mancato concorso dell'attività del creditore, non rimane che constatare come non possa il creditore sottrarsi, per questa via, all'obbligo di esecuzione della prestazione su di lui incombente» (152). Per un verso, la mancata creazione delle premesse necessarie per l'adempimento non pone alcun problema in tema di corrispettività, se si considera come la retribuzione sia dovuta anche in caso di impossibilità definitiva della prestazione. Per altro verso, l'adempimento deve essere guardato nel suo complesso, senza che si frammenti in *operae* collo-

(149) Cinelli 1984, 232 ss.

(150) Ghera, Liso 1976, 998 ss.; Del Punta 1992, 467; Natoli 1984, 69 ss.

(151) Speciale 1992, 319 ss.

(152) Ghera, Liso 1976, 998 ss.

cate nel tempo astronomico, e il criterio *operae praeteritae sunt peritae* è privo di fondamento.

Oltre tutto, la mora non è un inadempimento a un obbligo o a un onere di creare le premesse per il fare altrui, ma la mancata collaborazione all'adempimento dell'unico obbligo esistente – quello di fare – proprio del lavoratore. Però, in quanto l'inadempimento stesso ha luogo per il comportamento del creditore, questi deve rendere la sua controprestazione, la quale conserva tutti i suoi caratteri, a cominciare dall'inesistenza di alcuna possibilità di dedurre l'*aliunde perceptum*. A tale riguardo, è di aiuto a una più equilibrata struttura regolativa la legge n. 183 del 2010, con una considerazione apposita della nullità del termine e delle sue conseguenze. A prescindere dal fatto che si condividano le soluzioni specifiche della legge n. 183 del 2010, le implicazioni della nullità del termine devono avere una loro regolazione e non rifluire più nella mora.

Questi parziali rilievi critici forse sarebbero stati apprezzati dal prof. Ghezzi, per lo meno perché possono essere visti come l'impegno a un esame ulteriore del tema, in quella ricerca progressiva a cui egli era tanto affezionato da indugiare a riflettere, negli ultimi anni della sua vita, sul modo nel quale avrebbe riscritto le opere della gioventù. Non ve ne era bisogno. Nelle loro soluzioni fondamentali, restano un contributo indispensabile, prima di tutto per il forte sentimento di giustizia e per l'impostazione teorica complessiva, tanto che nessuno potrebbe anche solo pensare di scrivere sulla mora senza partire dalla monografia del 1965. Se, poi, qualche idea è cambiata o è ancora in discussione, è un frutto dell'impianto creato nel 1965 e della sua capacità di stimolare l'indagine.

Riferimenti bibliografici

- Aranguren A. (1971), *La reintegrazione nel posto di lavoro*, in Aa.Vv., *I licenziamenti individuali e la reintegrazione nel posto di lavoro*, in RIDL, I, 516 ss.
- Azzariti G., Scarpello G. (1964), *Della prescrizione e della decadenza*, in Scialoja A., Branca G. (a cura di), *Commentario al codice civile*, Zanichelli, Bologna-Roma, 346 ss.
- Balandi G. (1980), *Il procedimento penale a carico del lavoratore*, in RTDPC, 904 ss.
- Balandi G. (2007), *Formazione e contratto di lavoro*, in DLRI, 135 ss.
- Balletti E. (1990), *La cooperazione del datore all'adempimento dell'obbligazione di lavoro*, Cedam, Padova.
- Bellomo S. (2015), *Autonomia collettiva e clausole generali*, in DLRI, 45 ss.
- Bigliazzi Geri L. (1990), voce *Mora del creditore*, in EGT, vol. XX, 3 (dell'estratto).
- Borgogelli F. (1998), *Sciopero e modelli giuridici*, Giappichelli, Torino.

- Bortone R. (1979), *Commento all'art. 7*, in Aa.Vv., *Lo Statuto dei lavoratori. Commentario*, a cura di Giugni G., Milano, Giuffrè, 122 ss.
- Branca G. (1972), *La sospensione nelle vicende del rapporto di lavoro*, Padova, Cedam.
- Brescia U. (1991), *Le obbligazioni*, in Iudica G., Zatti P. (a cura di), *Trattato di diritto privato*, Giuffrè, Milano, 745 ss.
- Brollo M. (2015), *Disciplina delle mansioni (art. 3)*, in Carinci F. (a cura di), *Commento al decreto legislativo 15 giugno 2015, n. 81: le tipologie contrattuali e lo jus variandi*, Adapt labour series, Modena, 2015, 29 ss.
- Buoncristiano M. (1986), *Profili della tutela civile contro i poteri privati*, Cedam, Padova.
- Camardi C. (2012), *Della mora del creditore*, in Caffaro V. (a cura di), *Delle obbligazioni*, in Gabrielli E. (diretto da), *Commentario del codice civile*, Utet, Torino, 745 ss.
- Campanella P. (2015), *Clausole generali e obblighi del prestatore di lavoro*, in *DLRI*, 89 ss.
- Candian A. (1950), *Decadenza e prescrizione*, in *Temi*, 1 ss.
- Capograssi G. (2008), *La vita etica*, Bompiani, Milano.
- Cappellini P. (2002), *Il codice eterno*, in Aa.Vv., *Codici. Una riflessione di fine millennio*, a cura di Cappellini P., Sordi B., Milano, Giuffrè, 27 ss.
- Carinci F. (2007), *Diritto privato e diritto del lavoro: uno sguardo dal ponte*, in Aa.Vv., *Il lavoro subordinato*, a cura di Carinci F., t. I, *Il diritto sindacale*, coordinato da Proia, Torino, Utet.
- Caruso B. (2007), *Occupabilità, formazione e «capability» nei modelli giuridici di regolazione dei mercati del lavoro*, in *DLRI*, 39 ss.
- Cattaneo G. (1964), *La cooperazione del creditore all'adempimento*, Giuffrè, Milano.
- Cattaneo G. (1973), *Della mora del creditore*, in Scialoja A., Branca G. (a cura di), *Comm. cod. civ.*, Zanichelli, Bologna, Roma, 73 ss.
- Cerbone M. (2016), *Tecniche di limitazione del diritto di sciopero nella recente giurisprudenza di legittimità*, in *VTDL*, 581 ss.
- Cessari A. (1971), *Nullità ed inefficacia dei licenziamenti individuali*, in Aa.Vv., *I licenziamenti individuali e la reintegrazione nel posto di lavoro*, in *RIDL*, I, 152 ss.
- Cester C. (2017), *Le tutele*, in Gragnoli E. (a cura di), *L'estinzione del rapporto di lavoro subordinato*, in Persiani M., Carinci F. (diretto da), *Trattato di diritto del lavoro*, Cedam, Padova, 734 ss.
- Cinelli M. (1982), *La tutela del lavoratore contro la disoccupazione*, Giuffrè, Milano.
- Cinelli M. (1984), *I permessi nelle vicende del rapporto di lavoro*, Giuffrè, Milano.
- Corti M. (2016), *Jus variandi e tutela della professionalità dopo il Jobs Act (ovvero cosa resta dell'art. 13 dello Statuto dei lavoratori)*, in *VTDL*, 55 ss.
- Cottino G. (1948), *L'impossibilità di ricevere o di cooperare del creditore e l'impossibilità della prestazione*, in *RDC*, I, 452 ss.
- Cottino G. (1955), *L'impossibilità sopravvenuta della prestazione e la responsabilità del debitore*, Giuffrè, Milano.
- Cursi M.F. (2010), *Il fondamento giuridico della mora del creditore. La liberazione coattiva del debitore dal vincolo obbligatorio*, in Garofalo L., Talamanca M. (diretto da), Cedam, Padova, 803 ss.
- D'Antona M. (1979), *La reintegrazione nel posto di lavoro*, Cedam, Padova.

- De Luca Tamajo R. (1986), *Il tempo nel rapporto di lavoro*, in *DLRI*, 462 ss.
- De Luca Tamajo R. (1987), *Il tempo di lavoro (il rapporto individuale di lavoro)*, in Aa.Vv., *Il tempo di lavoro, Atti delle giornate di studio di diritto del lavoro, Genova, 4-5 aprile 1986*, Giuffrè, Milano, 1 ss.
- De Luca Tamajo R. (1991), *Commento all'art. 2, secondo comma*, in De Luca Tamajo R., D'Antona M. (a cura di), *Disciplina dei licenziamenti individuali*, in *NLCC*, 185 ss.
- Del Conte M. (2016), *Il «Jobs Act» e la protezione del lavoro: variazioni metodologiche*, in *VTDL*, 25 ss.
- Del Punta R. (1992), *La sospensione del rapporto di lavoro*, in Schlesinger P. (diretto da), *Commentario al codice civile*, Giuffrè, Milano, 467 ss.
- Di Majo A. (1985), *Obbligazioni in generale*, in Scialoja A., Branca G. (a cura di), *Commentario al codice civile*, Zanichelli, Bologna-Roma, 385 ss.
- Eklund R. (2006), *The Laval case*, in *ILJ*, 202 ss.
- Falzea A. (1947), *L'offerta reale e la liberazione coattiva del debitore*, Giuffrè, Milano.
- Ferrante V. (2007), *Forma e procedura del licenziamento. Il licenziamento disciplinare*, in Mainardi S. (coordinato da), *Il rapporto individuale di lavoro: estinzione e garanzie dei diritti*, in Carinci F. (a cura di), *Il lavoro subordinato*, vol. III, Giappichelli, Torino, 223 ss.
- Ferrante V. (2012), *Obbligo e diritto alla esecuzione della prestazione*, in Marazza M. (a cura di), *Contratto di lavoro e organizzazione*, in Carinci F., Persiani M. (diretto da), *Trattato di diritto del lavoro*, Cedam, Padova, 1652 ss.
- Foglia R. (1971), *Le sanzioni disciplinari e lo Statuto dei lavoratori*, in *DL*, I, 58 ss.
- Ghera E., Liso F. (1976), voce *Mora del creditore (Diritto del lavoro)*, in *ED*, vol. XXVI, 983 ss.
- Ghezzi G. (1965), *La mora del creditore nel rapporto di lavoro*, Milano, Giuffrè.
- Giacobbe G. (1976), voce *Mora del creditore*, in *ED*, Giuffrè, Milano vol. XXVI, 961 ss.
- Gragnoles E. (2007), *Tempo e contratto di lavoro subordinato*, in *RGL*, I, 439 ss.
- Grandi M. (1987), voce *Rapporto di lavoro*, in *ED*, vol. XXV, 330 ss.
- Grandi M. (1999), *Persona e contratto di lavoro. Riflessioni storico-critiche sul lavoro come oggetto del contratto di lavoro*, in *ADL*, I, 309 ss.
- Ichino P. (1984), *Il tempo della prestazione nel rapporto di lavoro. I. Continuità, elasticità e collocazione temporale della prestazione lavorativa subordinata*, Giuffrè, Milano.
- Irti N. (2004), *Nichilismo giuridico*, Roma-Bari, Laterza.
- Liso F. (1972), *Osservazioni sulla mora del creditore nel rapporto di lavoro*, in *RTDPC*, 1076 ss.
- Liso F. (1982), *La mobilità del lavoratore in azienda: il quadro legale*, Giuffrè, Milano.
- Lo Faro A. (2008), *Diritti sociali e libertà economiche del mercato interno: considerazioni minime in margine ai casi Laval e Viking*, in *LD*, 63 ss.
- Loy G. (2015), *Diritto del lavoro e nozioni a contenuto variabile*, in *DLRI*, 25 ss.
- Lyon-Caen G. (2000), *Considérations intempêtes sur le temps*, in *DS*, 236 ss.
- Magno P. (1976), *Ambito di applicazione del termine di impugnazione del licenziamento*, in *DL*, n. 1, II, 76 ss.
- Magrini S. (1973), voce *Lavoro (contratto individuale)*, in *ED*, vol. XXIII, 369 ss.

- Mainardi S. (2002), *Il potere disciplinare nel lavoro privato e pubblico*, in *Comm. cod. civ.*, a cura di Schlesinger P., ora di Busnelli F., Giuffrè, Milano.
- Mancini G.F. (1962), *Il recesso unilaterale e i rapporti di lavoro*, Giuffrè, Milano, vol. I.
- Marazza M. (2002), *Saggio sull'organizzazione del lavoro*, Cedam, Padova.
- Mazzotta O. (1976), *Licenziamento orale immotivato del lavoratore*, in *FI*, I, 1619 ss.
- Mengoni L. (1954), *In tema di «mora credendi» nel rapporto di lavoro*, in *Temi*, 580 ss.
- Mengoni L. (1965a), *Contratto e rapporto di lavoro nella recente dottrina italiana*, in *RS*, 685 ss.
- Mengoni L. (1965b), *Il contratto di lavoro nel diritto italiano*, in Aa.Vv., *Il contratto di lavoro nel diritto dei paesi membri della Ceca*, Ufficio Pubblicazioni Cee, Lussemburgo, 498 ss.
- Mengoni L. (1973), *Note sull'impossibilità sopravvenuta della prestazione di lavoro*, in *Scritti giuridici in onore di Antonio Scialoja*, Zanichelli, Bologna, vol. IV, 261 ss.
- Miscione M. (1974), *Il licenziamento come sanzione disciplinare*, in *RTDPC*, 692 ss.
- Miscione M. (1981), *Della sospensione cautelativa*, in *GI*, I, 1838 ss.
- Miscione M. (2007), *Gli ammortizzatori sociali per l'occupabilità*, in *DLRI*, 710 ss.
- Miscione M. (2012), *Il mercato del lavoro degli anni 2000*, in *LG*, 5 ss.
- Miscione M. (2015), *Jobs Act: le mansioni e la loro modificazione*, in *LG*, 437 ss.
- Natoli U. (1984), *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, in Cicu A., Messineo F. (a cura di), *Trattato di diritto civile e commerciale*, Giuffrè, Milano, 4 ss.
- Oppo G. (1943), *I contratti di durata*, in *RDC*, I, 143 ss.
- Orlandini G. (1998), *Sciopero articolato e rifiuto delle prestazioni*, in *DLRI*, 149 ss.
- Pallini M. (2006), *Il caso Laval-Vaxholm: il diritto del lavoro comunitario ha già la sua Bolkenstein?*, in *RIDL*, II, 239 ss.
- Panza G. (1989), *Decadenza nel diritto civile*, in *DDPCiv.*, vol. V, Utet, Torino, 134 ss.
- Papaleoni M. (1996), *Il procedimento disciplinare nei confronti del lavoratore*, Jovene, Napoli.
- Papaleoni M. (1997), *Precisazioni opportune sulla sospensione cautelare*, in *MGL*, 408 ss.
- Pera G. (1972), *Commento all'art. 7*, in Assanti C., Pera G., *Commento allo Statuto dei diritti dei lavoratori*, Cedam, Padova, 103 ss.
- Perlingieri P. (1975), *Dei modi di estinzione delle obbligazioni diverse dall'adempimento*, in Scialoja A., Branca G. (a cura di), *Comm. cod. civ.*, Zanichelli, Bologna, Roma, 496 ss.
- Persiani M. (1966), *Contratto di lavoro e organizzazione*, Cedam, Padova.
- Persiani M. (2010), *Osservazioni sulla dottrina giuslavoristica nel trentennio dopo la Costituzione*, in *ADL*, I, 328 ss.
- Pessi R. (1973), *Il potere direttivo dell'imprenditore e i suoi nuovi limiti dopo la legge 20 maggio 1970, n. 300*, in *DL*, I, 60 ss.
- Pessi R. (1989), *Contributo allo studio della fattispecie lavoro subordinato*, Giuffrè, Milano.
- Pisani C. (2015), *La nuova disciplina delle mansioni*, Giappichelli, Torino.
- Ravazzoni A. (1964), voce *Mora del creditore*, in *NDI*, vol. X, 903 ss.
- Rescigno P. (1979), voce *Obbligazioni (nozioni)*, in *ED*, vol. XXIX, Giuffrè, Milano, 177 ss.

- Romei R. (1990), *Crisi di impresa e garanzia dei crediti di lavoro*, Giuffrè, Milano.
- Rusciano M. (1993), voce *Sospensione del rapporto di lavoro (cause di)*, in *EGT*, vol. XXX.
- Saracini P. (1981), *Appunti sulla sospensione cautelare retribuita*, in *MGL*, 562 ss.
- Scalfi G. (1965), *Osservazioni sulla prescrizione e sulla decadenza*, in *Temi*, 234 ss.
- Spagnuolo Vigorita L. (1972), *Riflessioni in tema di continuità, impresa, rapporto di lavoro*, in *Studi in onore di Francesco Santoro Passarelli*, Jovene, Napoli, 1023 ss.
- Spagnuolo Vigorita L., Ferraro G. (1975), *Commento all'art. 7*, in *Aa.Vv., Commentario dello Statuto dei lavoratori*, a cura di Prosperetti U., Giuffrè, Milano, 219 ss.
- Speziale V. (1984), *Licenziamento inefficace per intempestiva comunicazione scritta dei motivi*, in *RIDL*, II, 685 ss.
- Speziale V. (1992), *Mora del creditore e contratto di lavoro*, Bari, Cacucci.
- Speziale V. (2014), *La mora del creditore nelle interpretazioni dei giuslavoristi*, in *DLRI*, 693 ss.
- Speziale V. (2016), *La mora del creditore nel rapporto di lavoro di Giorgio Ghezzi*, in *LD*, 505 ss.
- Stella G. (2012), *Mora accipiendi e cooperazione del creditore all'adempimento: principi tradizionali e recenti applicazioni*, in *RCP*, 377 ss.
- Tedeschi V. (1948), *Lineamenti della distinzione fra prescrizione estintiva e decadenza*, Giuffrè, Milano.
- Tedeschi V. (1962), voce *Decadenza (diritto e processo civile)*, in *ED*, vol. XI, Giuffrè, Milano, 770 ss.
- Tosi P. et al. (1989), *Commento all'art. 26*, in Carinci F. (a cura di), *Commentario del contratto collettivo dei metalmeccanici dell'industria privata*, Jovene, Napoli, 256 ss.
- Trimarchi P. (1956), *Prescrizione e decadenza*, in *Jus*, 218 ss.
- Viscomi A. (2010), *L'adempimento dell'obbligazione di lavoro tra criteri lavoristici e principi civilistici*, in *DLRI*, 595 ss.
- Zoli C. (1997), *Subordinazione e poteri dell'imprenditore tra organizzazione, contratto e contropotere*, in *LD*, 240 ss.
- Zoppoli L. (1991), *La corrispettività nel contratto di lavoro*, Esi, Napoli.

ABSTRACT

Il contributo costituisce la rielaborazione della relazione presentata dall'Autore in occasione del seminario «Rilettura dei classici del Diritto del lavoro: La mora del creditore, Giorgio Ghezzi, Giuffrè, 1963», svoltosi presso l'Università degli Studi di Firenze nel marzo del 2017. Il contributo, dopo aver analizzato l'istituto privatistico della «mora accipiendi», ne valuta l'applicabilità in ambito lavoristico nelle ipotesi in cui la prestazione di lavoro sia sospesa per mancanza di collaborazione da parte del datore di lavoro all'adempimento dell'obbligo di fare proprio del lavoratore.

*A HISTORICAL BOOK:**GHEZZI, LA MORA DEL CREDITORE NEL RAPPORTO DI LAVORO*

The essay consists in a re-elaboration, by the Author, of the report he presented during a workshop held at University of Florence in March 2017 about the analysis of a private law classic book: La mora del creditore, Giorgio Ghezzi, Giuffrè, 1965.

The contribution, after having discussed the civil law institute of the «mora accipiendi», evaluates its applicability in the employment relations when the work performance is suspended for lack of collaboration by the employer to fulfill a workers' obligation «to work».

Vincenzo Bavaro (*)

QUESTIONI IN DIRITTO SU LAVORO DIGITALE,
TEMPO E LIBERTÀ (**)

SOMMARIO: 1. Questione preliminare. Prima i fatti, poi le norme. — 2. L'economia digitale e l'equivoco sul diritto del lavoro «taylor-fordista». — 3. La prestazione di lavoro digitale e il problema della fattispecie. — 4. La prestazione di lavoro digitale e il problema del tempo-lavoro. — 5. Il problema della libertà nel rapporto di lavoro digitale.

1. — *Questione preliminare. Prima i fatti, poi le norme* — Nella sua *Filosofia del diritto*, Hegel così scrive: «Del resto, a dire anche una parola sulla dottrina di come dev'essere il mondo, la filosofia arriva sempre troppo tardi. Come pensiero del mondo, essa appare per la prima volta nel tempo, dopo che la realtà ha compiuto il suo processo di formazione ed è bell'e fatta. Questo, che il concetto insegna, la storia mostra, appunto, necessario: che, cioè, prima l'ideale appare di contro al reale, nella maturità della realtà, e poi esso costruisce questo mondo medesimo, còlto nella sostanza di esso, in forma di regno intellettuale. Quando la filosofia dipinge a chiaroscuro, allora un aspetto della vita è invecchiato, e, dal chiaroscuro, esso non si lascia ringiovanire, ma soltanto riconoscere: la nottola di Minerva inizia il suo volo sul far del crepuscolo» (1).

Di questa consapevolezza appare priva la dottrina giuslavoristica impegnata a profondere energie intellettuali per studiare gli effetti della cd. economia digitale sul lavoro e sul diritto che lo regola. Non intendo dire che la scienza giuridica non debba osservare le condizioni reali dello sviluppo economico contemporaneo e, quindi, cogliere i fenomeni di innovazione dei modi di produrre, anche perché quando le istituzioni dedi-

(*) Professore associato di Diritto del lavoro presso l'Università di Bari.

(**) L'articolo riproduce con alcune integrazioni lo studio presentato al Convegno «Impresa, lavoro e non lavoro nell'economia digitale», 12-13 ottobre 2017, Università degli Studi di Brescia.

(1) Hegel 1965, 17.

cano attenzione a un fenomeno in genere si tratta di processi reali (2). Tuttavia, le conclusioni cui addiviene buona parte della dottrina giuslavorista appaiono quantomeno premature non fosse altro perché i caratteri di questa nuova «quarta rivoluzione industriale» sono ancora incerti o contraddittori. Il fatto stesso che vi sia un discreto numero di formule utilizzate per descrivere questa presunta «nuova economia» dimostra che occorrerebbe molta prudenza per evitare di fare di un'analisi scientifica una profezia (3).

Non saprei dire – e comunque non intendo avventurarmi sul punto – se questo ciclo di sviluppo capitalistico sia basato sul «sapere/intelligenza» più di quanto non lo sia stato quello che ha caratterizzato la cd. *new economy* dei primi anni novanta o l'uso della cibernetica come avviene con la ristrutturazione capitalistica a partire dagli anni ottanta; stesso discorso vale sulla definizione come «capitalismo cognitivo» (4) o addirittura come «post-capitalismo» (5), insomma come evoluzione tecnologica che determina «la crisi del capitalismo» (6). Certo è che sembra esserci una certa concordanza nel sottolineare che – per esempio – il principale (se non unico) connotato del capitalismo delle piattaforme è dato dalla creazione di valore mediante l'estrazione e la lavorazione di una nuova materia prima: i dati (i cd. *big data*) (7). Richiamo questa osservazione perché, se così fosse, i giuslavoristi impegnati a comprendere gli effetti di questo fenomeno dell'economia sul lavoro dovrebbero tenerlo bene a mente: cioè, se la principale innovazione riguarda la materia prima del

(2) Cfr. il documento *Piano Nazionale Industria 4.0* del Governo italiano oppure il documento della Commissione europea *Un'agenda europea per l'economia collaborativa*, Comunicazione del 2.6.2016.

(3) Peraltro, definirla come *gig economy* è cosa diversa da *sharing economy* o da *platform economy* (e via dicendo) perché ciascuna di queste definizioni mette in risalto un aspetto diverso dall'altro. È questo è dimostrato dalla ormai abbastanza consistente letteratura economica e sociologica che, prima ancora che assumere una posizione politico-teorica sul punto, finiscono per mettere in evidenza tutte quante la eterogeneità dei caratteri di questa «nuova economia». Dei lavori che ho avuto modo di consultare, quello di Magone, Mazali 2016, più di altri, mette in evidenza la varietà di significati implicati in questa «nuova economia» che loro chiamano *Industria 4.0*: si tratta di fenomeno di raccolta, sviluppo e analisi di *big data*, applicazione dell'internet delle cose, l'uso di stampanti 3D, lo sviluppo della robotica. Su quest'ultimo volume, vd. le recensioni di Betti 2017 e Rinaldini 2017.

(4) Cfr. Vercellone 2006; Moulier Boutang 2002; Cillario, Finelli 1998.

(5) Drucker 1993 e Mason 2016.

(6) Gorz 2003, 40. Su punto rinvio al recente libro di Vercellone *et al.* 2017.

(7) Srnicek 2017.

processo di produttivo, in che modo la lavorazione di questa materia prima influisce sull'organizzazione del lavoro (sempre che influisca)?

Ma qui cominciano i rischi di confusione che indeboliscono il discorso scientifico-giuridico. Infatti, si finisce per seguire acriticamente le suggestioni provenienti da coloro che intravedono nel capitalismo cognitivo un nuovo modo di «lavorare», cioè di valorizzare il capitale. Secondo questo filone di pensiero, il capitalismo cognitivo «mette al lavoro» non solo (e anzi non tanto) il lavoro, in senso classico, ma anche ogni momento della vita delle persone, in contatto con la rete informatica. In altre parole, poiché la valorizzazione del capitale passa attraverso l'acquisizione e la lavorazione in algoritmi dei dati acquisiti attraverso i contatti con la rete delle piattaforme, ogni nostra attività quotidiana di questo tipo valorizzerebbe il capitale e, di conseguenza, sarebbe qualificabile come «lavoro», ancorché gratuito (8).

Il rischio è, però, di attrarre nelle trame di questo discorso anche il discorso giuridico generando confusione, a cominciare dalla commistione fra lavoro e gratuità che affiora timidamente anche in qualche scritto di giuristi (9). Se «ogni interazione sociale diventa lavoro gratuito per il capitalismo, accedendo a una concezione del lavoro del tutto diversa da quello remunerato» (10), il giurista del lavoro finisce per interessarsi a un rapporto sociale e non giuridico-contrattuale perché quel «lavoro» non deriva più da una obbligazione contrattuale. Insomma: un «discorso metafisico» per i giuristi. Rinvio al par. 3 alcune considerazioni sulla questione della fattispecie contrattuale cui ricondurre il «lavoro digitale»; per adesso rammento che «fattispecie» significa «raffigurazione del fatto», e ciò presuppone l'esatta raffigurazione del fatto da ricondurre al significante linguistico. Sicché, cominciamo a dire che la formula «lavoro gratuito», per il diritto, è un ossimoro; che un lavoratore (subordinato e autonomo) è altro rispetto a un consumatore.

I rischi di confusione si aggravano quando poi si segue un altro motto di questa letteratura: quello secondo il quale questo lavoro digitale è libero.

Spero bene che quest'altra convinzione non si riferisca al lavoro produttivo delle infrastrutture di questo libertario capitalismo delle piattaforme: si rammenti che ogni piattaforma ha necessità di uno *smartphone*, e che questi strumenti vengono prodotti, per esempio, alla Foxconn, nel-

(8) Briziarelli 2017.

(9) Tullini (2016, in particolare 760-762) sembra farsi permeare dal dubbio che questo lavoro su piattaforma sia svolto da lavoratori oppure da consumatori.

(10) Srnicek 2017, 50.

la città cinese di Shenzhen, nella più grande fabbrica del mondo dove si lavora in condizioni schiaviste riconducibili alle peggiori fabbriche scozzesi di fine Ottocento (11). Ma quand'anche ci si riferisse ai lavoratori della piattaforma Amazon Mechanical Turk (Amt), uno dei simboli di questa nuova economia capitalistica, bisognerebbe sempre tenere a mente il modello di organizzazione che traspare da questo frammento estratto da un rapporto di servizio redatto da un responsabile di reparto, nell'impianto in Germania, a carico di un lavoratore: «Collega Tizio era inattivo dalle 07:27 fino alle 07:36 del mattino (9 minuti). Caio e Sempronio sono stati osservati in piedi fra gli scaffali 05-06 e 05-07. Già il giorno [...] 2014 Sempronio è stato osservato mentre era inattivo dalle 08:15 alle 08:17 di mattina (2 minuti). Inoltre, il giorno [...] 2014, Caio era inattivo dalle 07:13 alle 07:14 di mattina (1 minuto)» (12).

In questi casi non dovremmo avere alcuna resistenza a parlare di «neotaylorismo» (13). Se però nessun giuslavorista oserebbe negare ciò, occorre allora essere più stringenti nel rappresentare i «fatti» che mostrano il mutamento dei connotati di una prestazione di lavoro «digitale» rispetto alla prestazione di lavoro subordinato «normale». Occorre cioè che i fatti posti alla base del nostro discorso siano i più chiari ed esplicativi possibile in modo tale da dedurne le conseguenze per il diritto del lavoro. Siamo così alla seconda questione preliminare riguardo al carattere «profetico» delle premesse di una parte del discorso giuslavorista su lavoro digitale.

Nella sua monografia del 1989, Pietro Ichino così scriveva in conclusione: «Un dato di notevole rilievo sul quale occorre riflettere discutendo delle prospettive di riforma dei criteri di qualificazione dei rapporti di lavoro è costituito dalla tendenza attuale all'espansione del lavoro autonomo [...] ai danni del lavoro subordinato: tendenza comunemente riconosciuta, almeno in riferimento alla situazione italiana attuale, anche se non è detto sapere se essa corrisponda a un dato strutturale permanente dell'organizzazione del tessuto produttivo, o costituisca soltanto una fase del “movimento del pendolo” contrapposta alla fase precedente di espansione del lavoro subordinato a spese del lavoro autonomo.

Lo sviluppo dei mezzi di comunicazione delle informazioni, e in particolare degli strumenti informatici e telematici, fa sì che per l'inserimento organico della prestazione lavorativa nel processo produttivo sia sem-

(11) Ngai *et al.* 2015. Alla Foxconn, Fuchs (2014, 182 ss.) dedica un intero capitolo (il 7). Vd. anche le recensioni di Betti 2017 e di Rinaldini 2017.

(12) Resoconto riportato da Scholz 2017, 38.

(13) Vecchi 2017, in particolare 43.

pre meno necessario il coordinamento spazio-temporale della prestazione con il resto dell'organizzazione aziendale; l'imprenditore ha così sempre meno bisogno di grandi unità produttive e di "lavoro subordinato nell'impresa"» (14).

Pur mitigando la sua affermazione con una certa dose di prudenza riguardo all'esito di tale «movimento del pendolo», nel 1989 Ichino vede in atto un mutamento dell'organizzazione del lavoro perché l'innovazione tecnologica avrebbe determinato un aumento del lavoro autonomo rispetto al lavoro subordinato, di cui «l'imprenditore ha sempre meno bisogno». Tesi che l'Autore ribadisce più volte fino a che, 28 anni dopo (cioè nel settembre 2017), la ripropone proprio con riferimento alla ulteriore nuova innovazione tecnologica: «Il numero delle persone che lavorano permanentemente per mezzo di una *labour platform* [...] è in aumento esponenziale; si può dunque ipotizzare che in un futuro non molto lontano l'erosione dell'area del lavoro qualificabile come subordinato secondo i criteri tradizionali [...] incominci a costituire un problema sociale di importanza non secondaria» (15).

Non è ben chiaro se nei trent'anni passati dal 1989 al 2017 ci sia stata quella inversione di proporzioni fra lavoro autonomo e lavoro subordinato a seguito dell'innovazione e se questa inversione proseguirà in futuro, oppure se la prima profezia non è andata a buon fine ma se ne può proporre una nuova. Disgraziatamente, le serie storiche ufficiali dell'Istat sull'occupazione in Italia mostrano altro: se attribuiamo un indice pari a 100 al numero di occupati «dipendenti» e «indipendenti» presenti in Italia nel 1995, nel 2016 gli occupati «dipendenti» superano l'indice 115 (cioè sono passati da circa 15.800.000 unità a oltre 18.500.000) mentre gli «indipendenti» – sempre nel 2016 – superano di poco l'indice 105 (cioè sono passati da circa 6.000.000 di unità a poco più di 6.100.000) (16).

Non ho intenzione di trarre conclusioni affrettate da numeri che richiederebbero di essere interpretati; però la cosa certa è che la sostituzione di lavoro subordinato con lavoro autonomo come ineluttabile effetto della rivoluzione tecnologica non c'è stata, benché di rivoluzione tecnologica come detonatore della crisi del diritto del lavoro se ne parla da almeno trent'anni (17). Anche per questo merita di essere menzionato il

(14) Ichino 1989, 231-232.

(15) Ichino 2017, 2.

(16) Ringrazio il collega Michele Capriati, professore di economia al dipartimento di Scienze Politiche dell'Università di Bari, per avermi fornito questo dato ufficiale.

(17) Carinci 1985.

recente studio di Daubler e Klebe sul *crowdworking*, perché gli Autori si preoccupano di fornire preliminarmente indicatori occupazionali su Gran Bretagna, Stati Uniti e Germania per farne emergere che è vero che il lavoro autonomo cresce per numero di addetti, ma che si tratterebbe di sostituzione di lavoro dipendente con lavoro indipendente soprattutto per eludere il costo del lavoro dipendente (18). Insomma, il punto qui in questione è se siamo davvero nell'eclissi del lavoro subordinato (e del suo diritto) o se piuttosto dovremmo seguire l'invito alla prudenza cui ci ammonisce ancora di recente Lorenzo Zoppoli (19), proprio su questo tema, visto che le profezie si rivelano spesso fallaci tant'è che sembrano essere più un obiettivo politico teso a far eclissare quel che resta dei diritti dei lavoratori subordinati che una effettiva constatazione.

Anche perché, per stare ai fatti, alcuni lavoratori digitali vorrebbero che il diritto del lavoro subordinato governi i loro rapporti di lavoro, come gli autisti della piattaforma FedEx (in Oregon e California) o di Uber (in California e in Inghilterra) (20) o di Lyft (California), o l'addetto di Crowdfunder che, ciascuno per proprio conto, hanno chiesto ai propri giudici nazionali le protezioni giuridiche dei lavoratori dipendenti (cioè – al fondo – tutela dal licenziamento, orario di lavoro, salario, salute) (21). E quindi ha ragione Gigi Mariucci a scrivere che poi «il diritto del lavoro sembra spesso rinascere dalle sue ceneri» (22); ceneri in cui vorrebbero collocarlo i profeti di sventura.

Il diritto del lavoro subordinato costituisce ancora un orizzonte di riferimento per questi lavoratori digitali. Insomma, non intendo arrivare a dire – come pure si è scritto – che «la *sharing economy* oltre Uber è poca cosa» (23); però occorre, prima di tutto, rifuggire dagli afflatti metafisici e profetici sulla fine del lavoro dipendente e del suo diritto (o addirittura sulla fine del lavoro *tout court*) (24) in conseguenza della quarta rivoluzione industriale. Occorre invece intanto seguire l'invito a capire meglio la

(18) Daubler, Klebe 2016.

(19) Zoppoli 2017, in particolare 281-283.

(20) Donini 2016a.

(21) Non a caso le prime cause giudiziarie riguardano opposizione a «licenziamento» e richiesta di «salario»; cfr. Donini 2016b, 174-175.

(22) Mariucci 2016b, 132.

(23) Srnicek 2017, 70.

(24) Tesi che, in genere, riscuotono molto successo, come accaduto a Rifkin 1995; più di recente vd. lo studio presentato da Frey, Osborne 2013, secondo cui entro 10-20 anni il 47% degli attuali lavori svolti da persone saranno sostituiti da macchine intelligenti.

struttura di questo fenomeno – che certo non può essere negato – attraverso più approfondite ricerche sociali le quali ci permettano di raffigurarlo, e non immaginarlo (25).

Su questa premessa intendo porre quattro questioni:

1) una parte della dottrina giuslavoristica critica il diritto del lavoro perché sarebbe immutato nella sua originaria configurazione taylor-fordista, e perciò sarebbe inadeguato a regolare il lavoro di fronte ai mutamenti prodotti dall'innovazione tecnologica: è una critica fondata?

2) Parallelamente, la stessa dottrina afferma che il lavoro digitale non sarebbe sussumibile nella categoria giuridica dell'art. 2094 c.c. e che perciò occorrerebbe prevedere un nuovo statuto giuridico per questo lavoro più fedele alla struttura autonoma della sua prestazione. Ebbene: il lavoro digitale giustifica il rialimentare il dibattito sulle fattispecie generali «lavoro autonomo/lavoro subordinato»?

3) Su un punto sembra esserci convergenza negli Autori che hanno cominciato a studiare il lavoro digitale, e che però non è sufficientemente analizzato: mi riferisco alla dimensione temporale della prestazione di lavoro digitale. Quali effetti produce sulla disciplina giuridica (oltre che organizzativa) della prestazione di lavoro digitale la dimensione del tempo di lavoro?

4) Le tesi più radicali a sostegno dell'autonomia della prestazione di lavoro digitale si basano sull'invocazione della libertà del lavoro digitale. La struttura di questa prestazione è effettivamente compatibile con la libertà?

2. — *L'economia digitale e l'equivoco sul diritto del lavoro «taylor-fordista»* — Proclamare la crisi del diritto del lavoro è una tendenza discretamente diffusa fra i giuslavoristi tant'è che è abbastanza difficile dare conto della letteratura che, direttamente o indirettamente, *ex professo* o in *obiter dictum*, dichiara che il diritto del lavoro è in crisi, soprattutto in connessione alla rivoluzione tecnologica. Naturalmente non è questa la sede per affrontare un tema così impegnativo; tuttavia possiamo almeno inquadrare una questione che riguarda direttamente il tema del lavoro digitale nella «nuova economia».

Ebbene, Adalberto Perulli, scrivendo di recente sul tema, così afferma: «Il diritto del lavoro appare vieppiù datato e inadeguato, perché espressione di una logica normativa che affonda le sue radici nell'esperienza della fabbrica fordista [mentre oggi ci sarebbe] uno scenario in cui

(25) Weiss 2016.

ciò che viene messo in discussione è propriamente il paradigma giuslavoristico classico» (26).

L'opinione è abbastanza diffusa e consiste fondamentalmente nel considerare che il paradigma classico e identitario del diritto del lavoro sarebbe la fabbrica fordista con la sua organizzazione del lavoro taylorista (27). A cosa ci si riferisce precisamente quando si parla di taylor-fordismo? Una risposta abbastanza chiara la rinveniamo nel noto Rapporto Supiot del 1999: «Tale modello, proprio della grande impresa industriale a produzione di massa, è fondato su una rigorosa specializzazione dei ruoli e delle competenze e su un'organizzazione piramidale del lavoro (inquadramento gerarchico della manodopera; separazione dei compiti di progettazione e realizzazione dei prodotti) [...] La caratteristica fondamentale del modello fordista è costituita dall'importanza preponderante dei contratti di lavoro subordinato a tempo indeterminato [...], fondati su uno scambio tra un alto livello di subordinazione e di controllo disciplinare a beneficio del datore di lavoro e un elevato livello di stabilità, di compensazioni economiche, di prestazioni sociali e di garanzie per il lavoratore [...] È oggi banale osservare che questo modello sta perdendo rapidamente la sua centralità» (28).

Riepilogando in estrema sintesi, il ragionamento si articola su tre deduzioni: a) il diritto del lavoro sarebbe espressione della regolazione giuridica del lavoro taylor-fordista; b) il diritto del lavoro, in quanto taylor-fordista, si fonderebbe sul contratto di lavoro subordinato; c) il superamento del modello taylor-fordista comporterebbe il superamento del diritto del lavoro e del contratto di lavoro subordinato.

Andiamo con ordine. Cominciamo col dire che è solo un grande fraintendimento identificare – fino a farne un'endiadi – il diritto del lavoro e il taylor-fordismo. Si tratta di una affermazione priva di validità

(26) Perulli 2017a, 201 e 203. Di «malattia» del diritto del lavoro parla Del Punta (2012, 330), perché si sarebbe «messo a nudo l'incapacità di adeguare le proprie strutture cognitive e valutative, in una parola la propria razionalità, a un contesto economico, sociale e culturale, profondamente trasformato».

(27) Di recente Del Punta (2017), *en passant* scrive che «nella sua genesi fordista, la subordinazione presuppone un rapporto organico tra il lavoratore e l'organizzazione dell'impresa, qualificato dalla eterodirezione, cioè dalla messa a disposizione del lavoratore nel contesto di un'organizzazione tendenzialmente gerarchica», quasi a dire che prima del fordismo la subordinazione sarebbe altro; ma l'evidenza storica sconfessa questa disinvolta identificazione.

(28) Supiot 2003, 17-18.

storica e scientifica se solo pensiamo che il diritto del lavoro delle origini (29) è un diritto che ha ben poco di «industriale». Men che meno si può dire per la fattispecie giuridica «subordinazione» visto che risale a Lotmar e Barassi, cioè ben prima dell'età taylorista, a dispetto dei «socialisti della cattedra» che propugnavano un diritto speciale «operaio e industriale». Nei codici civili europei si sarebbe imposta la fattispecie generale e astratta, proprio quella capace di qualificare il lavoro dei carusi nelle zolfatane e quello delle mondine, il lavoro nelle fabbriche torinesi del biennio rosso e il lavoro a domicilio dei terzisti. Insomma, la fattispecie generale «subordinazione», quella che rappresenterebbe il lavoro taylorista, nasce per rappresentare un lavoro tutt'altro che taylorista.

Piuttosto, l'evoluzione storica del diritto del lavoro ci mostra che lo sviluppo del taylor-fordismo in Europa – di certo in Italia – coincide con lo sviluppo economico del secondo dopoguerra, quando la catena di montaggio sostituisce il lavoro a cottimo. Ebbene, poiché «quel» diritto del lavoro, quello storicamente taylor-fordista, consiste in cinque o sei leggi (30) verrebbe da chiedersi di quale diritto taylor-fordista si parla quando se ne diagnostica la crisi, tenendo conto che sullo sfondo di questa legislazione c'è la Costituzione della Repubblica italiana col diritto di sciopero, con la libertà sindacale e di contrattazione collettiva, col diritto alla retribuzione minima sufficiente, al riposo giornaliero e settimanale, alle ferie (31).

Questo è il diritto del lavoro che si sviluppa in Italia nel taylor-fordismo.

La dottrina della crisi del diritto del lavoro chiama a sostegno una seconda deduzione: non si tratta di mettere in questione la disciplina del lavoro subordinato, ma del fatto che il postfordismo non si baserebbe più tanto sul lavoro salariato/subordinato, perciò quel diritto del lavoro troverebbe sempre meno applicazione, cioè sarebbe tendenzialmente inadeguato al nuovo tempo. Per certi versi torniamo alla questione posta all'inizio di questo paragrafo; questa dottrina ritiene che la fattispecie «lavoro subordinato» non sarebbe più in grado di raffigurare i nuovi rapporti di

(29) Romagnoli 1989.

(30) Mi riferisco alla legge sul collocamento pubblico del 1949, la legge sul lavoro a domicilio del 1958, la legge sul divieto di interposizione illecita di manodopera del 1960, la legge sulla giustificazione del licenziamento del 1964, lo Statuto dei lavoratori del 1970, le modifiche al codice civile alla disciplina delle mansioni e dell'inderogabilità.

(31) A meno che non si intenda seguire la chiara posizione di quei capitalisti che identificano il diritto del lavoro taylor-fordista col costituzionalismo sociale e invocano il superamento del primo per superare il secondo. Cfr. Morgan 2013.

lavoro. La questione è un *refrain* che si ripete: si pensi alla qualificazione del rapporto di lavoro degli addetti *outbound* impiegati nei *call center*, e prima al lavoro nei sistemi organizzativi che adottavano il modello di cd. «qualità totale» (32), e ancora prima ai *pony express*, senza parlare dei dirigenti, o dei lavoratori a domicilio, o della «incantatrice di serpenti» di barassiana memoria. Ha ragione Mariucci a scrivere che «l'inconcludenza di questa discussione appare evidente», sicché non conviene indugiarsi (33).

Nondimeno, c'è una questione molto impegnativa che deve essere discussa. Si tratta proprio della correlazione concettuale fra lavoro «salariato», lavoro «taylor-fordista» e lavoro «subordinato».

Secondo la suddetta dottrina, la «crisi» del diritto del lavoro deriverebbe dalla corrispondenza fra lavoro capitalistico taylor-fordista e fattispecie di lavoro subordinato; sicché l'eclissi del taylor-fordismo produrrebbe la crisi del contratto che dava forma giuridica al rapporto di lavoro tipico di quel modo di produrre. Leggiamo uno stralcio da un libro scritto nel 1997 da un importante sindacalista e intellettuale, Bruno Trentin: «È prima di tutto il contratto di lavoro subordinato che entra in una crisi irreversibile [che] si manifesta su due versanti: il primo luogo, il venir meno della possibilità di ricorrere alla finzione economica e giuridica del lavoro astratto, quale unità di conto che consentiva sia la compravendita della merce lavoro, sia l'organizzazione parcellare del lavoro subordinato, fa emergere la persona concreta del lavoratore come soggetto del rapporto di lavoro [...] In secondo luogo, il venir meno di una condizione fondamentale sotto la quale, nella grande generalità dei casi, si effettuava lo scambio fra un salario capace di assicurare la riproduzione della forza lavoro e per un periodo di tempo dato» (34).

Quindi – secondo Trentin – la crisi del contratto di lavoro subordinato deriverebbe dall'impossibilità di continuare a utilizzare una fattispecie (lavoro subordinato) perché il modo di produrre postfordista non si basa più su «lavoro astratto», quello misurabile col tempo ai fini dello scambio contrattuale, bensì su una prestazione di lavoro personalizzata, su «lavoro concreto». Questa tesi è avvalorata da un prestigioso giurista come Alain

(32) Gaeta 1994; Castelvetti 1994.

(33) Mariucci 2016a, 606-607.

(34) Trentin 1997, 227-228. Secondo la lettura che ne ha dato successivamente Berta (2014, 71), condividendo la sua tesi «Trentin non accettava soprattutto l'idea che il lavoro fosse ancora rappresentato come una forza astratta. Per lui era vero il contrario: era il lavoro astratto, nel senso del marxismo e anche delle dottrine giuslavoristiche, a non esistere più».

Supiot, che già nella sua *Critique* del 1994 scrive: «L'invenzione del contratto di lavoro [...] instaura dei rapporti complicati con la nozione di lavoro astratto, così come s'è affermato nel XIX secolo, e che continua a dominare nel pensiero economico. Perché da un lato il contratto di lavoro dà forma giuridica uniforme alla diversità dei lavori concreti; ne permette l'appropriazione e l'utilizzazione mercantile, situandosi in armonia col concetto di lavoro astratto, l'unità di misura del mercato del lavoro. Ma dall'altro lato [...] il contratto di lavoro fa posto alla persona del lavoratore introducendo così valori non mercantili che non possono che indebolire la nozione di lavoro astratto» (35).

Qui sta l'equivoco sul rapporto fra diritto del lavoro e taylor-fordismo: un equivoco che si poggia su un altro equivoco più impegnativo dal punto di vista teorico. Infatti non è in questione soltanto la sovrapposizione concettuale fra lavoro «subordinato» e lavoro «taylor-fordista», ma anche l'identificazione di lavoro «astratto» (in senso marxiano), lavoro «taylor-fordista» e lavoro «subordinato».

Occorre questionare se è vero che il lavoro «astratto» marxiano sia sovrapponibile concettualmente al taylor-fordismo e – di conseguenza – se sia effettivamente caduto in disgrazia col postfordismo. Tralasciamo il fatto che *Il Capitale* è stato scritto più di cinquant'anni prima de *L'organizzazione scientifica del lavoro*. L'origine del fraintendimento sta nell'errata qualificazione come «astratto» in senso marxiano soltanto del lavoro corrispondente al modo di organizzare il lavoro taylorista. Se ciò fosse vero, vorrebbe dire che il lavoro pretaylorista (quello su cui ha sviluppato la sua teoria Marx) non sarebbe «astratto».

Diciamo che l'equivoco sta nell'utilizzare formule linguistiche senza il rigore necessario dei significati propri. Infatti, questa dottrina giuridica parla di lavoro «astratto» e lavoro «concreto» senza riferirsi precisamente al significato che ne ha dato Marx. Per esempio, Supiot utilizza le formule «lavoro astratto» e «lavoro concreto» in parallelo al suo discorso sull'ambivalenza del diritto del lavoro perché coniugherebbe assieme il «lavoro come oggetto» e il «lavoro come soggetto». Quindi, egli chiama «astratto» il lavoro oggetto del contratto di lavoro subordinato mentre lavoro «concreto» allude alla dimensione personale e soggettiva del lavoratore che implicata nel rapporto di lavoro. Tutt'altra cosa rispetto a Marx, che invece scrive: «Da una parte, ogni lavoro è dispendio di forza lavoro umana in senso fisiologico, e *in tale qualità di lavoro umano eguale o astrattamente umano es-*

(35) Supiot 1994, 255.

so costituisce il valore delle merci. Dall'altra parte, ogni lavoro è dispendio di forza lavoro umana in forma specifica e definita dal suo scopo, e *in tale qualità di lavoro concreto* utile esso produce valori d'uso» (36).

Dunque, il lavoro «astratto» – secondo Marx – è la forza produttiva che l'uomo mette a disposizione del capitalista per produrre valore di scambio e che costituisce l'architrave della teoria del valore; di contro, il lavoro «concreto» è il lavoro che produce valori d'uso e che non rilevano per la teoria del valore. In altre parole, il lavoro «astratto» è il lavoro utile al capitalista che lo acquista dal lavoratore (il lavoro «astratto» è ciò che Marx chiama anche forza lavoro); il lavoro «concreto», invece, è il lavoro utile a chi usa e consuma ciò che quel lavoro ha prodotto.

Orbene, allora il lavoro «astratto» dipende dalla forma capitalistica del modo di produrre, non dall'organizzazione tecnica del lavoro; astratto è il lavoro taylor-fordista come lo è il lavoro a cottimo, oppure il lavoro nel modello di «qualità totale» o il lavoro cognitivo/digitale. Se lavoro «astratto» è il lavoro che produce valori di scambio, allora il rapporto di scambio capitalistico di forza lavoro in cambio di remunerazione è un rapporto di lavoro «astratto». Quindi, il lavoro «astratto» è un concetto generale, ben più del taylorismo, che ha trovato una forma giuridica altrettanto generale nel contratto di lavoro subordinato per rappresentare lo scambio fra lavoro e salario (37).

Che poi questa forma giuridica generale abbia assunto nel codice civile italiano la fisionomia del contratto di lavoro subordinato *ex art. 2094 c.c.* o avesse assunto quello di compravendita speciale, come sosteneva Carnelutti (38), è questione di dogmatica giuridica, non di teoria generale del contratto di lavoro salariato. Perciò, l'equivoco sull'endiadi fra lavoro «astratto» e taylorismo non permette di cogliere il nesso generale che sussiste fra astrazione del lavoro capitalistico che si scambia mediante contratto e la fattispecie generale del contratto di lavoro subordinato.

Fatta questa precisazione, si parta dal fatto che anche questa nuova ed attuale fase dello sviluppo capitalistico non può fare a meno dello scambio di lavoro «astratto» e di una sua corrispondente fattispecie (39). Altro di-

(36) Marx ed. 1991; corsivi miei.

(37) Lo riconosce, da ultimo, Berardi Bifo 2017, 63: «trova qui fondamento la prefigurazione delle tendenze più avanzate del modo di produzione capitalistico: la sussunzione del lavoro mentale nel processo di produzione e la progressiva riduzione del lavoro mentale a lavoro astratto, lavoro senza qualità utile e senza contenuto, pura prestazione di tempo mentale per la produzione di valore di scambio».

(38) Carnelutti 1913.

(39) Sul questo aspetto centrale per tutto il discorso rinvio al notevole lavoro di Fuchs 2014.

scorso è cercare di cogliere la fisionomia giuridica di questa nuova forma di lavoro «astratto». In questo senso, non dobbiamo trascurare che – a parte qualche impresa di servizi su piattaforma – buona parte degli sviluppi applicativi di questa nuova fase di sviluppo capitalistico riguardano la manifattura industriale (40), rendendola così non tanto postindustriale quanto «iper-industriale», per usare la felice espressione di Pierre Veltz (41).

Ogni innovazione tecnica, ogni sviluppo di capitale fisso, ogni innovazione tecnica applicata dal capitalismo ha la funzione di accrescere la produttività e nessuno può negare che questa cd. «quarta rivoluzione industriale» costituisce una nuova fase di sviluppo del capitalismo destinata a una «riduzione ulteriore dei costi di transazione», come ammette Pietro Ichino (42), accrescendo il valore della produzione oppure riducendo il costo del lavoro. Il diritto del lavoro «digitale» e i suoi studiosi dovrebbero dedicarsi a questo specifico punto, ponendo la seguente questione: in che modo (cioè agendo su quali istituti giuridici) la «nuova economia» accresce la produttività del lavoro riducendone i costi? Ecco la domanda fondamentale per lo studio giuridico dei rapporti di lavoro digitali che però poche volte ispira gli studi sul punto.

La dottrina finisce per rispondere a questa domanda dedicandosi al problema della fattispecie contrattuale di inquadramento dei rapporti di lavoro digitale (43). Infatti, ricondurre nell'area del lavoro subordinato o del lavoro autonomo un rapporto di lavoro digitale significa prevedere

(40) Cfr. il *Piano nazionale Industria 4.0* del Governo italiano presentato nel 2016, sul quale Tiraboschi, Seghezzi (2016, in particolare 19), formulano aspre critiche perché il piano tratterebbe solo di applicazioni nella manifattura delle nuove tecnologie «intelligenti» senza tematizzare il diritto del lavoro e le relazioni industriali. Posto che nel Piano nazionale si esorta a potenziare il sistema di relazioni industriali aziendalizzato per incentivare una contrattazione collettiva aziendale sempre più dipendente dagli incrementi di produttività, quella critica mi sembra il portato di una sorta di «presunzione delle idee» sui processi produttivi reali non volendo prendere atto del fatto che quel Piano nazionale ritiene di investire tutte le energie sull'ammodernamento dei processi produttivi senza mettere in questione la disciplina giuridica del lavoro.

(41) Veltz 2017, 59: «il nuovo universo produttivo si colloca essenzialmente in continuità con il mondo industriale antico. Ne approfondisce i principi, ed è perciò che io lo qualifico “iper-industriale”, e non “post-industriale”». Sulla stessa linea di riflessione si colloca anche Salento 2017, 177: «Né le macchine, né gli algoritmi, né le soluzioni organizzative presentano differenze radicali rispetto a quelle in uso dieci o venti anni fa».

(42) Ichino 2017.

(43) Sul punto mi sembra che concordi Tullini 2016b.

due differenti costi del lavoro. Vediamo allora come la dottrina avvalora questo equivoco discorso sugli effetti della riduzione del costo del lavoro digitale.

3. — *La prestazione di lavoro digitale e il problema della fattispecie* — Il dibattito sulla fattispecie generale «subordinazione» è in effetti «estenuante» — come giustamente ebbe a qualificarlo Giuseppe Ferraro dieci anni addietro (44) —, perché questa volta viene alimentato dalla dottrina che squalifica come inadeguata la fattispecie giuridica «subordinazione» a raffigurare il lavoro digitale che, invece, sarebbe autonomo, libero, e non meriterebbe di essere ingabbiato nelle trame disciplinari del lavoro subordinato (45). Fra questi Autori cito Allegri e Bronzini, che sono fra i più impegnati testimoni di questa corrente di pensiero, avendo scritto uno stimolante libro nel 2015, nella cui Introduzione dichiarano: «Se la persona può sempre più spesso diventare produttiva per se stessa e per la società attraverso il collegamento con le piattaforme digitali di quel gran cervello collettivo, deposito della cultura e dell'intelligenza dell'umanità, perché dovremmo costringerla a lavorare come nell'Ottocento?» (46).

Questa posizione dottrinale è sostenuta da altri Autori, fra cui, in Italia, Adalberto Perulli, che di recente scrive: «Non sempre la riflessione della dottrina giuslavoristica ha compiuto lo sforzo di comprendere le reali esigenze di protezione espresse dal complesso mondo del lavoro autonomo [...] In questa prospettiva riduttiva, e in fondo negazionista della stessa reale capacità di dare forma e disciplina sostanziale al lavoro autonomo di nuova generazione, si collocano gli ordinamenti che hanno ampliato il campo di applicazione del diritto del lavoro tradizionale, al fine di assimilare, in tutto o in parte, il lavoro autonomo economicamente dipendente alla disciplina del lavoro subordinato [...] senza preoccuparsi di dare voce e protezione a quello genuinamente autonomo, ma economicamente dipendente, e quindi bisognoso di particolari tutele, solo parzialmente coincidenti con quelle tipiche del lavoro subordinato» (47).

Quindi, se ben intendo quanto scritto, gli ordinamenti che applicano al lavoro autonomo «genuino» ancorché economicamente dipendente lo

(44) Ferraro 2008.

(45) Ne accenna appena Perulli (2017b, 261), nell'ambito di un più generale itinerario storico-giuridico sul contratto di lavoro autonomo.

(46) Allegri, Bronzini 2015, 7.

(47) Perulli 2017c, 176, che si allinea alla tesi sostenuta da Bologna, Fumagalli 1997.

statuto protettivo del lavoro subordinato non darebbero «voce» né «protezione» al lavoro autonomo economicamente dipendente. La contraddizione di tale affermazione mi sembra fin troppo evidente sebbene la tesi sia animata da autentico spirito *pro labour*. Il fatto è che anche in questo caso sorprende l'eccesso di severità di giudizio nei confronti dello statuto protettivo del lavoro subordinato. Facciamo finta pure che il lavoro digitale sia genuinamente autonomo perché lavoro «concreto», «libero» (un lavoro quindi estraneo alla teoria marxiana del lavoro salariato); i critici della fattispecie «subordinazione» ritengono che qualificare il lavoro digitale come «subordinato» significherebbe assoggettarlo formalmente ai poteri dell'impresa e poi alle protezioni del lavoro subordinato che non sarebbero congrue.

Che i rapporti di lavoro digitali siano autonomi, liberi, è questione sulla quale tornerò nell'ultimo paragrafo.

Adesso mi limito a osservare che inquadrarli come lavoratori subordinati non comporta *sostanzialmente* la perdita di autonomia e libertà se fosse vero che la caratteristica organizzativa del processo produttivo digitale richiede autonomia a questi lavoratori, a dispetto di qualsiasi norma giuridica istitutiva del potere datoriale. Piuttosto, la sottrazione dall'area della subordinazione, invocata in nome della «libertà», si risolve nella sottrazione dall'area del diritto del lavoro, quello ispirato proprio dal proposito di immettere dosi di libertà nel rapporto di lavoro subordinato. Quale regressione ottocentesca sarebbe mai prodotta dal garantire anche a questi lavoratori la libertà sindacale, il diritto di sciopero, la retribuzione sufficiente contrattuale, le ferie, la giustificazione del licenziamento, e via dicendo? Insomma, a seguire questa corrente dottrinale si arriverebbe al paradosso che per garantire la libertà del nuovo lavoro digitale occorrerebbe privarlo dei diritti a protezione della libertà.

Resta comunque da affrontare la questione sulla configurazione della prestazione di lavoro digitale per desumerne la qualificazione della fattispecie contrattuale.

Facciamo allora un passo indietro e torniamo al fraintendimento sul lavoro astratto. Che il lavoro digitale implichi un maggior coinvolgimento della persona è vero quanto lo è per tutti i rapporti di lavoro inseriti in modelli innovati di organizzazione della produzione. La letteratura è ampia e concorde sul punto. Si può però dire che questo nuovo modello di lavoro è «concreto» e non «astratto»? Se per lavoro concreto intendiamo un maggiore coinvolgimento dell'autonomia operativa del prestatore di lavoro – in ciò seguendo il significato adottato da Supiot nel 1994 – non abbiamo alcuna obiezione. In effetti, tutte le ricerche mostrano una nuova

caratteristica del lavoro posttaylorista. Tuttavia, ciò non toglie che anche questo nuovo modo di lavorare è lavoro astratto in senso marxiano, perché la prestazione di lavoro digitale è una quantità di lavoro astrattamente utilizzata dal capitalista, il quale se ne appropria per produrre plusvalore. Quantità di lavoro acquisita mediante contratto. Fin qua Marx.

Al giurista tocca di riportare il fatto alla fattispecie contrattuale generale. La fattispecie generale e astratta concepita da Barassi (o da Lotmar) (48) è lo schema generale astratto capace di raffigurare insieme il caruso della zolfatara, la mondina, il tornitore metalmeccanico, la lavorante a telaio a domicilio, l'insegnante o «l'incantatrice di serpenti». È solo un artificio retorico infondato sostenere che la fattispecie contrattuale è il prototipo giuridico dell'operaio taylor-fordista.

Allora prima i fatti: l'autista di Uber, il consegnatario di Foodora, l'artigiano di Victor, il valutatore di Amt, ma anche l'operaio tecnico della Alstom. Questo è un breve e casuale elenco di prestazioni di lavoro che potrebbero essere tutte qualificate come «digitali» (49). Non è mia intenzione passare in rassegna questa panoplia fenomenica di rapporti di lavoro

(48) Nogler 2015, 347.

(49) Prestazioni esercitate tramite piattaforma, tranne l'ultima, che attiene a processi manifatturieri nei quali è già applicato il cd. «Internet delle cose». Voza (2017) ha ragione a chiedersi con celata ironia quale differenza ci sarebbe fra il consegnatario di Foodora e il vecchio *pony express* su cui si arrovelò parte della dottrina a metà anni ottanta. In effetti, in questo caso, l'uso di *app* o di radiotelefono non muta il carattere della prestazione di lavoro. La prima sentenza che attirò l'attenzione fu Pret. Milano 20.6.1986, in *OGL*, 1986, 978 ss., con nota di L. Spagnuolo Vigorita.

(50) Mi limito a dichiarare che mi allineo all'approccio metodologico adottato da Daubler, Klebe 2015 riguardo al *crowdworking*. Vd. anche l'orientamento della Commissione europea secondo la quale «perché sia soddisfatto il criterio della subordinazione il prestatore di servizi deve agire sotto la direzione della piattaforma di collaborazione, che determina la scelta dell'attività, la retribuzione e le condizioni di lavoro. In altre parole, il prestatore del servizio sottostante non è libero di scegliere quali servizi prestare e come, ad esempio, in virtù del rapporto contrattuale che lo lega alla piattaforma di collaborazione. Se la piattaforma di collaborazione si limita a trattare il pagamento depositato da un utente e lo trasmette al prestatore del servizio sottostante ciò non implica che la piattaforma di collaborazione determini la retribuzione. L'esistenza della subordinazione non dipende necessariamente dall'effettivo esercizio di una continua gestione o supervisione». Vd. Commissione europea, *Un'agenda europea per l'economia collaborativa*, Comunicazione, 2 giugno 2016 e il commento critico di Bronzini 2016.

Per altro verso, credo interessante verificare se sussiste intermediazione di lavoro subordinato tramite piattaforma o semplice mediazione fra lavoratori autonomi e committenti. Questo il criterio adottato da Prassl, Risak 2017 individuando le cin-

(50). Il problema nasce dalla rappresentazione che si fa della prestazione di lavoro digitale del tipo di quella fatta da Pietro Ichino, secondo il quale la *labour platform* trasformerebbe il lavoro subordinato in lavoro autonomo (51). Suppongo che tale deduzione derivi dal diverso rapporto che s'istituisce fra lavoratore e strumento tecnico digitale e che sarebbe privo degli indici tipici della subordinazione.

Nel sostenere questa tesi alcuni Autori chiamano a sostegno l'autorevolezza dello studio di Gaetano Vardaro su tecnica e diritto del lavoro come nel caso di Allegri e Bronzini; leggiamo con attenzione un loro brano:

Vardaro «aveva cercato di trovare un fondamento profondo del regime della subordinazione rintracciandolo nella “dipendenza da una tecnica” per cui la prestazione “impiegata” da altri viene progressivamente privata di connotati professionali specifici e quindi misurabile necessariamente “a tempo”, tesi seguendo la quale non può che concludersi per un tendenziale esaurimento di questa costellazione normativa posto che i *knowledge workers* sono sempre più spesso direttamente utilizzatori delle tecnologie della rete, facendo saltare l'intermediazione di terzi» (52).

Senonché, la conclusione che pare inevitabile ai due Autori è ben diversa da quella cui perviene Vardaro. Nell'articolo citato, il passaggio storico-dogmatico dal rapporto «personale» istituito dell'artigiano col proprio lavoro al rapporto di lavoro salariato mediante contratto si compie in ragione del mutato rapporto con la «tecnica»: «È in definitiva il mutamento del rapporto con la tecnica [...] che determina il mutamento della struttura (oltre che della funzione) del contratto di lavoro. L'artigiano povero, avendo interrotto il rapporto di funzionalità diretta precedentemente esistente fra il proprio lavoro e la tecnica, offre ormai solo delle “prestazioni lavorative”, che, proprio in quanto private di ogni contenuto tecnico-professionale, possono essere solo eterorganizzate» (53).

Quindi, secondo Vardaro, ciò che separa le due grandi tipologie di lavoro personale è il rapporto con «l'organizzazione “tecnica” delle proprie prestazioni»; cioè a dire che il rapporto si connota in base a chi *organizza tecnicamente* la prestazione, non in base a chi ha la conoscenza tecnica dei

que funzioni tipiche esercitate dal datore di lavoro: «1) stipulare e risolvere il contratto di lavoro; 2) ricevere la prestazione lavorativa; 3) rendere possibile l'adempimento della prestazione e provvedere alla retribuzione; 4) controllare e gestire l'organizzazione del lavoro; 5) sopportare i rischi dell'attività d'impresa».

(51) Ichino 2017, 3.

(52) Allegri, Bronzini 2015, 82.

(53) Vardaro 1986, 88.

mezzi. Qui sta il fraintendimento: la «tecnica» cui si riferisce Vardaro non è la strumentazione tecnologica, non è la conoscenza dei codici necessari a utilizzarla, ma è la «strumentalità» di quei codici tecnologici ai fini della produzione di valore economico. Scrive Vardaro: «L'essenza della “nuova strumentalità” della tecnica sta in questa sua duttilità (non più materiale) rispetto ai bisogni dell'*Unternehmer*: egli ed egli solo deve poter utilizzare e impiegare la tecnica ai propri fini, ma non più nei termini empirici (di funzionalità diretta rispetto a un bisogno diretto e immediato), come faceva l'artigiano medioevale, bensì in quelli, ben più astratti, della “impiegabilità” ai fini che egli avrà di volta in volta “liberamente” scelto» (54).

Quindi, l'estraniamento tecnico, secondo Vardaro, non dipende dalla capacità operativa di utilizzare codici tecnologici o applicazioni su piattaforme, ma la loro «impiegabilità» all'interno di un processo produttivo dominato da altri. Con questa chiave di lettura dovremmo chiederci chi è che domina e chi è dominato dalla piattaforma Uber o Amt. Beninteso: non intendo dire che in nessun caso chi presta lavoro «domina» la tecnica digitale; intendo solo negare che la tecnica digitale è sempre «dominata» da chi presta lavoro.

Insomma, anche guardata nella prospettiva di Vardaro, resta valida la bipartizione nel mondo dei rapporti di lavoro: da una parte il dominio sulla tecnica nel senso di dominio sul processo di organizzazione e valorizzazione di quella tecnica; dall'altra parte la subordinazione del lavoro a tale tecnica. Vardaro preferisce concentrarsi su questa bipartizione anziché su quella fra autonomia e subordinazione; nondimeno egli non nega che l'effetto dell'innovazione tecnica è trasversale rispetto al lavoro subordinato e al lavoro autonomo. Riconosco anche io che nel lavoro autonomo può determinarsi una situazione di assoggettamento alla tecnica, ponendo così l'esigenza di predisporre una protezione giuridica per questi lavoratori. Tuttavia – ecco il punto –, neanche Vardaro deduce che l'innovazione tecnica eclisserebbe la capacità classificatoria della fattispecie generale «subordinazione» a favore dell'autonomia.

Piuttosto, occorre indagare in che modo l'innovazione tecnica (e digitale) influisce sulla configurazione della prestazione di lavoro subordinato e – di conseguenza – sulla sua regolazione giuridica, cominciando dal primo e più importante indice della subordinazione: la dimensione temporale della prestazione di lavoro (55).

(54) *Ivi*, 81.

(55) Tullini (2016a) riconosce che il primo problema attiene alla dimensione spazio-temporale.

4. — *La prestazione di lavoro digitale e il problema del tempo-lavoro* —

Sotto questo profilo, la prima questione che deve essere chiarita ai fini della qualificazione del rapporto di lavoro digitale è se sussiste o meno l'obbligo di adempiere la prestazione di lavoro. Con specifico riferimento al lavoro tramite piattaforma, secondo alcune ricerche, «i lavoratori non hanno normalmente alcun obbligo di essere disponibili a eseguire la prestazione in maniera tecnicamente continua nel tempo» (56). Dal punto di vista formale, se non sussiste un obbligo di lavorare non sussiste un contratto di lavoro; il fatto che un lavoratore possa essere obbligato a rendersi disponibile «dal punto di vista sostanziale» (57) non può portarci a configurare un contratto di lavoro se un'altra persona non ha il potere di richiedere, organizzare e utilizzare una prestazione in cambio di un obbligo di remunerazione. In altre parole, essere disponibili a svolgere un lavoro costituisce prestazione di lavoro solo se quella disponibilità è formalmente obbligatoria.

Lo schema negoziale ci è ben noto perché è ben rappresentato dal contratto di lavoro intermittente in Italia (o dal cd. *zero hours contract* nel Regno Unito) (58). Nel diritto italiano vigente, il tempo della disponibilità alla chiamata non ha normalmente alcuna rilevanza giuridica tranne nel caso in cui sussiste l'obbligo di rispondere alla chiamata, nel qual caso questo tempo deve essere in qualche modo monetizzato. In ogni caso, quand'anche la disponibilità non fosse obbligatoria, nel momento in cui si risponde alla chiamata la prestazione di lavoro è qualificata come lavoro subordinato avendone tutte le caratteristiche.

Invece, secondo Pietro Ichino, la discontinuità della prestazione di lavoro digitale – cioè la possibilità di costituire una molteplicità di rapporti di lavoro rispondendo alla chiamata quando se ne ha la volontà – rappresenterebbe il rovesciamento del paradigma di lavoro subordinato. Più precisamente, Ichino ritiene che il contratto di lavoro subordinato è continuativo perché risponde alla teoria di Coase sui costi di transazione, per la quale è più razionale per l'imprenditore costituire un unico rapporto di lavoro anziché una molteplicità; invece, il lavoro digitale, si connoterebbe per essere un lavoro la cui razionalità/convenienza per l'imprenditore sarebbe meglio soddisfatta dalla sottoscrizione di una pluralità consecutiva di contratti anziché di uno solo continuativo. Quindi Ichino deduce che

(56) De Stefano 2017, 249; Loi 2017.

(57) Auriemma 2017, 286.

(58) Sulla versione inglese di questo tipo di contratto vd., di recente, Adams *et al.* 2015.

la continuità, connotato essenziale del lavoro subordinato, non connoterebbe il lavoro su piattaforma, e quindi non sarebbe appropriato inquadrare il lavoro digitale come lavoro subordinato (59).

Questa interpretazione sovrappone la natura continuativa della prestazione (tipica del lavoro subordinato) con la natura continuativa del rapporto; da questa sovrapposizione se ne ricava che la discontinuità del rapporto coincide automaticamente con la discontinuità della prestazione: insomma è come se il contratto di lavoro intermittente, consentendo una pluralità di rapporti di lavoro brevi e consecutivi, fosse incompatibile con la natura subordinata della prestazione di lavoro. Ma sappiamo bene che non è così. La discontinuità nel rapporto non esclude che vi possa essere continuità della prestazione (come è vero il contrario, e cioè che la continuità del rapporto non esclude che vi possa essere discontinuità nella prestazione).

Piuttosto, l'utilità di analizzare la dimensione temporale della prestazione di lavoro digitale non sta tanto nella propensione a negarne la qualificazione come lavoro subordinato, quanto nell'individuare le nuove forme di valorizzazione del capitale e quindi attualizzare la nozione di subordinazione (60). Vero è che la prestazione di lavoro digitale diventa sempre più connotata dall'elemento cognitivo che non permette sempre di essere utilmente misurabile (ai fini dello scambio, in quanto lavoro astratto) mediante una quantità determinata di tempo calcolato mediante orario. L'apporto di utilità per la valorizzazione del capitale nel lavoro cognitivo si realizza più nella dimensione «logica» del tempo che non in quella «cronologica». In questo senso si può dire che l'apporto di utilità organizzativa della prestazione di lavoro tende a configurarsi più come «qualità» del tempo di lavoro che come «quantità».

Si tratta allora di ammettere che l'evoluzione tecnica dei processi produttivi (il cui ultimo passo è la digitalizzazione) provoca una tendenziale perdita di utilità del tempo di lavoro configurato come «orario di lavoro» predeterminato, sviluppando l'utilità del tempo di lavoro inteso come «tempo produttivo» che prescinde dal «tempo-orario». Questo significa che la neutra e costante linearità del tempo di lavoro calcolato come orario è prestazione di lavoro produttivo al pari di come è produttivo un tempo non calcolato mediante orario (61). Come si vede, un problema di fattispecie si presenta sot-

(59) Ichino 2017.

(60) Giustamente, a proposito di lavoro digitale, insiste sulla necessità di attualizzare gli indici della subordinazione Auriemma 2017.

(61) In questa prospettiva mi sembra che si collochi recentemente anche Ponzellini 2017.

to forma di problemi di effetti perché si pone il problema di come configurare una prestazione di lavoro, che è tempo di lavoro, senza necessariamente identificarla con l'ambigua nozione di effettività dell'orario di lavoro.

Ho affrontato questo problema in un mio precedente lavoro monografico al quale mi vedo costretto a rimandare (62). In questa occasione mi preme solo richiamare il fatto che il lavoro nell'economia digitale avvalora ancora di più la necessità di un aggiornamento della dogmatica sulla prestazione di lavoro subordinato perché «i nuovi volti della subordinazione» (63) (per parafrasare il titolo di un influente saggio di Supiot) è innanzitutto il nuovo volto del tempo di lavoro subordinato (che resta pur sempre subordinato): il tempo del lavoro (il tempo-lavoro) è un tempo produttivo che deriva da una obbligazione contrattuale (tempo contrattuale) e che non coincide necessariamente con l'orario di lavoro (tempo-orario) (64).

Non è una novità che la prestazione di lavoro subordinato possa essere misurata senza ricorrere alla misurazione tramite «orario» (65). In questi casi, la prestazione di lavoro subordinato è costituita da un tempo produttivo (perché utile all'interesse organizzativo) che è tempo contrattuale (perché oggetto di obbligazione) e che chiamo tempo-lavoro, il quale non coincide necessariamente e integralmente col tempo scandito dall'orologio (tempo-orario).

Siamo in presenza di un processo nel quale il tempo-lavoro, divaricandosi dal tempo-orario, perde innanzitutto la caratteristica di essere un tempo di lavoro fatto oggetto di scambio contrattuale. Se il lavoro astratto (in senso marxiano) non è più quantificato tutto e necessariamente mediante orario, la prestazione di lavoro oggetto di contratto diventa indeterminata come «quantità» dell'oggetto scambiato mediante contratto. Questa «*de-oggettivazione del tempo-lavoro*» è la forma contemporanea del contratto di lavoro posttaylorista, fondato sull'incertezza, l'imprevedibilità, l'incalcolabilità, l'eventualità: tutto il contrario della misurazione og-

(62) Bavaro 2008.

(63) Supiot 2000.

(64) Con argomentazioni diverse fra loro, ed enfatizzando il concetto di «disponibilità continuativa» mi sembra che sia Razzolini (2014) sia Siotto (2010) condividano il mio stesso approccio alla questione della subordinazione.

(65) Si pensi ai rapporti di lavoro subordinato cd. «senza orario» riferiti a una variegata tipologia di rapporti di lavoro che il d.lgs. n. 66/2003 esclude – totalmente o parzialmente – dall'applicazione della disciplina sull'orario. Si tratta di «lavoratori la cui durata dell'orario di lavoro, a causa delle caratteristiche dell'attività esercitata, non è misurata o predeterminata o può essere determinata dai lavoratori stessi» (art. 17, comma 5, d.lgs. n. 66/2003).

gettiva. Mentre l'oggettivazione del tempo-lavoro determina la separazione cronologica del tempo-subordinazione dal tempo-libertà e affida all'orologio la loro reciproca misurazione, la de-oggettivazione affida all'organizzazione produttiva la misura variabile del tempo-orario.

Se dunque l'innovazione digitale accentua la crisi della determinabilità quantitativa del lavoro, essa accentua la crisi della cronometria normativa del tempo-lavoro oggettivato e tende a trasformare la struttura della prestazione di lavoro senza però modificare la funzione «utile» e «produttiva» del tempo-lavoro.

5. — *Il problema della libertà nel rapporto di lavoro digitale* — La crisi della determinazione quantitativa del tempo-lavoro mette in questione – fra le diverse cose (per esempio, determinazione del salario o tutela della salute) – il problema della libertà nel contratto di lavoro subordinato.

Ho appena detto che la de-oggettivazione del tempo-lavoro porta con sé la conseguenza di sfumare il confine fra tempo della subordinazione e tempo della libertà (il cd. tempo libero). In questa sede tralascio i numerosi aspetti problematici provocati dal concetto di tempo-lavoro sulla disciplina dell'orario di lavoro. Però il tempo-lavoro digitale ci si permette di richiamare criticamente la tesi sulla «libertà del lavoro digitale», riportando il discorso al punto da cui siamo partiti, cioè ancora alla questione della fattispecie e – prima – del diritto del lavoro subordinato.

Nella parte di dottrina più convinta della crisi del diritto del lavoro, uno degli argomenti più in voga si basa sull'autonomia e indipendenza dell'imperante lavoro digitale, confermate proprio dal modo di organizzare l'orario di queste prestazioni di lavoro. Se non si accoglie la distinzione concettuale fra tempo-orario e tempo-lavoro è comprensibile che proprio la modalità di organizzazione del tempo di lavoro digitale possa indurre a sostenere che si tratta di lavoro autonomo, indipendente, quindi «libero». Alla base di questa dottrina c'è sempre il fraintendimento di cui ho detto nel paragrafo 2: cioè, si tratterebbe di una prestazione di lavoro non misurabile con l'orario perché non sarebbe lavoro «astratto» bensì lavoro «concreto»; non sarebbe un lavoro misurabile per mezzo dell'orario ma sarebbe un lavoro dominato tecnicamente dal prestatore, quindi con un connotato fortemente personale e libero.

Sulla questione del fraintendimento riguardo al «dominio tecnico» ho già detto in precedenza che il dominio non riguarda la conoscenza della tecnica ma l'impiegabilità della tecnica nel processo produttivo; comunque, non è il caso di ritornarvi. Quanto alla «concretezza» del lavoro digitale, essa troverebbe dimostrazione proprio nella incalcolabilità come tem-

po-orario, e quindi nella deduzione di non poterlo considerare come lavoro «astratto», cioè come «oggetto» misurabile, ma come espressione del «soggetto» lavorante.

Ebbene, l'idea che il lavoro digitale sia lavoro «concreto» presuppone che si tratti di un lavoro *soggettivato* e non *oggettivato*. Si tratta di una dottrina che annovera autorevoli sostenitori favorevoli alla «riscoperta dell'individuo» nel diritto del lavoro, intesa come sviluppo di «principi regolativi che enfatizzano l'autodeterminazione del singolo lavoratore e la sua realizzazione come persona» (66). Secondo questa dottrina, la coerenza del ragionamento sarebbe presto fatta: il lavoro non sarebbe l'astratto oggetto dello scambio taylor-fordista; tant'è che non sarebbe oggettivato in uno scambio di tempo-orario; esso quindi costituirebbe la concreta «opera» di un soggetto libero, autonomo e indipendente che agisce *liberamente* nel mercato postfordista: Ichino li ha chiamati «imprenditori di sé stessi che si offrono per lavori a tempo» (67). Non mancano rappresentazioni escatologiche della funzione liberatoria dell'economia digitale: «La trasformazione del lavoro e dell'impresa dischiude in potenza un'era di libertà resa possibile dalla capacità di incrementare in misura saliente il proprio lavoro grazie a un processo illimitato di sviluppo della conoscenza» (68).

È evidente dunque la convergenza – certo involontaria – fra la dottrina libertaria del lavoro e l'ideologia neoliberale dell'impresa: entrambi assumono il ruolo di fustigatori del passatismo culturale della dottrina giuslavorista che resterebbe ipnotizzata da una visione di un mondo taylor-fordista che non esisterebbe più. Mentre, invece, il mondo nuovo dell'economia presenterebbe nuove opportunità di liberazione delle persone dal giogo oppressivo della subordinazione taylorista.

Ammettiamo pure che avesse ragione Trentin a scrivere che «la cultura taylorista e fordista [...] già all'indomani del primo conflitto mondiale, divenne una sorta di “ideologia del progresso”» (69); non possiamo non vedere che il postfordismo digitale è una altrettanto potente ideologia. Chiediamoci, infatti, se è proprio vero che il taylor-fordismo ha portato al culmine la spersonalizzazione del lavoro e «se» e «come» il postfordismo lo ri-personalizzerebbe, come viene scritto da migliore dottrina (70).

(66) Simitis 1990, 105.

(67) Ichino 2017, 2.

(68) Berta 2014, 73.

(69) Trentin 1997, 101.

(70) Secondo Supiot 2000, 134: «questa “ripersonalizzazione” del rapporto di lavoro ha ispirato le tesi del *management partecipativo*» che sarebbe un'altra conseguenza, in opposizione a una presunta «cultura conflittuale» del lavoro taylorista.

Per rispondere occorre intendersi sul significato che attribuiamo al concetto «personalizzazione». Se intendiamo il rapporto fra uomo e tecnica (il processo produttivo) e perciò la «s-personalizzazione» della prestazione significa prestazione priva di azione intellettuale e volontaria da parte del lavoratore, consistente invece solo nel seguire passivamente il ritmo della macchina, è certamente vero che il taylorismo ha reso il lavoratore salariato come un «gorilla ammaestrato» (per usare la nota espressione utilizzata da Gramsci in *Americanismo e fordismo*).

Riconoscere questo, però, non giustifica affatto il trionfalismo libertario propugnato da coloro che vedono, invece, nei nuovi processi di produzione dell'economia capitalistica digitale un lavoro finalmente «personalizzato». Non manca chi mette in guardia dal pensare che un algoritmo posto al comando del ritmo di lavoro sia effettivamente più docile di una catena di montaggio, ammonendoci che «qualsiasi definizione di lavoro digitale ha bisogno di divorziarsi dalla retorica sulla flessibilità, libertà di scelta e autonomia» (71). Ma il punto da questionare riguarda l'idea stessa di personalizzazione del lavoro che comporterebbe una maggiore autonomia e – soprattutto – libertà del lavoro.

Ecco il punto davvero problematico: l'idea di libertà nel lavoro che hanno coloro che vedono solo servitù nel lavoro taylorista e tanta libertà nel lavoro digitale. È certo che il lavoro subordinato è subordinazione di un uomo a un altro uomo; tuttavia, con troppa leggerezza costoro dimenticano che, *politicamente e soggettivamente*, questa condizione di s-personalizzazione del lavoro, paradossalmente, permette di coltivare un'altra condizione di libertà del lavoratore, dato che il taylorismo assoggetta il lavoro, ma non assoggetta la persona che lavora, come intuì Antonio Gramsci nei *Quaderni*: «Si è completamente meccanizzato solo il gesto fisico [non già la capacità di pensare]; gli industriali americani hanno capito [...] che “gorilla ammaestrato” è una frase, che l'operaio rimane “purtroppo” uomo e persino che egli, durante il lavoro, pensa di più o per lo meno ha molto maggiori possibilità di pensare [...] e non solo pensa, ma il fatto che non ha soddisfazioni immediate dal lavoro, e che comprende che lo si vuol ridurre a un gorilla ammaestrato, lo può portare a un corso di pensieri poco conformisti» (72).

Invece, ben più del taylorismo, può annidarsi proprio nel digitalismo la vera ideologia dell'assoggettamento del lavoro; assoggettamento non so-

(71) Scholz 2017, 45.

(72) Gramsci 1978.

lo del lavoro come oggetto ma anche del lavoro come soggetto: questa è, in fin dei conti, la «soggettivazione del lavoro». Faccio mie le parole di chi ha finalmente riproposto un discorso critico sulla libertà: «Si tratta dell'istituirsi di un nuovo modello di potere che si pone come coerente e sostanziale alla crescente complessità del capitalismo flessibile: volto non più solo a predisporre e disciplinare (subordinare) i soggetti produttivi all'interno di rigidi ruoli operativi, secondo un preciso e rigido piano organizzativo cui corrisponde una ferrea disciplina operativa [...] ma piuttosto a stimolare, formare e quindi *controllare* degli spazi di "libertà" di azione produttiva all'interno dei quali le condotte soggettive possano plasmarsi in conformità con le esigenze di continua e imperante innovazione dei processi e dei prodotti. Si tratta però, è bene precisarlo, di una *libertà immaginaria...*» (73).

Mettendo a produrre valore sia la forza muscolare del «gorilla ammaestrato» sia il suo intelletto (o addirittura la vita intera), facendo di tutto il tempo della persona un «tempo-lavoro», il capitalismo tende a cancellare il confine fra (tempo della) subordinazione e (tempo della) libertà, mettendo a produrre tutta la persona, e colonizzando la libertà con la subordinazione. Occorre perciò confutare l'idea che un maggiore coinvolgimento dell'intelletto della persona che lavora sia sinonimo di maggiore libertà (74).

È la persona che domina il processo produttivo oppure resta sempre dominata dal processo produttivo? Questo è il nodo teorico da sciogliere, che poi significa chiedersi se si tratta pur sempre di organizzazione del lavoro capitalistica oppure – secondo gli innovatori libertari – di postcapitalismo. Il lavoro digitale è lavoro capitalistico oppure no? La risposta negativa presuppone un'economia postcapitalistica nella quale il lavoro è produzione comune e libera. Io presuppongo che il lavoro digitale è lavoro capitalistico (75) e il lavoro capitalistico non è un'attività libera ma è lavoro astratto, assoggettato al processo produttivo che è diretto, organizzato e disciplinato dal capitalista.

I giuristi del lavoro non dovrebbero smarrire questo postulato.

(73) Chicchi 2012, 78, al quale è doveroso aggiungere anche il richiamo di Magatti 2009.

(74) Non a caso anche i giuristi più attenti all'evoluzione di questo fenomeno s'interrogano se nel rapporto di lavoro dell'economia digitale «la riorganizzazione del potere e della subordinazione apre davvero la via a nuove libertà»; vd. Perulli 2016, 29.

(75) Anche secondo Greco 2017, 65, «l'economia della condivisione diventerebbe, quindi, una condizione di possibilità del capitalismo contemporaneo, piuttosto che di autodeterminazione del lavoro».

Riferimenti bibliografici

- Adams A. et al. (2015), «Zero Hours Contracts» in the United Kingdom: Regulating Casula Work, or Legitimizing Precarity, in *DLRI*, 529 ss.
- Allegri G., Bronzini G. (2015), *Libertà e lavoro dopo il Jobs Act*, Deriveapprodi, Verona.
- Auriemma S. (2017), *Impresa, lavoro e subordinazione digitale al vaglio della giurisprudenza*, in *RGL*, I, 286 ss.
- Bavaro V. (2008), *Il tempo nel contratto di lavoro subordinato*, Cacucci, Bari.
- Berardi Bifo F. (2017), *L'anima al lavoro. Alienazione, estraneità, autonomia*, Deriveapprodi, Verona.
- Berta G. (2014), *Produzione intelligente*, Einaudi, Torino.
- Betti M. (2017), *Fabbriche e lavoratori 4.0: il sindacato alla prova delle catene globali del valore*, in *QRS*, n. 3, 131 ss.
- Bologna S., Fumagalli A. (1997), *Il lavoro autonomo di seconda generazione*, Feltrinelli, Milano.
- Briziarelli M. (2017), *La dialettica del volontariato 2.0. La produzione di soggettività neoliberali attraverso facebook*, in Armano E. et al. (a cura di), *Platform Capitalism e confini del lavoro negli spazi digitali*, Mimesis, Milano-Udine, 71 ss.
- Bronzini G. (2016), *L'agenda europea sull'economia collaborativa. Much Ado About Nothing?*, *RIDL*, III, 267 ss.
- Carinci F. (1985), *Rivoluzione tecnologica e diritto del lavoro: il rapporto individuale*, in *DLRI*, 203 ss.
- Carnelutti F. (1913), *Studi sulle energie come oggetto dei rapporti giuridici*, in *RDComm.*, 354 ss.
- Castelvetri L. (1994), *Contratto di lavoro e qualità totale*, in *RGL*, I, 431 ss.
- Chicchi F. (2012), *Soggettività smarrita. Sulle retoriche del capitalismo contemporaneo*, Bruno Mondadori, Milano.
- Cillario L., Finelli R. (1998) (a cura di), *Capitalismo e conoscenza*, Manifestolibri, Roma.
- Daubler W., Klebe T. (2016), *Crowdwork: datore di lavoro in fuga?*, in *DLRI*, 471 ss.
- De Stefano V. (2017), *Lavoro «su piattaforma» e lavoro non standard in prospettiva internazionale e comparata*, in *RGL*, I, 241 ss.
- Del Punta R. (2012), *Epistemologia breve del diritto del lavoro*, in (a cura di) Nogler L., Corazza L., *Risistemare il diritto del lavoro. Liber amicorum Marcello Pedrazzoli*, FrancoAngeli, Milano, 329 ss.
- Del Punta R. (2017), *Un diritto per il lavoro 4.0*, in A. Cipriani, A. Gramolati, G. Mari (a cura di), *10*, Fup, Firenze, 48 ss.
- Donini A. (2016a), *Regole della concorrenza e attività di lavoro nella on demand economy: brevi riflessioni sulla vicenda Uber*, in *RGL*, II, 46 ss.
- Donini A. (2016b), *Il lavoro su piattaforma digitale «prende forma» tra autonomia e subordinazione. Nuove regole per nuovi lavori?*, in *DRI*, 174 ss.
- Drucker P.F. (1993), *La società post-capitalistica*, Sperling&Kupfer, Milano.

- Ferraro G. (2008), *Gli anni '80: la dottrina lavorista dalla marcia dei quarantamila a Maastricht*, in P. Ichino (a cura di), *Il diritto del lavoro nell'Italia repubblicana*, Giuffrè, Milano, 206 ss.
- Frey C.B., Osborne M.A. (2013), *The Future of Employment: How Susceptible Are Jobs to Computerisation*, in www.oxfordmartin.ox.ac.uk, 13 settembre 2013.
- Fuchs C. (2014), *Digital Labour and Karl Marx*, Routledge, New York-London.
- Gaeta L. (1994), *Qualità totale e teorie della subordinazione*, in *DRI*, 3 ss.
- Gorz A. (2003), *L'immateriale*, Bollati Boringhieri, Torino.
- Gramsci A. (1978), *Americanismo e fordismo. Taylorismo e meccanizzazione del lavoratore*. Quaderno 22, Einaudi.
- Greco L. (2017), *Lavorare condividendo: natura e organizzazione del lavoro nella sharing economy*, in *QRS*, n. 2, 65 ss.
- Hegel G.W.F. (1965), *Lineamenti di filosofia del diritto*, Laterza, Bari.
- Ichino P. (1989), *Subordinazione e autonomia nel diritto del lavoro*, Giuffrè, Milano.
- Ichino P. (2017), *Le conseguenze dell'innovazione tecnologica sul diritto del lavoro*, relazione al Convegno Agi, Torino, 15 settembre 2017.
- Loi P. (2017), *Il lavoro nella gig economy nella prospettiva del rischio*, in *RGL*, I, 259 ss.
- Magatti M. (2009), *La libertà immaginaria. Le illusioni del capitalismo tecno-nichilista*, Feltrinelli, Milano.
- Magone A., Mazali T. (2016), *Industria 4.0. Uomini e macchine nella fabbrica digitale*, Guerini e Associati, Milano.
- Mariucci L. (2016a), *Culture e dottrine del giuslavorismo*, in *LD*, 585 ss.
- Mariucci L. (2016b), *Riflessioni su «L'idea di diritto del lavoro, oggi»*, in *LD*, 131 ss.
- Marx F. (ed. 1991), *Il Capitale*, libro I, 78, Editori riuniti, Roma.
- Mason P. (2016), *Postcapitalismo*, il Saggiatore, Milano.
- Morgan J.P. (2013), *The Euro area adjustment: about halfway there*.
- Moulier Boutang Y. (2002) (a cura di), *L'età del capitalismo cognitivo*, Ombre Corte, Verona.
- Ngai P. et al. (2015), *Nella fabbrica globale*, Ombre Corte, Verona.
- Nogler L. (2015), *Tecnica e subordinazione nel tempo della vita*, in *DLRI*, 347 ss.
- Perulli A. (2016), *L'idea di diritto del lavoro, oggi*, in *LD*, 17 ss.
- Perulli A. (2017a), *Lavoro e tecnica al tempo di Uber*, in *RGL*, I, 195 ss.
- Perulli A. (2017b), *Il lungo viaggio del lavoro autonomo dal diritto dei contratti al diritto del lavoro, e ritorno*, in *LD*, 261 ss.
- Perulli A. (2017c), *Il Jobs Act degli autonomi: nuove (e vecchie) tutele per il lavoro autonomo non imprenditoriale*, in *RIDL*, I, 176 ss.
- Ponzellini A.M. (2017), *Fine dell'orario come misura del lavoro? Tecnologie, smartworking, lavoro digitale*, in *QRS*, n. 3, 31 ss.
- Prassl J., Risak M. (2017), *Sottosopra e al rovescio: le piattaforme di lavoro on demand come datori*, in *RGL*, I, 223 ss.
- Razzolini O. (2014), *La nozione di subordinazione alla prova delle nuove tecnologie*, in *DRI*, 974 ss.
- Rifkin J. (1995), *La fine del lavoro*, Baldini & Castoldi, Milano.

- Rinaldini M. (2017), *Foxconn e smart factories: frammenti di un mondo della produzione sempre più integrato*, in *QRS*, n. 3, 143 ss.
- Romagnoli U. (1989), *Diritto del lavoro (storia del)*, in *DDPComm.*, vol. IV, 477 ss.
- Salento A. (2017), *Industria 4.0, imprese, lavoro. Problemi interpretativi e prospettive*, in *RGL*, I, 177 ss.
- Scholz T. (2017), *Think outside the boss. L'incapacità di immaginare una vita diversa è il trionfo del capitalismo*, in E. Armano, A. Murgia, M. Teli (a cura di), *Platform Capitalism e confini del lavoro negli spazi digitali*, Mimesis, Milano-Udine, 38 ss.
- Simitis S. (1990), *Il diritto del lavoro e la riscoperta dell'individuo*, in *DLRI*, 87 ss.
- Siotto F. (2010), *Fuga dal tempo misurato: il contratto di lavoro tra subordinazione e lavoro immateriale*, in *RIDL*, I, 411 ss.
- Srnicek N. (2017), *Capitalismo digitale*, Luiss Edizioni, Roma.
- Supiot A. (1994), *Critique du droit du travail*, Puf Paris.
- Supiot A. (2000), *Les nouveaux visages de la subordination*, in *DS*, 131 ss.
- Supiot A. (a cura di) (2003), *Il futuro del lavoro*, Carocci, Roma.
- Tiraboschi M., Seghezzi F. (2016), *Piano Nazionale Industria 4.0: una lettura lavoristica*, in *LLI*, vol. 2, n. 2.
- Trentin B. (1997), *La città del lavoro*, Feltrinelli, Milano.
- Tullini P. (2016a), *Digitalizzazione dell'economia e frammentazione dell'occupazione. Il lavoro instabile, discontinuo, informale: tendenze in atto e proposte di intervento*, in *RGL*, I, 748 ss.
- Tullini P. (2016b), *Economia digitale e lavoro non standard*, in *LLI*, n. 2, 1 ss.
- Vardaro G. (1986), *Tecnica, tecnologia e ideologia della tecnica nel diritto del lavoro*, in *PD*, 75 ss.
- Vecchi B. (2017), *Il capitalismo delle piattaforme*, Manifestolibri, Castel San Pietro Romano (Roma).
- Veltz P. (2017), *La société hyper-industrielle*, Seuil, Paris.
- Vercellone C. (a cura di) (2006), *Capitalismo cognitivo*, Manifestolibri, Roma.
- Vercellone C. et al. (2017), *Il Comune come modo di produzione*, Ombre Corte, Verona.
- Voza R. (2017), *Il lavoro e le piattaforme digitali: the same old story?*, in *W.P. Csdle «Massimo D'Antona».IT*, n. 336.
- Weiss M. (2016), *Digitalizzazione: sfide e prospettive per il diritto del lavoro*, in *DRI*, 656 ss.
- Zoppoli L. (2017), *Giustizia distributiva, giustizia commutativa e contratto di lavoro*, in *DLM*, 279 ss.

ABSTRACT

L'articolo analizza alcune delle questioni sollevate dal dibattito sulla incidenza dello sviluppo delle nuove tecnologie digitali sulla disciplina giuridica del lavoro. In particolare, si affronta il tema della fattispecie contrattuale generale della subordinazione polemizzando con le posizioni che criticano il diritto del lavoro perché istituito concettualmente in relazione al cd. fordismo. L'Autore ritiene, invece, che le innovazioni delle categorie giuridiche del diritto del lavoro debbano comunque assumere alcuni postulati fondamentali riguardo al contratto di lavoro nell'economia capitalistica.

LEGAL ISSUES ABOUT DIGITAL LABOR, WORKING TIME AND FREEDOM

The essay analyses some of the issues raised about the impact of the digital technologies on the labor law. In particular, it addresses the issue of the subordinate employment contract against the idea of labor law as «fordist» law. The Author believes, however, that the innovations of the legal categories of labor law must nevertheless assume some fundamental postulates concerning the role of the contract of employment in the capitalist economy.

Nicola Sartori (*)

CONTRIBUTO UNIFICATO E DEDUCIBILITÀ FISCALE
DELLE SPESE DELLA GIUSTIZIA
NEL PROCESSO DEL LAVORO (**)

SOMMARIO: 1. Premessa. — 2. Natura tributaria del contributo unificato e conseguenze. — 3. Criticità in merito alla determinazione del contributo unificato nel processo del lavoro. — 4. La (in)deducibilità fiscale dei costi di produzione del reddito da lavoro dipendente. — 5. La deducibilità fiscale delle spese della giustizia con particolare riguardo al processo del lavoro.

1. — *Premessa* — Il tema dell'accesso alla giustizia, anche nel processo del lavoro, non può prescindere dall'esame di alcuni rilevanti profili di natura tributaria.

Nel presente contributo, da un lato, sarà esaminato il contributo unificato (1), cioè il tributo giudiziario che, introdotto con legge 23 dicem-

(*) Ricercatore di Diritto tributario presso l'Università di Milano «Bicocca».

(**) Articolo tratto dalla relazione svolta al Convegno dal titolo «L'Accesso alla giustizia dei soggetti svantaggiati», organizzato dalla Fondazione Malagugini, presso il Tribunale di Milano, il 15 dicembre 2015.

(1) Per un'analisi più ampia del contributo unificato, sia permesso il rinvio a Sartori (2017, 1010 ss.), ove si propone, in prospettiva *de iure condendo*:

– l'addebito, *ex lege*, del contributo unificato alla parte soccombente in tutti i tipi di processi (eventualmente, per evitare la condanna al contributo unificato del soccombente che non agisce in modo ingiustificato, si è ipotizzato un sistema di parziale esenzione dal contributo unificato per l'attore – poi soccombente – nelle ipotesi di processi in cui egli non ha modo, prima di instaurare la controversia, di valutare, per evidenti asimmetrie informative, la bontà della propria azione, come è il caso del lavoratore dipendente nei giudizi di lavoro);

– la previsione della prenotazione a debito (o differimento sotto condizione del pagamento) per tutti (come è oggi previsto, ad esempio, per la pubblica amministrazione);

– la considerazione della capacità reddituale (e/o patrimoniale) del litigante in tutti i tipi processuali (e non solo in quello del lavoro).

Alcune delle argomentazioni sviluppate nel citato articolo saranno riprese, in modo sintetico, anche nella prima parte del presente lavoro (relativa, appunto, al contributo unificato).

bre 1999, n. 488, art. 9 (2), si applica nel processo del lavoro a partire dal 2011 (3).

Dall'altro, saranno analizzate le condizioni e le circostanze al ricorrere delle quali le spese di giustizia (ivi incluso il contributo unificato), relative al processo del lavoro, sono fiscalmente deducibili dal reddito imponibile, mettendo in luce le differenze tra spese sostenute dal datore di lavoro (imprenditore o lavoratore autonomo) e quelle sostenute dal lavoratore dipendente.

Al riguardo, occorre infatti considerare che, nel contesto del processo del lavoro, le spese legali gravano sui litiganti per entrambi i quali il rapporto di lavoro è strettamente connesso con la tipologia di reddito da essi prodotta. Per tale ragione, ne va vagliata la deducibilità fiscale. Ad esempio, se il giudice, nel regolare i rapporti di diritto sostanziale sui quali è chiamato a decidere, attribuisce al lavoratore dipendente una somma di denaro o un bene aventi rilevanza reddituale, le spese di giustizia da questi sostenute divengono necessariamente un componente (negativo) di quel reddito, che occorre esaminare sotto il profilo della relativa deducibilità fiscale, alla luce delle vigenti disposizioni in materia (4).

Il tema è connesso anche a quello della condanna alle spese del giudizio, che però non sarà oggetto di trattazione (5), se non ove funzionale all'analisi condotta.

2. — *Natura tributaria del contributo unificato e conseguenze* (6) — Il contributo unificato, ora disciplinato dagli artt. 9 e seguenti del d.P.R. 30 maggio 2002, n. 115 (Testo Unico in materia di spese di giustizia), è un

(2) Il contributo unificato ha sostituito, dal 1° marzo 2002, il previgente sistema di imposizione basato sul bollo e sulla tassa di iscrizione a ruolo, oltre che sui diritti di cancelleria. Nel processo del lavoro, sussisteva però, fino al 2011, un'esenzione (anche dal contributo unificato) disposta dall'art. 10, legge 11 agosto 1973, n. 533.

(3) Art. 37, comma 6, d.l. 6 luglio 2011, n. 98, convertito dalla l. 15 luglio 2011, n. 111, che ha introdotto nel Testo Unico delle spese della giustizia il comma 1-*bis* dell'art. 9.

(4) Sul tema, oggi superato, della tassazione (mediante imposta di registro) degli atti depositati in un processo, si vedano, per tutti, Calamandrei 1965, 243, e Vanoni 1938, 222.

(5) Si veda T. Reggio Emilia 28.2.2017, n. 28, ord., che ha rimesso alla Corte la questione di costituzionalità dell'art. 92, secondo comma, c.p.c. Sulla condanna alle spese, per tutti, cfr. Chiovena 2013.

(6) Il presente paragrafo costituisce una rielaborazione sintetica di quanto più ampiamente esposto in Sartori 2017, 1013 ss.

tributo (7) e, nello specifico, una tassa, avendo quale presupposto lo svolgimento di un servizio pubblico (8), cioè il servizio giudiziario.

L'attore, costituendosi in giudizio, richiede infatti l'espletamento di un servizio pubblico, di natura giudiziaria (9).

Da tale premessa si possono trarre due conseguenze.

La prima, indubbia, è che le controversie relative al contributo unificato rientrano nella giurisdizione tributaria, in ragione dell'art. 2 del d.lgs. 31 dicembre 1992, n. 546, a norma del quale «appartengono alla giurisdizione tributaria tutte le controversie aventi a oggetto i tributi di ogni genere e specie» (10).

Per adire la Commissione tributaria, occorre però un «atto qualificato» (d.lgs. n. 546 del 1992, art. 19) [...] riconducibile all'autorità fiscale (d.lgs. n. 546 del 1992, art. 10)» (11). Al riguardo, l'invito al pagamento, emesso (12) dalla cancelleria di un ufficio giudiziario (13) in caso di omesso versamento del contributo o di versamento inferiore al dovuto, ha natura di avviso di accertamento ed è pertanto un atto autonomamente impugnabile ai sensi del citato art. 19 (14).

Ciò significa che, se non impugnato, la pretesa fiscale diviene definitiva, non potendo il contribuente far valere le proprie ragioni impugnando la successiva iscrizione a ruolo.

(7) Cass. 5.5.2011, n. 9840, S.U. Similmente, Consiglio di Stato, parere 9.11.2011, n. 4281. Il contributo unificato presenta infatti le caratteristiche fondamentali del tributo, cioè «la doverosità della prestazione, in mancanza di un rapporto sinallagmatico tra le parti, nonché il collegamento di tale prestazione con la pubblica spesa, in relazione a un presupposto economicamente rilevante» (C. cost. 8.10.2012, n. 223, e, in precedenza, C. cost. 11.2.2005, n. 73).

(8) Sulla distinzione tra tassa, imposta e contributo, si rinvia, per tutti, alle definizioni di Tesaurò 2017, 5 ss.

(9) Art. 14, Testo Unico delle spese di giustizia, che impone il pagamento del contributo unificato quale conseguenza della costituzione in giudizio.

(10) Ciò è oggi confermato dall'art. 11, comma 2, del citato d.lgs., a norma del quale «stanno altresì in giudizio direttamente le cancellerie o segreterie degli uffici giudiziari per il contenzioso in materia di contributo unificato».

(11) Così, Cass. 26.6.2009, n. 15031, S.U. Sulla natura impugnatoria del processo tributario, cfr., per tutti, Tesaurò 2016a e Id. 2016b, 1036 ss.

(12) Art. 248 del Testo Unico delle spese di giustizia.

(13) Il contributo unificato non è oggetto di accertamento da parte dell'Agenzia delle entrate, bensì da parte dell'ufficio del ministero di Giustizia, che riscuote le spese di giustizia (d.P.R. 30 maggio 2002, n. 215, art. 247).

(14) Cfr. Cass. 15.7.2014, n. 16188, ord.

Se, invece, l'invito al pagamento è impugnato, si forma, innanzi alla Commissione tributaria, un nuovo giudizio, che non è né in connessione né in dipendenza con quello precedente (15).

La seconda conseguenza che si trae dalla natura di tassa del contributo unificato è che il principio di capacità contributiva non opera.

Per la Corte costituzionale, infatti, il suddetto principio non si applica alle tasse ma solamente alle imposte (16). Cioè si applica solo a quei tributi ove non è identificabile il singolo fruitore del servizio pubblico (17).

Nel contributo unificato è identificabile colui che ha dato luogo alla spesa pubblica, fruendo dello specifico servizio pubblico. Si tratterebbe, dunque, di una spesa divisibile che giustificherebbe l'applicazione di un criterio di giustizia distributiva basato non sulla capacità contributiva del soggetto passivo bensì sul costo del servizio.

La tesi della Corte costituzionale, come è stato più ampiamente dimostrato altrove (18), non ci pare condivisibile per le ragioni che qui si sintetizzano.

Innanzitutto, la distinzione tra spese divisibili e indivisibili non ha fondamento giuridico-tributario, né costituzionale (19).

(15) Cfr. Consiglio di Stato 23.7.2008, n. 3647, S. VI.

(16) Proprio in tema di tributi giudiziari, cfr. C. cost. 2.4.1964, n. 30, secondo cui, come si desume, *a contrario*, dal terzo comma dell'art. 24, Cost., «non v'è norma costituzionale che garantisca la prestazione gratuita del servizio giudiziario», e «risponde [...] a un principio di giustizia distributiva che il costo del processo sia sopportato in definitiva da colui che ha reso necessaria l'attività del giudice e ha perciò occasionato la spesa implicata dal suo svolgimento». Si vedano anche, *ex multis*, C. cost. 29.12.1966, n. 128; C. cost. 8.7.1967, n. 93; C. cost. 17.4.1968, n. 23; C. cost. 6.12.1984, n. 268; e, recentemente, C. cost. 7.4.2016, n. 78.

(17) Con riguardo alla compatibilità di oneri (anche fiscali) con il principio del diritto di difesa, la Corte ha sostenuto che occorre «distinguere fra gli oneri che siano razionalmente collegati alla pretesa dedotta in giudizio, allo scopo di assicurare al processo uno svolgimento meglio conforme alla sua funzione, di prevenire altresì eccessi riprovevoli nell'esercizio del diritto di azione, eccitando nel titolare un senso di responsabilità, e che perciò devono ritenersi consentiti, e quegli altri i quali invece tendono alla soddisfazione di interessi del tutto estranei alle finalità predette, e, conducendo al risultato di precludere od ostacolare gravemente l'esperimento della tutela giurisdizionale, incorrono nella sanzione dell'incostituzionalità» (così, C. cost. 2.7.1966, n. 80, e, similmente, C. cost. 19.1.1993, n. 8).

(18) Sia permesso, ancora, il rinvio a Sartori 2017, 1020 ss.

(19) Si tratta, infatti, di una ricostruzione degli studiosi di scienza delle finanze addirittura precedente all'emanazione della Costituzione. Cfr. Flora 1912, 167; Tangorra 1915, 314-315; e Steve 1976, 248 ss.

Inoltre, il servizio giustizia è un servizio essenziale, reso alla luce di un diritto fondamentale dell'individuo (20). Per tale ragione, si tratta di un servizio che, seppur «divisibile», deve essere assicurato a tutti (21). E proprio da ciò consegue che la relativa spesa assume natura di spesa pubblica, che va ripartita, ai sensi dell'art. 53 della Costituzione, in base a criteri di giustizia distributiva (22).

Ciò non significa che il servizio di giustizia deve essere interamente finanziato tramite imposte. Nella sua discrezionalità, nulla impedisce al legislatore di imporre, a chi adisce la giustizia, il versamento di un ulteriore tributo (23), seppur, come autorevolmente affermato, si tratti di un momento non opportuno (24).

Occorre però che tale tributo, seppur qualificato come tassa, non costituisca un impedimento di fatto all'accesso alla giustizia e, soprattutto, che sia in linea con il principio di capacità contributiva.

A tal fine, nella costruzione delle regole di determinazione del contri-

(20) Il diritto di accesso alla giustizia è oggi riconosciuto non solo dall'art. 24, Cost., ma anche, quale diritto umano, dall'art. 6 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, dall'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, dall'art. 8 della Dichiarazione universale dei diritti umani del 1948, dagli artt. 8 e 25 della Convenzione americana sui diritti umani del 1969, e dall'art. 7 della Carta africana sui diritti umani e dei popoli. Sul tema, cfr. Francioni 2007. Come affermava Satta (1938, 194), «l'interesse alla giustizia è coesenziale allo Stato, la giurisdizione è una sua *funzione*, che non può mancare senza che manchi lo Stato stesso». In generale, sull'accesso alla giustizia, si vedano anche Cappelletti 1978; Mattei 2007; e Cappelletti 1994.

(21) Non è opinabile che la funzione giurisdizionale civile si svolga «nel prevalente interesse collettivo» (così, Allorio 1938, 205).

(22) Il criterio di divisione della spesa in base al beneficio può invece trovare applicazione per i servizi pubblici non essenziali. Ad esempio, pare ineccepibile che la tassa per l'occupazione del suolo pubblico o quella di pubblicità non siano parametrate a indici di ricchezza del contribuente.

(23) Del resto, come affermato da C. cost. 28.4.2010, n. 164, in materia di spese del giudizio vige «il principio della sua discrezionalità e della insindacabilità delle opzioni legislative che non siano caratterizzate da una manifesta irragionevolezza (vd. sentenza n. 162 del 1983)». Anche Satta (1938, 196-197) sosteneva la possibilità di far convivere le imposte con le tasse giudiziarie. Einaudi (1937, 359 ss.) suggeriva invece di finanziare la giustizia solo per il tramite del gettito derivante dalla riscossione delle imposte. In termini simili, Scarselli 2001, 1808.

(24) Per Bentham (1793, 573), i tributi giudiziari gravano sul contribuente nel momento (anche economicamente) meno opportuno. Similmente, Allorio 1938, 206. Con particolare riguardo al processo del lavoro, la partecipazione come parte in giudizio, lungi dal costituire indice di capacità contributiva, rischia di denotare, al contrario, una riduzione dell'attitudine alla contribuzione.

buto unificato, sarebbe sufficiente che il legislatore considerasse la ricchezza dell'individuo (intesa come reddito, patrimonio o indice misto reddituale-patrimoniale) quale parametro per la concessione di esenzioni ulteriori rispetto a quella prevista in ipotesi di gratuito patrocinio, mantenendo, quale base imponibile del tributo in esame, il valore della controversia.

Solo in questo modo si potrebbe concludere che il costo del servizio essenziale graverebbe su chi, effettivamente, è in grado di sopportarlo e il tributo non sarebbe mai di importo tale da costituire un impedimento, di fatto, alla tutela giurisdizionale.

3. — *Criticità in merito alla determinazione del contributo unificato nel processo del lavoro* — Nel processo del lavoro, in estrema sintesi, il contributo unificato (25) ha le seguenti caratteristiche:

– è prevista una esenzione (26) dal contributo unificato per coloro che hanno un reddito inferiore a una somma corrispondente a tre volte quella individuata per il patrocinio gratuito a carico dello Stato (27);

– oltre la soglia, le controversie in materia di previdenza e assistenza obbligatorie sono soggette al contributo fisso di euro 43, mentre per quelle individuali di lavoro o concernenti rapporti di pubblico impiego il contributo è pari alla metà di quello dovuto per le controversie civili (28).

Si tratta, a ben vedere, proprio di un'applicazione del principio di capacità contributiva e di una conferma che i limiti derivanti da tale principio (art. 53, Cost.) sono più ampi del limite reddituale per il gratuito patrocinio (art. 24, Cost.) (29).

Con detta norma, il legislatore dimostra dunque di tenere conto delle concrete capacità economiche di ciascun contribuente, seppur il presup-

(25) L'art. 9, comma 1-*bis*, T.U. spese di giustizia, è stato introdotto dall'art. 37, comma 6, d.l. 6 luglio 2011, n. 98, convertito in l. 15 luglio 2011, n. 111. Per i profili applicativi, si veda la circolare 16 maggio 2012, n. 10, del ministero della Giustizia. In dottrina, cfr. Frabasile 2011. Per un esame del contributo unificato nelle cause diverse da quella del lavoro, cfr. Scarselli 2002, 75 ss., e Caglioti 2015.

(26) Come visto, prima del 2011, l'art. 10, l. 11 agosto 1973, n. 533, prevedeva una esenzione senza soglia.

(27) Tale importo è oggi pari a euro 11.528,41. Pertanto, per poter beneficiare del contributo unificato ridotto, è necessario possedere un reddito non superiore a euro 34.585,23.

(28) La riduzione del contributo unificato è negata dal ministero della Giustizia – circolare 16 maggio 2012, n. 10 – per i giudizi per cassazione, anche se il dato letterale non lascia intendere in tal senso.

(29) Sartori 2017, 1027 ss.

posto del tributo giudiziario non sia né il possesso di reddito né quello di un patrimonio, bensì il servizio giudiziario.

Come rilevato dalla giurisprudenza di legittimità, si tratta di una disciplina volta ad «agevolare l'accesso alla tutela giurisdizionale in ragione della particolare natura di alcune controversie che coinvolgono certe categorie di soggetti o che afferiscono a particolari rapporti» (30).

Tale disciplina è stata però oggetto di interpretazione restrittiva da parte del ministero della Giustizia (31): è stato infatti affermato che la soglia reddituale, al di sotto della quale l'agevolazione fiscale opera, non è rappresentata dal singolo reddito del litigante, bensì dalla somma dei redditi di ogni componente della famiglia, compreso il litigante, e cioè di tutti coloro che risultino con lui conviventi all'anagrafe e che quindi appaiono sul suo certificato di residenza.

L'interpretazione ministeriale non pare condivisibile (32) per almeno due ragioni.

Essa, innanzitutto, contrasta con la lettera della disposizione normativa in questione: l'art. 9, comma 1-*bis*, del Testo Unico delle spese di giustizia identifica, quale parametro di riferimento, il «reddito imponibile ai fini dell'imposta personale sul reddito» e rinvia, in merito alla quantificazione di tale parametro, all'art. 76, che identifica chiaramente l'importo di euro 11.528,41. Il «reddito imponibile ai fini dell'imposta personale sul reddito» è il reddito individuale (e personale), non quello familiare, e il rinvio all'art. 76 concerne solo l'importo, contenuto nel primo comma, e non le regole previste dai commi successivi al primo.

Dunque, un'interpretazione letterale della disposizione normativa porta a prediligere un riferimento al reddito individuale, e non a quello familiare.

In secondo luogo, l'interpretazione ministeriale non è pienamente coerente con il principio di capacità contributiva.

La Corte costituzionale ha dichiarato l'incostituzionalità del sistema del cumulo dei redditi dei coniugi ai fini fiscali, richiamando il principio di capacità contributiva e argomentando che «non si spiega come e perché un soggetto (il marito) possa e debba presentare una maggiore capacità contributiva per l'esistenza di redditi altrui di cui non abbia legalmente il possesso» (33).

(30) Così, Cass. 22.3.2013, n. 7294, S. trib., che conclude nel senso che l'esenzione, «come tale, non è suscettibile di interpretazione analogica o estensiva».

(31) Circolare 11 maggio 2012, n. 10.

(32) Stessa conclusione, con argomentazioni più sintetiche, in Sartori 2017, 1029, note 88 e 89.

(33) Così, C. cost. 15.7.1976, n. 179.

Pertanto, considerato che, come visto, la norma in esame è espressione del principio di capacità contributiva, adottando un'interpretazione costituzionalmente orientata, pare preferibile considerare rilevante, ai fini dell'applicazione dell'esenzione, il reddito individuale e non quello familiare.

Con riguardo alla citata disposizione, un'ultima riflessione merita il riferimento normativo al reddito risultante dall'ultima dichiarazione presentata. Se, da un lato, potrebbe sembrare parzialmente sacrificato il principio dell'attualità della capacità contributiva, il riferimento all'ultima dichiarazione rappresenta una scelta legislativa obbligata, dettata da ragioni di semplicità fiscale, e in linea con quanto avviene in altri paesi laddove si intende parametrare l'ammontare di un tributo non reddituale all'ultimo reddito imponibile dichiarato (34).

Per completezza, si osserva altresì che il contributo unificato, anche nel processo del lavoro, è regressivo: la percentuale del contributo, in relazione al valore della controversia, tende a decrescere. Ciò non comporta però una violazione del principio di progressività dell'imposizione, che si riferisce al sistema tributario complessivo, e non ai singoli tributi (35).

Per la giurisprudenza dell'Unione europea, il contributo unificato, nel processo amministrativo, non contrasta con il principio di effettività della tutela giurisdizionale (36), per tre ragioni (37):

- il contributo è imposto in modo indistinto nei confronti di tutti i contribuenti che intendano porre in essere la stessa azione;
- la parte soccombente è tenuta, in linea di principio, a rimborsare i tributi giudiziari anticipati dalla parte che risulta vincitrice (38);

(34) Si pensi, ad esempio, al sistema statunitense delle *fee taxes* che hanno come presupposto il rilascio di un interpello (cfr. *Revenue Procedure* 2016-1, *Section* 15).

(35) L'art. 53, secondo comma, Cost., che prevede la progressività del sistema tributario, non impone che ogni tributo sia progressivo. In tal senso, C. cost. 29.12.1966, n. 128.

(36) L'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea dispone che «ogni individuo i cui diritti e le cui libertà garantiti dal diritto dell'Unione siano stati violati ha diritto a un ricorso effettivo dinanzi a un giudice».

(37) Corte di Giustizia 6.10.2015, C-61/14, *Orizzonte salute*, punti 55-65, annotata da Vuolo 2015.

(38) Ciò è legislativamente previsto, con riguardo al contributo unificato, nel solo processo amministrativo (art. 13, comma 6-*bis*.1, del Testo Unico delle spese di giustizia). In tal senso, Consiglio di Stato 23.6.2014, n. 3153, S. V, e Consiglio di Stato 10.2.2014, n. 625, S. IV, ove è altresì chiarito che il contributo unificato non può ritenersi compreso nella condanna alle spese, salva espressa indicazione in tal senso del giudice.

– la partecipazione di un'impresa a un appalto pubblico presuppone una capacità economica e finanziaria adeguata.

Le stesse conclusioni non possono che valere anche per il processo del lavoro.

Infatti, seppur la partecipazione al giudizio, in tal caso, non necessariamente presuppone una capacità economica, l'effettività della tutela è garantita proprio dalla previsione dell'esenzione, sopra esaminata, per coloro che realizzano un reddito inferiore a un certo ammontare.

4. — *La (in)deducibilità fiscale dei costi di produzione del reddito da lavoro dipendente* — Dopo aver esaminato le principali criticità della disciplina del contributo unificato, sarà ora tratteggiato il tema della deducibilità fiscale delle spese della giustizia nelle cause del lavoro. Tali spese comprendono, oltre agli onorari e ai diritti del difensore (inclusi, per il lavoratore dipendente, il contributo previdenziale e l'Iva), anche il contributo unificato, le spese generali e gli altri esborsi sostenuti in relazione alla controversia (39).

Il tema va inquadrato alla luce delle regole generali di deducibilità dei costi nelle diverse categorie reddituali.

Come noto, mentre lavoratori autonomi e imprenditori, cioè coloro che producono reddito di lavoro autonomo e reddito d'impresa, possono dedurre i costi di produzione del reddito, altrettanto non possono fare coloro che producono reddito da lavoro dipendente (40).

Per tale ultima categoria di contribuenti, non sono deducibili le spese inerenti alla produzione del reddito, avvantaggiando i lavoratori autonomi (oltre che gli imprenditori) rispetto a quelli dipendenti, seppur il reddito abbia natura non del tutto diversa (41).

È però prevista, per i lavoratori dipendenti, una detrazione forfetaria dal reddito (42), che decresce al crescere del reddito imponibile (43). Tale

(39) Per una definizione normativa di spese della giustizia si veda l'art. 15 del d.lgs. 31 dicembre 1992, n. 546.

(40) Sulla distinzione, nel diritto tributario, tra reddito di lavoro autonomo e reddito di lavoro dipendente, si veda Sacchetto 1984, 217. Sul reddito da lavoro dipendente cfr., *ex multis*, Crovato 2001; D'Amati 2003a; Dui 2005; Ficari 2003a; Puoti 1975; Tinelli 1991, 389; Uricchio 2006.

(41) Cfr. De Rosa 1981, 1745 ss.

(42) Art. 13, T.U. imposte sui redditi.

(43) In origine, la detrazione non diminuiva all'aumentare del reddito, ma era prevista per un ammontare fisso, indipendente dal reddito prodotto.

detrazione comporta una attenuazione parziale dell'imposta, ma non la determinazione dell'imposta su un reddito netto effettivo.

Si tratta di una norma con duplice *ratio*: alla funzione «sostitutiva», per ragioni di semplificazione e antileusive (44), della deduzione analitica delle spese si affianca la funzione di favorire una categoria di reddito ritenuta particolarmente meritevole da parte dell'ordinamento (45), garantendo un maggior grado di progressività (46).

Prevale oggi (47), tuttavia, quest'ultima *ratio*, considerato che la detrazione forfetaria delle spese non solo è inversamente parametrata all'ammontare del reddito, ma arriva addirittura ad azzerarsi oltre l'importo reddituale (lordo) di 55.000 euro (48).

(44) Come nota Tesauro (2016c, 62), tale regola è volta a «evitare ai lavoratori oneri di documentazione e di contabilità», ma è altresì volta a «impedire che vengano dedotte spese non inerenti». Nel senso che la principale ragione della detrazione forfetaria è la semplicità fiscale (insieme al fatto che i costi dei lavoratori dipendenti sono piuttosto esigui), Uricchio 2006, 117-118.

(45) Cfr. Pansieri 2016, 220 (e 140).

(46) Cfr. De Mita 2011, 177, e Crovato 2001, 219, che conclude nel senso che la detrazione è ormai un elemento per il riconoscimento del minimo vitale e che è «recessiva l'argomentazione secondo cui una serie di spese di produzione del reddito verrebbero assorbite dalla detrazione dell'art. 13 Tuir e anche i redditi di lavoro sarebbero quindi tassati al netto» (220). Similmente, Lupi, 2005, 82. Seppur con riguardo a un sistema normativo non più del tutto attuale, si veda anche Puoti (1975, 206 ss.), il quale commenta le quattro funzioni del diritto di detrazione, tra cui sono indicate l'esenzione del minimo vitale, la deduzione di oneri diversi da quelli inerenti alla produzione del reddito, la deduzione di spese di produzione di redditi in misura forfetaria e la discriminazione qualitativa dei redditi di lavoro dipendente rispetto alle altre categorie di reddito.

(47) Invero, anche in passato si dubitava che la *ratio* della norma sulla detrazione fosse (solamente) quella sostitutiva, posto che, come affermato da Puoti (1975, 212), «è da ritenere inesistente qualunque collegamento con l'effettiva sussistenza di tali spese, sia perché è preclusa la facoltà di optare per la deduzione nella effettiva misura (diversamente da quanto avviene per il reddito d'impresa), sia perché la stessa nozione di lavoro dipendente è imperniata, come si è visto, sulla carenza della "preordinazione dei mezzi" per la esplicazione dell'attività lavorativa». E ciò anche se, fino al 31 dicembre 1997, la disposizione normativa in tema di detrazione prevedeva che fosse rapportata al periodo di lavoro nell'anno «a fronte delle spese inerenti alla produzione del reddito». *Contra*, Micheli (1974, 348), secondo cui la detrazione aveva lo scopo, anche per il lavoro dipendente, di «tener conto delle spese di produzione».

(48) Conseguentemente, non è mancato, in dottrina chi ha proposto, *de iure condendo*, una riforma delle regole di determinazione dei redditi di lavoro dipendente nel senso di ammettere l'analitica deducibilità dei costi di produzione, effettuata per il tramite del «filtro» del datore di lavoro, in quanto l'indeducibilità dei costi «appare attual-

L'impossibilità di dedurre analiticamente le spese inerenti, anche in comparazione con altre tipologie di lavoratori (in particolare, i piccoli imprenditori e i lavoratori autonomi), nel corso del tempo ha suscitato in dottrina perplessità di natura costituzionale, con particolare riguardo ai principi di capacità contributiva e uguaglianza (49).

La giurisprudenza costituzionale ha però da sempre considerato giustificata la differenza di disciplina tra lavoratori autonomi e lavoratori dipendenti, in quanto solo i primi «debbono approntare i mezzi per l'organizzazione e lo svolgimento della loro attività produttiva» (50). In altre parole, l'indeducibilità delle spese di produzione del reddito di lavoro dipendente si giustificherebbe con il fatto che la fonte reddituale è priva di quei requisiti di autoorganizzazione che possono giustificare la deducibilità delle relative spese.

Per completezza, si osserva inoltre che, per la Corte costituzionale, il tema della deducibilità, in generale, degli oneri «rientra nell'esclusiva competenza del legislatore, il quale, nella sua discrezionalità insindacabile, deve razionalmente valutare l'incidenza dell'onere sostenuto per la produzione del reddito nonché il nesso di proporzionalità dell'onere stesso col gettito generale dei tributi, tenendo conto della necessità di conciliare le esigenze finanziarie dello Stato con quelle del cittadino chiamato a contribuire ai bisogni della vita collettiva, non meno pressanti di quelli della vita individuale» (51).

mente un sacrificio imposto ai contribuenti manifestamente sproporzionato rispetto all'interesse fiscale che sta dietro alla forfettizzazione» (così Crovato 2001, 223).

(49) Cfr. Crovato 2001, 224, e Pansieri 2016, 220. In precedenza, De Rosa (1981, 1745), il quale ritiene che il d.P.R. 29 settembre 1973, n. 597 (oggi sostituito dal T.U. imposte sui redditi), oltre a violare, sul punto, i principi di uguaglianza e capacità contributiva, avesse altresì travalicato i principi dettati dalla legge delega 9 ottobre 1971, n. 825.

(50) Così, C. cost. 10.3.1988, n. 288. In precedenza, C. cost. 13.11.1985, n. 284, aveva similmente deciso che, per «quanto attiene invero alla lamentata lesione del principio di uguaglianza (art. 3 della Costituzione), essa non sussiste in quanto la diversità di disciplina tra lavoratori subordinati e lavoratori autonomi, in materia di oneri deducibili, trova la sua giustificazione nella diversità obiettiva di situazioni economiche tra le due categorie di lavoratori in ordine agli oneri sostenuti per la produzione del reddito. E ragionevolmente il legislatore ha limitato tali oneri per i lavoratori dipendenti alle sole spese, non essendo ipotizzabili per questa categoria di lavoratori passività o perdite – quali si riscontrano nell'attività dei lavoratori autonomi – e ha inoltre determinato le stesse spese di produzione dei lavoratori subordinati in misura forfettaria».

(51) C. cost. 29.7.1988, n. 948. Similmente, C. cost. 14.7.1982, n. 134; C. cost. 28.4.1983, n. 108; C. cost. 17.12.1987, n. 556.

Insomma, le criticità rilevate in dottrina sono, a oggi, sempre state rigettate dalla giurisprudenza costituzionale.

5. — *La deducibilità fiscale delle spese della giustizia con particolare riguardo al processo del lavoro* —

Anche le spese legali, come regola generale, seguono la stessa sorte delle spese di produzione del reddito da lavoro.

Ciò significa che, mentre le spese legali (ivi incluso il contributo unificato) che l'imprenditore o il lavoratore autonomo sostengono per una controversia inerente alla propria attività lavorativa sono deducibili dal reddito (prescindendo dall'esito della controversia), quelle sostenute dal lavoratore dipendente, di regola, non lo sono.

Vi è però un'ipotesi in cui il legislatore pare riconoscere la deducibilità fiscale delle spese legali: si tratta di quella contemplata, per i lavoratori dipendenti e per coloro con contratto di collaborazione coordinata e continuativa, dall'art. 17, comma 1, rispettivamente lett. *a* e *c*, del Tuir (52). Tali disposizioni prevedono che le somme percepite dai dipendenti o dai titolari di contratto di collaborazione coordinata e continuativa a seguito di un provvedimento giudiziale o di una transazione (53), relative alla risoluzione del rapporto di lavoro, sono tassate «separatamente», al netto delle spese legali sostenute (54).

L'inciso «al netto delle spese legali sostenute» non è privo di significato (55) e va letto alla luce dell'interpretazione data dalla giurisprudenza delle intere disposizioni normative citate.

In particolare, è generalmente riconosciuto che l'art. 17 non identifica un (nuovo) presupposto impositivo, né detta una regola per determinare il *quantum* della base imponibile. Esso prevede solamente che un certo reddito (se imponibile secondo regole generali e nell'ammontare determinato secondo tali regole generali) è assoggettato a un'aliquota diversa (cioè

(52) Tale disposizione è stata introdotta nel T.U. imposte sui redditi (originariamente nell'art. 16) dall'art. 32 del d.l. 23 febbraio 1995, n. 41, convertito, con modificazioni, in l. 22 marzo 1995, n. 85.

(53) Per un esame, anche storico, dei profili fiscali delle transazioni di lavoro, cfr. Mastroiacovo 2003, 354 ss. Si veda anche Mastroiacovo 2002, 435 ss.

(54) L'applicazione di tale disposizione si accompagna spesso all'applicazione della disciplina del cd. «incentivo all'esodo», che, in tale ipotesi, non prevede contribuzione sociale ai sensi dell'art. 12, l. 30 aprile 1969, n. 153, come modificato dall'art. 6, d.lgs. 2 settembre 1997, n. 314.

(55) Ciò vale, a maggior ragione, considerato che tale disposizione è stata appositamente inserita in sede di conversione in legge del d.l. 23 febbraio 1995, n. 41.

a tassazione separata) rispetto all'aliquota Irpef progressiva (56). L'art. 17, in altre parole, non è una disposizione che incide sull'*an* dell'obbligazione tributaria (o sul *quantum* del reddito, cioè della base imponibile), ma solo sulla quantificazione dell'imposta (57).

L'imponibilità, ai fini delle imposte sui redditi, delle somme percepite a titolo risarcitorio nelle controversie di lavoro discende invece direttamente dall'art. 6, comma 2, Tuir (58) (integrato dall'art. 51, comma 1,

(56) In tal senso, Cass. 16.9.2005, n. 18369, S. trib., che ha appunto deciso che la disposizione in materia di tassazione separata «va coordinata con quella dell'art. 6, secondo comma, dello stesso d.P.R. n. 917/1986 [...] Ciò significa che è necessario rapportarsi volta per volta ai redditi sostituiti o perduti, per determinare la loro tassabilità o meno. Nella sua nuova formulazione, la lettera *a* dell'art. 16 ha inteso ribadire la tassabilità di tutte le somme percepite per un titolo che derivi in maniera diretta e immediata dal rapporto di lavoro, comprese quelle conseguite in sostituzione di emolumenti non percepiti. Rimangono invece esenti da tassazione gli importi percepiti per un altro titolo, che prenda soltanto occasione dalla progressiva esistenza di un rapporto di lavoro. Per quanto riguarda specificamente le somme ottenute a titolo di risarcimento o di indennità, saranno tassabili quelle conseguite a titolo di lucro cessante, e perciò appunto anche a risarcimento del danno conseguente alla perdita di emolumenti, non lo saranno quelle ottenute come danno emergente, a ristoro di un danno diverso, come il danno alla salute, alla professionalità ecc. L'indennità per ingiustificato licenziamento, prevista dalla contrattazione collettiva in favore dei dirigenti d'azienda, e liquidata secondo parametri parzialmente discrezionali (nella forbice tra minimi e massimi) da un apposito collegio sindacale, oppure dal giudice, ha carattere forfetario e onnicomprensivo, e può riferirsi sia a voci di risarcimento soggette a tassazione che a voci che ne sono esenti, inglobare sia le une che le altre». In senso conforme, Cass. 17.8.2004, n. 16014, S. trib.; Cass. 26.6.2003, n. 10185, S. trib.; Cass. 14.11.2002, n. 15991, S. trib.; e, dirimendo ogni dubbio al riguardo, C. cost. 19.7.2005, n. 292, ord., con nota di De Mita 2005, 1013 ss. Per una disamina delle sentenze dal 2000 al 2005, sul punto, cfr. Stizza 2005, 1459 ss. *Contra*, nel senso che l'interpretazione prospettata sminuirebbe gli effetti della modifica normativa del 1995, Tandoi 2003, 469 ss.

(57) In tal senso, già Micheli (1974, 350) affermava che è da escludere che i redditi soggetti a tassazione separata «costituiscano una ulteriore autonoma categoria (in aggiunta a quelle già esaminate) [...]: in realtà tali disposizioni sono limitate alla previsione di un peculiare congegno di applicazione dell'imposta che non incide sui criteri di determinazione del reddito stabiliti per le singole categorie». Più recentemente, tra i tanti, Crovato 2001, 123; Corasaniti 2006, 486.

(58) Tale disposizione prevede che «I proventi conseguiti in sostituzione di redditi, anche per effetto di cessione dei relativi crediti, e le indennità conseguite, anche in forma assicurativa, a titolo di risarcimento di danni consistenti nella perdita di redditi, esclusi quelli dipendenti da invalidità permanente o da morte, costituiscono redditi della stessa categoria di quelli sostituiti o perduti».

primo periodo, dello stesso Tuir) (59), e non dall'art. 17, che si limita a estendere a tale fattispecie reddituale il più favorevole regime di tassazione separata in luogo dell'ordinario cumulo dei redditi conseguiti nel singolo periodo d'imposta.

E, dall'esame degli articoli 6 e 51, emerge che sono reddito imponibile le somme ricevute a titolo di lucro cessante (in sostituzione di redditi che, secondo le ordinarie regole, sarebbero imponibili), non quelle a titolo di danno emergente (60), cioè di mero ristoro patrimoniale.

Dunque, in ordine, l'art. 6, comma 2, Tuir (letto congiuntamente all'art. 51, comma 1), identifica i casi di imponibilità delle somme ricevute dal lavoratore quale indennizzo, mentre l'art. 17 Tuir si limita a determinare regole peculiari (di tassazione separata) dei soli indennizzi che hanno rilevanza reddituale ai sensi dell'art. 6.

Se lo scopo dell'art. 17 non è quello di determinare il *quantum* del reddito imponibile, l'inciso «al netto delle spese legali sostenute» non può avere il significato di sovvertire le regole generali di (non) deducibilità dei componenti negativi di reddito per i lavoratori dipendenti (61).

Al contrario, l'inciso in esame può essere letto nel senso di confermare che, a sistema, le indennità o i risarcimenti ricevuti (aventi natura reddi-

(59) Tale disposizione prevede che «il reddito di lavoro dipendente è costituito da tutte le somme e i valori in genere, a qualunque titolo percepiti nel periodo d'imposta, anche sotto forma di erogazioni liberali, in relazione al rapporto di lavoro».

(60) Dalla stessa relazione ministeriale alla bozza di T.U. delle imposte sui redditi, in *Il fisco*, numero speciale del 14 marzo 1988, 1591, emerge che, nella categoria dei redditi di lavoro dipendente, rientrano gli importi «conseguiti sulla base del rapporto, ma indipendentemente dall'effettiva prestazione di lavoro (con la sola eccezione degli indennizzi risarcitori del danno emergente)». La medesima relazione sopra citata prevede, con riguardo alla tassazione separata, che «l'indennizzo dei danni costituisce reddito quando si tratta di "lucro cessante" (cioè perdita di reddito) e non di "danno emergente": principio di cui viene così data opportuna conferma» (1587). In tal senso, *ex multis*, Cass. 29.12.2011, n. 29579, S. trib.; Cass. 16.9.2005, n. 18369, S. trib.; Cass. 19.3.2002, n. 3956, S. trib. (che attribuisce natura interpretativa, e, dunque, efficacia retroattiva, all'art. 6, comma 2, T.U. imposte sui redditi; in precedenza, sullo specifico punto, Cass. 7.9.1999, n. 9477, S. trib.). In dottrina, si vedano Puoti 1975, 216; Della Valle 1992, 821; Marongiu 1993, 65; Ficari 1998, 1371; Ficari 2003b, 10; D'Amati 2003b, 33 ss.; Coco 2003, 289 ss.; Mastroiacovo 2003, 354 ss.; Corasaniti 2006, 481 ss. Distingue anche tra lucro cessante e danno emergente la risoluzione 27 maggio 2002, n. 155/E, dell'Agenzia delle entrate.

(61) *Contra*, Leo (2016, 354), secondo cui l'inciso in commento «se da un lato può apparire equo, in quanto comporta l'assoggettamento a tassazione del solo reddito reale percepito dal contribuente, dall'altro introduce nella tassazione del reddito di lavoro dipendente un elemento che non risulta coerente con il sistema generale».

tuale) non sono mai reddito imponibile nei limiti delle spese legali effettivamente sostenute, cioè delle spese di cui il litigante rimane inciso. E ciò, si ritiene, vale anche oltre le ipotesi contemplate dall'art. 17.

Tale affermazione non coincide col dire che le spese legali sono deducibili (62). La regola dell'indeducibilità dei costi nel reddito di lavoro dipendente non è derogata.

Non sono infatti le spese legali a essere fiscalmente deducibili (63), ma è il risarcimento, nei limiti delle spese legali, a essere privo di rilevanza reddituale, in quanto mero ristoro patrimoniale. Non si tratta quindi di deducibilità fiscale delle spese legali ma di irrilevanza reddituale degli indennizzi, per la parte corrispondente alle spese legali di cui il contribuente rimane inciso, quindi alle spese che non sono rimborsate [magari a seguito di una condanna alle spese (64) da parte del giudice].

In buona sostanza, le somme ricevute, nel limite delle spese legali sostenute, non sono altro che un ristoro della decurtazione patrimoniale subita in virtù dell'esborso subito, privo pertanto di rilevanza reddituale, come se risarcissero un danno emergente.

Ne consegue, ad esempio, che non è rilevante l'anno in cui sono sostenute le spese (65): ciò in quanto lo scopo della disposizione in esame non è ammettere *tout court* una deduzione fiscale di costi nelle liti di lavoro, ma va ravvisato nell'esigenza di assoggettare a tassazione (separata) la sola parte reddituale delle somme ricevute, cioè il solo risarcimento di un lucro cessante.

Di conseguenza, resta ferma la regola generale secondo cui le spese legali del lavoratore dipendente non sono mai «deducibili» dal reddito imponibile complessivo, come potrebbe accadere in ipotesi di soccombenza del lavoratore.

Mentre è pacifico che tale irrilevanza reddituale si verifica nelle ipotesi di indennizzo correlato alla risoluzione dei rapporti di lavoro, data la conferma esplicita che si ricava dall'art. 17, Tuir, a medesima conclusione, come anticipato, è possibile giungere anche nei casi di indennità ulteriori rispetto a quelle contemplate dall'art. 17, come ad esempio avviene nell'ipo-

(62) Semmai, si potrebbe affermare che le spese legali sono deducibili solo dall'eventuale risarcimento e/o indennizzo ottenuto.

(63) Prova ne è che le spese legali, in caso di soccombenza in giudizio, non sono fiscalmente deducibili.

(64) Cfr., in tema di condanna alle spese, Tesoro 2016a, 209 ss.

(65) In caso contrario, paradossalmente, occorrerebbe ammettere la deducibilità delle sole spese legali sostenute nell'anno d'imposta in cui è conferita l'indennità.

tesi di indennità transattiva quale corrispettivo di rinuncia a mettere in discussione la modalità di esecuzione del rapporto di lavoro che prosegue.

Se, infatti, seguendo la condivisibile impostazione giurisprudenziale, l'art. 17 non incide sulla determinazione del reddito imponibile, ma sul *quantum* dell'imposta, la soluzione dell'irrelevanza reddituale delle somme corrispondenti alle spese legali si ricava, necessariamente, dalle regole generali (dettate dagli articoli 6 e 51, Tuir), che trovano applicazione nei confronti di tutti gli indennizzi (e non solo di quelli relativi alla risoluzione del rapporto di lavoro).

La soluzione prospettata, seppur contrastante con la prassi diffusa, che tende a escludere il riconoscimento delle spese legali oltre ai casi dettati dall'art. 17, Tuir, è dunque coerente con l'orientamento giurisprudenziale sulla natura dell'art. 17.

Infatti, ammettere le spese legali solo nei casi espressamente previsti dall'art. 17 significherebbe affermare, in contrasto con il condivisibile orientamento giurisprudenziale e dottrinale, che la norma dettata dall'art. 17, comma 1, lett. *a e c*, è una norma che incide anche sulla determinazione del reddito imponibile.

Del resto, una interpretazione quale quella prospettata porterebbe anche a superare, almeno in questo specifico caso, i dubbi di incostituzionalità sull'indeducibilità dei costi per i lavoratori dipendenti (66). Si può dunque ben dire che si tratta di un'interpretazione costituzionalmente orientata (67).

Dunque, in conclusione, le spese legali sostenute in una causa di lavoro dal lavoratore dipendente, pur non essendo mai «deducibili» dal reddito imponibile complessivo, vanno considerate nel determinare la rilevanza reddituale delle somme ricevute a titolo di indennità o risarcimento (68), come confermato, seppur per un solo caso specifico, dall'art. 17, Tuir.

(66) In ottica comparata, si tratterebbe di una soluzione in linea con quanto avviene in altri ordinamenti, come, ad esempio, gli Stati Uniti, ove la *Section 161* dell'*Internal revenue code*, seppur con delle limitazioni, ammette la deducibilità fiscale dei costi da parte dei lavoratori dipendenti (ivi incluse le spese legali per cause di lavoro). La deducibilità dei costi è parimenti ammessa, tra i tanti altri Stati, anche in Germania (fonte: banca dati *Ibfd Tax research platform*).

(67) Su tale forma di interpretazione, per tutti, Perlingieri 2012.

(68) Ai fini della determinazione della ritenuta, occorre pertanto che il percipiente comunichi all'erogatore delle somme l'ammontare delle spese legali sostenute, affinché conteggi le ritenute sul reddito imponibile effettivo.

Riferimenti bibliografici

- Allorio E. (1938), *Riflessioni sulla diminuzione della litigiosità*, in *GI*, IV, 197 ss.
- Bentham J. (1793), *A protest against Law Taxes*, oggi in Bentham J. (1995), *The works of Jeremy Bentham*, vol. 2, Thoemmes Press, Bristol (ristampa dell'edizione del 1843), 573 ss.
- Caglioti G.W. (2015), *Contributo unificato nel processo civile normativa, direttive ministeriali e... altro*, in *www.diritto.it*, 14 settembre 2015, 1 ss.
- Calamandrei P. (1931), *Il processo civile sotto l'incubo fiscale*, in *Rivista di diritto processuale civile*, I, 50 ss., ristampato in Calamandrei P. (1965), *Opere giuridiche*, vol. I, Napoli, Morano, 243 ss.
- Cappelletti M. (1978), *Access to justice*, Giuffrè, Milano.
- Cappelletti M. (1994), *Dimensioni della giustizia nelle società contemporanee*, il Mulino, Bologna.
- Chiovena G. (2013), *La condanna nelle spese giudiziali*, Esi, Milano.
- Coco C. (2013), *Indennità risarcitorie corrisposte al lavoratore dipendente*, in D'Amati N., *La disciplina tributaria del lavoro dipendente*, Cedam, Padova, 289 ss.
- Corasaniti G. (2006), *Il regime tributario delle indennità risarcitorie nell'ambito del rapporto di lavoro dipendente*, in *Rivista di diritto tributario*, I, 486 ss.
- Crovato F. (2001), *Il lavoro dipendente nel sistema delle imposte sui redditi*, Cedam, Padova.
- D'Amati N. (2003a), *La disciplina tributaria del lavoro dipendente*, Cedam, Padova.
- D'Amati N. (2003b), *Il lavoro nel diritto tributario*, in D'Amati N., *La disciplina tributaria del lavoro dipendente*, Cedam, Padova, 33 ss.
- De Mita E. (2005), *Indennità risarcitorie a tassazione separata*, in *Diritto e pratica tributaria*, II, 1013 ss.
- De Mita E. (2011), *Principi di diritto tributario*, Giuffrè, Milano.
- De Rosa M. (1981), *Le spese di produzione per i dipendenti: incostituzionalità?*, in *Rivista di legislazione fiscale*, 1745 ss.
- Della Valle E. (1992), *Appunti in tema di erogazioni risarcitorie ed indennità sostitutive*, in *Rivista di diritto tributario*, I, 821 ss.
- Dui P. (2005), *Tassazione e contribuzione nel lavoro dipendente*, Giuffrè, Milano.
- Einandi L. (1937), *Imposta o tassa giudiziaria?*, in *Rivista di diritto finanziario*, 359 ss.
- Ficari V. (1998), *Tassazione di somme corrisposte a titolo transattivo e risarcimento del lucro cessante*, in *Rassegna tributaria*, 1371 ss.
- Ficari V. (2003a), *I redditi di lavoro dipendente*, Giappichelli, Torino.
- Ficari V. (2003b), *La nozione di reddito di lavoro dipendente. Profili generali*, in Ficari V., *I redditi di lavoro dipendente*, Giappichelli, Torino, 10 ss.
- Flora F. (1912), *Manuale della scienza delle finanze*, Giusti, Livorno.
- Frabasile A. (2011), *Osservazioni a margine delle modifiche e novità introdotte dalla cd. «Manovra finanziaria» dell'estate 2011 nel contenzioso assistenziale e previdenziale*, in *www.judicium.it*, 27 luglio 2011.
- Francioni F. (2007), *Access to Justice as a Human Right*, Oxford University Press, New York.

- Leo M. (2016), *Le imposte sui redditi nel testo unico*, Giuffrè, Milano, t. I.
- Lupi R. (2005), *Diritto tributario. Parte speciale*, Giuffrè, Milano.
- Marongiu G. (1993), *La intassabilità dell'indennità sostitutiva di ferie non godute*, in *Diritto e pratica tributaria*, I, 65 ss.
- Mastroiacovo V. (2002), *La rilevanza fiscale delle somme percepite in ragione di transazioni di lavoro*, in *Rivista di diritto tributario*, II, 435 ss.
- Mastroiacovo V. (2003), *Le transazioni di lavoro*, in Ficari V., *I redditi di lavoro dipendente*, Giappichelli, Torino, 354 ss.
- Mattei U. (2007), *Access to Justice. A Renewed Global Issue*, in *Electronic journal of comparative law*, vol. 11.3, reperibile sul sito http://works.bepress.com/ugo_mattei/34/.
- Micheli G.A. (1974), *Corso di diritto tributario*, Utet, Torino.
- Pansieri S. (2016), *I redditi di lavoro dipendente*, in Falsitta G., *Manuale di diritto tributario. Parte speciale*, Cedam, Padova.
- Perlingieri P. (2012), *Interpretazione e legalità costituzionale*, Esi, Napoli.
- Puoti G. (1975), *Il lavoro dipendente nel diritto tributario*, FrancoAngeli, Milano.
- Sacchetto C. (1984), *I redditi di lavoro autonomo*, Giuffrè, Milano.
- Sartori N. (2017), *Il contributo unificato quale costo fiscale di accesso alla giustizia*, in *Rassegna tributaria*, 1010 ss.
- Satta S. (1938), *Riflessi tributari della teoria generale del processo*, in *RDComm.*, I, 192 ss.
- Scarselli G. (2001), *Contro i tributi giudiziari*, in *FI*, I, 1807 ss.
- Scarselli G. (2002), *Il contributo unificato di iscrizione a ruolo (istruzioni per l'uso)*, in *FI*, V, 75 ss.
- Steve S. (1976), *Lezioni di scienza delle finanze*, Cedam, Padova.
- Stizza P. (2005), *I redditi di lavoro dipendente nella giurisprudenza della corte di cassazione (2000-2005)*, in *Diritto e pratica tributaria*, II, 1459 ss.
- Tandoi D. (2003), *Redditi di lavoro dipendente assoggettati a tassazione separata*, in D'Amati N., *La disciplina tributaria del lavoro dipendente*, Cedam, Padova, 469 ss.
- Tangorra V. (1915), *Trattato di scienza delle finanze*, Società Editrice Libreria, Milano.
- Tesauro F. (2016a), *Manuale del processo tributario*, Giappichelli, Torino.
- Tesauro F. (2016b), *Il processo tributario tra modello impugnatorio e modello dichiarativo*, in *Rassegna tributaria*, 1036 ss.
- Tesauro F. (2016c), *Istituzioni di diritto tributario. Parte speciale*, Utet, Milanofiori-Assago.
- Tesauro F. (2017), *Istituzioni di diritto tributario. Parte generale*, Utet, Milano.
- Tinelli G. (1991), voce *Lavoro nel diritto tributario*, in *DDPComm.*, vol. VIII, Utet, Torino, 389 ss.
- Uricchio A. (2006), *Il reddito dei lavori tra autonomia e dipendenza*, Cacucci Editore, Bari.
- Vanoni E. (1938), *Irregolarità fiscali e processo*, in *Rivista di diritto finanziario*, I, 222 ss., oggi in Vanoni E. (1962), *Opere giuridiche* (a cura di Forte F., Longobardi C.), Giuffrè, Milano, vol. I, 373 ss.

Vuolo A. (2015), *La decisione della Corte di giustizia in materia di contributo unificato: ovvero dell'impossibilità di pervenire ad assestamenti definitivi nella tutela multilivello dei diritti*, in *Rivista di diritto pubblico italiano, comparato ed europeo*, in www.federalismi.it, 9 dicembre 2015, n. 23, 2 ss.

ABSTRACT

Nella prima parte del lavoro, è esaminato il contributo unificato, quale costo fiscale di accesso alla giustizia. Pur avendo natura di tassa, diversamente che in altri processi, nel processo del lavoro il contributo unificato è strutturato in modo da tenere conto del principio di capacità contributiva.

Nella seconda parte del lavoro, sono esaminate le regole che governano la deducibilità fiscale delle spese legali nelle cause di lavoro per i lavoratori dipendenti e per gli imprenditori (e lavoratori autonomi). Seppur le spese della giustizia non sono deducibili per i lavoratori dipendenti (a differenza che per i lavoratori autonomi e imprenditori), le indennità ricevute dai lavoratori dipendenti, nel limite delle spese legali sostenute per ottenerle, non sono reddito. Vi è dunque un riconoscimento fiscale delle spese legali anche per i lavoratori dipendenti.

ITALIAN COURT FEE AND TAX DEDUCTION OF LEGAL COSTS IN THE EMPLOYMENT PROCEDURE

The paper analyses the Italian Court fee (i.e.: «contributo unificato»), as a tax cost of access to justice. Such a fee tax is compatible with the ability to pay principle in the employment procedure, while it is not in other types of procedures.

Furthermore the paper deals with the deductions rules (including the deduction of legal costs) examined with regards to employees compared with entrepreneurs (and self-employed workers). Although the general rule is that there are not allowable deductions for employees (while business expenses, including legal fees, are always deductible for employers), it is argued that the severance payments received by employees are not taxable income within the limit of legal costs incurred to obtain them. In other words, legal costs reduce the amount of the payments that are considered taxable income for the employees.

Giulia Bandelloni (*)

LA RIMOZIONE DEL DIVIETO DI CONTROLLO A DISTANZA: SIGNIFICATO E CONSEGUENZE

SOMMARIO: 1. La mancata riproposizione del divieto assoluto di controllo a distanza della prestazione lavorativa: quali conseguenze? — 2. Il nesso tra il divieto assoluto di controllo a distanza e l'utilizzabilità delle prove. — 2.1. L'utilizzabilità delle prove nell'ambito dei controlli difensivi: gli orientamenti della Cassazione civile e penale. — 2.2. L'utilizzabilità delle prove dopo la novella dell'art. 4. — 3. Strumenti di lavoro, strumenti di registrazione degli accessi e delle presenze, e controllo della prestazione lavorativa. — 4. Dubbi sulla perdurante effettività del divieto di cui all'art. 8 St. lav. — 5. La modifica dell'art. 4 rispecchia davvero una necessità di semplificazione e di adeguamento all'evoluzione tecnologica?

1. — *La mancata riproposizione del divieto assoluto di controllo a distanza della prestazione lavorativa: quali conseguenze?* — Molte sono le novità introdotte in materia di controlli a distanza (art. 4 St. lav.) dall'art. 23 del d.lgs. n. 151/2015. La modifica a prima vista più eclatante è la mancata riproposizione del divieto assoluto di controllo a distanza dell'attività dei lavoratori tramite impianti audiovisivi e altre apparecchiature.

La dottrina si è interrogata sul significato da attribuire alla rimozione del divieto assoluto. Secondo parte di essa, la modifica non comporta alcun mutamento nel contenuto precettivo e nella *ratio* della disciplina. Gli Autori che sostengono tale tesi ritengono che il divieto assoluto di controllo a distanza della prestazione lavorativa possa oggi essere implicitamente ricavato dal divieto relativo contenuto nell'attuale comma 1 dell'art. 4 St. lav. (1). Detto comma prevede che il controllo a distanza possa essere attuato dal datore soltanto per le finalità espressamente indicate dal legislatore (sicurezza sul lavoro, organizzazione del lavoro e tutela del pa-

(*) Dottoranda di ricerca in Diritto del lavoro presso l'Università di Genova.

(1) Maresca 2017, 4; Zoli, Villa 2017, 129; Del Punta 2016, 82, 96; Ricci 2016, 740 ss.; Lambertucci 2016, 769-770; Alvino 2016, 16; Russo 2016, 5. Più sfumata pare la posizione di Maio (2015, 1193), il quale ritiene che sul piano precettivo cambi «poco o nulla».

trimonio aziendale): finalità diverse, quindi, dal controllo sulla prestazione lavorativa. Autorizzando i controlli a distanza soltanto per le finalità sopra ricordate, il legislatore continuerebbe, seppure in modo indiretto, a vietare il controllo a distanza della prestazione lavorativa.

Altri ritengono che la soppressione del divieto assoluto sia il necessario riflesso dell'attuale legittimità dei controlli a distanza sull'attività lavorativa (2).

Quest'ultima lettura della nuova disciplina pare più convincente. Le motivazioni che inducono a esprimere tale giudizio sono molteplici e saranno affrontate nel prosieguo del saggio.

Per il momento, pare utile porre in evidenza come la soppressione del divieto assoluto di controllo a distanza possa essere interpretata come un sintomo del fatto che, nell'esperienza di tutti i giorni, i controlli attuati attraverso strumenti audiovisivi ed elettronici siano diventati pressoché «normali» (3). Così non era nel 1970. All'epoca, il legislatore, come traspare chiaramente dalla Relazione al d.d.l. sullo «Statuto dei lavoratori», aveva l'obiettivo primario, ben espresso attraverso il divieto assoluto presente nell'art. 4, di consentire il solo controllo «umano» sull'attività dei lavoratori (4), intendendosi per controllo «umano» un controllo effettuato direttamente dal datore di lavoro, o da suoi preposti, sulla prestazione lavorativa (art. 3 St. lav.). Il controllo della macchina sulla prestazione era invece percepito di per se stesso come vessatorio, «e ciò per la natura alienante e intimidatoria che, in tali casi, riveste un controllo lontano e impersonale, freddo e imperscrutabile, con il quale non è possibile intrattenere relazione umana alcuna né dialettica di qualsiasi genere, ma soltanto un rapporto di timorosa subalternità» (5). Per tale motivo il controllo tramite strumenti e altre apparecchiature era vietato in modo assoluto.

(2) Tullini 2017a, 15, la quale afferma che, «secondo il quadro normativo vigente, il datore è abilitato a servirsi delle informazioni raccolte per via diretta [...] Pertanto, sembra definitivamente archiviato il divieto di controllo tecnologico sull'attività lavorativa»; Maresca 2016, 518-520, il quale, seppur prospettando anche letture alternative, sembra confermare il collegamento tra assenza del divieto e legittimità del controllo.

(3) Salimbeni 2015, 600; Trojsi 2014, 125; Maio 2015, 1213-1215; Russo 2016, 3.

(4) Obiettivo che traspare chiaramente in Brodolini 2001, 5-15. È unanime in dottrina l'opinione che la corretta lettura dell'art. 4 sia quella fornita dalla Relazione: Zoli, Villa 2017, 126; Amoroso 2014, 41; Trojsi 2013, 299-300; Bernardo 2007, 646. In giurisprudenza, vedi: Cass. 9.6.1990, n. 5599, in *GC*, 1991, I, 685, con nota di Filidei.

(5) Ghezzi 1986, 360.

La nuova formulazione del divieto di controllo a distanza della prestazione lavorativa potrebbe dunque non essere casuale: essa probabilmente riflette un cambio di atteggiamento del legislatore nei confronti della tecnologia e dei controlli attuabili attraverso di essa. Coerentemente, secondo parte della dottrina, l'attuale disciplina finisce per consentire al datore di lavoro, seppur indirettamente, di verificare la prestazione lavorativa con strumenti di controllo a distanza (6).

2. — *Il nesso tra il divieto assoluto di controllo a distanza e l'utilizzabilità delle prove* — Una conferma del mutato atteggiamento del legislatore si trova nell'attuale comma 3 dell'art. 4.

In tale comma viene autorizzato e disciplinato l'utilizzo delle informazioni raccolte ai sensi dei primi due commi dell'art. 4 per «tutti i fini connessi al rapporto di lavoro», seppure con le specifiche limitazioni (la necessità di una «adeguata informazione» sulle modalità di utilizzo degli strumenti e di effettuazione del controllo e il rispetto del Codice della *privacy*) previste dallo stesso comma 3. La possibilità di utilizzare le informazioni raccolte a tutti i fini connessi al rapporto di lavoro, perciò anche ai fini disciplinari, può essere considerata una conseguenza diretta della rimozione del divieto esplicito di controllo a distanza della prestazione lavorativa. Tale nesso è ben individuato da chi, in dottrina, ha rilevato come la possibilità di utilizzare, a tutti i fini connessi al rapporto di lavoro, le prove raccolte anche mediante gli strumenti disciplinati dal comma 1 sarebbe incoerente con la previsione di un generale divieto di controllo della prestazione lavorativa. Non è dunque una scelta inconsapevole quella del legislatore di non riproporre il divieto assoluto: il divieto non solo sarebbe incompatibile con l'attuale comma 3, ma sarebbe vanificato da quest'ultimo (7).

È pur vero che, in dottrina, vi è chi sostiene la tesi secondo la quale attualmente le informazioni raccolte per una delle finalità contemplate dal comma 1 potrebbero essere utilizzate solo per i fini per i quali è stata data l'autorizzazione (8). Tale tesi è argomentata sulla base dell'art. 11, comma 1, lett. *b*, del Codice della *privacy*, che impone il rispetto del principio della

(6) Maresca 2016, 521, afferma che «il c. 2 dell'art. 4 realizza una sorta di presunzione assoluta della legittimità del controllo indotto dagli strumenti ivi previsti, attesa la funzione primaria da essi assolta di "rendere la prestazione lavorativa"». Occorre segnalare che l'estensione del controllo alla prestazione lavorativa potrebbe configurare, secondo Maio 2015, 1192, e Salimbeni 2015, 602, una violazione della dignità umana.

(7) Salimbeni 2015, 611.

(8) Marazza 2016, 15-16; Dagnino 2016, 116-117.

finalità nel trattamento dei dati (9). Il principio in questione imporrebbe la coincidenza tra le finalità dichiarate e quelle per le quali sono effettivamente utilizzati i dati, con esclusione, quindi, dell'utilizzo dei dati per finalità di controllo della prestazione lavorativa (fine non previsto nell'attuale comma 1). Tuttavia, il principio di finalità, enunciato dal Codice della *privacy*, sembrerebbe riguardare esclusivamente la possibilità di installare i dispositivi e non la diversa questione dell'utilizzo dei dati raccolti. Quest'ultimo aspetto è del resto oggetto di una specifica disciplina nello stesso articolo 4, al comma 3, là dove si sancisce la possibilità di utilizzare i dati raccolti a «tutti i fini connessi al rapporto di lavoro»; e tale disposizione si riferisce anche ai dati raccolti con gli strumenti disciplinati dal comma 1. Pare dunque preferibile, prediligendo un'interpretazione letterale, ritenere che i dati raccolti ai sensi del comma 1 siano utilizzabili a tutti i fini connessi al rapporto di lavoro.

Non è un caso, d'altronde, che il testo originale dell'art. 4 nulla disponesse a proposito dell'utilizzabilità dei risultati dei controlli. La mancanza di disciplina sul punto doveva essere letta non come una lacuna, ma come un implicito divieto di utilizzo a fini disciplinari delle prove raccolte tramite detti controlli. Divieto, questo, che era indirettamente ricavabile dal divieto assoluto di controllo a distanza della prestazione lavorativa (10).

Una conferma, seppure indiretta, della stretta correlazione tra l'affermazione del divieto assoluto e l'inutilizzabilità delle prove – raccolte attraverso i controlli a distanza – proviene, a ben vedere, anche dalla giurisprudenza formatasi in materia di controlli difensivi.

I giudici raramente si sono espressi sulla possibilità di utilizzo in giudizio dei dati raccolti tramite le apparecchiature di controllo a distanza (11); tuttavia la Cassazione, in alcune pronunce, ha affermato che i dati relativi all'attività lavorativa dei dipendenti «non possono essere utilizzati per pro-

(9) Dagnino 2016, 116-117.

(10) Carinci 2016, IV; Dagnino 2016, 116; Balletti 2016, 39; Levi 2013, 119; Zoli 2009, 497. Del Punta 2016, 82-83, sostiene che, a causa dell'assenza di disposizioni sull'utilizzabilità delle prove, l'art. 4 nella precedente versione poteva essere alternativamente interpretato come norma «radicale» o «ipocrita». Radicale, in quanto vietava l'utilizzo delle prove; ipocrita, in quanto il legislatore aveva deciso di ignorare il problema. Delle due ipotesi, l'Autore ritiene preferibile la prima. In giurisprudenza: Cass. 5.10.2016, n. 19922, in *RGL*, 2017, II, 28, con nota di Trojsi, Mellace; Cass. 1.10.2012, n. 16622, in *RGL*, 2013, II, 32, con nota di Mattei.

(11) Sulla diversa questione dell'utilizzo in giudizio di prove raccolte attraverso apparecchi autorizzati *ex art.* 4, comma 2, precedente versione, non vi è stato, dal 1970 a oggi, alcun contributo giurisprudenziale. Tale aspetto è rilevato da Bellavista 2016, 727.

vare l'inadempimento contrattuale dei lavoratori» (12), così individuando un nesso tra divieto generale e utilizzabilità in giudizio dei dati raccolti.

Ciò non significa che la giurisprudenza abbia escluso, in ogni caso, l'utilizzabilità delle prove raccolte attraverso detti controlli, ma significativamente ne ha limitato l'utilizzo al solo ambito dei cd. controlli difensivi.

Occorre fin d'ora segnalare che la creazione di tale categoria da parte dei giudici lascia molti dubbi. Per comprendere il motivo, è necessario ricostruire, per sommi capi, l'elaborazione giurisprudenziale formatasi in materia.

2.1. — *L'utilizzabilità delle prove nell'ambito dei controlli difensivi: gli orientamenti della Cassazione civile e penale* — Come è noto, oggetto del controllo difensivo non è lo svolgimento della prestazione lavorativa, ma l'eventuale compimento di atti illeciti da parte dei lavoratori, sovente rilevanti sotto il profilo penale e lesivi del patrimonio aziendale.

Con riferimento alla Cassazione civile (13), l'orientamento maggioritario, almeno fino al 2007, era nel senso di escludere che i controlli difensivi fossero sottoposti alla disciplina dei controlli a distanza *ex art. 4 St. lav.* (14). La liceità dei controlli difensivi non dipendeva dunque dall'aver seguito o meno la procedura prescritta dal comma 2 dell'art. 4, versione originaria. La conseguenza era l'utilizzabilità in giudizio dei dati raccolti al solo fine di provare la commissione di illeciti da parte dei dipendenti. Poiché però gli illeciti sovente avevano rilievo anche a fini disciplinari, attraverso il controllo difensivo, formalmente non diretto al controllo della prestazione lavorativa, si riusciva a provare la responsabilità disciplinare del lavoratore.

Non può sfuggire, tuttavia, che la natura «difensiva» del controllo, e quindi la sua finalità, è accertabile solo *ex post* rispetto all'effettuazione del

(12) Si veda, ad esempio: Cass. 5.10.2016, n. 19922, cit.; Cass. 1.10.2012, n. 16622, cit. In dottrina, Salimbeni 2015, 593.

(13) Per una ricostruzione degli orientamenti giurisprudenziali cfr: Criscuolo 2017, 43-44; Ingraio 2017, 48-50; Maresca 2016, 524-525 (autore di una disamina tanto critica quanto convincente); Alvino 2014, 1011-1017; Levi 2013, 94-97; Barraco, Sitzia 2013, 387-392; Olivelli 2013, 377-379; Erboli 2012, 140-143; Galardi 2010, 569-570; Bellavista 2010, 464-466; Barraco, Sitzia 2010, 1008-1010. La diversità tra gli orientamenti espressi in sede civile e penale è sottolineata da Conti 2010, 561-565; Barraco, Sitzia 2010, 993-996.

(14) Cass. 3.4.2002, n. 4746, in *RGL*, 2003, II, 71, con nota di D'Arcangelo. Tra i giudici di merito: C. App. L'Aquila, 14.12.2006, in *NGL*, 2007, 37; T. Teramo, 12.5.2006, in *NGL*, 2006, 345; T. Milano, 31.3.2004, in *OGL*, I, 2004, 108, con nota di Cairo. Nello stesso senso: ministero del Lavoro, circolare del 6.6.2006, n. 218, in *DPL*, 2006, 2021.

controllo stesso. Come di recente è stato scritto: «era paradossale [...] che un controllo potesse essere ritenuto legittimo [...] a seconda di quello che consentiva di accertare, ossia di un dato *ex post*» (15). Proprio accogliendo questa obiezione, probabilmente, parte della giurisprudenza ha mutato avviso ritenendo che i controlli difensivi – che anche solo indirettamente consentono un controllo sull'attività lavorativa – siano leciti soltanto ove il datore di lavoro, prima di realizzarli, abbia seguito la procedura prescritta dal comma 2 dell'art. 4 (16).

Quanto detto vale per i giudizi resi in sede civile. Diverso è stato il punto di approdo dei giudici della Cassazione penale. Questi ultimi ritengono utilizzabili in giudizio i dati raccolti tramite i controlli difensivi a prescindere dal rispetto della procedura prevista dal comma 2 dell'art. 4 St. lav. (17), ritenendo prevalente l'esigenza di prevenzione dei reati rispetto a quella di riservatezza del lavoratore (18).

All'esito della rapida ricostruzione proposta, emerge come l'elaborazione della categoria dei controlli difensivi si fondi su presupposti teorici assai deboli. Ciononostante, ha consentito, in modo obliquo e in via di fatto, un controllo sulla prestazione lavorativa laddove la disciplina dello Statuto dei lavoratori, e in particolare il divieto assoluto di cui all'art. 4, comma 1, non l'avrebbe, a rigore, permesso.

Come sottolineato in dottrina (19), il divieto di utilizzare le prove rac-

(15) Del Punta 2016, 85. Nello stesso senso, già Falsone 2015, 995; Amoroso 2014, 47; Mazzotta 2013, 545; Ravelli 2010, 322; Zoli 2009, 500; Nogler 2002, 14; Stenico 2000, 166.

(16) *Ex multis*: Cass. 8.11.2016, n. 22662, in *RGL*, 2017, II, 276, con nota di Sauro; Cass. 19.9.2016, n. 18302, in *RIDL*, 2017, I, 26, con nota di Criscuolo e di Ingrao; Cass. 12.10.2015, n. 20440, in *RIDL*, 2016, II, 249, con nota di Avogaro; Cass. 17.6.2000, n. 8250, in *DG*, 2000, fasc. 27, 36, con nota di Bellomo. In dottrina, cfr. sul punto: Minervini 2014, 316; Trojsi 2013, 298; Aimo 2012, 1810-1811; Conti 2010, 564; Lambertucci 2009, 633; Bellavista 2005, 777; Aimo 2003, 123.

(17) *Ex multis*: Cass. 16.1.2015, n. 2890, S. pen., in *DPL*, 2016, 775, con nota di Servidio; Cass. 25.10.2009, n. 47429 S. pen., in *DPL*, 2010, 451.

(18) Cass. 25.10.2009, n. 47429, S. pen., cit. In dottrina: Amoroso 2014, 49; Levi 2013, 102; Erboli 2012, 143-145; Tullini 2011, 87-89; Conti 2010, 564; Stanchi 2010, 16. *Contra*, Miscione 2013, 762, secondo cui l'affermazione che: «la prova di un illecito civile e penale sarebbe sempre utilizzabile anche se ottenuta in modo illecito» è un'affermazione «contro sistema: basti considerare che in tal modo si incentiva l'illecito per provare un altro illecito».

(19) Salimbeni (2015, 593-597 e 610) ritiene che l'utilizzabilità delle prove fosse frutto di una interpretazione distorta della giurisprudenza. Vd., inoltre, gli Autori citati in nota 10.

colte a fini disciplinari doveva essere indirettamente ricavato dal divieto di controllo a distanza della prestazione lavorativa. L'*escamotage* dei controlli difensivi ha avuto successo perché ha sfruttato la difficoltà, se non l'impossibilità, in concreto, di tracciare un confine netto tra controlli sulla prestazione lavorativa e controlli preordinati esclusivamente all'individuazione di eventuali illeciti posti in essere dai lavoratori (20).

Il confine tra controlli difensivi che esigono il rispetto della procedura di cui all'art. 4 e controlli difensivi che invece possono essere legittimamente svolti senza autorizzazione può essere tracciato con sicurezza soltanto nei casi in cui i controlli siano svolti dal datore di lavoro al di fuori dell'orario di lavoro. In detti casi non vi è possibile commistione tra controllo sull'attività lavorativa e controllo sul compimento di illeciti (21).

Negli altri casi la commistione invece riemerge (22) ed è presente anche nella giurisprudenza sui controlli difensivi della Cassazione penale. Formalmente nelle controversie in sede penale non è in discussione la sussistenza di un inadempimento contrattuale del dipendente, ma il compimento da parte dello stesso di un illecito di rilevanza penale. Tuttavia, è significativo che la stessa Cassazione penale riconosca l'utilizzabilità delle prove raccolte soltanto nei casi in cui la finalità prevalente del controllo riguardi il compimento di illeciti e non esclusivamente la prestazione lavorativa (23): se ne deduce che, almeno in parte, il controllo sulla prestazione lavorativa è ammesso.

Potrebbe inoltre sorgere il dubbio che, una volta acquisita la prova dell'illecito, e formatosi un giudicato in sede penale di condanna del lavora-

(20) Maresca 2017, 9; Maresca 2016, 525; Puccetti 2016, 126; Lambertucci 2015, 9; Maio 2015, 1198; Olivelli 2015, 1313; Alvino 2014, 1015; Levi 2013, 98; Mattei 2013, 34; Tullini 2011, 89; Tullini 2009, 330; Stenico 2003, 129.

(21) I controlli svolti, anche per mezzo di impianti audiovisivi, al di fuori dell'orario di lavoro sono stati considerati non ricadenti nel dettato dell'art. 4 da Cass. 3.7.2001, n. 8998, in *FI*, 2002, I, 2793, con nota di Iozzo; T. La Spezia, 25.11.2016, in *RGL news*, 2017, n. 1, 16-17. In dottrina: Dagnino 2016, 119; Minervini 2014, 315; Bernardo 2007, 648. Maresca 2017, 10, individua un altro caso in cui il controllo potrebbe essere genuinamente difensivo: «quando il sistema informatico (o una sua funzione) viene tarato in modo tale da accertare soltanto condotte illecite del dipendente».

(22) Cass. 27.5.2015, n. 10955, in *RIDL*, 2015, II, 990, con nota di Falsone; Cass. 23.2.2012, n. 2722, in *ADL*, 2012, II, 1029, con nota di Girelli; T. La Spezia, 25.11.2016, cit.

(23) *Ex multis*: Cass. 16.1.2015, n. 2890, S. pen., cit.; Cass. penale 25.10.2009, n. 47429, cit.

tore, il datore di lavoro possa utilizzare a suo favore il giudicato penale per fondare in sede civile la responsabilità del lavoratore sotto il profilo disciplinare, così eludendo i limiti posti dall'art. 4 St. lav.

Occorre tuttavia considerare che l'utilizzabilità in un giudizio civile del giudicato penale basato su una prova raccolta senza avere seguito la procedura dell'art. 4 St. lav. è sottoposta ai limiti di cui all'art. 654 c.p.p. Tale disposizione prevede che, in via generale, il giudicato penale abbia riflessi anche su quello civile, ma esclude tale efficacia qualora la legge civile ponga limitazioni alla prova della posizione soggettiva controversa (24). Ne consegue quindi che il giudicato penale potrebbe essere liberamente apprezzato in sede civile solo nel caso in cui si ritengano i controlli difensivi esclusi dall'applicazione dell'art. 4, così come affermato dalla giurisprudenza più risalente. Se invece si abbraccia la tesi che fa derivare il divieto di utilizzo in giudizio delle prove raccolte dal previgente divieto assoluto di controllo a distanza, allora ne conseguirebbe la non utilizzabilità del giudicato penale in sede civile.

Anche sotto questo profilo, dunque, la rimozione del divieto assoluto di controllo a distanza, e la conseguente riformulazione del comma 1 dell'art. 4, non pare essere priva di significato.

2.2. — *L'utilizzabilità delle prove dopo la novella dell'art. 4* — Il comma 1 del «nuovo» art. 4 St. lav. introduce la tutela del patrimonio aziendale tra le possibili finalità che legittimano l'uso di mezzi di controllo a distanza, riconducendo così le fattispecie integranti i «controlli difensivi» nell'alveo dell'art. 4 (25) e quindi assoggettandole alla procedura auto-

(24) Amoroso 2009, 299-304; Mainardi 2002, 510-511. In giurisprudenza: Cass. 17.5.2013, n. 12091. In tale sentenza si può trovare una indiretta conferma di quanto affermato. I giudici, infatti, hanno ritenuto che il giudicato in sede penale faccia stato anche in sede civile, non ostando l'art. 4 St. lav., in un caso in cui il controllo non rientrava nell'ambito di applicazione dell'art. 4 in quanto le prove non erano state raccolte dal datore di lavoro, ma dalla Polizia giudiziaria. Sostenendo ciò, i giudici indirettamente hanno confermato che, nei casi in cui trovi applicazione l'art. 4, quest'ultimo osterebbe all'utilizzabilità del giudicato penale in sede civile, in base a quanto disposto dall'art. 654 c.p.p.

(25) Barbieri 2017, 202; Ingraio 2017, 50-51; Lambertucci 2016, 770; Avogaro 2016, 260; Marazza 2016, 17-18; Alvino 2016, 18. In maniera implicita la posizione è sostenuta anche da: Tebano 2016, 353; Balletti 2016, 40; Maio 2015, 1193-1194; Cosattini 2015, 987-988. *Contra*: Maresca (2017, 10), il quale sostiene che i controlli «realmente» difensivi – cioè quelli attraverso i quali si può accertare esclusivamente il compimento di un illecito – sono esclusi dall'ambito di applicazione dell'art. 4, comma 1; Marazza (2017, 30), il quale ritiene che i controlli difensivi che

rizzativa ivi prevista (26). Ciò comporta che – se i controlli difensivi sono effettuati nel rispetto della procedura prevista dal comma 1 – le prove sono legittimamente utilizzabili in giudizio. Anche questo aspetto conferma la tesi che la rimozione del divieto assoluto di controllo della prestazione lavorativa non sia una scelta inconsapevole o casuale del legislatore (27).

3. — *Strumenti di lavoro, strumenti di registrazione degli accessi e delle presenze, e controllo della prestazione lavorativa* — Un'ulteriore conferma della tesi, qui sostenuta, che la mancata riproposizione del divieto assoluto è funzionale all'introduzione di un nuovo modello regolativo in materia di controlli a distanza, si può trovare nell'attuale comma 2 dell'art. 4.

Quest'ultimo prevede che quanto stabilito dal comma 1 non si applichi agli strumenti utilizzati dal lavoratore per rendere la prestazione lavorativa (28) e agli strumenti di registrazione degli accessi e delle presenze.

abbiano a oggetto comportamenti illeciti con rilevanza penale non rientrano nell'attuale comma 1 dell'art. 4.

(26) Del Punta (2016, 96-97) sostiene che il comma 1 dell'art. 4 «riprende la formula già in essere, ma con l'aggiunta delle esigenze di “tutela del patrimonio aziendale”, dimostrando così, anche per questa via [...], la volontà di superare il concetto di controllo difensivo (che trovava nella protezione del patrimonio aziendale una delle sue basi di appoggio), in particolare nella versione estrema, sostenuta però soltanto da alcune sentenze, di controllo esentato dall'applicazione della procedura autorizzativa».

(27) Tullini 2017b, 103. È bene precisare che i controlli *ex* comma 1 art. 4 si riferiscono all'«attività dei lavoratori» e non all'«attività lavorativa» (come invece è previsto dall'art. 3 St. lav.). Per le differenti implicazioni dell'utilizzo di dette locuzioni si rinvia alle esaurienti ricostruzioni dottrinali: Salimbeni 2015, 594; Miscione 2013, 764; Levi 2013, 172; Trojsi 2013, 297; Bellavista 2010, 466; Ravelli 2010, 322; Zoli 2009, 488; Bellavista 2008, 366; Bernardo 2007, 647; Bellavista 2005, 778; Bellavista 2003, XIX; Liso 1986, 369 e 371. Accoglie una nozione particolarmente ampia di «attività dei lavoratori» la giurisprudenza (Cass. 17.7.2007, n. 15892) che ritiene rientrino nei controlli sull'attività dei lavoratori non solo quelli riguardanti le modalità di svolgimento della prestazione, ma anche quelli che abbiano a oggetto il *quantum* della prestazione.

(28) Già in precedenza la giurisprudenza, in alcuni casi, aveva ritenuto non assoggettati alla procedura del comma 2 dell'art. 4 i controlli effettuati dal datore sugli strumenti di lavoro, poiché in questo caso non si potrebbe parlare di controllo a distanza, ma di controllo concernente «il corretto uso da parte del dipendente dei mezzi informatici posti a sua disposizione esclusivamente per finalità professionali». T. Perugia 20.2.2006, in *Il diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2006, 809. In dottrina: Cairo 2004, 131. Per una ricostruzione degli orientamenti in merito: Bernardo 2007, 657.

Il fatto che gli strumenti contemplati dal comma 2 possano essere impiegati a prescindere dalla sussistenza delle esigenze previste dal comma 1 (29) porta a ritenere che la mancanza di un divieto assoluto di controllo a distanza della prestazione lavorativa non solo non sia priva di significato, ma al contrario finisca per consentire il controllo a distanza della prestazione lavorativa (30).

Per quanto concerne gli strumenti di lavoro, l'ampiezza del controllo in questione dipende dal significato attribuito all'espressione «strumenti utilizzati dal lavoratore per svolgere l'attività lavorativa». L'Ispettorato nazionale del lavoro e il Garante della *privacy* ritengono che in detta nozione siano ricompresi soltanto gli strumenti di lavoro utilizzati in via primaria ed essenziale dal lavoratore (31) e «strettamente funzionali alla prestazione lavorativa» (32).

Nonostante le precisazioni compiute, l'individuazione degli strumenti rientranti nella nozione di «strumenti utilizzati dal lavoratore per svolgere l'attività lavorativa» resta controversa.

Il problema si pone soprattutto quando lo strumento di lavoro è anche inscindibilmente uno strumento di controllo: caratteristica, questa, tipica degli strumenti informatici. La questione della concomitante funzione – di lavoro e di controllo – attribuibile a molti strumenti è stata messa in risalto più volte dalla dottrina (33) e oggi più che mai risulta attuale. Il legislatore, non prevedendo l'applicazione del comma 1 agli strumenti sopra citati, permette un ampio controllo attraverso gli strumenti che tipi-

(29) Diversamente, Barbieri (2017, 197) ritiene che il comma 2, «alla lettera, esonera il datore di lavoro dall'obbligo procedurale di accordo sindacale o autorizzazione amministrativa, ma non certo da quello finalistico».

(30) Di opposta opinione Barbieri 2017, 198.

(31) Circolare Inl n. 2 del 2016. L'Inl sostiene che uno strumento di lavoro possa rientrare nell'eccezione del comma 2 solo se utilizzato in via primaria ed essenziale nello svolgimento dell'attività lavorativa. In particolare, la circolare riguarda la configurabilità del Gps come strumento di lavoro. L'orientamento dell'Inl è stato confermato di recente anche dal provvedimento del Garante della *privacy* n. 138 del 2017.

(32) Provvedimento del Garante della *privacy* n. 303 del 2016. Il Garante ha fornito questa definizione di strumento di lavoro in relazione a un sistema di tracciatura delle connessioni a internet dei dipendenti. Il Garante ha ritenuto che tale sistema esuli dal perimetro degli strumenti utili per rendere la prestazione lavorativa.

(33) Già Gaeta 1990, 209, in modo efficace, scriveva che «il potere di controllo viene, per così dire, "incorporato" nella macchina»; vd. inoltre Trojsi 2014, 125; Ead., 2013, 315. Dopo la novella, Tullini 2017a, 10; Del Punta 2016, 83-84; M.T. Carinci 2016, V.

camente possono essere utilizzati per lo svolgimento dell'attività lavorativa, come i *computer*, gli *smartphone*, i *tablet* (34). Ne consegue che la mole di informazioni ricavabile è assai vasta e variegata.

Parzialmente diversa è la questione concernente eventuali programmi creati *ad hoc* per controllare determinati aspetti dell'adempimento dell'obbligazione contrattuale, come gli accessi a internet o le telefonate effettuate. In dottrina, si predilige la tesi secondo la quale tali programmi ricadrebbero nel campo di applicazione del comma 1 (35). Il condivisibile argomento a favore di questa tesi poggia sul fatto che il rapporto tra i commi 1 e 2 (dell'art. 4) è un rapporto tra regola ed eccezione; perciò l'eccezione deve essere interpretata in modo restrittivo (36).

Ciò detto, i limiti al potere di controllo previsti dall'art. 4 rimangono comunque, a parere di chi scrive, assai poco stringenti, posto che molto spesso gli strumenti di lavoro basati sulle tecnologie informatiche fungono contemporaneamente da strumenti di controllo, anche senza che vi sia bisogno di apportare modifica alcuna. Di conseguenza, anche l'adesione all'interpretazione restrittiva della nozione di «strumenti che servono per rendere la prestazione lavorativa», non comprensiva delle modifiche apportate dal datore di lavoro, non limiterebbe in modo incisivo il potere di controllo di quest'ultimo. Questa affermazione è coerente con la tesi secondo la quale nella mancata riproposizione del divieto assoluto di controllo a distanza della prestazione lavorativa va letta un'implicita autorizzazione del legislatore al controllo a distanza della stessa. Anche quest'ultimo aspetto pare iscriversi con coerenza all'interno di un disegno complessivo di restituzione al datore di lavoro di maggiori poteri di controllo (37).

(34) Carinci 2017, 55; Maresca 2017, 7, il quale sostiene che «il c. 2 dell'art. 4 realizza una sorta di presunzione assoluta della legittimità del controllo indotto dagli strumenti ivi previsti, attesa la funzione primaria da essi assolta di “rendere la prestazione lavorativa”».

(35) Maresca 2017, 18; Maio 2017, 76-77; Tullini 2017b, 106-107; Maresca 2016, 536; Del Punta 2016, 100-101; Marazza 2016, 21-23; Alvino 2016, 24; Cairo 2016, 75-76; Salimbeni 2015, 609; Sitzia 2015, 679. La dottrina si riferisce a *software* di controllo degli accessi a internet o dei tabulati telefonici, come, ad esempio, Super Scout (Cass. 23.2.2010, n. 4375, in *RGL*, 2010, II, 462, con nota di Bellavista) o Blues 2002 (Cass. 1.10.2012, n. 16622, cit.).

(36) Balletti 2016, 42; Sitzia 2016, 85-86.

(37) Diversa è la posizione di Lambertucci 2016, 773, il quale sostiene che il controllo, «pur esercitato “attraverso” gli strumenti di lavoro, deve rispondere alle esigenze declinate dal comma 1, art. 4, St. lav. e soggiacere, allo stesso modo, alla procedura (sindacale o amministrativa) ivi declinata».

Stessa finalità può essere ascritta alla seconda parte del comma 2 dell'art. 4: disposizione che consente di installare, senza il preventivo accordo sindacale o la procedura di autorizzazione ministeriale, strumenti di registrazione degli accessi e delle presenze (38).

Tali strumenti consentono infatti non solo di rilevare, e conseguentemente controllare, il *quantum* della prestazione lavorativa, ma in talune circostanze anche di controllare la «qualità» della prestazione stessa. Ciò potrebbe avvenire, ad esempio, in caso di elevato numero di rilevatori di accesso posizionati non solo all'entrata dell'azienda, ma disseminati all'interno di quest'ultima. Ove gli strumenti di registrazione degli accessi consentissero la precisa rilevazione della posizione del lavoratore all'interno del luogo di lavoro, il datore di lavoro potrebbe controllare indirettamente il corretto adempimento della prestazione lavorativa e in particolare il rispetto delle direttive, eventualmente impartite al lavoratore, relative al luogo di svolgimento della prestazione lavorativa (39).

4. — *Dubbi sulla perdurante effettività del divieto di cui all'art. 8 St. lav.* — Da quanto appena detto traspare che, in via di fatto, le possibilità di controllo del datore di lavoro si sono notevolmente ampliate, tanto da instillare il dubbio che, oggi, sia molto più semplice rispetto al passato avere occasioni per venire a conoscenza delle opinioni politiche, religiose o sindacali del lavoratore, nonché di fatti irrilevanti ai fini della valutazione professionale di quest'ultimo.

(38) Alcuni giudici avevano ritenuto che tali strumenti potessero realizzare un controllo a distanza della prestazione lavorativa: Cass. 13.5.2016, n. 9904, in *RGL*, 2017, II, 28, con nota di Trojsi, Mellace; Cass. 17.7.2007, n. 15892, in *RGL*, 2008, II, 358, con nota di Bellavista. In dottrina, non ritengono che gli strumenti di registrazione degli accessi e delle presenze realizzino un controllo a distanza: Marazza 2016, 23-24; Alvino 2016, 21-22; Russo 2016, 17; Zoli 2009, 491; Ferrante 2006, 1164. *Contra*: Maresca 2016, 537; Balletti 2016, 43, il quale sostiene che l'installazione di strumenti che permettano l'accesso e lo spostamento nelle diverse aree aziendali dovrebbero ricadere nel comma 1 dell'art. 4, dato che questi tipi di strumenti risponderebbero a esigenze organizzative e produttive; Salimbeni 2015, 604, la quale ritiene che un'interpretazione che ritenesse rientranti nell'eccezione del comma 2 anche gli strumenti in grado di monitorare gli spostamenti del lavoratore all'interno dell'azienda sarebbe contraria al principio sancito dall'art. 2 della Costituzione, ovvero il principio di libertà e dignità personale.

(39) Senza contare che, ove il datore di lavoro arrivasse a controllare i movimenti dei lavoratori che svolgono attività sindacale, potrebbe configurarsi un'ipotesi di condotta antisindacale, in quanto l'assiduo monitoraggio dei movimenti dei «dirigenti sindacali» potrebbe essere visto come comportamento lesivo dell'attività sindacale.

In effetti, la versione originaria dell'art. 4, sancendo il divieto assoluto di controllo a distanza della prestazione lavorativa, poneva un limite a monte rispetto all'art. 8 St. lav. (40). L'illiceità dei controlli era sancita *tout court* senza la necessità di verificare se il datore di lavoro tramite gli stessi potesse (volontariamente o involontariamente) venire a conoscenza di fatti non rilevanti per lo svolgimento della prestazione lavorativa.

Nell'art. 4, versione novellata, non compare più quello che è stato definito poc'anzi un «limite a monte» rispetto all'art. 8 St. lav.: se si segue l'interpretazione qui prospettata, il datore di lavoro può quindi controllare, anche a distanza, buona parte dello svolgimento dell'attività lavorativa dei dipendenti. È pur vero che l'art. 8 St. lav. – norma che dispone il divieto per il datore di lavoro di effettuare indagini sulle opinioni del lavoratore e «su fatti non rilevanti ai fini della valutazione dell'attitudine professionale» – non è stato oggetto di modifiche: oggi però la mancata riproposizione del divieto assoluto di controllo a distanza impone di interrogarsi sull'effettività del divieto di indagini sulle opinioni del lavoratore (41).

Ad avviso di chi scrive, per valutare l'effettività del divieto di cui all'art. 8 è necessario comprendere quale sia la prova richiesta per la configurazione dell'illecito. La questione non è di facile soluzione. È controverso, in particolare, se debba essere provata la volontà del datore di lavoro di venire a conoscenza di fatti non rilevanti ai fini della valutazione professionale del lavoratore.

Giurisprudenza e dottrina non sembrano avere raggiunto una posizione univoca. Alcuni ritengono che la mera acquisizione dei dati non rilevanti ai fini della valutazione professionale sia sufficiente a integrare la fattispecie vietata dall'art. 8. Tale tesi fa presumere che la garanzia, apportata dal suddetto articolo, sia fornita a prescindere dalla prova dell'intento del datore di lavoro di venire a conoscenza di fatti privati del lavoratore, con evidenti riflessi sul grado di effettività del divieto (42).

Altri, invece, ritengono che sia necessaria la prova dell'intento del datore di lavoro di voler indagare su fatti attinenti alla sfera privata del lavo-

(40) Tebano 2016, 355-356; Trojsi 2014, 126. Per una ricostruzione riguardante il rapporto tra gli artt. 4 e 8 cfr. Ravelli 2010, 325-327.

(41) Tullini (2017b, 98 e 114) sostiene che quanto disposto dal comma 3 dell'art. 4 potrebbe allentare (98) «i limiti posti dall'art. 8 St. lav.».

(42) Sul punto vedi Bernardo 2007, 647, il quale sostiene che, «qualora dai controlli *de quibus* sia possibile ricavare indicazioni sulle opinioni politiche, religiose o sindacali del singolo dipendente o, più in generale, su altri interessi o fatti estranei alla sfera dell'attitudine professionale dello stesso, potrà trovare, ugualmente, al con-

ratore (43). Alla luce di questo orientamento, l'art. 8 non rappresenterebbe un limite effettivo, per quanto qui interessa, al potere di controllo a distanza della prestazione lavorativa a causa della difficoltà di provare l'illecito in giudizio. La prova sarebbe ardua, in ragione del fatto che sarebbe difficilmente distinguibile un controllo sulla prestazione lavorativa dal quale siano emersi anche dati personali e attinenti alla sfera privata del lavoratore, non rilevanti ai fini della valutazione professionale, da un controllo volto a ricercare intenzionalmente tali elementi. Il datore avrebbe gioco facile nel sostenere di aver acquisito tali dati non a seguito di un'indagine preordinata a tale scopo (vietato appunto dall'art. 8), ma a seguito di un controllo posto in essere per verificare il rispetto dell'eventuale divieto di utilizzo degli strumenti di lavoro a fini privati.

In questo contesto, assume oggi rilievo una peculiare fattispecie: quella in cui sia il lavoratore a fornire «spontaneamente» (e cosa debba intendersi con questo termine non è sicuramente questione di facile soluzione) fatti attinenti alla vita privata. Rimasta per lungo tempo tra le questioni

tempo, applicazione l'art. 8 St. lav. che limita il diritto di indagine del datore di lavoro sui propri dipendenti, tanto ai fini dell'assunzione, quanto in corso di rapporto». Anche qualche giudice si è espresso in tal senso: vedi Cass. 19.9.2016, n. 18302, cit., nella quale si afferma che «per la violazione dell'art. 8 St. lav. non è necessario sottoporre i dati a un particolare trattamento (utilizzo successivo), poiché la mera acquisizione e conservazione della disponibilità di essi comporta la violazione della prescrizione legislativa»; C. App. Milano 30.9.2005, in *RCDL*, 2006, 899, con nota di Chiusolo.

(43) Secondo T. Milano 31.3.2004, cit., «non costituisce violazione dell'art. 8 dello Statuto dei lavoratori [...] la conoscenza occasionata da un sistema di controllo sull'uso di strumenti informatici aziendali perché la condotta vietata presuppone una volontà diretta all'acquisizione di informazioni precluse al datore di lavoro». Nello stesso senso: T. Perugia, 20.2.2006, in *Il diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2007, 200, con nota di Gallus. In dottrina, Salimbeni (2013, 744), la quale sostiene che «è estraneo alla fattispecie [disciplinata dall'art. 8] l'ottenimento involontario o casuale di informazioni»: ciò fa desumere che la prova dell'intento sia necessaria; Pera (1972, 111-112), il quale ritiene che integrano gli estremi della fattispecie disciplinata dall'art. 8 l'indagine preordinata *ad hoc* a scoprire informazioni riguardanti la sfera privata del lavoratore ma anche interrogazioni *ex abrupto*. Queste ultime non integrano la fattispecie vietata quando si collocano in un rapporto franco e aperto, «giacché chi ha consentito all'instaurarsi di questo clima non può ritrarsene e stabilire il confine oltre il quale l'altro non deve andare»; Bellavista (1995, 82-83), il quale, da una parte, sottolinea come per integrare le indagini vietate all'art. 8 queste debbano essere «caratterizzate da una tensione, sia pur minima, verso la raccolta di informazioni», dall'altra, ritiene che sia «sufficiente, per l'integrazione del reato, la presenza di un'attività definibile come indagine».

a rilevanza esclusivamente teorica, la fattispecie potrebbe tornare di attualità nel caso in cui il lavoratore, contravvenendo al divieto di utilizzo degli strumenti di lavoro a fini privati, esponesse alcuni fatti inerenti alla sua sfera personale, protetti dall'art. 8, alla conoscenza del datore di lavoro (44).

5. — *La modifica dell'art. 4 rispecchia davvero una necessità di semplificazione e di adeguamento all'evoluzione tecnologica?* — Come è noto, la riforma della disciplina dei controlli a distanza è stata introdotta da un decreto attuativo della l. n. 183 del 2014 che è esplicitamente ispirato a obiettivi ambiziosi di razionalizzazione e di semplificazione delle discipline in materia di lavoro.

Tuttavia, se si considera lo specifico intervento normativo che ha riguardato l'art. 4 St. lav. è assai difficile scorgere elementi di «semplificazione».

Se l'obiettivo era quello di legittimare *tout court* il controllo a distanza della prestazione lavorativa, il risultato è stato raggiunto solo in via indiretta. Il controllo esclusivo della prestazione non è espressamente permesso, ma in concreto è possibile utilizzare i dati raccolti per fondare la responsabilità disciplinare di un dipendente.

La dichiarata semplificazione non si apprezza neppure in relazione ai limiti all'esercizio del potere di controllo, poiché essi in gran parte devono essere desunti, con difficoltà, dai principi contenuti nel Codice della *privacy* e nel Regolamento Ue n. 679/2016. Questa tecnica di regolamentazione, per principi piuttosto che per regole, con buona pace dello spirito di semplificazione che avrebbe dovuto animare la riforma, finisce per complicare l'attività degli operatori del diritto (45).

Nella legge delega, oltre all'obiettivo di semplificazione, era esplicitata la finalità di adeguare la disciplina dei controlli a distanza all'evoluzione tecnologica. L'espressione utilizzata dal legislatore nel comma 1 dell'art. 4, versione originaria, «impianti audiovisivi e altre apparecchiature», tuttavia, era sufficientemente «ampia» da poter ricomprendere anche gli strumenti

(44) Illustre dottrina aveva già in tempi risalenti sottolineato che nei casi in cui il lavoratore fornisca spontaneamente i dati che lo riguardano non si possa rinvenire l'elemento soggettivo del reato: Pera 1972, 111. L'Autore, in particolare, riteneva che mancasse l'elemento soggettivo del reato nei casi in cui il lavoratore avesse finito per fornire al datore di lavoro fatti riguardanti la sua sfera privata in ragione di una confidenza creatasi tra i due: ipotesi ben diversa, peraltro, da quella considerata in questa sede.

(45) Sul problema, cfr. Mazzotta 2017, 5 ss. (in particolare 15-16).

tecnologici utilizzati attualmente, ma sconosciuti nel 1970. L'art. 4 non presentava quindi tratti di obsolescenza che ne giustificassero la riscrittura in nome della necessità di adeguamento al progresso tecnologico. La motivazione che ha portato a riscrivere tale disposizione va ricercata piuttosto nell'intenzione del legislatore di facilitare un più ampio uso delle nuove tecnologie nell'attività di controllo della prestazione del lavoratore.

Più che la semplificazione o la necessità di adeguamento tecnologico, l'intervento riformatore pare dunque essere volto, in coerenza con il cd. *Jobs Act*, alla ricerca di una maggiore flessibilità (anche funzionale) per il datore di lavoro nella gestione dei rapporti di lavoro, attraverso l'eliminazione di alcuni importanti vincoli preesistenti.

Riferimenti bibliografici

- Aimo M. (2003), *Privacy, libertà di espressione e rapporto di lavoro*, Jovene, Napoli.
- Aimo M. (2012), *Tutela della riservatezza e protezione dei dati personali dei lavoratori*, in Persiani M., Carinci F. (diretto da), *Trattati di diritto del lavoro*, vol. IV, *Contratto di lavoro e organizzazione*, t. II (a cura di Marazza M.), Cedam, Padova, 1771 ss.
- Alvino I. (2014), *L'articolo 4 dello Statuto dei lavoratori alla prova di internet e della posta elettronica*, in *DRI*, 999 ss.
- Alvino I. (2016), *I nuovi limiti al controllo a distanza dell'attività dei lavoratori nell'intersezione fra le regole dello Statuto dei lavoratori e quelle del Codice della privacy*, in *LLI*, 1 ss.
- Amoroso G. (2009), *Art. 7. Sanzioni disciplinari*, in Amoroso G. et al., *Diritto del lavoro. Lo Statuto dei lavoratori e la disciplina dei licenziamenti*, Giuffrè, Milano, 131 ss.
- Amoroso G. (2014), *Art. 4 Impianti audiovisivi*, in Amoroso G. et al., *Diritto del lavoro. Lo Statuto dei lavoratori e la disciplina dei licenziamenti*, Giuffrè, Milano, 36 ss.
- Avogaro M. (2016), *Abbandono ingiustificato del lavoro, Gps e investigatori privati tra controlli difensivi e Jobs Act*, in *RIDL*, II, 253 ss.
- Balletti E. (2016), *I poteri del datore di lavoro tra legge e contratto*, Relazione al Convegno Aidlass 2015, in www.aidlass.org.
- Barbieri M. (2017), *L'utilizzabilità delle informazioni raccolte: il Grande Fratello può attendere (forse)*, in Tullini P. (a cura di), *Controlli a distanza e tutela dei dati personali del lavoratore*, Giappichelli, Torino, 183 ss.
- Barraco E., Sitzia A. (2010), *Il problema dei «controlli difensivi» del datore di lavoro: estne saepe ius summum malitia?*, in *LG*, 993 ss.
- Barraco E., Sitzia A. (2013), *Un de profundis per i «controlli difensivi» del datore di lavoro?*, in *LG*, 385 ss.
- Bellavista A. (1995), *Il controllo sui lavoratori*, Giappichelli, Torino.

- Bellavista A. (2003), *Protezione dei dati personali nel rapporto di lavoro*, in *DPL*, inserto n. 41, I ss.
- Bellavista A. (2005), *Controlli elettronici e art. 4 dello Statuto dei lavoratori*, in *RGL*, II, 772 ss.
- Bellavista A. (2008), *Controlli a distanza e necessità del rispetto della procedura di cui al comma 2 dell'art. 4 St. lav.*, in *RGL*, II, 363 ss.
- Bellavista A. (2010), *La Cassazione e i controlli a distanza sui lavoratori*, in *RGL*, II, 462 ss.
- Bellavista A. (2016), *Il nuovo art. 4 dello Statuto dei lavoratori*, in G. Zilio Grandi, M. Biasi (a cura di), *Commentario breve alla riforma «Jobs Act»*, Cedam, Padova, 717 ss.
- Bernardo P. (2007), *Vigilanza e controllo sull'attività lavorativa*, in Carinci F. (diretto da), *Commentario di diritto del lavoro*, C. Cester (a cura di), *Il rapporto di lavoro subordinato: costituzione e svolgimento*, Utet, Torino, 632 ss.
- Brodolini G. (2001), *Relazione al d.d.l. sullo «Statuto dei lavoratori»*, in *Economia & lavoro*, 5 ss.
- Cairo L. (2004), *Internet e posta elettronica in azienda: il potere di controllo del datore di lavoro*, in *OGL*, I, 128 ss.
- Cairo L. (2016), *Il controllo a distanza dei lavoratori: precedenti nella giurisprudenza di ieri decisi con le norme di oggi*, in *LLI*, 60 ss.
- Carinci M.T. (2016), *Il controllo a distanza dell'attività dei lavoratori dopo il «Jobs Act» (art. 23, d.lgs. n. 151/2015): spunti per un dibattito*, in *LLI*, I ss.
- Carinci M.T. (2017), *Il controllo a distanza sull'adempimento della prestazione di lavoro*, in Tullini P. (a cura di), *Controlli a distanza e tutela dei dati personali del lavoratore*, Giappichelli, Torino, 45 ss.
- Conti A. (2010), *La Sezione lavoro e la Sezione penale della Corte di Cassazione a confronto su controlli a distanza e controlli difensivi*, in *MGL*, 555 ss.
- Cosattini L.A. (2015), *Le modifiche all'art. 4 St. lav. sui controlli a distanza, tanto rumore; per nulla?*, in *LG*, 985 ss.
- Criscuolo C. (2017), *Controlli difensivi e codice della privacy*, in *RIDL*, I, 39 ss.
- Dagnino E. (2016), *Tecnologie e controlli a distanza*, in Tiraboschi M. (a cura di), *Le nuove regole del lavoro dopo il Jobs Act*, Giuffrè, Milano, 107 ss.
- Del Punta R. (2016), *La nuova disciplina dei controlli a distanza sul lavoro*, in *RIDL*, I, 77 ss.
- Erboli T. (2012), *Legittimità dei controlli difensivi e regime di utilizzabilità delle prove*, in *ADL*, II, 139 ss.
- Falsone M. (2015), *L'infelice giurisprudenza in materia di controlli occulti e le prospettive del suo superamento*, in *RIDL*, II, 990 ss.
- Ferrante V. (2006), *Competenze dell'autorità garante e controlli difensivi*, in *ADL*, I, 1146 ss.
- Gaeta L. (1990), *La dignità del lavoratore e i «turbamenti» dell'innovazione*, in *LD*, 203 ss.
- Galardi R. (2010), *Il controllo sugli accessi ad internet al vaglio della Cassazione*, in *RIDL*, II, 564 ss.

- Ghezzi G. (1986), *Computer e controllo dei lavoratori*, in *GDLRI*, 354 ss.
- Ingrao A. (2017), *Il controllo disciplinare e la privacy del lavoratore dopo il Jobs Act*, in *RIDL*, I, 46 ss.
- Lambertucci P. (2009), *I controlli del datore di lavoro e la tutela della privacy*, in Santoro Passarelli G. (a cura di), *Diritto del lavoro e della previdenza sociale*, Ipsoa, Milano, 627 ss.
- Lambertucci P. (2015), *Potere di controllo del datore di lavoro e tutela della riservatezza del lavoratore: i controlli a «distanza» tra attualità della disciplina statutaria, promozione della contrattazione di prossimità e legge delega del 2014 (cd. Jobs Act)*, in *W.P. Csdle «Massimo D'Antona».IT*, n. 255.
- Lambertucci P. (2016), *La disciplina dei controlli a distanza*, in *GI*, 769 ss.
- Levi A. (2013), *Il controllo informatico sull'attività del lavoratore*, Giappichelli, Torino.
- Liso F. (1986), *Computer e controllo dei lavoratori*, in *GDLRI*, 366 ss.
- Mainardi S. (2002), *Il potere disciplinare nel lavoro privato e pubblico. Art. 2106*, Giuffrè, Milano.
- Maio V. (2015), *La nuova disciplina dei controlli a distanza sull'attività dei lavoratori e la modernità post-panottica*, in *ADL*, I, 1186 ss.
- Maio V. (2017), *Il regime delle autorizzazioni del potere di controllo del datore di lavoro e i rapporti con l'art. 8 della legge n. 148/2011*, in Tullini P. (a cura di), *Controlli a distanza e tutela dei dati personali del lavoratore*, Giappichelli, Torino, 61 ss.
- Marazza M. (2016), *Dei poteri (del datore di lavoro), dei controlli (a distanza) e del trattamento dei dati (del lavoratore)*, in *W.P. Csdle «Massimo D'Antona».IT*, n. 300.
- Marazza M. (2017), *I controlli a distanza del lavoratore di natura «difensiva»*, in Tullini P. (a cura di), *Controlli a distanza e tutela dei dati personali del lavoratore*, Giappichelli, Torino, 27 ss.
- Maresca A. (2016), *Controlli tecnologici e tutele del lavoratore nel nuovo art. 4 dello Statuto dei lavoratori*, in *RIDL*, I, 513 ss.
- Maresca A. (2017), *Controlli tecnologici e tutele del lavoratore nel nuovo art. 4 St. lav.*, in Tullini P. (a cura di), *Controlli a distanza e tutela dei dati personali del lavoratore*, Giappichelli, Torino, 1 ss.
- Mattei A. (2013), *Controlli difensivi e tutela della riservatezza del lavoratore*, in *RGL*, II, 32 ss.
- Mazzotta O. (2013), *Diritto del lavoro*, Giuffrè, Milano.
- Mazzotta O. (2017), *Nel laboratorio del giuslavorista*, in *Labor – Il lavoro nel diritto*, 5 ss.
- Minervini A. (2014), *I controlli sul lavoratore e la tutela dell'azienda*, in *LG*, 314 ss.
- Miscione M. (2013), *I controlli intenzionali, preterintenzionali e difensivi sui lavoratori in contenzioso continuo*, in *LG*, 761 ss.
- Nogler L. (2002), *Posta elettronica aziendale: conta anche la privacy del lavoratore?*, in *GL*, n. 22, 10 ss.
- Olivelli F. (2013), *Il difficile bilanciamento tra la tutela della privacy e le esigenze di controllo del datore di lavoro*, in *RIDL*, II, 372 ss.
- Olivelli F. (2015), *Lo «stratagemma» di facebook come controllo difensivo occulto: provocazione o tutela del patrimonio aziendale?*, in *ADL*, I, 1307 ss.

- Pera G. (1972), *Art. 8. Divieto di indagini sulle opinioni*, in Assanti C., Pera G., *Commento allo Statuto dei lavoratori*, Cedam, Padova, 106 ss.
- Puccetti E. (2016), *Se il controllo occulto diventa agente provocatore*, in *RIDL*, II, 120 ss.
- Ravelli F. (2010), *Controlli informatici e tutela della privacy: alla ricerca di un difficile punto di equilibrio*, in *D&L*, 317 ss.
- Ricci M. (2016), *I controlli a distanza dei lavoratori tra istanze di revisione e flessibilità «nel» lavoro*, in *ADL*, 740 ss.
- Russo M. (2016), *Quis custodiet ipsos custodes? I «nuovi» limiti all'esercizio del potere di controllo a distanza*, in *LLI*, 3 ss.
- Salimbeni M.T. (2013), *Art. 8*, in De Luca Tamajo R., Mazzotta O. (a cura di), *Commentario breve alle leggi sul lavoro*, Cedam, Padova, 744 ss.
- Salimbeni M.T. (2015), *La riforma dell'articolo 4 dello Statuto dei lavoratori: l'ambigua risolutezza del legislatore*, in *RIDL*, I, 559 ss.
- Sitzia A. (2015), *I controlli a distanza dopo il «Jobs Act» e la Raccomandazione R(2015)5 del Consiglio d'Europa*, in *LG*, 671 ss.
- Sitzia A. (2016), *Il controllo (del datore di lavoro) sull'attività dei lavoratori: il nuovo articolo 4 St. lav. e il consenso (del lavoratore)*, in *LLI*, 81 ss.
- Stanchi A. (2010), *Sui controlli difensivi e l'utilizzabilità della prova di reato*, in *GL*, n. 26, 15 ss.
- Stenico E. (2000), *La tutela della riservatezza del lavoratore nell'esercizio della prestazione*, in *QDLRI*, 153 ss.
- Stenico E. (2003), *L'esercizio del potere di controllo informatico del datore di lavoro sugli strumenti tecnologici di ultima generazione*, in *RGL*, I, 117 ss.
- Tebano L. (2016), *La nuova disciplina dei controlli a distanza: quali ricadute sui controlli conoscitivi?*, in *RIDL*, I, 345 ss.
- Trojsi A. (2013), *Il diritto del lavoratore alla protezione dei dati personali*, Giappichelli, Torino.
- Trojsi A. (2014), *Il comma 7, lettera f, della legge delega n. 183/2014: tra costruzione del Diritto del lavoro dell'era tecnologica e liberalizzazione dei controlli a distanza sui lavoratori*, in Rusciano M., Zoppoli L. (a cura di), *Jobs Act e contratto di lavoro dopo la legge delega 10 dicembre 2014, n. 183*, in *W.P. Csdle «Massimo D'Antona».IT*, Collective Volumes, n. 3, 117 ss.
- Tullini P. (2009), *Comunicazione elettronica, potere di controllo e tutela del lavoratore*, in *RIDL*, I, 323 ss.
- Tullini P. (2011), *Videosorveglianza a scopi difensivi e utilizzo delle prove di reato commesso dal dipendente*, in *RIDL*, II, 86 ss.
- Tullini P. (2017a), *La digitalizzazione del lavoro, la produzione intelligente e il controllo tecnologico nell'impresa*, in Tullini P. (a cura di), *Web e lavoro. Profili evolutivi e di tutela*, Giappichelli, Torino, 3 ss.
- Tullini P. (2017b), *Il controllo a distanza attraverso gli strumenti per rendere la prestazione lavorativa. Tecnologie di controllo e tecnologie di lavoro: una distinzione possibile?*, in Tullini P. (a cura di), *Controlli a distanza e tutela dei dati personali del lavoratore*, Giappichelli, Torino, 97 ss.

- Zoli C. (2009), *Il controllo a distanza del datore di lavoro: l'art. 4, l. n. 300/1970, tra attualità ed esigenze di riforma*, in RIDL, I, 485 ss.
- Zoli C., Villa E. (2017), *Gli strumenti di registrazione degli accessi e delle presenze*, in Tullini P. (a cura di), *Controlli a distanza e tutela dei dati personali del lavoratore*, Giappichelli, Torino, 125 ss.

ABSTRACT

Il saggio si interroga sul significato della mancata riproposizione del divieto assoluto di controllo a distanza della prestazione lavorativa nella nuova versione dell'art. 4 St. lav. Particolare attenzione è riservata alla questione dell'utilizzabilità in giudizio delle prove raccolte tramite detti controlli e al problema dell'effettività del divieto di indagine sulle opinioni del lavoratore di cui all'art. 8 St. lav. alla luce delle modifiche che hanno interessato l'art. 4 St. lav.

THE REMOVAL OF THE RULE ON THE PROHIBITION OF WORK PERFORMANCE'S REMOTE CONTROL: MEANING AND EFFECTS

The essay questions the meaning of the non-reproduction of the absolute prohibition of work performance's remote control in the new version of Art. 4 Workers' Statute. Particular attention is reserved to the question of the possibility of using evidence collected through these controls and to the problem of the effectiveness of the prohibition of detection on the worker's opinions (Art. 8 Workers' Statute) after the new reform of the Art. 4 Workers' Statute.

OPINIONI A CONFRONTO

IL LAVORO AGILE

Amos Andreoni (*)

IL LAVORO AGILE NEL COLLEGAMENTO NEGOZIALE

SOMMARIO: 1. Introduzione. — 2. Accordo «agile» e collegamento negoziale. — 3. Gli effetti del collegamento negoziale.

1. — *Introduzione* — Nella l. 22.5.2017, n. 81, l'art. 18 colloca il lavoro agile nel *genus* del lavoro subordinato, caratterizzandolo solo per una diversa modalità di esecuzione della prestazione (1). Il nuovo istituto si caratterizza per la presenza di tre elementi: l'*accordo tra le parti*, il parziale *svincolo dai normali parametri spazio-temporali* (la prestazione deve essere eseguita «in parte all'interno dei locali aziendali e in parte all'esterno senza una postazione fissa, entro i soli limiti di durata massima dell'orario di lavoro giornaliero e settimanale, derivanti dalla legge e dalla contrattazione collettiva») e l'*utilizzo di strumenti tecnologici*.

L'esercizio del potere organizzativo è condiviso tra datore e prestatore di lavoro, partecipando il secondo alla determinazione delle coordinate spazio-temporali dell'attività e potendo le modalità di esecuzione essere formulate anche solo per obiettivi, ossia a prescindere dal costante e reiterato esercizio del potere direttivo.

Restano i normali limiti di orario giornaliero e settimanale, il diritto alla parità di trattamento con i lavoratori «stanziali» di pari mansione della medesima azienda (art. 20) e la tutela assicurativa a carico del datore per i rischi connessi alla prestazione resa all'esterno dell'azienda (art. 22).

Il punto di riferimento centrale è l'accordo tra le parti: esso specifica il potere direttivo, gli strumenti utilizzati, i tempi di riposo e di disconnes-

(*) Avvocato in Roma; già professore di Diritto del lavoro presso la «Sapienza» Università di Roma.

(1) In dottrina, vd. i primi commenti di: Donini 2017; Spinelli 2017; Allamprese, Pascucci 2017; Casillo 2017; Proia 2017; Tiraboschi 2017; Ferrara 2017; Malzani 2017; Di Meo 2017; Perulli 2017; Santoro Passarelli G. 2017; Dagnino *et al.* 2016.

sione del lavoratore, l'attuazione del diritto all'apprendimento permanente, l'esercizio del potere di controllo e disciplinare.

La forma scritta è richiesta a soli fini di regolarità amministrativa e di prova, e non quale requisito di validità dell'accordo; le parti, di poi, possono recedere liberamente con il solo vincolo del preavviso (salvo il giustificato motivo nel solo accordo a tempo determinato).

Benché l'assegnazione degli strumenti sia rimessa dalla legge all'accordo tra le parti, la responsabilità della sicurezza e del buon funzionamento degli stessi è oggetto della responsabilità esclusiva del datore di lavoro (art. 18, c. 2), salvo l'obbligo di cooperazione all'attuazione delle misure di prevenzione imposto al lavoratore (art. 22, c. 2); d'altra parte, l'assenza di una postazione esterna fissa rappresenta un elemento costitutivo del lavoro agile, e dal testo legislativo si evince che la concreta determinazione della sede è rimessa al libero apprezzamento del prestatore. Tuttavia, risultano coperti dall'assicurazione obbligatoria solo gli eventi avvenuti nel tragitto da e verso un luogo di lavoro, la cui scelta sia stata dettata «da esigenze connesse alla prestazione stessa o dalla necessità del lavoratore di conciliare le esigenze di vita con quelle lavorative e risponda a criteri di ragionevolezza» (art. 23, c. 3, l. n. 81/2017).

Dall'insieme dei fattori menzionati emerge il dato di una debolezza riconducibile allo squilibrio dei rapporti di potere, in ragione della mancata previsione della mediazione collettiva degli interessi, presente invece come necessaria nella contigua disciplina del telelavoro, caratterizzato dalla sistematica permanenza fuori sede; con l'effetto di far scadere l'accordo al ruolo di un contratto per adesione (artt. 1341 e 1342 c.c.).

2. — *Accordo «agile» e collegamento negoziale* — Le numerose ambiguità della legge sullo *spatium deliberandi* dell'accordo tra le parti possono essere superate ponendo mente alla correlazione sussistente tra il contratto di lavoro originariamente stipulato, generativo del rapporto di lavoro, e l'accordo successivo sul lavoro agile. Si tratta di un collegamento negoziale in cui l'accordo originario si pone come contratto stipite e l'accordo sul lavoro agile come contratto accessorio, il cui contenuto specifica il contenuto del negozio principale per la prestazione resa fuori sede, sicché per le parti non specificate nell'accordo ausiliario vale il riferimento al negozio stipite e alla disciplina inderogabile che ne caratterizza il funzionamento (2). Tale rela-

(2) Sul collegamento negoziale vd. essenzialmente Scognamiglio 1960, 375; Messineo 1962, 48; Santoro Passarelli F. 1971, 215; Sacco 1999, 594.

zione di implicazione reciproca e di accessorialità dell'una rispetto all'altra forma negoziale (3) si desume: dalla collocazione di entrambi i moduli nello stesso *genus* della subordinazione; dalla circostanza che l'accordo «agile» trova la sua causa nel rapporto di lavoro scaturito dal contratto stipite e dunque dalla sussistenza di un collegamento funzionale, ragion per cui l'accordo agile incide solo sullo svolgimento di un rapporto che nasce dall'altro contratto, evidentemente principale, talché «*accessorium sequitur principale*»; dalla ulteriore circostanza che l'accordo «agile» rappresenta solo una diversa modalità di esecuzione del contratto stipite al quale resta dunque subordinato, talché, cessato questo, viene anche meno l'accordo «agile»; dalla circostanza, infine, della reversibilità dell'accordo «agile» recedendo dal quale riprende interamente vigore la disciplina recata dal contratto stipite, senza bisogno di una rinnovazione negoziale.

D'altra parte, poiché per una quota parte dell'orario settimanale è efficace il contratto stipite e per l'altra l'accordo accessorio, tra l'una e l'altra fonte negoziale non può sussistere eterogeneità dei connotati strutturali (ad esempio, mansione, inquadramento), necessariamente desunti dal contratto stipite in quanto fonte del rapporto di lavoro. Quest'ultimo contratto è altresì prevalente anche dal punto di vista quantitativo rispetto al lavoro agile, essendo quest'ultimo generalmente limitato a uno o due giorni a settimana dalla contrattazione aziendale finora sviluppatasi. I contratti aziendali, di poi, sottolineano l'invarianza dei tratti fondamentali del rapporto in ordine al potere direttivo, di controllo, disciplinare, e, altresì, con riguardo ai tratti essenziali del rapporto di lavoro: orario, giornaliero e settimanale, retribuzione ecc.

3. — *Gli effetti del collegamento negoziale* — Stando così l'inquadramento giuridico della fattispecie, si possono enucleare le seguenti conclusioni.

a) Il riferimento alla possibilità di organizzare il lavoro agile anche «per fasi, cicli e obiettivi» non esclude la natura subordinata del rapporto; esso tende solo a realizzare una nuova visione dell'organizzazione del lavoro, volta a «stimolare l'autonomia e la responsabilità dei lavoratori e a realizzare una maggiore conciliazione dei tempi di vita e di lavoro»: in tal senso, con riferimento alla p.a., si esprime la Direttiva n. 3 del 2017. Il lavoro agile, mediante un attento e strategico uso dell'innovazione, favorisce la

(3) In giurisprudenza, sugli effetti della accessorialità, vd. Cass. n. 11974/2010; Cass. n. 5851/2006; Cass. n. 4645/1995; Cass. n. 7415/1991; Cass. n. 3100/1987.

trasformazione digitale delle aziende attraverso cambiamenti che presuppongono capacità di relazione che toccano non solo il lavoratore *smart worker*, ma tutti i livelli della gerarchia aziendale: «È un processo dove la forte responsabilizzazione individuale si converte in un forte aumento della produttività complessiva dell'azienda» (4).

Queste caratteristiche sono esemplificate dalla organizzazione dipartimentale, dalla informatizzazione del lavoro di ufficio, dalle varie forme di telelavoro e dalla creazione dell'impresa virtuale dove l'unità centrale, il *core*, è ridotta al minimo e in larga parte i collaboratori sono saltuari e mobili.

D'altra parte, l'attenzione al cliente rende sempre più diffuso il comando del lavoratore presso il primo al fine di gestire *in loco* il raggiungimento dell'obiettivo commissionato, donde una «curvatura» della prestazione di lavoro in forma personalizzata e organizzata per risultati specifici da raggiungere.

b) La possibilità che l'accordo individuale disciplini anche le «forme di esercizio del potere direttivo del datore di lavoro» non rende consensuale l'esercizio del potere direttivo: il senso della norma appare essere solo quello di attribuire all'autonomia delle parti la definizione delle «forme», ossia le modalità con le quali le direttive del datore di lavoro sono impartite al lavoratore durante la parte della prestazione resa in forma agile, in cui possono risultare non funzionali i normali strumenti di comunicazione utilizzati quando la prestazione avviene all'interno dei locali aziendali (come le istruzioni verbali o gli ordini di servizio cartacei) (5).

D'altra parte, lo *smart working* o il telelavoro, come ogni lavoro a domicilio, è caratterizzato da una forma «attenuata» di subordinazione: le direttive dell'imprenditore non devono necessariamente essere specifiche e reiterate, essendo sufficiente, secondo le circostanze, che esse siano impartite una volta per tutte, mentre controlli possono limitarsi alla verifica della buona riuscita della lavorazione.

L'area del lavoro autonomo, da parte del lavoratore non dotato di una struttura d'organizzazione, rimane pertanto circoscritta a quei lavori che

(4) Gallino 1995, 8; cfr. altresì Baldwin 2016.

(5) Cfr.: Proia 2017; Casillo 2017; *contra*, Perulli 2017, per cui il lavoro agile presenta una deviazione causale dal tipo legale arricchendosi di aspetti irriducibili al normale sinallagma contrattuale di cui all'art. 2094 c.c., sotto il profilo degli interessi, e in specie dell'interesse alla definizione delle forme di esercizio dei poteri datoriali in vista della migliore conciliazione dei tempi di vita e di lavoro e quindi, in sostanza, di una inedita corresponsabilizzazione del soggetto che versa in uno stato di soggezione (il lavoratore subordinato) nella definizione delle modalità con cui si attua la dimensione attiva del rapporto (l'esercizio dei poteri datoriali).

non presentano le caratteristiche indicate, come ad esempio nel caso in cui venga rimessa completamente al lavoratore la scelta delle modalità esecutive, con esclusione di qualsiasi tipo di subordinazione, sia pure soltanto tecnica (6).

In sostanza, il vincolo della subordinazione per le varie forme di telelavoro viene a configurarsi come inserimento dell'attività lavorativa nel ciclo produttivo aziendale, del quale la prestazione resa dal lavoratore diviene elemento integrante (7), con l'effetto che la configurabilità della subordinazione, sia pura attenuata, che caratterizza tale lavoro, deve escludersi solo allorché il lavoratore goda di piena libertà di accettare o rifiutare il lavoro commessogli, e allorché sussista una sua piena discrezionalità in ordine ai tempi di consegna del lavoro, venendo meno per tali modalità della prestazione un effettivo inserimento del lavoratore nel ciclo produttivo aziendale (che necessita, di contro, di una piena e sicura disponibilità del lavoratore a eseguire i compiti affidatigli e a soddisfare le esigenze e le finalità programmate dall'impresa). Il che non è, dato il preventivo accordo, nel lavoro agile.

Resta il fatto poi che il sistema informatico consente di predeterminare, in ogni suo aspetto, il contenuto della prestazione e di accertare il rispetto delle direttive impartite, peraltro definite nelle clausole dell'accordo agile determinativo delle modalità della prestazione (8). In definitiva, la primazia dell'algoritmo consente la declinazione della subordinazione per «fasi, cicli e obiettivi», mediante l'incorporazione del potere direttivo nel dispositivo informatico (9). Qui più che altrove resta valida la nozione di eterodirezione presente nel paradigma qualificatorio della Corte costituzionale; nozione resa nella sentenza 5.2.1996, n. 30, incentrata sul canone della «doppia alienità» laddove si realizzi «l'incorporazione della prestazione di lavoro in un'organizzazione produttiva sulla quale il lavoratore non ha alcun potere di controllo, essendo costituita per uno scopo in ordine al quale egli non ha alcun interesse [...] giuridicamente tutelato» e dunque in vista di un risultato di cui il titolare dell'organizzazione è immediatamente legittimato ad appropriarsi.

c) Analogamente anche il *potere di controllo* viene modulato in base alla diversa strumentazione disponibile e all'obiettivo da raggiungere.

(6) Vd. Cass. n. 9812/2008 e Cass. n. 24717/2011; anche Cass. 22.4.2002, n. 5840.

(7) Cfr. Cass. 4.5.2002, n. 6405.

(8) Sugli effetti delle nuove tecnologie informatiche nella ridefinizione della nozione di subordinazione vd. Cass. 21.7.2017, n. 18018; Cass. 21.3.2012, n. 4476.

(9) In dottrina, si rinvia ai contributi pubblicati in *RGL*, 2017, n. 2, I, 171 ss.

d) Il *potere disciplinare*, data la non contiguità fisica del lavoratore, richiede e ammette le sole specificazioni non presenti nel codice disciplinare di fonte collettiva. Né potrebbe essere diversamente dato il collegamento accessorio e l'inderogabilità del codice disciplinare applicabile al contratto stipite.

e) Rispetto alla determinazione dei *tempi di riposo e di disconnessione*, l'accordo opera all'interno dei limiti di durata massima dell'orario giornaliero. Essi sono ricavabili, *a contrario*, dalla norma che impone un riposo minimo giornaliero di undici ore consecutive ogni 24 ore. Peraltro sussistono incertezze applicative, in ragione della giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione europea circa la qualificazione quale orario di lavoro dei periodi di attesa e di spostamento nel caso di prestazioni svolte all'esterno dei locali di pertinenza del datore, esponendo il lavoratore al rischio di un prolungamento, più o meno surrettizio, del tempo di lavoro complessivo (10).

Il dilemma è risolto dalla contrattazione aziendale, che accorda lo stesso orario di lavoro, con le medesime pause, al lavoratore stanziale e a quello agile, ivi compresa la pausa di 15 minuti ogni due ore di lavoro in video. La delimitazione socialmente tipica dell'orario giornaliero determina altresì il diritto soggettivo perfetto alla disconnessione superato l'orario giornaliero. Altri momenti di disconnessione potranno essere frutto di accordo tra le parti.

f) Al lavoro agile si applica l'art. 4 St. lav., che, nella versione attuale, accentua la pervasività dei controlli a distanza sulla prestazione lavorativa, per un verso, rimuovendo i vincoli ordinari – finalità dell'installazione delle apparecchiature e previo controllo sindacale circa le sue concrete modalità – laddove il controllo avvenga su strumenti utilizzati dal lavoratore per rendere la prestazione lavorativa e, per altro verso, consentendo l'utilizzo dei dati raccolti dal datore per mezzo di tali strumenti «a tutti i fini connessi al rapporto di lavoro» (incluso, ad esempio, l'esercizio del potere disciplinare), alla sola condizione che il datore abbia adempiuto agli obblighi di informazione previsti dalla normativa sulla *privacy*.

E tuttavia, il Garante per la protezione dei dati personali ha evidenziato la necessità di limitare l'utilizzo delle informazioni raccolte dal momento che «i principi di legittimità e determinatezza del fine perseguito con il trattamento, nonché della sua proporzionalità, correttezza e non eccedenza, non solo escludono l'ammissibilità di controlli massivi, ma

(10) Cfr. C. Giust. 10.9.2015, C-266/14, *Tycos*, in *LG*, 2016, n. 3, 257, con nota di Allamprese.

impongono comunque una gradualità nell'ampiezza e tipologia del monitoraggio, che renda assolutamente residui i controlli più invasivi, legittimandoli solo a fronte della rilevazione di specifiche anomalie e comunque all'esito dell'esperimento di misure preventive meno limitative dei diritti dei lavoratori» (11). Il che significa che i controlli del datore di lavoro sono ammissibili soltanto se «strettamente proporzionati e non eccedenti lo scopo di verifica dell'adempimento contrattuale, limitati nel tempo e nell'oggetto, previsti da preventive *policy* aziendali, mirati, mai massivi, e fondati su precisi presupposti».

I «contrappesi idonei per scongiurare i rischi del controllo totale e per la salvaguardia dei diritti fondamentali» sono collocati nella fase prodromica della informativa, che permetta al lavoratore di conoscere *preventivamente* quali siano le attività consentite e legittime nell'uso delle nuove tecnologie.

Pertanto, mediante il rinvio indiretto ai principi e agli istituti previsti dal d.lgs. n. 196/2003, il contratto agile/contratto stipite mantiene pur sempre le garanzie poste a presidio della sfera intima e privata del lavoratore, per finalità di controllo occulto dell'attività del lavoratore.

g) Il lavoratore agile, più di altri, risulta esposto all'intensificazione dei ritmi (iperconnessione, assenza di tempi di recupero), alle disergonomie (posturali od oculo-visive), all'isolamento, alla connotazione labile dei confini tra spazi/tempi lavorativi e non lavorativi. Variabili in parte compensate dalla soppressione dei tempi di spostamento casa-lavoro e dall'autonomia nella gestione del tempo (12).

L'art. 18, c. 2, della l. n. 81/2017 sancisce che il datore di lavoro è responsabile della sicurezza e del buon funzionamento degli strumenti tecnologici assegnati al lavoratore, salvo ogni rinvio alla disciplina contenuta nel d.lgs. n. 81/2008 (Titolo I e Titoli III, VII). L'art. 22 (rubricato «Sicurezza sul lavoro») prevede che il datore di lavoro, in quanto garante della salute e sicurezza del lavoratore agile, consegni al lavoratore e al rappresentante per la sicurezza un'informativa scritta sui rischi generali e specifici connessi alla modalità di esecuzione del rapporto (13).

(11) Audizione del Presidente del Garante per la protezione dei dati personali Antonello Soro sugli schemi di decreti legislativi attuativi del cd. *Jobs Act* presso la Commissione lavoro della Camera dei deputati (9.7.2015) e la Commissione lavoro del Senato (14.7.2015), in www.garanteprivacy.it/web/guest/home/docweb/-/docweb-display/docweb/4119045.

(12) Vd. Allamprese, Pascucci 2017, 311 ss.; cfr. altresì circolare Inail 2.11.2017, n. 48.

(13) L'art. 3 del d.d.l. n. 2229-A prevedeva un parere preventivo del medico competente e lo svolgimento di visite e accertamenti, poi espunti dal testo definitivo.

Un punto fermo è comunque posto dall'art. 173, c. 1, lett. c, del d.lgs. n. 81/2008, ove si definisce il lavoratore che ha diritto alla protezione di cui ai Titolo VII come colui che utilizza «un'attrezzatura munita di video-terminali, in modo sistematico o abituale, per venti ore settimanali»: ai fini dell'applicazione delle tutele in discorso occorre, dunque, che il lavoratore agile utilizzi un videoterminale per almeno venti ore alla settimana; ove l'utilizzo delle apparecchiature non può che essere la risultante della somma complessiva di lavoro standard e di lavoro agile in ragione proprio del collegamento negoziale sopra descritto. Ciò determina la copertura per tutti i rischi che il Titolo VII mira a prevenire riguardanti la vista, lo stress lavoro correlato (o tecnostress) e l'affaticamento fisico e mentale.

Dal collegamento tra contratto stipite e contratto accessorio agile discende inoltre che all'art. 22 della l. n. 81/2017 può essere estesa la lettura dell'obbligo di sicurezza del distaccante (art. 3, c. 6, d.lgs. n. 81/2008) che la Cassazione ha offerto in tema. Ne deriva che il datore di lavoro dello *smart worker* «non potrà dare seguito all'accordo di cui all'art. 19 se prima non avrà verificato e accertato l'esistenza delle condizioni di sicurezza dei luoghi esterni ai locali aziendali nei quali il lavoratore agile andrà a svolgere una parte delle sue mansioni» (14). Destano pertanto molti dubbi le previsioni contrattuali dell'Accordo Barilla del 2.3.2015, laddove si rimette al prestatore di lavoro la scelta «di un luogo idoneo che consenta il pieno esercizio della propria attività lavorativa in condizioni di [...] sicurezza, anche dal punto di vista dell'integrità fisica secondo quanto previsto dall'art. 2087 c.c.», sul semplice presupposto che «il lavoratore deve prendersi cura della propria sicurezza e della propria salute e di quella di altre persone presenti nello spazio lavorativo scelto per lo svolgimento della propria attività lavorativa in *smart working*». Lo stesso dubbio vale per l'Accordo Snam del 26.11.2015 e per l'Accordo Cariparma dell'8.3.2016 (vd. fac-simile di accordo individuale) (15).

Si può dunque concludere – se è vera la ricostruzione della fattispecie complessa per negozi collegati, come sopra descritta e successivamente declinata – che il legislatore del 2017 si è mosso con prudenza. L'accordo sul lavoro agile non costituisce un contratto novativo, né facoltizza un pieno dispiegamento dell'autonomia individuale, sotto l'apparente mantra del potere condiviso.

(14) Così Allamprese, Pascucci 2017, 324; cfr. altresì Cass. 22.7.2013, n. 31300, S. pen.

(15) In tal senso vd. Tiraboschi 2017, 28-29.

La disciplina introduce ragionevoli specificazioni nel contenuto, negli obblighi e nei diritti propri del rapporto primigenio, contemperando le esigenze dell'industria 4.0 con quelle del lavoratore «agile».

Starà all'esperienza applicativa calibrare l'esatta «temperatura» del bilanciamento tra le opposte esigenze.

Riferimenti bibliografici

- Albano R. *et al.* (2017), *DigitAgile: l'ufficio nel dispositivo mobile. Opportunità e rischi per lavoratori e aziende*, in *W.P. Osservatorio MU.S.I.C.*, n. 3.
- Allamprese A., Pascucci F. (2017), *La tutela della salute e della sicurezza del lavoratore agile*, in *RGL*, n. 2, I, 311 ss.
- Baldwin R. (2016), *The Great Convergence: Information Technology and the New Globalisation*, Harvard University Press.
- Casillo R. (2017), *La subordinazione «agile»*, in *DLM*, n. 3, 19 ss.
- Dagnino E. *et al.* (2016), *Il lavoro agile nella contrattazione collettiva oggi*, *W.P. bollettino Adapt*, n. 2.
- Di Meo R. (2017), *Il diritto alla disconnessione nella prospettiva italiana e comparata*, in Atti del Convegno internazionale su «Impresa, lavoro e non lavoro nell'economia digitale», Brescia 12-13 ottobre 2017.
- Donini A. (2017), *Nuova flessibilità spazio-temporale e tecnologie: l'idea del lavoro agile*, in Tullini P. (a cura di), *Web e lavoro*, Giappichelli, Torino, 77 ss.
- Ferrara M.D. (2017), *Poteri datoriali e lavori digitali tra organizzazione condivisa e nuova verticalizzazione dei processi decisionali*, in Atti del Convegno internazionale su «Impresa, lavoro e non lavoro nell'economia digitale», Brescia 12-13 ottobre 2017.
- Gallino L. (1995), *Tecnologia/occupazione: la rottura del circolo virtuoso*, in *Quaderni di Sociologia*, n. 7, 8 ss.
- Malzani F. (2017), *Il lavoro agile tra opportunità e nuovi rischi per il lavoratore*, in Atti del Convegno internazionale su «Impresa, lavoro e non lavoro nell'economia digitale», Brescia 12-13 ottobre 2017.
- Messineo F. (1962), voce *Contratto collegato*, in *ED*, X, Milano, Giuffrè, 48 ss.
- Perulli A. (2017), *Il Jobs Act del lavoro autonomo e agile*, in *W.P. Csdle «Massimo D'Antona».IT*, n. 341.
- Proia G. (2017), in Fiorillo L., Perulli A. (a cura di), *Il Jobs Act del lavoro autonomo e del lavoro agile*, Giappichelli, Torino.
- Sacco R. (1999), in Rescigno P. (diretto da), *Trattato di diritto privato*, Utet, Torino, vol. X, 594 ss.
- Santoro Passarelli F. (1971), *Dottrine generali del diritto civile*, Jovene, Napoli.
- Santoro Passarelli G. (2017), *Lavoro eterorganizzato, coordinato, agile e il telelavoro*, in *W.P. Csdle «Massimo D'Antona».IT*, n. 327.
- Scognamiglio R., (1960), voce *Collegamento negoziale*, in *ED*, VII, Milano, Giuffrè, 375 ss.

- Spinelli C. (2017), *Il lavoro a distanza nella quarta rivoluzione industriale*, in Atti del Convegno internazionale su «Impresa, lavoro e non lavoro nell'economia digitale», Brescia 12-13 ottobre 2017.
- Tiraboschi M. (2017), *Il lavoro agile tra legge e contrattazione collettiva: la tortuosa via italiana verso la modernizzazione del diritto del lavoro*, in W.P. Csdle «Massimo D'Antona».IT, n. 335.

ABSTRACT

L'Autore analizza la nuova disciplina sullo smart working sottolineando il legame di dipendenza di tale lavoro dal lavoro in sede con l'invarianza delle tutele fondamentali e con le sole specificità legate alla prestazione remota e alle tecnologie utilizzate.

SMART WORKING AND PATH DEPENDENCE

The Author analyzes the new legal discipline on smart working stressing the close link of this work with work in firm with the invariance of fundamental rights protection and with the only specificities related to remote performance and the technologies used.

Rosa Casillo (*)

COMPETITIVITÀ E CONCILIAZIONE NEL LAVORO AGILE

SOMMARIO: 1. Le finalità del lavoro agile. — 2. L'incremento di competitività delle imprese. — 3. L'agevolazione della conciliazione tra tempi di lavoro e non lavoro.

1. — *Le finalità del lavoro agile* — Il lavoro agile è introdotto e promosso nel nostro ordinamento (l. 22.5.2017, n. 81, artt. 18-23) per due finalità: incrementare la competitività delle imprese e agevolare, ai lavoratori, la conciliazione tra tempi di lavoro e non lavoro (art. 18, c. 1).

Le due istanze, come noto, non sono né nuove né ignote al legislatore, che anzi proprio negli ultimi anni ha mostrato per esse una rinnovata sensibilità. Alle imprese ha assicurato la disponibilità di lavoro ancor più facilmente adattabile alle necessità produttive da adeguare ai mercati segnati dalla crisi dei consumi: ridimensionando i costi del recesso dal lavoro standard (la flessibilità in uscita) (1), agevolando il ricorso al lavoro non standard (la flessibilità in entrata) (2), ampliando i margini d'intervento del datore sull'organizzazione del lavoro (la flessibilità funzionale) (3); ha poi disposto a più riprese la detassazione della retribuzione legata alla produttività (4). Ai lavoratori ha assicurato garanzie di conciliazione vita-lavoro non più solo nell'ottica tradizionale di stimolare la condivisione della

(*) Ricercatrice di Diritto del lavoro presso l'Università di Napoli «Federico II».

(1) È sufficiente ricordare la l. 28.6.2012, n. 92, e il d.lgs. 4.3.2015, n. 23, che hanno alleggerito le sanzioni per il licenziamento illegittimo nelle imprese medio-grandi.

(2) Il d.lgs. 15.6.2015, n. 81, in particolare, ha definitivamente liberato da vincoli interni il ricorso al lavoro a termine (già l. n. 91/2012 e d.l. 20.3.2014, n. 34, conv. con l. 16.5.2014, n. 78).

(3) Tra l'altro estendendo il *range* di legittimità della modifica peggiorativa delle mansioni e rivedendo le regole sulla flessibilità oraria nel *part-time*, con il d.lgs. n. 81/2015.

(4) Da ultimo: d.l. 24.4.2017, n. 50, convertito con l. 11.6.2017, n. 96, e l. 27.12.2017, n. 205.

funzione genitoriale, ma anche per sostenere la compatibilità del lavoro con ogni altra esigenza di vita (5), comprese quelle legate all'età anziana nell'ottica di *active ageing* (6).

È nuovo, invece, il contesto produttivo, sociale e culturale che fa da sfondo a queste esigenze delle imprese e dei lavoratori, e sul quale si cala la l. n. 81/2017. È il contesto pervaso dalle tecnologie dell'informazione e della comunicazione di ultima generazione (Ict), le quali, modificando (7) i processi di produzione secondo le logiche della cd. Industria 4.0 (8) e influenzando sugli stili di vita delle persone (9), cambiano i termini della competitività e della conciliazione aprendo nuovi spazi alla loro soluzione, perciò non più perseguibile pienamente con gli strumenti giuridici esistenti.

Da qui, l'aggiornamento del quadro legale del rapporto di lavoro alle potenzialità della rivoluzione digitale, peraltro già note alle istituzioni europee (10) e anche alle imprese, che da tempo tentano di coglierle con sperimentazioni spesso contrattate a livello aziendale (11). La soluzione prevista dalla l. n. 81/2017 è una modalità di svolgimento del lavoro caratterizzata da spiccata destrutturazione spazio-temporale, (eventuale) impiego di strumenti tecnologici ed (eventuale) organizzazione della prestazione in fasi, cicli, obiettivi (art. 18, c. 1) destinata a introdurre, nel rapporto subordinato, una dose di autonomia sul tempo, sul luogo e sui contenuti del lavoro, la quale, da una parte, dovrebbe consentire al lavoratore di gestire meglio il tempo del lavoro nel tempo della vita e, dall'altra, dovrebbe dotare le imprese di un ulteriore strumento di flessibilità funzionale utile a migliorarne la competitività.

L'analisi che si svolge in queste pagine intende accertare se il nuovo istituto, per come è concepito e regolato dalla legge, risulta adeguato al perseguimento delle due finalità appena richiamate (12).

(5) D.lgs. n. 80/2015, artt. 2-25.

(6) Sono (anche) tali la cd. staffetta generazionale (d.lgs. n. 148/2015, art. 41, c. 5) e il cd. *part-time* agevolato (l. n. 208/2015, art. 1, cc. 284 ss.).

(7) Nei modi e per le vie spiegati da Magone, Mazali 2016; Guarascio, Sacchi 2017, 8.

(8) Manifestazione contemporanea delle trasformazioni della produzione che cambiano il volto delle imprese: Beltrametti *et al.* 2017; Berta 2014.

(9) Biffi, Camussone 2017, 139 ss.

(10) Comunicazione della Commissione Com(2016)180 final; Risoluzione del Parlamento europeo 13.9.2016; Parere del Comitato economico e sociale europeo Com(2016)180 final. Più ampiamente: Spinelli 2018b.

(11) Aa.Vv. (2012-2016); Aa.Vv. 2016; Tiraboschi 2017, 48.

(12) Si trascurano, perciò, altre questioni che pone il lavoro agile, tra le quali: la ricostruzione della fattispecie, la qualificazione, la disciplina applicabile oltre quella

2. — *L'incremento di competitività delle imprese* — Circa l'incremento della competitività d'impresa, si osserva, anzitutto, che il rapporto che il legislatore stabilisce tra di essa e la modifica dell'organizzazione del lavoro improntata alla fluidità spazio-temporale-operativa (la modalità agile) non sembra sottendere una «precomprensione, di impronta fortemente ideologica» (13). Sembra anzi coerente con le tesi che rivisitano il concetto di vantaggio competitivo per aggiornarlo ai mutamenti di contesto produttivo, globalizzato e tecnologico. Queste tesi (14) – che tra l'altro vedono nelle spinte innovative un elemento che accentua il ruolo del capitale umano quale fattore determinante la superiorità potenziale dell'impresa perché veicola in essa l'innovazione (15), tanto da essere considerato tra i suoi *assets* intangibili (16) – sottolineano molto chiaramente che la relazione diretta tra incremento della produttività del lavoro e miglioramento della competitività (17), in un ambiente in evoluzione tecnologica, è inverata proprio dalle innovazioni che essa apporta all'organizzazione del lavoro (18). Mostrano anche, confermate dalle osservazioni empiriche e sulla contrattazione nonché dagli studi sociologici, che ciò accade se l'effetto della contaminazione è un'organizzazione del lavoro incentrata sulla definizione del compito come obiettivo, che dà spazio al coinvolgimento e alla responsabilizzazione del lavoratore (19), e sulla fluidità del tempo e del luogo di lavoro che, agevolando la conciliazione vita-lavoro, riducono i fattori di *stress* e massimizzano il benessere lavorativo (20), oltre a ridurre

dedicata, l'esercizio dei poteri datoriali (direttivo, di organizzazione, di controllo, disciplinare), il diritto del lavoratore all'apprendimento continuo. Questioni che la dottrina ha già rilevato (Peruzzi 2017; Allamprese, Pascucci 2016; Rota 2017; Tiraboschi 2017; Santoro Passarelli 2017; Perulli 2017; Fiorillo, Perulli 2017; Casillo 2017), anche con riferimento al lavoro nelle pubbliche amministrazioni (Spinelli 2018a; Casillo, Tufo 2018), e che non possono essere affrontate nel limitato spazio di queste pagine.

(13) «Che genera un nesso causale meccanicistico tra il lavoro agile e il miglioramento della competitività aziendale [...] scarica[ndo] sulle concrete modalità di organizzazione della prestazione lavorativa [...] l'onere di inverare tale presunzione»: Senatori 2017, 46.

(14) Michellini 2011, 11-33, 115 ss.; Morroni 2016, 31 ss.

(15) D'Amore *et al.* 2014.

(16) Giammarco *et al.* 2015.

(17) Rullani 2012, 113 ss.

(18) Biffi, Camussone 2017, 19 ss., e Albano *et al.* 2017, 20 ss.

(19) In sociologia: Gambardella 2013, cap. 5; Guarascio, Sacchi 2017, 16. Per le rilevazioni sul campo: Aa.Vv. (2012-2016). Per i contratti collettivi: Tiraboschi 2017, 25 ss.

(20) Penna, Felici 2015; Carciofi 2017, cap. 4; Cocco 2017, 9-27.

i costi fissi di struttura e a rendere possibili reti di collaborazione nei *co-working* (21).

È vero, però, che l'essere il lavoro agile concepito con le caratteristiche della modalità organizzativa utile alla competitività d'impresa non ne garantisce l'adeguatezza al fine, che dipende dal se e dal come il legislatore coglie e regola tutti i profili che anche indirettamente ne determinano l'idoneità a veicolare, nel rapporto di lavoro, l'autonomia di luogo e di tempo e il coinvolgimento del lavoratore (22).

Dei tre aspetti ora indicati, l'ultimo è quello meno facilmente conciliabile anche sistematicamente con la natura subordinata del rapporto di lavoro agile (23); ed è probabilmente anche per questa ragione che, all'art. 18, c. 1, non se ne dà adeguato rilievo. La «organizzazione per fasi, cicli, obiettivi», che la letteratura specialistica descrive come principale se non unica declinazione del lavoro capace di veicolare in esso elevati e duraturi livelli di motivazione perché incide sulla percezione che il lavoratore ha della sua capacità professionale, è infatti considerata non necessaria alla modalità agile (24). Ma è lecito dubitare che il medesimo effetto possa derivare da un'attività che, seppure caratterizzata da destrutturazione spaziotemporale grazie all'impiego di Ict, è concepita in un modo – il *facere* tradizionale – che non lascia spazio all'autonomia nella scelta delle azioni utili al compimento del lavoro: una attività che non è *smart working*, bensì telelavoro aggiornato all'industria 4.0 (25).

All'art. 18, c. 1, si rinviene un elemento che incide anche sull'idoneità del lavoro agile a consentire la libertà di scelta del luogo di lavoro esterno all'impresa: l'aver considerato solo «possibile» l'impiego di strumenti tecnologici (26) che è, invece, una caratteristica costitutiva del lavoro a distanza, soprattutto quando, come in questo caso, l'attività esterna può essere svolta potenzialmente ovunque (sempre art. 18, c. 1). Non pare infatti condizionare l'assenza del vincolo stanziale l'adempimento degli obblighi datoriali in materia di sicurezza sul lavoro, che, all'art. 22, la legge adatta alle peculiarità

(21) Errichiello, Pianese 2014; Albano *et al.* 2017, 16 ss.

(22) Senatori 2017; Tiraboschi 2017, 25.

(23) Casillo 2017.

(24) Vd. però la direttiva della Presidenza del Consiglio dei ministri 1.6.2017, n. 3, sull'implementazione del lavoro agile nella p.a., che vede l'elemento come carattere essenziale del nuovo istituto e in base a esso ne traccia la distinzione dal telelavoro (3, 5); Casillo, Tufo 2018.

(25) Casillo 2017.

(26) Senatori 2017, 47; Peruzzi 2017, 6.

del lavoro agile (27). È vero che, in adempimento di questi obblighi, il datore è tenuto ad accertarsi dell'idoneità dei luoghi di lavoro esterni all'impresa. Ma ciò non ne rende necessaria la preventiva indicazione nell'accordo sulla modalità agile, il quale, al contrario, potrebbe non individuarli affatto con precisione; né una tale indicazione precluderebbe al lavoratore la possibilità di discostarsene (28). Per questo aspetto l'obbligo di sicurezza può ritenersi assolto con l'informativa sui rischi generali e specifici (29), da rendere al lavoratore con cadenza almeno annuale (art. 22, c. 1), purché essa si riferisca anche ai luoghi di lavoro, non solo agli strumenti impiegati (30).

Parimenti, non erode di fatto la libertà di cui si dice la regola (art. 23, c. 2) che ammette alla tutela previdenziale l'infortunio occorso durante il tragitto dall'abitazione al luogo di lavoro esterno all'impresa solo se questo è scelto ragionevolmente in funzione della peculiarità del lavoro e delle esigenze di conciliazione (31). La disposizione, si può dire, si limita a esplicitare i presupposti dell'indennizzabilità dell'infortunio *in itinere* quando la scelta del luogo è rimessa al lavoratore (32). Né essa sembra escludere dalla tutela l'infortunio occorso nel tragitto tra diversi luoghi di lavoro esterni alla sede (33): questa ipotesi rientra nei casi previsti dall'art. 12, d.lgs. n. 38/2010, il quale, disponendo una misura di previdenza sociale, è applicabile al lavoro subordinato sempre, anche quando in modalità agile, come lo è la disciplina sulla sicurezza di cui al d.lgs. n. 81/2008, in quanto compatibile, essa pure non richiamata (34).

Un po' più difficile da decifrare è la soluzione legislativa volta ad assicurare il terzo elemento che fa del lavoro agile uno strumento utile alla competitività d'impresa: la libertà del lavoratore di distribuire il tempo tra lavoro e non lavoro, ovvero di decidere sia la durata sia la collocazione temporale dell'orario di lavoro.

(27) Per questo profilo: Peruzzi 2017, 17 ss.; Allamprese, Pascucci 2017, 322 ss.; Rota 2017; Macaluso, 2016.

(28) Peruzzi 2017, 18.

(29) Che non può essere una «informazione generica e astratta»: Guarinielli 2017, 2009.

(30) Nei termini di cui al testo Peruzzi 2017, 18. Utile sarebbe stata una maggiore chiarezza della circolare Inail 2.11.2017, che, circa i contenuti dell'accordo, richiama le scarse indicazioni legali.

(31) Lo ripete la circolare Inail 2.11.2017.

(32) Peruzzi 2017, 22; circolare Inail 23.10.2013, n. 53; Ragusei 2017, X; Macaluso 2016, 641.

(33) Vd. il dubbio di Seccaggi 2016.

(34) Guariniello 2017, 2007.

La formulazione dell'art. 18, c. 1, al primo periodo lascia intendere che è esente da «precisi vincoli di orario di lavoro», e perciò si svolge in totale autonomia di tempo, solo il lavoro organizzato «per fasi, cicli e obiettivi»; però poi, al secondo periodo, attrae ogni prestazione agile, perciò anche quella appena richiamata, «entro i (soli) limiti di durata massima dell'orario di lavoro giornaliero e settimanale».

La contraddizione può essere risolta tenendo a mente l'art. 17, c. 5, d.lgs. n. 66/2003 (35). Coordinando questa disposizione con l'art. 18, c. 1, risulta che il lavoro agile è sempre sottratto alla deroga prevista nel 2003 riguardo al limite di orario giornaliero e settimanale massimo (e al tempo di riposo minimo giornaliero che ne deriva: vd. par. successivo), del quale limite, perciò, il lavoratore agile risente appieno, rimanendo libero solo di determinare la collocazione temporale dell'orario (36).

Così ricostruita, la regola, posta all'art. 18, c. 1, non è conforme pienamente all'evidenza degli studi organizzativi; eppure non è ragionevolmente criticabile. È anzi condivisibile: l'orario massimo di lavoro è la misura minima a garanzia della salute e sicurezza del lavoratore in un rapporto, quello di lavoro subordinato anche agile, in cui quella garanzia è nella responsabilità di un soggetto, il datore di lavoro, diverso da colui che è titolare della protezione di rilievo costituzionale: il lavoratore, che, esso pure, di questa garanzia non sempre può disporre (come ora si dirà).

3. — *L'agevolazione della conciliazione tra tempi di lavoro e non lavoro* — La libertà di collocazione temporale dell'orario di lavoro e di scelta del luogo di lavoro esterno all'impresa sono condizioni necessarie non solo all'efficacia del lavoro agile rispetto alla maggiore competitività. Da esse dipende anche l'idoneità del nuovo istituto a migliorare la gestione del tempo tra il lavoro e il soddisfacimento di esigenze altre (di cura, di famiglia, di genitorialità, di vita in generale) (37). Uno strumento utile più di ogni altro, proprio perché alla flessibilità del tempo si aggiunge la non stanzialità del lavoro, entrambe potenziate dalle Ict. Non a caso la modalità agile è tra

(35) Che per casi, tra gli altri, in cui la durata dell'orario è determinata dal lavoratore, come nel lavoro a distanza – la disposizione espressamente richiama il lavoro a domicilio e il telelavoro –, deroga al limite dell'orario massimo (normale, settimanale e giornaliero), alle regole sul lavoro straordinario e notturno, sui riposi giornalieri e sulle pause (artt. 3, 4, 5, 7, 8, 12 e 13, d.lgs. n. 66/2003).

(36) Allamprese, Pascucci 2017, 316; Peruzzi 2017, 15.

(37) E non solo per il risparmio dei tempi di spostamento, ma anche per l'appagamento di tutti i «ruoli» della persona: Penna, Felici 2015, 76; Cocco 2017, 9-27.

le misure di flessibilità organizzativa che accedono ai finanziamenti previsti all'art. 25, d.lgs. n. 80/2015 (operativi con il d.m. 12.9.2017).

Ma anche qui è facile osservare che l'efficacia (del lavoro agile) allo scopo (agevolare la conciliazione) non è «semplice ricaduta di un dato tecnico» (38). Richiede meccanismi che evitino il verificarsi di ciò che è oramai acquisito come uno dei rischi specifici del lavoratore agile (ma in generale del lavoratore digitale *tout court*): la commistione/confusione tra lavoro e vita privata. Un rischio, questo, che, come l'altro rischio specifico, quello psico-sociale, che ha effetti diretti sulla salute, deriva dal fatto che la connessione informatica nel limite dell'orario massimo di lavoro potenzialmente non ha soluzione di continuità (39).

Almeno due sembrano le garanzie necessarie ad arginare un tale rischio.

La prima è che l'assenza di vincoli alla distribuzione dell'orario di lavoro non si traduca in disponibilità (reperibilità) illimitata del lavoratore. Secondo l'attuale regolazione, l'ipotesi è invece ben possibile, perché per il lavoro esterno alla sede i tempi di pausa (art. 8, d.lgs. n. 66/2003) non sono previsti *ex lege* come lo è il tempo di riposo giornaliero, che è sia effetto indiretto dell'obbligo di contenere la prestazione agile nell'orario massimo di lavoro giornaliero e settimanale (artt. 3 e 7, d.lgs. n. 66/2003) sia contenuto necessario del patto di lavoro agile (art. 19, c. 1, l. n. 81/2017). La previsione delle pause, perciò, è rimessa all'accordo tra le parti, per il quale peraltro non è richiesto l'intervento necessario della contrattazione collettiva.

La seconda garanzia è che nelle pause (eventuali) e nei riposi (obbligatori) sia assicurata di diritto l'indisponibilità del lavoratore senza effetti negativi sul rapporto di lavoro. Qui il legislatore ha mostrato maggiore accortezza, prevedendo tra i contenuti dell'accordo una «disconnessione dalle strumentazioni tecnologiche di lavoro» che si può ritenere oggetto di un vero e proprio diritto/dovere per il lavoratore/datore di lavoro, e nel quale si può anche intravedere un'efficacia tale da ricondurre ai contenuti obbligatori dell'accordo anche le pause dal lavoro (*infra*).

Il punto, in verità, è dubbio in dottrina (40). Nel confronto con la normativa francese che di recente ha previsto la misura (*loi* 8.8.2016, n. 1088), si rileva che tale configurazione contrasta con la disponibilità che

(38) Tinti 2016. In tema, vd. pure Spinelli 2018b.

(39) Inail 2016; Chiaro *et al.* 2015, 81 s.; Botteri, Cremonesi 2016, 72 s. Tra i giuristi: Allamprese, Pascucci 2017, 311 ss., 317 ss.; Loy 2017; Tullini 2016, Spinelli 2018b.

(40) Spinelli 2018b.

la legge, della disconnessione, consente alle parti (41); e che essa potrebbe non essere desiderata dal lavoratore che, scegliendo di vivere connesso, rifiuta una cesura tra vita professionale e privata la quale, se imposta, diverrebbe paternalismo (42).

Può chiarire molto, in proposito, un ragionamento che guarda alla disconnessione nella prospettiva della tutela dei diritti della persona che lavora: che muove, cioè, dalle prerogative fondamentali a cui essa (la disconnessione) è strumentale, per verificare, di ciascuna, la forza espansiva determinata dalla natura privata e/o pubblica dell'interesse individuale che ne è sotteso.

La disconnessione, in effetti, preserva il lavoratore agile da due rischi (i rischi specifici richiamati prima) che incidono su due diversi interessi della persona, i quali, benché entrambi fondamentali, non hanno la medesima natura.

Il rischio di commistione/confusione vita-lavoro è riconducibile all'istanza di conciliazione vita/lavoro, ovvero, per l'impulso dell'Ue, al diritto alla vita privata (43): prerogativa individuale fondamentale perché riconducibile alla libertà di autodeterminazione (44). Il bene protetto qui è la libertà di scelta sulle direzioni della propria esistenza: interesse di natura squisitamente privata, che non subisce limitazioni da parte di interessi sovraordinati a quelli del suo titolare, ma solo da parte di diritti e/o libertà altrui; l'articolazione vita/lavoro che compie il singolo è indifferente all'interesse pubblico, ma non anche, per esempio, al diritto alla cura di cui sono titolari i figli minori, né al diritto alla prestazione di cui è titolare il datore di lavoro.

Se considerato strumento di libertà di conciliazione vita/lavoro, l'interesse alla disconnessione assume esso pure la veste giuridica di libertà, non di diritto, e il lavoratore legittimamente sceglie se e in quale misura fruirne, opponendola al datore di lavoro che solo in ragione della garanzia *ex lege* (art. 19, l. n. 81/2017) non può inferirne conseguenze negative sul rapporto.

(41) Allamprese, Pascucci 2016, 314 s.

(42) Poletti 2017, 24.

(43) Carta di Nizza, artt. 7 e 8 e Cedu, art. 8, che rafforzano quanto dottrina e giurisprudenza derivano, come espressione del diritto alla riservatezza, dagli art. 2 e 13 Cost.: Caretti, Barbieri 2017, 320 ss.

(44) Questa libertà la Corte costituzionale riferisce all'art. 32 Cost. (a partire da C. cost. 15.12.2008, n. 438) e la riflessione giuridica estende a ogni ambito dell'agire umano attraverso la valorizzazione del principio personalistico: Mangiameli 2009.

Così intesa, la disconnessione ben potrebbe non essere oggetto dell'accordo tra le parti, «decidendo» il lavoratore di non fruirne.

Il fatto è che l'interesse alla disconnessione è sempre strumento che preserva anche dal pregiudizio all'integrità psico-fisica. È cioè sempre riconducibile a un'istanza personalistica, quella *ex art. 32 Cost.*, che è riferita a un bene dignitario e che, per questo, soddisfa un interesse di natura privata ma anche pubblica, assumendo una rilevanza sociale che la rende sovraordinata a ogni opposto interesse. Il diritto (*art. 32 Cost.*) è, perciò, assoluto, non disponibile al pari delle posizioni soggettive che lo rendono effettivo.

In ciò è la ragione per cui la disconnessione – posizione soggettiva che rende il diritto alla salute effettivo nel rapporto di lavoro agile – è un dovere/diritto per il datore/lavoratore, i quali possono disporre (concordare) solo in quanto alla misura del godimento (tempo di disconnessione), non in quanto alla garanzia (la previsione nell'accordo). Essa è una misura di sicurezza al pari di tutte le misure *ex art. 2087 c.c. e d.lgs. n. 81/2008*: sia nei tempi di pausa, perciò necessari, sia nei tempi di riposo, che sono regolazioni dell'orario di lavoro poste per la finalità *ex art. 32 Cost.* Ed è tale anche quando riferita al tempo successivo al termine dell'orario lavoro, dove pure a rigore viene meno l'obbligazione di sicurezza del datore di lavoro, dal momento che il rischio di sviluppare patologie da connessione è inversamente proporzionale al tempo di pausa dal *web* (45). Ciò che, si deve precisare, non vieta al lavoratore di prolungare la connessione oltre l'orario di lavoro, purché con strumentazioni altre da quelle di lavoro.

Né in questo si riscontra il tratto del paternalismo, escluso, come per qualsiasi altra misura che impone dispositivi di sicurezza, dalla natura anche pubblica dell'interesse che la disconnessione realizza. Non si impone al lavoratore, d'autorità e in dispregio della libertà, il perseguimento di un interesse suo proprio; gli si impone il perseguimento di un'istanza che, in quanto sociale, è sovraordinata a ogni suo altro e diverso interesse.

Si può dire, in conclusione, che, allo stato attuale della regolazione, la modalità agile di lavoro promette, ai lavoratori e alle imprese, più di quanto nei fatti è in grado di mantenere; e che molta della sua efficacia, rispetto al miglioramento della conciliazione e della competitività, dipenderà dall'interpretazione che, degli aspetti critici dell'istituto qui evidenziati, darà la contrattazione collettiva, abilitata ad appropriarsi degli spazi lasciati aperti dalla legge (anzitutto, e senz'altro, a livello aziendale, *ex art. 51, d.lgs. n. 81/2015*).

(45) Lai Guaita, Barbieri 2008, 273 ss.; Fraccaroli, Balducci 2011.

Riferimenti bibliografici

- Aa.Vv. (2012-2016), *Rapporti di sintesi, Osservatorio Smart working*, Politecnico di Milano, in *www.osservatori.net*.
- Aa.Vv. (2016), *Il «lavoro agile» nella contrattazione collettiva oggi*, in *W.P. bollettino Adapt*, n. 2.
- Albano R. et al. (2017), *DigitAgile: l'ufficio del dispositivo mobile. Opportunità e rischi per lavoratori e aziende*, in *W.P. Osservatorio MU.S.I.C.*, n. 3.
- Allamprese A., Pascucci F. (2017), *La tutela della salute e della sicurezza del lavoratore «agile»*, in *RGL*, n. 2, I, 307 ss.
- Beltrametti L. et al. (2017), *La fabbrica connessa. La manifattura italiana (attra)verso Industria 4.0*, Guerini, Milano.
- Berta G. (2014), *Produzione intelligente. Un viaggio nelle nuove fabbriche*, Einaudi, Torino.
- Biffi A., Camussone P.F. (2017), *Lavoreremo ancora? Tecnologie informatiche e occupazione*, Egea, Milano.
- Botteri T., Cremonesi G. (2016), *Smart working & smart workers*, FrancoAngeli, Milano.
- Carciofi A. (2017), *Digital detox*, Hoelfi, Milano.
- Caretti P., Barbieri G.T. (2017), *I diritti fondamentali. Libertà e diritti sociali*, Giappichelli, Torino.
- Casillo R. (2017), *La subordinazione «agile»*, in *DLM*, n. 3, 529 ss.
- Casillo R., Tufo M. (2018), *Il lavoro agile (artt. 18-24, l. n. 81/2017)*, in Esposito M. et al. (a cura di), *Le riforme del lavoro pubblico: nuove idee o vecchie ideologie?*, Giappichelli, Torino, 204 ss.
- Chiaro G. et al. (2015), *Smart working: dal lavoro flessibile al lavoro agile*, in *Sociologia del lavoro*, n. 138, 69 ss.
- Cocco G.C. (2017), *Life Management. Manuale per la ricerca del benessere tramite l'equilibrio tra vita professionale e vita privata*, FrancoAngeli, Milano.
- D'Amore R. et al. (2014), *La relazione tra capitale umano, Ricerca & Sviluppo e innovazione a livello di impresa: un'analisi su un panel di imprese italiane*, in *www.sei-con.org*.
- Errichiello L., Pianese T. (2014), *Ripensare il remote working: le opportunità degli Smart Work Center*, in *Economia dei servizi*, n. 3, 305 ss.
- Fiorillo L., Perulli A. (2017), *Il Jobs Act del lavoro autonomo e del lavoro agile*, Giappichelli, Torino.
- Fraccaroli F., Balducci C. (2011), *Stress e rischi psicosociali nelle organizzazioni*, il Mulino, Bologna.
- Gambardella A. (2013), *Innovazione e sviluppo: miti da sfatare e realtà da costruire*, Egea, Milano.
- Giammarco P. et al. (2015), *La sfida dell'intangibile*, FrancoAngeli, Milano.
- Guarascio D., Sacchi S. (2017), *Digitalizzazione, automazione e futuro del lavoro*, Inapp, Roma.
- Guariniello G. (2017), *Lavoro agile e tutela della sicurezza*, in *DPL*, n. 22-23, 2007 ss.

- Lai Guaita M.P., Barbieri B. (2008), Internet dependency (addiction). *Studi sulla dipendenza dal net*, in *Annali della Facoltà di Lettere e Filosofia*, Università di Cagliari, LXII, 273 ss.
- Loy P. (2017), *La Gig economy nella prospettiva del rischio*, in *RGL*, n. 2, I, 259 ss.
- Macaluso C. (2016), *La sicurezza nel «lavoro agile» tra presente e futuro*, in *Igiene & sicurezza sul lavoro*, n. 12, 641 ss.
- Magone A., Mazali T. (2016), *Industria 4.0. Uomini e macchine nella fabbrica digitale*, Guerini, Milano.
- Mangiameli S. (2009), *Autodeterminazione: diritto di spessore costituzionale?*, in *www.forumcostituzionale.it*.
- Michelini L. (2011), *La competitività delle imprese nei settori in evoluzione*, FrancoAngeli, Milano.
- Morroni M. (2016), *L'impresa competitiva*, Luiss Press, Roma.
- Penna M., Felici B. (2015), *Lavoro e smart city*, in *QualEnergia*, febbraio-marzo, 75 ss.
- Perulli A. (2017), *Il Jobs Act del lavoro autonomo e agile: come cambiano i concetti di subordinazione e autonomia nel diritto del lavoro*, in *W.P. Csdle «Massimo D'Antona».IT*, n. 341.
- Peruzzi F. (2017), *Sicurezza e agilità: quale tutela per lo smartworker?*, in *Diritto della sicurezza sul lavoro*, n. 1.
- Poletti D. (2017), *Il cd. diritto alla disconnessione nel contesto dei «diritti digitali»*, in *Responsabilità civile e previdenza*, 8 ss.
- Ragusei P. (2017), *Il lavoro agile*, in *DPL*, n. 5, inserto.
- Rota A. (2017), *Tutela della salute e sicurezza dei lavoratori digitali. Persona e pervasività delle tecnologie*, in Tullini P. (a cura di), *Web e lavoro*, Giappichelli, Torino, 165 ss.
- Rullani E. et al. (2012), *Innovazione e produttività*, FrancoAngeli, Milano.
- Santoro Passarelli G. (2017), *Lavoro organizzato, coordinato, agile e il telelavoro: un puzzle non facile da comporre in un'impresa in trasformazione*, in *W.P. Csdle «Massimo D'Antona».IT*, n. 327.
- Seccaggi M. (2016), *Il lavoratore smart si infortuna nel tragitto: basta la finalità lavorativa per essere tutelato*, in *Bollettino Adapt*, 16 luglio.
- Senatori I. (2017), *Postfazione*, in Albano R. et al., *DigitAgile: l'ufficio del dispositivo mobile. Opportunità e rischi per lavoratori e aziende*, in *W.P. Osservatorio MU.S.I.C.*, n. 3., 46 ss.
- Spinelli C. (2018a), *Il lavoro agile nelle pubbliche amministrazioni*, in *RGL*, I, 127 ss.
- Spinelli C. (2018b), *Tecnologie digitali e organizzazione del lavoro: lo smart-working è davvero la nuova frontiera della conciliazione vita-lavoro?*, in Occhino A. (a cura di), *Il lavoro e i suoi luoghi*, Vita e Pensiero, Milano, in corso di stampa.
- Tinti A.R. (2016), *Conciliazione ingannevole*, in *il Mulino*, 27 maggio.
- Tiraboschi M. (2017), *Il lavoro agile tra legge e contrattazione collettiva: la tortuosa via italiana verso la modernizzazione del diritto del lavoro*, in *W.P. Csdle «Massimo D'Antona».IT*, n. 335.
- Tullini P. (2016), *Digitalizzazione dell'economia e frammentazione dell'occupazione. Il lavoro instabile, discontinuo, informale: tendenze in atto e proposte d'intervento*, in *RGL*, n. 4, I, 760 ss.

ABSTRACT

L'Autrice propone una riflessione sul lavoro agile nella prospettiva delle finalità che la l. n. 81/2017 gli attribuisce – l'incremento della produttività e il miglioramento della conciliazione vita-lavoro – per trarre elementi utili alla soluzione dei dubbi interpretativi sulla nuova normativa ed evidenziarne lacune e/o contraddizioni.

COMPETITIVENESS AND WORK-LIFE BALANCE IN «AGILE» WORK

The Author proposes a reflection on «agile» work in the perspective of the goals that Law no. 81/2017 attributes to it – the improvement of competitiveness and work-life balance – in order to find useful elements for the solution of doubts on the interpretation of new legislation and to highlight gaps and/or contradictions of it.

Carla Spinelli (*)

IL LAVORO AGILE NELLE PUBBLICHE AMMINISTRAZIONI

SOMMARIO: 1. Le fonti di disciplina del lavoro agile. — 2. Il lavoro agile come misura di conciliazione vita-lavoro nelle p.a. — 3. Le linee guida per il lavoro agile nelle p.a.: la direttiva della Presidenza del Consiglio dei ministri n. 3/2017. — 4. Luci e ombre del lavoro agile nelle p.a. — 4.1. Sul fronte dell'organizzazione. — 4.2. Nella disciplina dei rapporti di lavoro.

1. — *Le fonti di disciplina del lavoro agile* — La legge 22 maggio 2017, n. 81, al Capo II, art. 18, c. 1, ha introdotto nel nostro ordinamento la disciplina del lavoro agile, definito come una «modalità di esecuzione del rapporto di lavoro subordinato stabilita mediante accordo tra le parti, anche con forme di organizzazione per fasi, cicli e obiettivi e senza precisi vincoli di orario o di luogo di lavoro, con il possibile utilizzo di strumenti tecnologici per lo svolgimento dell'attività lavorativa». La disposizione precisa, inoltre, che «la prestazione lavorativa viene eseguita, in parte all'interno di locali aziendali e in parte all'esterno senza una postazione fissa, entro i soli limiti di durata massima dell'orario di lavoro giornaliero e settimanale, derivanti dalla legge e dalla contrattazione collettiva».

La prestazione di lavoro agile si caratterizza, dunque, per la flessibilità del luogo e del tempo della sua esecuzione, la possibilità (e non l'obbligo) di utilizzare strumenti tecnologici e la regolamentazione per accordo tra le parti, nel rispetto di quanto prescritto dal legislatore.

La relativa disciplina, contenuta negli artt. da 19 a 23 della legge n. 81/2017, concerne, nello specifico: la forma dell'accordo e le modalità del recesso (art. 19); la parità di trattamento economico e normativo, il diritto all'apprendimento permanente e la certificazione delle competenze (art. 20); l'esercizio dei poteri datoriali, di controllo e disciplinare, sulla presta-

(*) Professoressa associata di Diritto del lavoro presso l'Università di Bari.

zione resa al di fuori dei locali aziendali (art. 21); la sicurezza sul lavoro e la tutela per gli infortuni (artt. 22 e 23) (1).

Le norme richiamate «si applicano, in quanto compatibili, anche nei rapporti di lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche di cui all'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, e successive modificazioni, secondo le direttive emanate anche ai sensi dell'articolo 14 della legge 7 agosto 2015, n. 124, e fatta salva l'applicazione delle diverse disposizioni specificamente adottate per tali rapporti» (art. 18, comma 3).

La disposizione normativa ribadisce la persistente – accresciutasi a partire dalla riforma del 2009 (2) – specialità di disciplina dei rapporti di lavoro pubblico, dal momento che subordina l'applicabilità delle norme sul lavoro agile alla valutazione della loro «compatibilità» con tali rapporti di lavoro, nonché al rispetto delle direttive del Presidente del Consiglio dei ministri da adottarsi in materia, come prescrive la legge Renzi-Madia del 2015, e, infine, all'assenza di altre disposizioni specifiche.

2. — *Il lavoro agile come misura di conciliazione vita-lavoro nelle p.a.* — I presupposti per l'estensione della disciplina del lavoro agile alle pubbliche amministrazioni devono essere rintracciati proprio nelle disposizioni della legge 7 agosto 2015, n. 124 – l'ennesima delega per la riforma del settore pubblico voluta dal governo Renzi –, che, all'articolo 14, rubricato «Promozione della conciliazione di vita e di lavoro nelle amministrazioni pubbliche», ha previsto l'adozione di misure organizzative per l'attuazione del telelavoro e promosso la sperimentazione, anche al fine di tutelare le cure parentali, di nuove modalità spazio-temporali di svolgimento della prestazione lavorativa.

La prospettiva dalla quale il legislatore si approccia alla sperimentazione del lavoro agile nelle pubbliche amministrazioni è, dunque, agevolare la conciliazione vita-lavoro, che è anche una delle finalità espressamente indicate dall'art. 18 della legge n. 81/2017. Proprio in virtù di questa prospettiva, le sorti del lavoro agile vengono collegate a quelle del telelavoro.

Diffusosi a partire dagli inizi degli anni ottanta del secolo scorso, come è noto, il telelavoro ha ricevuto una prima compiuta regolazione nel nostro ordinamento proprio nel settore pubblico, con la legge 16 giugno

(1) Per i riferimenti bibliografici generali si rinvia ai contributi di Andreoni e Casillo in questo fascicolo, rispettivamente a p. 105 ss. e p. 115 ss.

(2) Sia consentito il rinvio a Spinelli 2015, e ivi riferimenti bibliografici.

1998, n. 191 – la cosiddetta Bassanini-*ter* –, che ne ha individuato le caratteristiche essenziali, nell’ottica della modernizzazione delle amministrazioni pubbliche attraverso l’introduzione di forme di lavoro a distanza, demandando a ulteriori fonti la regolazione dell’istituto (art. 4).

La disciplina delle modalità organizzative per l’attuazione del telelavoro è stata poi definita attraverso il d.P.R. 8 marzo 1999, n. 70, che fornisce anche indicazioni sulle caratteristiche e i criteri per l’installazione e l’utilizzo delle postazioni di telelavoro, mentre l’Accordo quadro del 23 marzo 2000, concluso tra l’Aran e Cgil, Cisl, Uil, Confsal, Cisa, Cosmed e Cida, ne ha previsto il trattamento economico e normativo, stabilendo, tra l’altro, i criteri per l’assegnazione dei dipendenti pubblici ai progetti di telelavoro (3).

Anche la contrattazione collettiva di comparto si è occupata di telelavoro, mentre quella integrativa di secondo livello ha avuto a oggetto eventuali adattamenti della disciplina del rapporto di lavoro resi necessari dalle particolari condizioni della prestazione (4), contribuendo così all’implementazione di progetti specifici. Ciò nonostante, l’utilizzo effettivo del telelavoro, anche questo è noto, è rimasto ben al di sotto delle aspettative (5).

Di recente, il d.l. 18 ottobre 2012, n. 179, convertito dalla legge n. 221 del 17 dicembre 2012 (cd. decreto Crescita 2.0), all’art. 9, c. 7, ha provato a rilanciarne l’utilizzo, introducendo per le amministrazioni pubbliche una sorta di «telelavoro *by default*». Queste, infatti, sono tenute ad attuare un Piano di telelavoro in cui devono specificare «le modalità di realizzazione e le eventuali attività per cui non è possibile l’utilizzo del telelavoro». In sostanza, l’assunto da cui muove il legislatore è che tutte le attività possono essere svolte in modalità di telelavoro, a meno che non sussistano giustificate ragioni di «impossibilità». Entro il 31 marzo di ogni anno, le pubbliche amministrazioni devono pubblicare sul loro sito *web* lo stato di attuazione di tale Piano e la mancata pubblicazione rileva ai fini della misurazione e valutazione della *performance* individuale dei dirigenti responsabili.

Con l’introduzione del «lavoro agile», promossa dalla legge Madia, si intende innescare ulteriori cambiamenti in termini di ammodernamento organizzativo e manageriale delle pubbliche amministrazioni, in grado di sviluppare processi virtuosi con impatti positivi sulla conciliazione vita-la-

(3) Tra i primi commenti vd. Gaeta *et al.* 1999.

(4) Rinvio comune a tutti i comparti, in quanto contenuto nell’art. 3, c. 4, Ccnq 23.3.2000 sul telelavoro.

(5) Cfr. l’analisi svolta di recente da Penna 2016.

voro e, quindi, sul benessere organizzativo dei lavoratori, ma anche, di conseguenza, sull'efficacia ed efficienza dell'azione amministrativa.

Al riguardo, un'utile pubblicazione del dipartimento per le Pari Opportunità della Presidenza del Consiglio dei ministri, che si occupa di «Telelavoro, *smart working*, *coworking*. Misure e servizi di conciliazione innovativi: una guida per le p.a.» (2015), presenta il percorso necessario per avviare e introdurre lo *smart working* all'interno delle pubbliche amministrazioni (6). A tal fine, individua alcune esperienze virtuose e fornisce istruzioni operative sull'analisi organizzativa da compiere.

Alcuni progetti pilota sono già stati portati a termine (7), mentre altre sperimentazioni sono in corso (8) e altre ancora ne seguiranno, considerato l'impegno profuso nell'azione promozionale che, congiuntamente, il dipartimento per le Pari Opportunità e quello della Funzione Pubblica, della Presidenza del Consiglio dei ministri, stanno portando avanti (9).

L'obiettivo assegnato dal legislatore alle amministrazioni è molto ambizioso: entro tre anni dall'attuazione della legge delega, i meccanismi di flessibilità lavorativa dovranno essere operativi per almeno il 10% dei dipendenti pubblici che ne vogliono fare richiesta (art. 14, c. 1, l. n. 124/2015).

D'altra parte, l'impegno di rimodulazione organizzativa dei processi lavorativi, necessario per raggiungere simili obiettivi, deve compiersi nei limiti delle risorse di bilancio disponibili a legislazione vigente e senza nuovi o maggiori oneri per la finanza pubblica. È la consueta clausola di stile, ispirata dai principi della *spending review*, che accompagna da diversi anni i provvedimenti normativi riguardanti le pubbliche amministrazioni e che non sempre si può conciliare adeguatamente con il perseguimento di obiettivi di innovazione organizzativa, rischiando talora di comprometterli *ab origine*.

(6) Disponibile all'indirizzo <http://parita.regione.emilia-romagna.it/formazione-lavoro/allegati/telelavoro-smart-working-co-working>.

(7) Si tratta del progetto *Experimenting flexible Labour tools for Enterprises by eNaging men And women - Elena*, disponibile all'indirizzo <http://www.pariopportunita.gov.it/conciliazione-dei-tempi-di-vita-e-di-lavoro/lavoro-agile/>.

(8) Direttiva del Presidente del Consiglio dei ministri del 23 maggio 2017, citata da Sartori (2018, 492) e Talamo (2018, 279); Regolamento Mef 19 aprile 2017, disponibile all'indirizzo https://mef.uilpa.it/attachments/article/969/Regolamento_SW_al_19_Aprile_2017_2_.pdf.pdf.

(9) Cfr. l'Avviso di manifestazione di interesse pubblicato sul sito <http://www.pariopportunita.gov.it/bandi-e-avvisi/progetto-lavoro-agile-per-il-futuro-della-pa-pubblicazione-dell-avviso-di-manifestazione-di-interesse-per-l-individuazione-delle-pa-che-sperimenteranno-percorsi-di-lavoro-agile/>.

L'adozione delle misure organizzative e il raggiungimento degli obiettivi annuali di attuazione del telelavoro e di sperimentazione di flessibilità spazio-temporali della prestazione lavorativa, come recita ancora l'art. 14, l. n. 124/2015, saranno oggetto di monitoraggio attraverso l'adozione di specifici indicatori e costituiranno parte della valutazione della *performance* organizzativa e individuale all'interno delle amministrazioni pubbliche. Queste ultime dovranno, altresì, valutare l'impatto delle misure organizzative per la conciliazione «sull'efficacia e sull'efficienza dell'azione amministrativa, nonché sulla qualità dei servizi erogati [...], anche coinvolgendo i cittadini, sia individualmente, sia nelle loro forme associative».

La garanzia secondo la quale i lavoratori agili non dovranno subire penalizzazioni in termini di riconoscimento di professionalità e progressione di carriera, richiamata nella stessa disposizione normativa, trova conferma nella prescrizione della parità di trattamento economico e normativo dei lavoratori agili rispetto ai lavoratori che svolgono le medesime mansioni esclusivamente all'interno dell'azienda – e, quindi, anche dell'amministrazione – contenuta nell'art. 20 della legge n. 81/2017.

3. — *Le linee guida per il lavoro agile nelle p.a.: la direttiva della Presidenza del Consiglio dei ministri n. 3/2017* — Sulla scorta di quanto dispone l'art. 14, c. 3, l. n. 124/2015, nel giugno del 2017 è stata varata la direttiva del Presidente del Consiglio dei ministri n. 3/2017 (10), che definisce le linee guida per l'adozione di misure di organizzazione del lavoro finalizzate alla conciliazione e, in questa logica, fornisce indicazioni in merito all'utilizzo del lavoro agile.

La direttiva si articola in 6 paragrafi, preceduti da un'introduzione, che richiama il contesto normativo di riferimento e gli obiettivi che si intendono perseguire. Si avanzano, quindi, proposte metodologiche per l'attivazione del lavoro agile, soffermandosi sugli aspetti organizzativi, di gestione del rapporto di lavoro e di relazioni sindacali. Una particolare attenzione è riservata ai profili concernenti le infrastrutture tecnologiche e la protezione dei dati; la misurazione e la valutazione della *performance*; la salute e la sicurezza sul lavoro (11).

In primo luogo, si ribadisce che la prestazione dell'attività lavorativa in modalità di lavoro agile non muta la natura giuridica del rapporto di lavoro subordinato, né la posizione dei lavoratori all'interno dell'ammini-

(10) *GU*, 17 luglio 2017, n. 165.

(11) Per una puntuale disamina critica della direttiva, vd. Sartori 2018 e Talamo 2018.

strazione e la sede di lavoro di assegnazione. Di seguito si afferma, ricalcando le previsioni dell'art. 18, l. n. 81/2017, che la prestazione di lavoro agile dovrà svolgersi, previo accordo scritto tra le parti, con le seguenti modalità: esecuzione della prestazione in parte all'interno dei locali dell'amministrazione e in parte all'esterno, entro i soli limiti di durata massima dell'orario di lavoro giornaliero e settimanale stabiliti dalla legge e dai contratti collettivi, con possibilità di utilizzo di strumenti tecnologici per svolgere l'attività lavorativa (par. 1.D).

Con riferimento alla flessibilità spaziale della prestazione, si suggerisce di riprogettare lo spazio fisico e virtuale di lavoro, anche mediante la creazione di spazi condivisi, e si richiama l'opportunità di individuare i locali esterni d'intesa tra amministrazioni e lavoratori (par. 1.D).

Quanto alla flessibilità oraria, si pone ancora il problema del controllo del rispetto dell'orario, e si precisa che occorre: definire il numero di giorni, ore, mesi e anni di durata dello *smart working*, con prevalenza della modalità di prestazione in sede; valutarne la frazionabilità nella giornata o prevederlo per la giornata intera; ragionare in termini di giorni fissi o variabili; individuarne la correlazione temporale rispetto all'orario di lavoro e di servizio dell'amministrazione, anche mediante fasce di reperibilità. Le modalità di articolazione dell'orario di lavoro durante le giornate di lavoro agile, infine, dovranno essere tenute in conto dalle amministrazioni «ai fini dell'applicazione degli istituti normativi e contrattuali relativi al trattamento giuridico ed economico della lavoratrice o del lavoratore», in ossequio al principio di non discriminazione (par. 3.D).

Rispetto all'impiego degli strumenti tecnologici, si predilige la formula *Byod* (*bring your own device*), onde sottrarre l'amministrazione all'obbligo di fornire la strumentazione elettronica e ai conseguenti oneri di gestione e in materia di sicurezza sul lavoro.

Nella predisposizione delle misure organizzative per la sperimentazione del lavoro agile, i cui potenziali destinatari sono tutti i dipendenti, a prescindere dalla tipologia e dalla categoria, purché svolgano attività compatibili, le amministrazioni dovranno adattare le linee guida fornite dalla direttiva alla specificità dei propri contesti, poiché non è possibile immaginare «un *template* unico di approccio» e, quindi, «modelli statici di *smart working*» (parr. 1.C e 1.F).

L'adozione di queste misure di organizzazione del lavoro, intese a «stimolare l'autonomia e la responsabilità dei lavoratori e a realizzare una maggiore conciliazione dei tempi di vita e di lavoro», si ricollega al sistema di valutazione della *performance*, organizzativa e individuale, e rileva ai fini della predisposizione del bilancio di genere, chiamando in causa il prota-

gonismo degli Organismi indipendenti di valutazione (Oiv) e dei Comitati unici di garanzia (Cug). Entrambi dovranno essere impegnati, secondo la direttiva, a contribuire all'attività di monitoraggio dell'attuazione dei nuovi modelli di organizzazione del lavoro, in relazione alle proprie competenze (par. 1.G).

Un ruolo fondamentale è riconosciuto, poi, ai dirigenti, quali agenti propulsori del cambiamento, per questo chiamati all'adozione di stili direzionali sempre più improntati a logiche di risultato e sempre meno inclini all'esercizio di poteri di controllo sulla prestazione (par. 1.D).

Tra le azioni trasversali da intraprendere si sottolinea l'importanza della formazione, anche attraverso il coinvolgimento della Scuola nazionale dell'amministrazione (Sna), al fine di sensibilizzare i dirigenti e i dipendenti al cambiamento della cultura organizzativa e diffondere buone prassi (par. 3.B).

Infine, va evidenziato l'approccio suggerito per le relazioni sindacali. Salvo quanto attiene alle ricadute della flessibilizzazione spazio-temporale della prestazione sulla disciplina del rapporto, il ricorso al lavoro agile investe ampiamente materie di organizzazione degli uffici e del lavoro, per le quali è precluso ogni spazio negoziale, secondo le norme vigenti (artt. 5, c. 2, 9 e 40, c. 1, d.lgs. n. 165/2001). La direttiva, dopo aver richiamato tali disposizioni, auspica che le amministrazioni adottino percorsi condivisi e perseguano un'ampia partecipazione delle organizzazioni sindacali anche ai cambiamenti organizzativi che preludono all'applicazione di questo innovativo istituto (parr. 2.C e 3.C).

4. — *Luci e ombre del lavoro agile nelle p.a.* — L'Osservatorio sullo *smart working* del Politecnico di Milano, che dal 2012 si occupa di monitorarne la diffusione nelle organizzazioni private e pubbliche presenti in Italia, ha illustrato nella sua ultima relazione (12) alcuni dati relativi alle pubbliche amministrazioni, che attestano come, nonostante gli apprezzabili sforzi compiuti a livello normativo (l'approvazione della legge, le iniziative del dipartimento Pari Opportunità e la direttiva Madia), l'adozione di questa modalità flessibile di svolgimento dell'attività lavorativa nel settore pubblico sia ancora embrionale. Solo il 5% delle pubbliche amministrazioni coinvolte nella ricerca risulta, infatti, avere in corso progetti strutturati di *smart working*, mentre un altro 4% afferma di praticarlo informalmente. D'altra par-

(12) Comunicato stampa 11 ottobre 2017, disponibile all'indirizzo: https://www.osservatori.net/it_it/osservatori/executive-briefing/smart-working-sotto-la-punta-della-iceberg.

te, sostengono gli studiosi, quasi la metà del campione (48%) dichiara interesse per una sua prossima introduzione. Al tempo stesso, il rapporto rivela che ben il 32% delle pubbliche amministrazioni ammette esplicitamente la propria assenza di interesse per lo *smart working* o, quanto meno, di non sapere se sarà introdotto in futuro, adducendo a principali motivazioni di ciò la percezione che non si possa applicare alla propria realtà (66%), la percezione di carenze di normativa o regolamentazione sul tema (27%) o il limitato livello di digitalizzazione dei processi (18%).

La lettura di questi dati induce almeno a due ordini di considerazioni, con riferimento agli assetti organizzativi e sul piano dei rapporti di lavoro.

4.1. — *Sul fronte dell'organizzazione* — Per quanto la strumentazione tecnologica costituisca unicamente il supporto e non valga a qualificare l'«agilità» della prestazione di lavoro, per cui rilevano piuttosto la flessibilità del luogo e del tempo, è evidente che non si potrà svolgere lavoro da remoto senza un adeguato livello di informatizzazione dei processi di produzione dei beni ed erogazione dei servizi per la collettività che le amministrazioni presidiano con la loro attività.

Non ci si può nascondere che nel settore pubblico il processo di digitalizzazione incontri molte resistenze e risulti più lento e più farraginoso di quanto non sia nel settore privato (13), benché sia un tassello altrettanto fondamentale per lo sviluppo del paese. La cosiddetta amministrazione digitale è stata nuovamente (14) posta al centro dell'azione di riforma prefigurata dalla legge n. 124/2015, che, nel delineare i principi e i criteri ispiratori delle norme delegate, ha affidato a una disciplina mirata alla valorizzazione e al potenziamento dell'uso di tecnologie digitali l'attuazione di obiettivi volti alla ridefinizione e semplificazione dei procedimenti amministrativi, onde pervenire alla realizzazione del principio «innanzitutto digitale» (*digital first*), anche con riferimento a «l'organizzazione e le procedure interne a ciascuna amministrazione» (art. 1, c. 1, lett. b).

Del resto, fin dagli esordi del processo di privatizzazione e contrattualizzazione dei rapporti di lavoro alle dipendenze delle pubbliche ammini-

(13) Da ultimo, significativi investimenti nella tecnologia sono stati promossi con il Piano Calenda per Industria 4.0. Un'analisi delle misure contenute nella legge di bilancio 2017 (n. 232/2016), prorogate nel 2018 dalla legge n. 205/2017, è disponibile all'indirizzo http://www.governo.it/sites/governo.it/files/industria_40_MISE.pdf.

(14) Vd. già il Codice dell'amministrazione digitale approvato con il d.lgs. n. 82/2005, da ultimo modificato con il d.lgs. n. 179/2016.

strazioni, agli inizi degli anni novanta del secolo scorso, nella riflessione dottrinale (15), si è sottolineato come modificare le regole dei rapporti di lavoro pubblici, senza intervenire anche sull'organizzazione delle amministrazioni, risultasse d'ostacolo al tanto invocato obiettivo di modernizzazione delle stesse.

Il lavoro *smart* può essere un'opportunità solo se si attua davvero nella sua formula identitaria, che ci consegna la letteratura organizzativa (16), considerato cioè come quell'approccio innovativo all'organizzazione del lavoro, che si caratterizza per una responsabilità esplicita dei lavoratori rispetto al conseguimento di risultati, associata a una maggiore flessibilità nelle condizioni di lavoro, con riferimento al luogo e al tempo, ma anche agli strumenti di lavoro, che essi possono determinare con (più o meno) ampia discrezionalità.

Tutto questo implica un cambiamento culturale, rispetto al quale, peraltro, i più recenti interventi del legislatore in materia di lavoro pubblico appaiono quanto meno contraddittori, dal momento che, per un verso, si promuove il lavoro flessibile, nel tempo e – soprattutto – nello spazio, che presuppone strategie di gestione del personale ispirate a relazioni fiduciarie e collaborative con i dipendenti (17) e, d'altra parte, si pone l'accento sull'esercizio dei poteri di controllo sulla prestazione lavorativa, rivisitando le norme sul procedimento disciplinare e sui controlli di malattia (18).

Piena coerenza si coglie, invece, negli orientamenti del legislatore, come già evidenziato (*supra*, par. 2), con riferimento all'importanza che questi ascrive alla misurazione e valutazione della *performance* nelle amministrazioni, la cui disciplina è stata da ultimo rivisitata con il d.lgs. n. 74/2017.

Al riguardo, la direttiva n. 3/2017 precisa che la valutazione della *performance* è una condizione abilitante per un efficace ricorso al lavoro agile, la cui diffusione, a sua volta, deve essere oggetto di valutazione della *performance* organizzativa e individuale (par. 5) (19). In particolare, la direttiva specifica che gli indicatori da definire per la valutazione della *performance* organizzativa devono misurare: la maggiore produttività; la maggiore qualità dei servizi; i minori costi, il miglior tasso di conciliazione vi-

(15) Vd., per tutti, Dell'Aringa, Della Rocca 2007 e Zoppoli 2007.

(16) Per una ricognizione dei diversi orientamenti vd. Sarti, Torre 2017.

(17) Uno dei principali compiti affidati al lavoro agile dalla direttiva n. 3/2017 viene identificato nel superamento del «concetto della timbratura del cartellino e della presenza fisica in ufficio» (par. 3.A).

(18) Art. 55 e ss., come modif. dal d.lgs. n. 75/2017.

(19) Cfr., al riguardo, le osservazioni critiche di Casillo 2018.

ta-lavoro; il miglioramento del benessere organizzativo. Pur senza voler dare risalto all'ordine di elencazione, si comprende chiaramente come il ricorso al lavoro agile da parte delle amministrazioni sia concepito come misura volta al soddisfacimento del proprio interesse organizzativo, anche nella prospettiva della riduzione della spesa, almeno tanto quanto la si intende strumentale alle esigenze di conciliazione vita-lavoro dei lavoratori.

4.2. — *Nella disciplina dei rapporti di lavoro* — Sul piano dei rapporti di lavoro, va evidenziato come, con l'introduzione del lavoro agile, si valorizzano le competenze regolative ascritte al contratto individuale (art. 19, l. n. 81/2017), il quale, nel sistema delle fonti del lavoro pubblico, ne è sostanzialmente sprovvisto, tranne che per i dirigenti di uffici dirigenziali generali e apicali (art. 19, cc. 3 e 4, d.lgs. n. 165/2001), limitatamente alla determinazione del relativo trattamento economico (art. 24, c. 2, d.lgs. n. 165/2001).

Per i pubblici dipendenti, infatti, vige il principio della parità di trattamento contrattuale, che le amministrazioni sono tenute a garantire (art. 45, c. 2, d.lgs. n. 165/2001). Sebbene questo non impedisca alle amministrazioni di adottare trattamenti differenziati, purché sorretti da idonea giustificazione (come, ad esempio, muovendosi nell'ambito di un *range* definito dalla contrattazione collettiva), è plausibile immaginare un maggior grado di standardizzazione degli accordi individuali di lavoro agile per i dipendenti pubblici.

Tanto più che la cornice normativa di riferimento di tali accordi sarà costituita, oltre che, ovviamente, dalle previsioni della legge n. 81/2017 e del d.lgs. n. 165/2001, dai regolamenti di (micro) organizzazione dell'ente. Sono questi gli «atti interni» a cui si riferisce la direttiva n. 3/2017 (par. 3.D), che attribuisce loro la definizione di un amplissimo novero di aspetti, elencati in ben 24 punti, peraltro non ritenuti esaustivi. Le indicazioni fornite risultano evidentemente sconfinare dall'ambito organizzativo a quello della disciplina del rapporto di lavoro (20), benché la medesima direttiva precisi che, con riferimento ai diritti e agli obblighi dei lavoratori, l'atto interno dell'ente dovrà fare rinvio ai contratti collettivi, nazionali e integrativi.

A tal riguardo, sarebbe forse auspicabile la stipula di un contratto collettivo quadro – come si è fatto per il telelavoro – che argini e contenga

(20) Si vedano, ad es., i punti 9 (individuazione della sede di lavoro), 11 (criteri di accesso), 14 (esclusione riposi compensativi, lavoro straordinario e notturno), 15 (riflessi sull'attribuzione del buono pasto).

l'irrefrenabile propensione delle amministrazioni a espandere i confini delle proprie prerogative unilaterali dilatando i contenuti dell'attività di organizzazione, rispetto alla quale si possono prevedere, al più, forme di partecipazione sindacale (vd. *supra*, par. 3). In effetti, nonostante la scelta del legislatore di non riconoscere esplicitamente alcun ruolo alla contrattazione collettiva in materia di lavoro agile, esercitando l'opzione a favore dell'autonomia individuale delle parti contraenti, nulla osta a che le parti sociali si guadagnino spazi di intervento.

Nell'atto di indirizzo che il dipartimento della Funzione Pubblica ha inviato all'Aran il 6 luglio 2017, per il rinnovo dei contratti collettivi di comparto, si prevede che questi potranno dare «ulteriore impulso» alle previsioni e agli obiettivi contenuti nell'art. 14, l. n. 124/2015, rispettando «la coerenza di tali interventi con le linee guida adottate ai sensi del comma 3 del citato art. 14». Inoltre, i contratti nazionali dovranno prestare particolare attenzione agli strumenti utili a garantire la flessibilità oraria, attraverso modalità che consentano di conciliare le esigenze delle persone con quelle organizzative e con i bisogni dell'utenza, e «dovrà altresì essere operata una modulazione degli interventi di rafforzamento della flessibilità che tenga conto dei diversi contesti lavorativi, sia sotto il profilo delle esigenze organizzative e dei fabbisogni dell'utenza, sia riguardo agli aspetti tecnologici» (punto 2.5).

Sul fronte della conciliazione vita-lavoro, che stando alla genesi e alla lettera delle norme costituisce l'obiettivo principale dell'adozione del lavoro agile nelle pubbliche amministrazioni, il datore di lavoro pubblico ha qualche problema in più da affrontare rispetto a quello privato, quando si tratta di gestire la flessibilità del tempo di lavoro. In primo luogo perché l'amministrazione agisce entro precisi vincoli normativi, più complessi che per l'impresa. La disciplina dell'orario, infatti, rileva sia sul piano della macroorganizzazione (quello di ufficio e di apertura al pubblico), sia su quello del rapporto di lavoro, i quali, in ossequio al sistema delle fonti che regolano attualmente il lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni, sono soggetti a regime giuridico diverso, rispettivamente pubblicistico e privatistico. Per le amministrazioni, la complessità discende, inoltre, dalla necessità di bilanciare le esigenze di conciliazione vita-lavoro dei propri dipendenti con l'ampliamento dei servizi da erogare all'utenza, per soddisfare le analoghe esigenze di conciliazione dei cittadini (21).

(21) Su questi temi sia consentito il rinvio a Spinelli 2009.

In questo quadro, la direttiva n. 3/2017 non aiuta, poiché, quando entra nello specifico delle indicazioni operative per l'implementazione del lavoro agile con riferimento alla flessibilità spaziale e temporale della prestazione, pone una serie di vincoli (vd. *supra*, par. 3). Così facendo, a dispetto della flessibilità invocata, si continuano a mantenere rigidità tali per cui gli obiettivi di conciliazione vita-lavoro, tanto proclamati, rischiano di venire mortificati.

Riferimenti bibliografici

- Casillo R., Tufo M. (2018), *Il lavoro agile*, in Esposito M. et al. (a cura di), *Le riforme del lavoro pubblico: nuove idee o vecchie ideologie? La legislazione della XVII legislatura (2013-2018)*, Giappichelli, Torino.
- Dell'Aringa C., Della Rocca G. (a cura di) (2007), *Pubblici dipendenti. Una nuova riforma?*, Rubettino, Soveria Mannelli.
- Gaeta L. et al. (a cura di) (1999), *Il telelavoro nelle pubbliche amministrazioni*, Il sole 24 ore, Milano.
- Penna M. (2016), *I numeri del telelavoro nel pubblico impiego*, Rapporto tecnico Enea, RT/2016/11/ENEA, disponibile all'indirizzo <http://openarchive.enea.it/handle/10840/7614>.
- Sarti D., Torre T. (2017), *Is Smart Working a Win-Win solution? First Evidence from the Field*, in Addabbo T. et al., *Well-being at and through Work*, Giappichelli, Torino, 231 ss.
- Sartori A. (2018), *Il lavoro agile nella pubblica amministrazione*, in Zilio Grandi G., Biasi M. (a cura di), *Commentario breve allo statuto del lavoro autonomo e del lavoro agile*, Cedam-Kluwer, Padova.
- Spinelli C. (2009), *La flessibilità degli orari per la conciliazione dei tempi di vita e lavoro: l'organizzazione municipale*, in Bavaro V. et al. (a cura di), *Tempo comune. Conciliazione di vita e lavoro e armonizzazione dei tempi della città*, FrancoAngeli, Milano, 107 ss.
- Spinelli C. (2015), *Il lavoro pubblico nella morsa della rilegificazione e della spending review*, in Aa.Vv., *Studi in onore di Mario Giovanni Garofalo*, Cacucci, Bari, 953 ss.
- Talamo V. (2018), *Diversamente agile? Lo Smart Work nelle pubbliche amministrazioni*, in Fiorillo L., Perulli A. (a cura di), *Il Jobs Act del lavoro autonomo e del lavoro agile*, Giappichelli, 257 ss.
- Zoppoli L. (2007), *Qualità dei servizi e del lavoro nell'eterna riforma delle pubbliche amministrazioni*, in LPA, I, 575 ss.

ABSTRACT

La sperimentazione del lavoro agile nelle pubbliche amministrazioni può costituire un'opportunità di innovazione organizzativa e miglioramento della qualità del lavoro, a condizione che, al quadro normativo già compiutamente delineato, si accompagni un cambiamento culturale profondo, che riguardi tutti gli attori del sistema pubblico: organi di vertice delle amministrazioni, dirigenti, organizzazioni sindacali e lavoratori.

AGILE WORK IN PUBLIC ADMINISTRATION

To experiment agile work in public administrations can constitute an opportunity for the organizational innovation and the improvement of the quality of work, provided that the outlined regulatory framework is accompanied by a deep cultural change, involving all the actors of the public system: politicians, managers, trade unions and workers.

Giuseppe Antonio Recchia (*)

ALONE IN THE CROWD?
LA RAPPRESENTANZA E L'AZIONE COLLETTIVA
AI TEMPI DELLA *SHARING ECONOMY* (**)

*«Non c'è nulla di naturale o di immanente
nella solidarietà o nella sua mancanza:
tutto dipende dai meccanismi
istituzionali che ci diamo»*

(Thomas Piketty, *Capitale e disuguaglianza*)

SOMMARIO: 1. Il selvaggio *west* digitale. — 2. Le modalità di aggregazione degli interessi dei lavoratori delle piattaforme. — 3. La diversificazione delle attività e delle funzioni della rappresentanza. — 4. Con od oltre il sindacato tradizionale? — 5. Osservazioni conclusive.

1. — *Il selvaggio west digitale* — La «crisi di identità» del lavoratore della *sharing economy* – a un tempo dipendente, utilizzato mediante una piattaforma che si comporta come un'agenzia di somministrazione, professionista autonomo, o addirittura piccolo imprenditore di se stesso – sembra, almeno a uno sguardo superficiale, accompagnarsi al superamento di un altro totem del tradizionale rapporto di lavoro: quello della fisiologica realizzazione di un interesse collettivo, o comunque di gruppo, del suo farsi «soggetto» attraverso precise forme di rappresentanza e «oggetto» attraverso l'azione collettiva.

Come giustamente rilevato, «nella *share economy*, il lavoro non necessita di intermediazione del sindacato, né l'impresa dell'associazione datoriale, perché tutto, apparentemente, è affidato all'incontro diretto tra clienti/consumatori e lavoratori, collegati e mediati da una piattaforma che genera algoritmi» (1).

(*) Assegnista di ricerca in Diritto del lavoro presso il dipartimento di Management dell'Università di Venezia «Ca' Foscari».

(**) Il saggio rielabora e amplia il contributo presentato al convegno «Impresa, lavoro e non lavoro nell'economia digitale», tenutosi a Brescia il 12-13 ottobre 2017.

(1) Caruso 2017, 8.

Eppure, la condizione di tendenziale vulnerabilità di questi lavoratori e la posizione di preminenza economica e persino gerarchico-funzionale degli intermediari digitali determina, con ineluttabile precisione, il riproporsi di forme di collegamento, di aggregazione e di rivendicazione.

Si è potuto così assistere, nell'agosto 2016, alle due settimane di agitazione selvaggia dei fattorini londinesi di Deliveroo – proclamate a seguito della decisione unilaterale dell'azienda di sostituire la tariffa oraria con un compenso determinato per consegna e di inibire l'accettazione di altre commissioni durante il percorso già stabilito –, concluse poi vittoriosamente con la concessione di una retribuzione garantita durante le ore di punta e con l'adozione di un processo di *opt-in*. Un paio di mesi dopo hanno seguito il loro esempio i ciclofattorini torinesi e milanesi di Foodora, che hanno incrociato le braccia contro la decisione aziendale di eliminare per i nuovi assunti la remunerazione fissa basata sul numero di ore lavorate e mantenere solo la parte variabile, legata alle consegne. Esattamente a un anno di distanza dalle proteste londinesi, sono stati i corrieri francesi a scendere in piazza contro Deliveroo, a Parigi come a Bordeaux, Lyon e Nantes, ancora una volta a causa della decisione unilaterale di trasformare il compenso originariamente a tempo in uno a cottimo.

Sarebbe semplicistico sostenere che l'evidenza della realtà smentisca l'assunto teorico di partenza, così come altrettanto semplicistico sarebbe pensare che la mobilitazione possa interessare in maniera deterministica qualunque organizzazione che si serva di «lavoratori digitali».

Per un fenomeno che soltanto pochi anni fa sarebbe stato inimmaginabile (2), la cospicua letteratura che continua così freneticamente a essere prodotta non offre unanimità di definizioni (*sharing economy*, *gig economy*, *collaborative economy*, *platform economy*), ma si ritrova concorde nell'offrire – all'interno del più ristretto ambito del mercato virtuale del lavoro – una prima e importante distinzione tra il lavoro *su* piattaforma (il *crowd-work* più propriamente detto, che consente di accedere via internet a una platea indefinita e sconosciuta di soggetti in grado di risolvere problemi o fornire servizi specifici) e quello *tramite* piattaforma (caratterizzato da una disponibilità a fornire un servizio fisico e su base locale) (3).

Da qui la classificazione si fa più ambiziosa, provando a differenziare ulteriormente tra prestazioni e servizi a bassa e alta qualificazione all'interno

(2) L'80% delle piattaforme oggi presenti sul mercato sono state create dopo il 2010.

(3) Valenduc, Vendramin 2016; De Stefano 2016; Voza 2017.

del *crowdwork* e del lavoro *on-demand* tramite piattaforma (in tal senso Amazon Mechanical Turk starebbe a Foodora e Deliveroo, come UpWork a TakeLessons) (4), e arrivando persino a catalogare sei tipologie di piattaforme di lavoro digitale, le cui ibridazioni consentirebbero ulteriori (sotto)categorie (5).

Lo stesso concetto di «piattaforma» è stato più di recente messo in discussione, confutandone le potenziali virtù di trasparenza e democrazia, che si scontrano nella realtà dei fatti nell'unico fattore unificante di una base precotta, le cui diverse possibilità di farcitura non modificano la standardizzazione dei rapporti che si vengono a determinare (6).

La metafora potrà risultare «indigesta», ma è indiscutibile che la *gig economy*, interpretata come una nuova fase di un lungo percorso di frammentazione dell'organizzazione produttiva (7), realizzi relazioni di lavoro (e di potere) originali solo nelle implicazioni globali della *information communication technology* (8), e che ricordano in alcuni casi vicende giuridiche del recente passato (9). Esattamente come previsto da Gaetano Vardaro, l'innovazione tecnologica rafforza ulteriormente la «radicale divaricazione fra subordinazione tecnica e subordinazione esistenziale» (10).

All'interprete si presenta, dunque, un *selvaggio west digitale* (11), un multiforme scenario di lavori e di lavoratori (12), e insieme una crescente domanda di regole e di rappresentanza, che, pur senza pretese sistematiche, si proverà a indagare di seguito.

(4) De Groen *et al.* 2016.

(5) Secondo Schmidt (2017) si sarebbero sviluppati, in ordine di tempo, «*six basic types of digital labour platform. Cloud work (web-based digital labour): 1. freelance marketplaces, 2. microtasking crowd work, 3. contest-based creative crowd work. Gig work (location-based digital labour): 4. Accommodation, 5. transportation and delivery services (gig work), 6. household services and personal services (gig work)*».

(6) Van Dijck 2017.

(7) Garofalo D. 2017.

(8) Finkin 2016

(9) Biasi 2017.

(10) Vardaro 1986.

(11) Huws 2016.

(12) Arrivano, forse in ritardo rispetto all'interesse alla tematica, i primi identikit sui lavoratori digitali: cfr. Huws *et al.* 2016. Anche in Italia, informazioni quali/quantitative sulla composizione della forma lavoro e sulle aspettative sono state raccolte con una indagine a campione condotta dalla Uiltucs, i cui risultati sono stati comunicati nell'aprile 2017 e reperibili all'indirizzo www.astrid-online.it/static/upload/wilt/wiltucs_gig_10_4_17.pdf.

2. — *Le modalità di aggregazione degli interessi dei lavoratori delle piattaforme* — Certamente influenzate dalla complessità dei modelli organizzativi delle piattaforme e dai servizi che gli intermediari intendono gestire, le modalità di organizzazione e azione dei *crowdworkers* hanno assunto in un tempo assai veloce ricchezza e varietà difficilmente prevedibili.

Le citate proteste nei confronti di Deliveroo, Uber Eats e Foodora hanno dimostrato come, quando è l'intermediazione a essere digitale rispetto a uno scambio che resta materiale, e ancor più inquadrabile in forme tradizionali, la rivendicazione si incanala innanzitutto secondo forme, magari ancora embrionali, di autorganizzazione spontanea, ma assai moderne nel cogliere le opportunità offerte dallo sviluppo tecnologico. I lavoratori si mobilitano per mezzo di reti informali, servendosi dei punti di incontro pensati dalle stesse applicazioni per minimizzare i tempi di consegna, e divenuti involontariamente occasione di prima organizzazione di picchetti e presidi; utilizzano altresì i gruppi riservati di Facebook e di Whatsapp come se fossero in costante assemblea; lanciano campagne su Twitter e organizzano *flashmob* per sensibilizzare la clientela e procurarsi l'appoggio dell'opinione pubblica; raccolgono fondi attraverso il *crowdfunding* per sostenere chi si unisce alla protesta rinunciando alla possibilità di guadagno (13).

Si tratta, a tutti gli effetti, di una forma antica di coalizione per la più risalente delle forme di azione collettiva – la contemporanea disconnessione dall'applicazione potrebbe essere considerata come un «proto-sciopero» (14) – e che mostra peraltro notevoli affinità con le forme di mobilitazione adottate dai lavoratori precari nell'ultimo ventennio, volte a ottenere in primo luogo una visibilità negata dall'organizzazione che di loro si avvale. Essa annulla oltremodo il labile confine tra produttore e consumatore, come incisivamente simboleggia la pratica di accedere all'applicazione in qualità di clienti per entrare in contatto diretto con i colleghi e ampliare così la base di partecipazione.

L'esperienza dimostra tuttavia che un tale modello organizzativo, a struttura più informale e solo episodicamente stimolata, incontra un doppio limite, incapace per un verso di essere riprodotto laddove il fattore dell'isolamento – e persino della competizione (15) – tra i lavoratori è insito in un

(13) Aloisi, De Stefano 2017.

(14) L'espressione è in Tassinari, Maccarrone 2017. Più in generale, sull'incidenza della tecnologia sulla lotta sindacale, cfr. Rota 2017.

(15) La piattaforma californiana 99designs, ad esempio, si presenta come la possibilità di acquistare servizi di grafica mettendo in competizione tra di loro i diversi de-

servizio reso esso stesso *online*, e per altro verso fisiologicamente esposto alle pressioni anche ritorsoive delle piattaforme e alla resilienza e alla capacità di una riorganizzazione del fattore lavoro resa ancora più veloce da minimi interventi su termini e condizioni di accesso e uso delle applicazioni (16).

Una pur parziale risposta al primo dei rilievi sollevati è fornita da piattaforme (organizzate come *forum* o *browser*) che, in risposta alla dispersione spaziale dei lavoratori, si presentano come «luogo» di collegamento e di scambio di informazioni e, mutuando il modello delle stesse società della *on-demand economy*, consentono di recensire i committenti. Il modello è rappresentato da Turkopticon, che sin dal 2008 consente di valutare i committenti presenti su Amazon Mechanical Turk (17), secondo criteri quali il livello della remunerazione, la velocità nel pagamento, la obiettività nel processo di valutazione delle proposte e del lavoro commesso, nonché la capacità di relazione, così che siano(ri)conoscibili preventivamente chi paga male o in ritardo, o chi addirittura truffa il *crowdworker* e che Amt è troppo lenta o disattenta nel perseguire. Si sfrutta così la stessa leva reputazionale che le piattaforme utilizzano nei confronti dei lavoratori per variarne le possibilità di guadagno e persino l'accesso al lavoro, stimolando in ultima analisi il boicottaggio nei confronti delle aziende con la peggiore reputazione. Il modello, pur con alcuni limiti strutturali (18), è stato poi ripreso e perfezionato da iniziative di matrice sindacale

signer; il sito spiega così le diverse fasi: «*Subscribed 99designs designers from around the world see the contest listing in the 99designs marketplace. They compete for the prize by submitting designs that meet the brief. The client gives feedback and direction to the designers to help them improve on their designs through two rounds of competition. Finally, the client picks a winner. The winning designer receives the prize money, and the client gets the design files, and full copyright to the winning design*» (<https://support.99designs.com/hc/en-us/articles/204761045-What-is-a-design-contest->). È di tutta evidenza che, con l'eccezione del *designer* che si aggiudica il *contest*, si tratta di una enorme quantità di lavoro che non sarà mai remunerato e che la piattaforma, che pure trattiene una percentuale compresa tra il 35 e il 50% di quanto versato dal cliente, non riconosce in alcun modo. Il medesimo *modus operandi* non fa peraltro distinzione tra professionalità, valendo per i creativi di UpWork come per i *microtaskers* di Amazon Mechanical Turk.

(16) [Http://www.nuvole.it/wp/3-la-mia-esperienza-in-foodoral](http://www.nuvole.it/wp/3-la-mia-esperienza-in-foodoral).

(17) Amt ha rappresentato un vero e proprio terreno di coltura del coordinamento dei lavoratori digitali, stimolando oltre che su Turkopticon – da poco entrato nella sua fase 2.0. – anche forum come TurkerNation, MTurkGrind, e Reddit's/r/HITsWorthTurkingFor.

(18) In Silberman, Irani 2016, sono analizzati i rischi alla neutralità di questi strumenti nati proprio per combattere gli abusi perpetrati dalle piattaforme digitali.

come il FairCrowdWork della federazione tedesca dei metalmeccanici Ig Metall (vd. *infra*, par. 4).

Più ancora, il processo di autorganizzazione e autocrazia di tali esperienze non appare in grado di generare forme di rappresentanza dei lavoratori dotate di un autonomo e forte potere di interlocuzione e contrattazione. I tentativi, spesso indotti, di creare un'identità e quindi determinare azioni collettive dei *crowdworkers* – lanciate per i lavoratori di Amt con il progetto Dynamo (19) e per i creativi rappresentati dal sindacato tedesco del terziario Ver.di con la piattaforma Jovoto (20) – non sono immuni dal rischio di stallo dell'azione di coinvolgimento e dagli attriti tra i partecipanti (21). Laddove il collegamento è invero «diffuso» e orizzontale, solo una rappresentanza istituzionale può essere in grado rispettivamente di superare – *melius*, sintetizzare – le differenze e stimolare l'azione.

Ciononostante, tali forme più *soft* di organizzazione possono essere considerate come il primo passo verso la costruzione di una rappresentanza formale (22) e certamente un fenomeno destinato ad aumentare numericamente in relazione alla crescente consapevolezza della condizione dei lavoratori rispetto alle piattaforme. È indubbiamente il meno costoso degli strumenti di costruzione dell'interesse, ma una recensione e un *click* del mouse non costruiscono da soli un'identità collettiva.

(19) Dynamo (*Wearedynamo.org*) è un sito web, fondato da alcuni ricercatori dell'Università di Stanford, come «progetto di comunità» per attrarre i *turkers* (sono così chiamati i lavoratori di Amt) e dare loro voce sul tema dell'equo compenso.

(20) <https://verdi.jovoto.com/ideas> è un *contest* lanciato nel novembre del 2015 perché grafici e designer potessero raccontare in maniera visiva le opportunità e i rischi del *crowdwork*, offrendo così al sindacato una base di conoscenza diretta del fenomeno e idee per la strutturazione di azioni collettive.

(21) Salehi *et al.* (2015) sottolineano il rapporto diretto tra partecipazione ai forum e i rischi di *stallo* («quando i suoi membri pensano che lo sforzo porti a esiti di successo, tutti sono disposti a contribuire, creando uno slancio in avanti che sembra autopertpetuarsi. Tuttavia, è vero anche il contrario: quando lo sforzo rallenta, e tutti sono consapevoli della inattività della piattaforma, i membri diventano meno disposti a dedicarvi del tempo») e di *frizione* («spesso l'attrito si presenta sotto forma di un nuovo membro o di chi è stato sino a quel momento tranquillo, per esprimere delusione o avanzare delle critiche. Taluni hanno anche minacciato di non sostenere più il progetto se non fossero stati apportati cambiamenti specifici. Il che finirebbe con l'incrinare la coalizione necessaria per dare all'azione di questo gruppo una voce per un gruppo più ampio di lavoratori»).

(22) Aloisi 2015.

Provano a dare maggiore continuità alla rappresentanza e all'azione collettiva quelle forme di organizzazione temporalmente più recenti e catalogabili come sindacati di base, creati al di fuori delle federazioni e confederazioni sindacali tradizionali, su un modello tendenzialmente professionale, in relazione, nel caso dei lavoratori meno qualificati, al servizio offerto dalla piattaforma e, nel caso di quelli più qualificati, al «mestiere» messo a disposizione dei diversi committenti (23).

Nel primo caso si tratta di associazioni come le britanniche *Industrial Workers Of the World* e *Independent Workers Union Of Great Britain* (di seguito Iwgb), che rappresentano la naturale evoluzione e istituzionalizzazione dello spontaneismo associativo delle prime mobilitazioni (24). Esse trovano maggiore facilità di aggregazione di una base composta in prevalenza da forza lavoro giovane, immigrata e sottopagata, e organizzano le proprie attività in «rami» (trasporto e logistica; servizi di cura e assistenza; pulizia; vigilanza), dotati di forte autonomia organizzativa. Hanno modalità di selezione degli interessi che insistono sulla partecipazione diretta e democratica, bilanciata dalla presenza di ruoli organizzativi di carattere generale che ne costituiscono un vero e proprio direttivo: in ultima analisi, rappresentano un sindacato di comunità, operando tanto sulle «pubbliche relazioni» dei lavoratori rappresentati attraverso campagne mediatiche di alto profilo (25) quanto sulla rappresentanza in giudizio e nella negoziazione con le piattaforme.

Assai diversa si presenta la situazione per i lavoratori delle professioni creative e del terziario, la cui maggiore autonomia tende a dare vita ad associazioni di *freelance*, nate in alcuni casi ben prima dell'avvento della *gig economy*, ma che oggi si offrono come il luogo più adatto alla tutela di chi offre tale professionalità attraverso le piattaforme digitali. Sono associazioni professionali – come Acta (Associazione consulenti del terziario avanzato) e Iwa (*International Web Association*) – nelle quali l'aspetto «sindacale» della tutela non si mostra tanto nei servizi offerti ai propri aderenti, che vanno dalla maggiore visibilità e opportunità di contatti professionali

(23) Tullini 2015.

(24) Iwgb, in particolare, è nato nel 2012 sulla spinta di attivisti fuoriusciti dai ranghi del *Transport and General Workers' Union* e di Unison (il sindacato dei lavoratori pubblici) e si muove oggi in maniera del tutto indipendente, al di fuori del *Trade Union Congress*.

(25) Come le campagne per il salario minimo per i lavoratori dell'area londinese e la *3CosasCampaign* (indennità di malattia, ferie, e pensione) per gli addetti delle pulizie in *outsourcing* dell'Università di Londra.

alla possibilità di usufruire di programmi di sviluppo professionale e di certificazioni, quanto nell'aspirazione a fare rete e costituire una rappresentanza istituzionale che rivendichi un ruolo di interlocuzione con il sistema politico e l'adozione di misure normative di eguaglianza e riconoscimento di diritti sociali per la categoria (26).

In tutti questi casi siamo di fronte a modalità di rappresentanza che valorizzano il momento dell'adesione, ma che non rinunciano a forme di organizzazione (e partecipazione) orizzontale e più liquida, certamente più utile e duttile delle strutture verticali e verticistiche del sindacato tradizionale.

A far da ponte tra le due forme di aggregazione, se ne affaccia una terza, di stampo cooperativistico, che sfrutta l'antica intuizione che la mutualità metta in discussione il modello capitalistico e, nel caso della *gig economy*, i suoi aspetti più deleteri e predatori, offrendo invece modelli di sviluppo sostenibile (27).

L'analisi del dato reale offre già un numero cospicuo di esempi, ma ne basteranno un paio a testimonianza delle ampie potenzialità. Up&Go, lanciata a New York nel maggio 2017, è un'applicazione che offre servizi di pulizia *on-demand*, dietro cui si muovono cooperative già esistenti e gestite da donne, spesso con scarsa istruzione e provenienti da quartieri più poveri; la piattaforma garantisce un supporto in più lingue e la garanzia di compensi più elevati rispetto a quelli dei giganti Handy e Amazon Flex (28). Percorso esattamente inverso è quello compiuto da SMart (*Société Mutuelle pour artistes*), nata in Belgio nel 1998 come rete di collegamento e rappresentanza di artisti, *freelance* e professionisti della creatività, e che ha avviato nel 2015 un processo di ripensamento del ruolo dell'associazione, concluso con la fondazione di una società cooperativa a responsabilità limitata a finalità sociale (Smart Coop), la quale, senza necessariamente mettere in discussione il ruolo di microimprendi-

(26) Con riferimento alle azioni di Acta Italia, si vedano le campagne sui temi della equità contributiva e fiscale, della parità di diritti sociali a parità di contribuzione (<http://www.actainrete.it/campagne/>). Per un approfondimento sul ruolo di queste associazioni, vd. Forlivesi 2016.

(27) Scholz 2016.

(28) Si potrebbe anche portare d'esempio Coopcycle, creata a Tolosa nel novembre 2016, che mette a disposizione il lavoro di fattorini organizzati in forma cooperativa; in maniera speculare, cooperative già esistenti (come Cotabo, per i servizi di taxi sulla città di Bologna) sviluppano applicazioni per offrire attraverso le piattaforme digitali il loro servizio.

tori dei propri soci, consente tuttavia l'accesso alla medesima protezione sociale dei lavoratori salariati (29).

In entrambi i casi, le ragioni della *sharing economy* rivalutano l'idea della *proprietà* del lavoro e del servizio offerti, così che siffatte applicazioni, come le cooperative di freelance che si muovono nel mondo reale come in quello virtuale, liquidano il ruolo già ricoperto dall'intermediario che fornisce l'opportunità lavorativa, e concentrano in un unico soggetto, al fondo del cui operato è fortemente radicato un principio mutualistico, la figura del datore di lavoro e della rappresentanza di interessi.

La fotografia organizzativa che si presenta all'osservatore è tutt'altro che statica. Per un verso, tali modelli di organizzazione non sono affatto esclusivi, ma appaiono assai interferenti: se il Clap (*Collectif des livreurs autonomes de Paris*), che mobilita i fattorini indipendentemente dalla piattaforma sulla quale sono registrati, mostra segni di evoluzione verso la forma cooperativa con la possibilità di creare una piattaforma *ad hoc*, SMartFr e SMartBe creano con altre cooperative una rete aperta di collaborazione (Bigre), che si prefigge tra l'altro di diventare movimento politico fondato sui valori della solidarietà interprofessionale e della collaborazione socialmente responsabile. Per altro verso, invece, il radicamento della rappresentanza digitale non disdegna di utilizzare strumenti tradizionali d'azione: nell'aprile 2017, i corrieri austriaci di Foodora hanno dato vita, con il supporto del sindacato dei trasporti Vida, al primo «consiglio di fabbrica» (*Betriebsrat*) della *gig economy* (30); nel riconoscimento di un diritto *ex lege* all'informazione e alla consultazione sulle più importanti decisioni aziendali, è difficile non immaginare la scelta organizzativa intimamente legata alla strategia sulle modalità di azione.

La situazione italiana si presenta assai meno variegata dello scenario europeo: complice forse una minore diffusione del fenomeno, rappresentanza e azione restano «polarizzate» tra la capacità organizzativa delle associazioni dei *freelance* e la autorappresentazione dei *gigworkers* (principalmente, ciclofattorini) che preferiscono muoversi come microorganizzazione.

(29) All'aprile del 2017, la cooperativa conta oltre 9000 soci (<http://smartbe.be/allnews/smart-progress-samen-maken-de-coop>). Anche Smart.it, che ha cominciato a organizzare in Italia grafici, traduttori e *freelance* con lo stesso meccanismo, ha già 650 soci, cui garantisce tempi certi di pagamento e la copertura di malattia, disoccupazione, maternità e previdenza. Cfr. Graceffa 2017.

(30) La notizia è in http://www.vida.at/cms/S03/S03_0.a/1342577497037/home/artikel/betriebsrat-fuer-fahrradzustelldienst-foodora.

ne e comitato di base, tenendosi a debita distanza tanto dal sindacato autonomo, quanto da quello confederale (31).

3. — *La diversificazione delle attività e delle funzioni della rappresentanza* — Anche l'analisi delle attività poste in essere dalle forme di rappresentanza descritte offre notevoli spunti di riflessione sulla diversità della loro tipologia, e in ultima analisi della loro funzione.

La mobilitazione dei fattorini di Foodora o dei conducenti di Uber, così come le piattaforme alla Turkopticon, realizzano innanzitutto la possibilità di ricostruire una base solidale tra i lavoratori della *gig economy*. Il coordinamento (fisico o digitale) sviluppa la coscienza di un interesse che da condiviso (32) può diventare collettivo, trasformando l'identificazione nominale e comune di essere un *rider* o un *turker* nel terreno per l'organizzazione degli interessi subalterni.

In un sistema di produzione capitalista oggi globalizzato e fortemente deregolato vale più che mai la considerazione che «l'organizzazione e la rappresentanza degli interessi rende visibile la concreta collocazione sociale degli individui, il conflitto di interessi che deriva dalla diseguale dislocazione del potere nel processo produttivo e della società» (33). L'utilizzo della rete può solo accelerare tale attività di definizione (o ridefinizione, come nel caso della rivendicazione di uno *status* giuridico diverso) (34) e

(31) Ne sia di esempio il difficile rapporto tra i fattorini di Foodora e il Si Cobas (attivo soprattutto nel campo della logistica), che pure aveva nell'ottobre 2016 affiancato la protesta, offrendo una «copertura» sindacale alla negoziazione delle tariffe che l'azienda intendeva applicare. Né sembra abbia avuto miglior esito l'avvicinamento tentato da Nidil-Cgil l'anno successivo.

(32) Nel 2014, Dynamo ha pubblicato una lettera aperta all'amministratore delegato di Amazon (la si può leggere all'indirizzo <http://www.wearedynamo.org/dearjeffbezos>), le cui richieste erano sintetizzabili nel non trattare i lavoratori come se fossero algoritmi, nel rispetto (anche economico) di un lavoro qualificato e disposto alla flessibilità e nel riconoscimento di una propria rappresentanza. L'ambizione era quella che tutti i *turkers* partecipassero, sottoscrivendo la lettera e offrendo la loro personale testimonianza. Sebbene il progetto Dynamo sia in letteratura segnalato un modello per l'aggregazione degli interessi contro il disallineamento informativo e di poteri, la campagna non ha spostato di una sola virgola le posizioni dell'azienda.

(33) Garofalo M.G. 1999, 458.

(34) In numerosi casi, la mistificazione è innanzitutto linguistica, laddove le piattaforme utilizzano la terminologia tipica del lavoro autonomo professionale (fattura invece che busta paga, livelli e obiettivi anziché diligenza); nel caso delle piattaforme

ridurre le barriere spazio-temporali alla partecipazione (35). Né si può trascurare come le diverse organizzazioni, nelle forme nascenti come in quelle avanzate, promuovono gli interessi rappresentati con tutti gli strumenti tipici dell'azione collettiva. In primo luogo, organizzano manifestazioni di lotta che, pure solo giornalmisticamente definite come sciopero, sono tuttavia rette dalle medesime finalità e ne realizzano di fatto gli stessi effetti (36). Anche laddove le risorse sono modeste e il potere contrattuale tutto da verificare, l'azione diretta si fonda sul duplice elemento della solidarietà di comunità (spesso anche etnica e politica) e sulla capacità di intaccare la reputazione del datore di lavoro/commitente/piattaforma. E invero, il danno reputazionale pesa quanto quello economico, se non di più.

La mobilitazione conduce anche alla contrattazione di regole minime di ingaggio e gestione del rapporto di lavoro: SmartBe – nella sua ibrida veste di rappresentante e datore di lavoro (37) degli oltre 400 *livreurs* belgi – ha sottoscritto nell'aprile 2016 un protocollo di intesa con Deliveroo e Take Eat Easy (38) che garantisce modalità di pagamento calcolate in proporzione a un minimo medio mensile anziché per singola corsa, un turno di servizio di almeno tre ore a partire dalla prima chiamata, e il rimborso delle spese di noleggio della bici e del cellulare, oltre la copertura di una parte delle spese di manutenzione e riparazione degli stessi (39); in tal modo, la rappresentanza dei *crowdworkers* finisce per realizzare un altro

on-demand, il management riceve addirittura precise indicazioni perché le divise vengano chiamate «equipaggiamento in dotazione» (<https://www.theguardian.com/business/2017/apr/05/deliveroo-couriers-employees-managers>).

(35) Wood 2015.

(36) Nella proclamazione del *Deliverance Strike Mass* del 15 luglio 2017 a Milano, organizzato dai *riders* di Deliveroo, Foodora, Glovo e altre società di *delivery food*, è stato consigliato di non mettersi a disposizione, invece di disconnettersi dalla applicazione, come era stato fatto in precedenti occasioni («Sabato 15 luglio non lavorare! È l'unico diritto che hai, trasformalo in un tuo vantaggio! Hai tempo fino a 24 ore prima per avvisare. Non sei obbligato a lavorare, non segnarti di turno»).

(37) I fattorini possono avere con SmartBe un rapporto di lavoro a tempo indeterminato che determina il riconoscimento della cooperativa quale datore di lavoro (<http://smartbe.be/nl/news/werken-met-een-contract-van-onbepaalde-duur/>).

(38) Quest'ultima posta successivamente in liquidazione; proprio l'accordo sottoscritto con SmartBe ha garantito che i lavoratori percepissero comunque quanto maturato.

(39) Le condizioni sono specificate all'indirizzo <http://smartbe.be/nl/news/smart-deliveroo-en-take-eat-easy-gaan-voor-duurzame-werkomstandigheden/>.

compito che la storia del sindacato racconta come tipico delle proprie origini, ovvero il controllo del collocamento. Non è nemmeno escluso che sia la stessa piattaforma digitale a ricercare il contratto collettivo, come la svedese Bzzt che, nata sul modello di Uber offrendo un servizio taxi con tuk-tuk a motore, inquadra i propri conducenti sulla base di un accordo siglato con Svenska Transportarbetareförbundet: il sindacato svedese dei lavoratori del settore trasporti (40).

In altri casi, la strada della contrattazione è un percorso aperto dal preventivo riconoscimento dell'organizzazione sindacale e dell'esigibilità dei diritti alla stessa spettanti. La britannica Iwgb, dopo il verdetto sulla qualificazione degli autisti di Uber come *worker* (41) – figura intermedia tra l'*employee* e il *self-employed contractor*, vagamente paragonabile al nostro lavoratore parasubordinato, cui la legislazione riconosce l'applicazione delle norme in materia di salario minimo, orario e divieto di discriminazione –, ha avviato la campagna di riconoscimento del proprio ruolo di rappresentante negoziale dei fattorini di Deliveroo operanti nel municipio londinese di Camden, fondato sulla sindacalizzazione di almeno la metà della forza lavoro interessata. La vertenza, condotta prima nell'ambito delle relazioni sindacali con la forte ostilità aziendale (dalle lettere inviate direttamente ai lavoratori sino alle rappresaglie), è finita poi nel maggio 2017 dinanzi alla *Central Arbitration Committee*, organo amministrativo che assicura il rispetto del *Trade Union And Labour Relations (Consolidation) Act* del 1982, la legge sindacale britannica, con la possibilità di determinare un effetto domino su molti altri territori (42). Anche la neonata rappresentanza sindacale austriaca in Foodora si è data immediatamente lo scopo di negoziare un accordo sul riconoscimento di indennità legate al lavoro notturno o nelle stagioni più fredde e il progressivo incremento dei contratti di lavoro a scapito dei contratti da *free-*

(40) Lo si legga all'indirizzo <http://nordic.businessinsider.com/these-hilarious-electric-tuk-tuks-are-now-taking-on-uber-in-stockholm-super-cheap-zero-emission-and-fair-to-drivers-2017-5>.

(41) È l'ormai caso di scuola *Mr Y Aslam, Mr J Farrar and Others v. Uber*, deciso in primo grado dall'*Employment Tribunal* di Londra il 28 ottobre 2016 e confermato dall'*Employment Appeal Tribunal* l'11 novembre 2017.

(42) Il caso, deciso nel novembre 2017 in maniera sfavorevole all'Iwgb (vd. *infra*, nota 64), conta comunque su alcune aperture già concesse dal medesimo organo arbitrale al sindacato indipendente britannico, da ultimo in *Iwgb v. The DoctorsLaboratory Limited* (8 settembre 2017), consultabile all'indirizzo https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/643383/Acceptance_Decision.pdf.

lance (*Freier Dienstverträge*) che non attribuiscono diritti come le ferie o l'astensione per malattia (43).

E tuttavia, la considerazione che lo stesso genere di rivendicazione non possa essere sempre avanzata, più che per la debolezza della rappresentanza da organizzare per la constatazione – come afferma efficacemente Dawn Gearhart, coordinatore del gruppo Local 117 di Seattle – della difficoltà di «negoziare con un'equazione» (44), spinge le organizzazioni dei lavoratori e i sindacati indipendenti a sviluppare una duplice, e complementare, linea di azione, ricorrendo ai tribunali e facendo pressione sul sistema politico.

Nel primo caso, si tratta di iniziative che stimolano la creazione di precedenti importanti per singole fattispecie, e in prospettiva di un ampliamento a macchia d'olio delle garanzie connesse allo *status* giudizialmente riconosciuto. Ne sia di esempio la vicenda giudiziaria del fattorino Andrew Boxer, per il quale il sindacato Iwgb ha rivendicato prima la qualifica di lavoratore anziché di professionista autonomo (45), e invocato poi, a seguito della messa in liquidazione di Excel e dell'acquisizione dell'intero organico da parte di CitySprint, le tutele previste in caso di trasferimento d'azienda dal *Transfer of Undertakings (Protection of Employment) Regulations* del 2006. Esse, tuttavia, allo stesso tempo ribaltano, in maniera opportunistica ma tutt'altro che inefficace, il tradizionale rapporto con la rappresentatività sindacale, facendo dell'azione giudiziale non l'appendice di una strategia, ma la strategia medesima, come strumento di affermazione dello stesso sindacato (46), e un coinvolgimento opportunamente limitato dei lavoratori. L'effetto è quello di accreditare l'organizzazione come effettivo interlocutore, anche in maniera antagonista rispetto ad altre, e tradizionali, organizzazioni di rappresentanza dei lavoratori (47).

La pressione sugli attori politici è invece cercata non solo in ragione dell'assenza, o meglio dell'inerzia rispetto all'adozione, di regole che for-

(43) https://www.arbeiterkammer.at/beratung/arbeitsrecht/Arbeitsvertraege/Freier_Dienstvertrag.html.

(44) Gearhart 2017, 13.

(45) *Boxer v Excel Group Services Ltd* (ET case n. 3200365/2016, 23 marzo 2017).

(46) Per l'Iwgb l'azione legale è nel proprio Dna, visto che la fondatrice del CourierBranch è stata tra le prime a richiedere la riqualificazione del proprio rapporto di lavoro: cfr. *Dewhurst v. CitySprint UK Ltd* (ET case n. 2202512/2016, 5 gennaio 2017).

(47) Lassandari 2014.

niscano una qualche omogeneità di trattamento e inquadramento (48), ma ancor prima come forma di influenza sull'opinione pubblica (49), in maniera non tanto diversa dalle manifestazioni londinesi che invitavano i ristoratori e i loro clienti al boicottaggio delle *app* sotto accusa.

Esula dai confini di questo contributo, ma allunga su di esso un'ombra che è impossibile non considerare, il problema dell'inquadramento giuridico di tali attività – ovvero se la piattaforma si ponga come mero «facilitatore» dell'incontro tra la domanda o quale organizzazione di mezzi e di persone e quindi possibile centro di imputazione di contratti di lavoro (50) – nonché del rapporto tra le piattaforme e i lavoratori.

È noto come in generale, e in una prospettiva *de iure condito*, gli ordinamenti continentali tendano, con varietà di soluzioni, a non uscire dai confini di una qualificazione in termini di lavoro autonomo (51); ma se, ad esempio, nell'ordinamento francese i lavoratori digitali sono oggi espli-

(48) Si pensi al tentativo di incidere rispetto alle conclusioni del cd. rapporto Taylor, commissionato dal Governo britannico; in particolare, le richieste sindacali vanno nel senso di ottenere l'istituzione di un ufficio amministrativo centrale che abbia potere di decisione sulla riqualificazione del rapporto (*bogus employment*), di estendere anche ai lavoratori inquadrati come *worker* il congedo parentale, l'indennità di malattia e la protezione contro il licenziamento illegittimo, nonché di rendere il giudizio del lavoro del tutto gratuito.

(49) La strategia assume anche caratteri di coordinamento transfrontaliero, come nel caso della manifestazione organizzata a Torino il 29 settembre, che ha portato al G7 del lavoro e della scienza i *rider* di Deliveroo, Foodora, Uber, Just Eat di Italia, Francia, Germania, Spagna, Gran Bretagna mentre contemporaneamente si organizzavano nelle diverse capitali parallele proteste, allo scopo di rivendicare, tra l'altro, livelli minimi di compenso.

(50) Segna certamente una svolta in tal senso la recentissima sentenza della Corte di Giustizia 20.12.2017, C-434/15, *Elite Taxi*, che ha qualificato Uber non solo fornitore di un servizio d'intermediazione, ma, soprattutto, strumento di offerta di servizi di trasporto urbano. Secondo i giudici, essa esercita un'influenza determinante sulle condizioni della prestazione dei conducenti fissando, mediante l'omonima applicazione, se non altro il prezzo massimo della corsa, che la medesima società riceve dal cliente prima di versarne una parte al conducente non professionista del veicolo. Al contempo la Corte rileva come sia in capo a Uber «un determinato controllo sulla qualità dei veicoli e dei loro conducenti, nonché sul comportamento di quest'ultimi, che può portare, se del caso, alla loro esclusione» (punto 39).

(51) Non stupisce pertanto che abbia avuto notevole eco la prospettiva – difficile da importare in Italia, per la verità – di Prassl, Risak 2017 che supera a piè pari la questione qualificatoria del lavoratore delle piattaforme in favore di una definizione multifunzionale di datore di lavoro, allo scopo di garantire la rivendicazione dei di-

citamente qualificati come «*travailleurs indépendants*» (52), in quello italiano, in attesa delle prime pronunce giudiziali (53), il dibattito dottrinale osserva le potenzialità di una qualificazione in termini di lavoro (autonomo) eteroorganizzato ai sensi dell'art. 2, d.lgs. n. 81/2015 (54), senza poter escludere la prospettiva opposta in termini di lavoro (subordinato) agile (art. 18, comma 1, l. n. 81/2017) (55). Analoghe incertezze si registrano anche a livello sovranazionale, dove la distinzione tra «dipendente» e «lavoratore» è variamente rilevante a seconda della dimensione regolativa di riferimento, ma reclama oggi momenti di necessaria convergenza, e una normativa speciale (56).

La qualificazione del rapporto impatta direttamente anche sulla dimensione giuridica dell'azione collettiva. Se l'organizzazione dei lavorato-

ritti nei confronti di chiunque eserciti una delle funzioni del datore di lavoro, ivi comprese le piattaforme. Per un'attenta analisi delle prospettive rimediali, anche in termine di comparazione con gli ordinamenti di *common law*, cfr. Treu 2017.

(52) Art. L. 7341-1, *Code du travail*, dopo le modifiche della *Loi Travail*, l. 8.8.2016, n. 1088.

(53) I fattorini di Foodora «sloggati» dalla piattaforma a seguito delle manifestazioni e rivendicazioni hanno proposto azione innanzi al Tribunale del lavoro di Torino per il riconoscimento di un rapporto di lavoro subordinato e pertanto per la dichiarazione della illegittimità del loro licenziamento (http://torino.repubblica.it/cronaca/2017/10/18/news/sei_rider_fanno_causa_a_foodora_eravamo_dipendenti_licenziati_illegalmente_-178627030/). Da sottolineare, ancora una volta, come l'azione non venga «accompagnata» da alcun sindacato.

(54) Biasi 2017.

(55) Voza 2017.

(56) Si muovono in tal senso le iniziative europee, a partire dal documento della Commissione europea – Com(2016)356, «Un'agenda europea per l'economia collaborativa» – che, esortando gli Stati membri ad adeguare i propri ordinamenti in particolare in materia di accesso al mercato degli operatori delle piattaforme digitali, si occupa specificamente dei *crowdworkers* (punto 2.4) facendo rinvio alla nozione comunitaria di lavoratore e non escludendo che lo stesso possa essere titolare nello specifico di un rapporto di lavoro subordinato, in riferimento a tre «indici cumulativi» (l'esistenza di un rapporto di subordinazione, la natura della prestazione, la presenza di una retribuzione). Vi è poi la proposta di direttiva relativa a condizioni di lavoro trasparenti e prevedibili nell'Unione europea – Com(2017)0797 del 21 dicembre 2017 –, che intende fornire alcune – seppur minimali – tutele anche laddove il rapporto di lavoro sia non standard o si muova ai margini più estremi della flessibilità, proprio utilizzando una nozione più ampia di lavoratore, come «persona fisica che, per un certo periodo di tempo, fornisce prestazioni a favore di un'altra e sotto la direzione di quest'ultima in cambio di una retribuzione».

ri digitali sia, secondo il diritto, configurabile come sindacato o come *lobby*, se le loro azioni di rivendicazione siano sciopero o boicottaggio, è evidentemente l'effetto, ancora una volta, della distinzione spesso sin troppo netta tra lavoro subordinato e lavoro autonomo e del catalogo di tutele collegate alle rispettive fattispecie.

Proprio in una dimensione collettiva, il riconoscimento della libertà sindacale e dell'attività sindacale nell'ordinamento giuridico è tendenzialmente legato al possesso della qualificazione di lavoratore subordinato. Anche laddove, come in Italia, non manchino le aperture in tal senso (57), l'ordinamento europeo offre segnali poco chiari e talvolta contraddittori tra le possibilità offerte dall'art. 11 Cedu (58), dall'art. 28 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (59) e il portato (o meglio, l'interpretazione fornita dalla Corte di Giustizia) dell'art. 101 TfUe che vieta ai sensi del diritto della concorrenza europeo «tutte le decisioni di associazioni di imprese e tutte le pratiche concordate che possano pregiudicare il commercio tra Stati membri e che abbiano per oggetto e per effetto di impedire, restringere o falsare il gioco della concorrenza», e dal quale non sarebbero «immuni» i soggetti che rappresentano i *gig workers* e che stipulano per loro intese collettive.

L'«eccezione Albany» (60), che, giustificata da obiettivi di politica sociale, consente ai contratti collettivi (dei lavoratori subordinati) di soprav-

(57) Aperture costruite, nell'assenza di espressi riconoscimenti legali, dall'interpretazione giurisprudenziale, dalla celebre sentenza della Corte costituzionale 17.7.1975, n. 222, sulla impossibilità di qualificare come serrata l'astensione dal lavoro attuata, per finalità economico-politiche, da chi gestisce senza l'apporto di alcun dipendente, sino alla pronuncia di Cassazione 19.10.2005, n. 20197, secondo cui «deve ritenersi che la tutela dell'associazionismo, del proselitismo e dell'attivismo, per finalità collettive di lavoro, anche se “parasubordinato” o autonomo, costituisca un'esigenza primaria, insita nel sistema, ancorché non codificata».

(58) «Ogni persona ha diritto alla libertà di riunione pacifica e alla libertà d'associazione, ivi compreso il diritto di partecipare alla costituzione di sindacati e di aderire a essi per la difesa dei propri interessi».

(59) «I lavoratori e i datori di lavoro, o le rispettive organizzazioni, hanno, conformemente al diritto dell'Unione e alle legislazioni e prassi nazionali, il diritto di negoziare e di concludere contratti collettivi, ai livelli appropriati, e di ricorrere, in caso di conflitti di interessi, ad azioni collettive per la difesa dei loro interessi, compreso lo sciopero».

(60) Corte di Giustizia 21.9.1999, C-67/96 (*Albany International Bv v Stichting Bedrijfspensioenfonds Textielindustrie*): «59. Vero è che taluni effetti restrittivi della concorrenza sono inerenti agli accordi collettivi stipulati tra organizzazioni rappre-

vivere alla scure del diritto alla concorrenza, è rimasta nel tempo, appunto, un'eccezione, con il possibile allargamento della sua applicazione solo laddove riguardi lavoratori «falsi autonomi» (61): nozione assai problematica quando si deve tenere insieme, da un lato, la consapevolezza della dipendenza economica di molti lavoratori (pure autonomi) e, dall'altro, una distinzione «alquanto grossolana e [...] non adeguatamente di principio» (62) tra lavoratore subordinato e autonomo.

Si tratta di una *impasse* da cui non è facile uscire, e che sconta peraltro un certo grado di frizione con i principi e i diritti fondamentali riconosciuti dall'Oil (63) o con alcune recenti scelte legislative da parte degli Stati membri, come il già citato caso francese che prevede una «responsabilità sociale delle piattaforme» (qualora determinino le caratteristiche della prestazione di servizi forniti o del bene venduto, fissandone il prezzo), attribuendo ai lavoratori anche precisi diritti collettivi, come il diritto di organizzazione sindacale e un diritto di sciopero inteso come strumento di tutela nei confronti dei comportamenti ritorsivi della piattaforma.

sentative dei datori di lavoro e dei lavoratori. Tuttavia, gli obiettivi di politica sociale perseguiti da tali accordi sarebbero gravemente compromessi se le parti sociali fossero soggette all'art. 85, n. 1, del Trattato nella ricerca comune di misure volte a migliorare le condizioni di occupazione e di lavoro. 60. Da un'interpretazione utile e coerente dell'insieme delle disposizioni del Trattato risulta quindi che gli accordi conclusi nell'ambito di trattative collettive tra parti sociali al fine di conseguire tali obiettivi debbono essere considerati, per la loro natura e il loro oggetto, non rientranti nell'ambito di applicazione dell'art. 85, n. 1, del Trattato».

(61) Corte di Giustizia 4.12.2014, C-413/13 (*Fnv Kunsten Informatie en Media v Staat der Nederlanden*): «42. [...] il diritto dell'Unione deve essere interpretato nel senso che la disposizione di un contratto collettivo di lavoro, come quella di cui trattasi nel procedimento principale, contenente tariffe minime per i prestatori autonomi di servizi, affiliati a una delle organizzazioni di lavoratori parti del contratto, che svolgono per un datore di lavoro, in forza di un contratto d'opera, la stessa attività dei lavoratori subordinati di tale datore di lavoro, esula dall'ambito di applicazione dell'articolo 101, paragrafo 1, TfUe solo qualora tali prestatori siano "falsi autonomi", ossia prestatori che si trovano in una situazione paragonabile a quella di detti lavoratori. Spetta al giudice del rinvio procedere a una tale valutazione».

(62) Freedland, Contouris 2017, 67.

(63) De Stefanò 2017. L'art. 2 della Convenzione n. 87/1948 sulla libertà sindacale e sulla protezione del diritto sindacale prevede infatti che «*workers and employers, without distinction whatsoever, shall have the right to establish and, subject only to the rules of the organisation concerned, to join organisations of their own choosing without previous authorization*».

È tuttavia evidente che le geometrie dell'ordinamento legale possano ampliare o (al contrario) eliminare le istanze di protezione dei lavoratori della *gig economy*, anche in una dimensione collettiva: basti pensare alla (apparente) contraddizione per cui nel Regno Unito, a pochi giorni di distanza dalla vittoriosa decisione nel caso Uber, si è negato lo *status* di *worker* ai fattorini di Deliveroo, e di conseguenza il riconoscimento legale della loro organizzazione di rappresentanza (64). Si consideri anche il recente annuncio da parte della stessa piattaforma della intenzione di disdettare l'accordo già siglato con SmartBe, favorita anche da un progetto di legge del Governo belga che sottrae a fiscalità e contribuzione i redditi da lavoro autonomo entro un determinato tetto, nel quale si inseriscono certamente anche quelli dei lavoratori delle piattaforme (65).

È anche in queste strettoie che il sindacato tradizionale può – o meglio, deve – giocare il proprio ruolo (66).

4. — *Con od oltre il sindacato tradizionale?* — Benché tutt'altro che estraneo a processi di svecchiamento dell'organizzazione dell'attività sindacale (67) e aperto anche all'utilizzo dell'arma reputazionale come forma di coazione indiretta al rispetto delle regole giuslavoristiche (*name and shame*) (68), il sindacato tradizionale si è sino a questo punto, con le dovute eccezioni, tenuto lontano dalla organizzazione dei lavoratori della *gig economy*. Il *leitmotiv* è quello di un sindacato in difficoltà nell'«intercetta-

(64) *Central Arbitration Committee*, 14.11.2017, *Iwgb v. Deliveroo*; la decisione, assunta in base all'art. 296 del *Trade Union and Labour Relations (Consolidation) Act 1992* – e quindi con un riferimento normativo diverso utilizzato nel caso *Uber* –, è stata anche facilitata da una «modifica» nelle modalità di organizzazione del lavoro dei fattorini, avendo l'azienda di recente introdotto una «clausola di sostituibilità», svuotando già in potenza il contenuto «prevalentemente personale» della prestazione del lavoratore parasubordinato.

(65) La notizia, risalente alla fine del novembre 2017, è riportata all'indirizzo <http://www.lastampa.it/2017/11/23/economia/deliveroo-contro-la-coop-che-tutela-i-fattorini-xdfGv5mliMbkV5FVGMFOFO/pagina.html>.

(66) Lassandari 2017.

(67) Rego *et al.* 2016.

(68) Il sindacato austriaco del terziario Gpa-Djp ha lanciato tra il 2014 e il 2015 le piattaforme www.watchlist-praktikum.at e www.watchlist-prekar.at, con l'obiettivo di monitorare e permettere la segnalazione (in forma anonima) degli abusi in materia di tirocini e lavoro precario; Handels, il sindacato svedese del commercio, ha addirittura progettato un'applicazione, Schysstalistan (La Buona Lista), che consente al cliente di verificare se il proprio parrucchiere rispetta il contratto collettivo.

re» interessi individuali e collettivi, cui storicamente non ha dedicato attenzione, o che ha organizzato riproponendo strutture verticali non sempre perfettamente confacenti (69); allo stesso tempo, il sentimento diffuso di lontananza dagli organismi intermedi istituzionali ha mantenuto i lavoratori delle piattaforme, pur quelli più sensibili a un'azione di coinvolgimento e coordinamento, sospettosi di qualunque tentativo di reclutamento o affiliazione sindacale. E tuttavia, per il sindacato tradizionale, il problema del reclutamento di un lavoro che perde le coordinate del tempo e dello spazio, che esce dall'impresa tipicamente organizzata, diventa oggi un problema anche di sopravvivenza (70).

Le strade seguite sono due. La prima è quella dell'apertura ai lavoratori parasubordinati e autonomi (71); l'affiliazione sindacale comporta di necessità anche un ripensamento delle strutture organizzative che non schiaccino la minoranza (per ora, evidente) dei *crowdworkers* ma ne valorizzino il loro apporto in forma originale: un esempio è rappresentato dalla francese Cgt, che, pur organizzando i lavoratori dipendenti delle aziende del commercio e del trasporto, ha accolto tra i propri ranghi 5 cicofat-

(69) Colella, 2015.

(70) Community, sindacato britannico originariamente metalmeccanico e divenuto successivamente intercategoriale (è il più piccolo dei sindacati aderenti al Tuc) ha siglato nella tarda primavera del 2017 un protocollo d'intesa con Indycube, un'impresa sociale gallese che offre una rete di collaborazione per *freelance* e microimprenditori, per l'attivazione di una piattaforma comune dove il sindacato potrà offrire supporto legale e fiscale ai professionisti; nell'annunciare l'iniziativa, non è stato fatto certo mistero della circostanza che Community abbia perso oltre un quarto dei propri iscritti (<http://community-tu.org/community-indycube-pledge-give-power-self-employed/>). Per quanto frutto di una iniziativa unilaterale, anche in Italia la Uiltucs ha dato vita al Coordinamento *networkers* (<https://sindacato-networkers.it/>), che offre ai lavoratori Ict consulenza del lavoro e fiscale. Ancora più recentemente, nel gennaio 2018, Filcams Cgil, insieme alla Fondazione Di Vittorio e al Coordinamento salute e sicurezza sul lavoro della Cgil, ha attivato la piattaforma <https://www.lavoratoridigitali.it/>, finalizzata almeno inizialmente a una ricerca, tramite questionario, sul lavoro digitale. Per un approccio teorico al problema del rapporto tra sindacato e piattaforme digitali, Engbloom 2017.

(71) In Danimarca, ad esempio, lo Hk – sindacato dei lavoratori del settore commerciale e impiegatizio – ha attivato un servizio che offre ai propri affiliati assistenza nel caso in cui vogliano prestare lavoro attraverso una piattaforma danese o estera; inoltre, ha istituito con, l'Ac, la Confederazione danese delle associazioni professionali, una *task force* di esperti (esponenti di aziende Ict, rappresentanti sindacali, datori di lavoro, rappresentanti delle piattaforme digitali, ricercatori) per un approccio, anche regolativo, coordinato alla *gig economy*; cfr. Dølvik, Jesnes 2017.

torini di Deliveroo (formalmente impiegati con rapporti di lavoro autonomo) per dare vita, all'interno della struttura territoriale di Gironde, a una «cellula» sindacale che organizza tale tipo di lavoro non standard (72).

La seconda è quella di proficue forme di collaborazione e intermediazione con le forme di autorganizzazione degli interessi dei lavoratori della *gig economy*: a fare da apripista è stato il sindacato dei metalmeccanici tedeschi Ig Metall, che nel maggio 2015 ha attivato la piattaforma Fair CrowdWork, con l'obiettivo di «fare luce sul lavoro tramite piattaforma, *app* e *crowdsourcing*», frutto della collaborazione con i ricercatori del Turkopticon e portando quindi il modello di quest'ultimo oltre la possibilità di espressione individuale sulla singola piattaforma, proponendosi invece come momento di confronto anche sindacale e adottando un sistema di *rating* omogeneo per più piattaforme digitali (73). La stessa prospettiva d'azione di Ig Metall è andata allargandosi, con una modifica dello Statuto che dal gennaio 2016 consente l'affiliazione anche dei lavoratori autonomi (cui l'associazione offre tutele legali e canali di consulenza), con la sottoscrizione nel dicembre 2016 della Dichiarazione di Francoforte (74) – siglata con Arbeiterkammer, Ögb, Hk, International Brotherhood of Teamsters Local 117, Service Employees International Union e Unionen –: documento programmatico rivolto ai legislatori come agli intermediari digitali e che rivendica alcuni diritti fondamentali, tra cui quello all'organizzazione e all'attività sindacale (75). Ig Metall è ar-

(72) [Http://cgt.fi/Un-syndicat-CGT-de-coursiers-a.html](http://cgt.fi/Un-syndicat-CGT-de-coursiers-a.html). È pur vero che il fine ultimo dichiarato è quello di una conversione – anche giudiziale – del rapporto di lavoro in subordinato, ma le modalità di organizzazione e raccordo con la struttura sindacale si presentano all'osservatore assai interessanti e necessariamente da studiare.

(73) Attualmente se ne contano 12 (<http://faircrowd.work/platform-reviews/>).

(74) [Https://www.igmetall.de/docs_20161214_Frankfurt_Paper_on_Platform-Based_Work_EN_b939ef89f7e5f3a639cd6a1a930feffd8f55cecb.pdf](https://www.igmetall.de/docs_20161214_Frankfurt_Paper_on_Platform-Based_Work_EN_b939ef89f7e5f3a639cd6a1a930feffd8f55cecb.pdf).

(75) «*A platform's policies and information flows affect all workers on the platform regardless of whether they are employees or independent contractors. Laws that prohibit platform-based workers classified as independent contractors from organizing and negotiating collective agreements with platform operators should therefore be reassessed. We affirm in the strongest possible terms the central importance of workers' right to organize. This right is enshrined in the major international declarations of fundamental and universal human rights, both broadly and with respect to work specifically – the Universal Declaration of Human Rights and the Ilo (International Labour Organization) Declaration on Fundamental Principles and Rights at Work – and for good reason. Research shows that worker organizing has for decades been correlated with the*

rivata persino, nel gennaio 2017, a realizzare un Codice di condotta (76), sottoscritto con otto piattaforme che operano in Germania, che, pur se privo di riferimento all'azione e alla rappresentanza collettiva, rappresenta di fatto il primo passo mutualmente riconosciuto di una coesistenza più equa. Di più, può dirsi come sia la stessa rappresentanza a mutare verso forme intercategoriale (e in prospettiva, generali) nell'avvio di percorsi di studio congiunti come il programma triennale *Cloud And Crowd* (77), sviluppato con il sindacato dei servizi Ver.di, che già da un decennio sviluppa forme di rappresentanza del lavoro autonomo.

Il percorso sviluppato dal sindacato tedesco trova eguali sviluppi anche in Austria (dove l'Ögb e l'Arbeiterkammer partecipano attivamente alle attività del *FairCrowdWork*) e in Svezia, dove il più importante sindacato degli impiegati, Unionen, ha portato ancora oltre il proprio approccio verso l'economia condivisa: la tesi contenuta in «*Unionen om plattformsekonomin och den svenska partsmodellen*» (78) è quella di sviluppare, seguendo il modello svedese del dialogo sociale, già peraltro sperimentato quando si è trattato di disciplinare il lavoro tramite agenzia, forme di autoregolamentazione condivise che garantiscano livelli ragionevoli di remunerazione e tutele in materia di sicurezza sociale (79). In altri termini, la proposta è quella di portare le regole dentro l'applicazione informatica, secondo un'immagine suggestiva, che purtroppo non appare facilmente esportabile verso altri sistemi.

È in effetti poco probabile che i lavoratori della *gig economy* individuino nel sindacato tradizionale il momento elettivo della loro autoorganizzazione; ma le esperienze qui sinteticamente tracciate dimostrano come esso rappresenti un importante alleato, che possa verosimilmente ampliare le forme – e le possibilità – della loro rappresentanza e attività sindacale (80). In altre parole, i sindacati tradizionali forniscono potere istituzionale, risorse e connessioni politiche; le nuove forme di rappresentanza realizzano le mi-

economic well-being of working people and the development and maintenance of the middle class in “developed” economies. Unsurprisingly, countries in which regulatory and economic change has weakened organized labor have also experienced increasing income and wealth inequality» (corsivo nostro).

(76) [Http://crowdsourcing-code.com/](http://crowdsourcing-code.com/).

(77) [Https://innovation-gute-arbeit.verdi.de/ueber-uns/forschungsprojekte/cloud-und-crowd](https://innovation-gute-arbeit.verdi.de/ueber-uns/forschungsprojekte/cloud-und-crowd).

(78) Unionen, Söderqvist 2016.

(79) Westregård, Milton 2016.

(80) Al-Ani, Stumpp 2016.

glieri connessioni con le comunità digitali. Che lo sappiano o meno, agli uni servono alle altre. Anche in questo caso, ciò che si para davanti è un *tableau vivant* alla ricerca di nuove pose.

5. — *Osservazioni conclusive* — Sarebbe imprudente pensare che una tale vivacità di segnali racconti di un fenomeno di sindacalizzazione dei lavoratori delle piattaforme assorbente, o quantomeno in grado di presentarsi in potenza come tale. Laddove già in un'organizzazione imprenditoriale di tipo tradizionale la flessibilità risulta essere «una “potente forza individualizzatrice” che sposta sensibilmente la prospettiva da un'identità collettiva all'identità individuale» (81), nella dimensione della *gig economy* la stessa rischia di essere distruttrice di ogni possibile identità collettiva.

Le esperienze cui si è sin qui assistito e che si è cercato brevemente di annotare dimostrano l'esistenza di (sparute ma importanti) relazioni fra gli imprenditori/piattaforme e le diverse rappresentanze dei loro lavoratori, e quindi uno spazio per il loro sviluppo e il consolidamento.

Al cuore del discorso resta tuttavia l'evidenza per cui qualunque tentativo di rappresentanza e azione collettiva dei lavoratori della *gig economy*, alle prese con la latitanza regolativa e con il problema ulteriore della dimensione transfrontaliera (82), ha bisogno di interventi eteronomi che non confutino la sua autonomia e legittimità (83). Lo si può fare con la costruzione di uno statuto minimale di protezione del lavoratore (84) o riconducendo, in maniera più ampia, il diritto all'organizzazione e all'azione collettiva tra i diritti individuali fondamentali (85). O, ancora, recuperando un modello, tipico delle stesse relazioni industriali, che porta l'interven-

(81) Perulli 2002.

(82) Weiss 2016.

(83) Faioli 2017.

(84) Come sembra proporre il Parlamento europeo, nella Risoluzione del 15 giugno 2017 – Agenda europea sulla *collaborative economy* («39. Underlines the paramount importance of safeguarding workers' rights in the collaborative services – first and foremost the right of workers to organise, the right of collective bargaining and action, in line with national law and practice; recalls that all workers in the collaborative economy are either employed or self-employed based on the primacy of facts and must be classified accordingly; calls on the Member States and the Commission, in their respective areas of competence, to ensure fair working conditions and adequate legal and social protection for all workers in the collaborative economy, regardless of their status»; corsivo nostro).

(85) Al di fuori del *platform work*, corrisponde alla proposta della Carta dei diritti universali del lavoro Cgil.

to eteronomo a non essere calato dall'alto e dall'esterno, ma secondo una prospettiva di partecipazione istituzionale, e dunque di dialogo sociale: in altri termini, portando le regole dentro l'applicazione informatica, secondo un'immagine suggestiva ripresa anche nel dibattito sindacale italiano.

L'effetto, in un ritorno di teorie incautamente considerate oggi obsolete (86), sarebbe quello di sostenere il potere contrattuale, del singolo prima e del gruppo poi. Qualunque forma esso assuma.

Riferimenti bibliografici

- Al-Ani A., Stumpp S. (2016), *Rebalancing interests and power structures on crowdworking platforms*, in *Internet Policy Review*, 5(2), 1 ss.
- Aloisi A. (2016), *Commoditized workers: Case study research on labour law issues arising from a set of «on-demand/gig economy» platforms*, in *Comparative Labor Law & Policy Journal*, 37(3), 653 ss.
- Aloisi A., De Stefano V. (2017), *App contro app, così i precari sfidano i padroni della gig-economy*, in *Pagina99*, 3 marzo, 4 ss.
- Biasi M. (2017), *Dai pony express ai riders di Foodora*, in *W.P. Adapt*, n. 11, 1 ss.
- Caruso B. (2017), *La rappresentanza delle organizzazioni di interessi tra disintermediazione e re-intermediazione*, in *W.P. Csdle «Massimo D'Antona».IT*, n. 326.
- Cella G.P. (2012), *The Representation of Non-Standard Workers. Theory and Culture of Collective Bargaining*, in *Transfer*, 18(2), 171 ss.
- Colella F. (2015), *Dal sindacato tradizionale al sindacato atipico? Strategie per la rappresentanza dei «nuovi» attori nel mercato del lavoro italiano. Il caso Nidil-Cgil*, in *Sociologia del lavoro*, 49 ss.
- De Groen W.P. et al. (2016), *The Digital Market for Local Services: A one-night stand for workers?*, *Ceps Special Reports*, n. 133, Centre for european policy studies, Brussels.
- De Stefano V. (2016), *The Rise of The Just-In-Time-Workforce: On-Demand Work, Crowdwork, and Labor Protection in the «Gig-Economy»*, in *Ilo Conditions of Work and Employment Series Working Paper*, n. 71, Oit, Ginevra.
- De Stefano V. (2017), *Lavoro «su piattaforma» e lavoro non standard in prospettiva internazionale e comparata*, in *RGL*, I, 241 ss.
- Dølvik J.E., Jesnes K. (2017), *Nordic labour markets and the sharing economy, Report from a pilot project*, Nordic Council of Ministers.
- Engbloom S. (2017), *Una prospettiva sindacale su digitalizzazione e gig-economy*, in *RGL*, I, 357 ss.
- Faioli M. (2017), *Jobs «App», Gig-Economy e sindacato*, in *RGL*, I, 291 ss.

(86) Cella, 2012.

- Finkin M.W. (2016), *Beclouded Work in Historical Perspective*, in *Comparative Labor Law & Policy Journal*, 37(3), 603 ss.
- Forlivesi M. (2016), *La sfida della rappresentanza sindacale dei lavoratori 2.0*, in *DRI*, n. 3, 664 ss.
- Freedland M., Contouris N. (2017), *Some Reflections on the «Personal Scope» of Collective Labour Law*, in *ILJ*, vol. 46, n. 1, 52 ss.
- Garofalo D. (2017), *Lavoro, impresa e trasformazioni organizzative*, relazione alle Giornate di studio Aidlass (Cassino, 18-19 maggio 2017), sul tema «Frammentazione organizzativa e lavoro: rapporti individuali e collettivi», in *aidlass.it*.
- Garofalo M.G. (1999), *Un profilo ideologico del diritto del lavoro*, in Aa.Vv., *Studi in onore di Gino Giugni*, Cacucci, Bari, 453 ss.
- Gearhart D. (2017), *Giving Uber drivers a voice in the gig economy*, in Graham M., Shaw J. (a cura di), *Towards a fairer gig economy*, Meatspace Press, 13 ss.
- Graceffa S. (2017), *Rifare il mondo... del lavoro. Un'alternativa alla uberizzazione dell'economia*, DeriveApprodi, Roma.
- Huws U. (2016), *Platform Labour: Sharing Economy or Virtual Wild West?*, in <http://www.progressiveeconomy.eu/>, 29 gennaio.
- Huws U. et al. (2016), *Crowd Work in Europe: Preliminary results from a survey in the UK, Sweden, Germany, Austria and the Netherlands*, Foundation for European Progressive Studies.
- Korfer A., Rothig O. (2017), *Decent crowdwork – the fight for labour law in the digital age*, in *Transfer*, vol. 23(2), 233 ss.
- Lassandari A. (2014), *L'azione giudiziale come forma di autotutela collettiva*, in *LD*, 309 ss.
- Lassandari A. (2017), *Problemi di rappresentanza e tutela collettiva dei lavoratori che utilizzano le tecnologie digitali*, in *Quaderni RGL*, n. 2, 59 ss.
- Perulli A. (2002), *Interessi e tecniche di tutela nella disciplina del lavoro flessibile*, in *DLRI*, 357 ss.
- Prassl J., Risak M. (2017), *Sottosopra e al rovescio: le piattaforme di lavoro on demand come datori*, in *RGL*, I, 219 ss.
- Rego R. et al. (2016), *The use of new Ict's in Trade Union protests – five European cases*, in *Transfer*, 22(3), 315 ss.
- Rota A. (2017), *Il web come luogo e veicolo del conflitto collettivo: nuove frontiere della lotta sindacale*, in Tullini P. (a cura di), *Web e lavoro. Profili evolutivi e di tutela*, Giappichelli, Torino, 197 ss.
- Salehi et al. (2015), *We Are Dynamo: Overcoming Stalling and Friction in Collective Action for Crowd Workers*, in *Proceedings of the 33rd annual Acm conference on human factors in computing systems*, 1621 ss.
- Schmidt F.A. (2017), *Digital Labour Markets in the Platform Economy*, Friedrich-Ebert-Stiftung, Bonn.
- Scholz T. (2016), *Platform Cooperativism. Challenging the Corporate Sharing Economy*, Rosa Luxembourg Stiftung, New York.
- Silberman M.S., Irani L. (2016), *Operating an Employer Reputation System: Lessons from Turkopticon, 2008-2015*, in <https://ssrn.com/abstract=2729498>.

- Tassinari A., Maccarrone V. (2017), *The mobilisation of gig economy couriers in Italy: some lessons for the trade union movement*, in *Transfer*, vol. 23(3), 353 ss.
- Treu T. (2017), *Rimedi e fattispecie a confronto con i lavoratori della Gig economy*, in *W.P. Csdle «Massimo D'Antona».INT*, n. 136.
- Tullini P. (2015), *C'è lavoro sul web?*, in *LLI*, 1, n. 1, 1 ss.
- Unionen, Söderqvist F. (2016), *Plattformsekomin och den Svenska partsmodellen*, Unionen, Stockholm.
- Valenduc G., Vendramin P. (2016), *Work in the digital economy: sorting the old from the new*, *Working Paper n. 03*, European trade Union Institute, Brussels.
- Van Dijck J. (2017), *The platform as pizza: towards a taxonomy of platforms*, in *www.hiig.delen/blog*, 5 ottobre.
- Vardaro G. (1986), *Tecnica, tecnologia e ideologia della tecnica nel diritto del lavoro*, in *PD*, 122 ss.
- Voza R. (2017), *Il lavoro e le piattaforme digitali: the same old story?*, in *W.P. Csdle «Massimo D'Antona».IT*, n. 336.
- Weiss M. (2016), *Digitalizzazione: sfide e prospettive per il diritto del lavoro*, in *DLRI*, 651 ss.
- Westregård A., Milton J. (2016), *Recent trends in collective bargaining structures in the Swedish model*, paper per il 11th Ilera European Congress, Milano, 8-10 settembre 2016.
- Wood, A.J. (2015), *Networks of injustice and worker mobilisation at Walmart*, in *IRJ*, 46, 259 ss.

ABSTRACT

Il saggio analizza le diverse modalità di rappresentanza e di azione collettiva dei lavoratori delle piattaforme: tanto di quelli più propriamente impiegati secondo il modello del crowdwork, quanto di quelli definibili come gigworkers; si evidenzia come, nonostante le teoriche e concrete difficoltà di mediazione degli interessi e creazione di forme di rivendicazione, il fenomeno conosce oggi ampia diffusione, sfruttando, da un lato, le stesse potenzialità tecnologiche e, dall'altro, trovando sintesi inedite spesso al di fuori del sindacato tradizionale. Lo sviluppo e il consolidamento delle esperienze passano tuttavia attraverso il coinvolgimento delle grandi organizzazioni sindacali e prima ancora attraverso l'intervento normativo e un'interpretazione in senso evolutivo del dato già esistente, onde evitare che le difficoltà della qualificazione giuridica di questi lavoratori riverberino i loro effetti sul riconoscimento legale della loro libertà e attività sindacale.

ALONE IN THE CROWD? REPRESENTATION AND COLLECTIVE ACTION IN THE TIMES OF THE SHARING ECONOMY

The article analyzes the different scope of representation and collective action of platform workers: those involved in the crowdwork model, as well as those defined as gig workers; it is evident that, despite the theoretical and concrete difficulties of mediating interests and creating collective demands, the examples are widely spread and acknowledged, exploiting

the same technological potential of digital platforms and acting often outside the traditional Trade Union model. Nonetheless, the development and consolidation of these experiences calls for the involvement of larger Trade Union organizations and, above all, through a regulatory intervention and an evolutionary interpretation of the existing provisions, in order to prevent the complexity of the legal qualification of these workers' employment status from affecting the recognition of their right to organize and collective bargaining.

Andrea Zubin (*)

IL LICENZIAMENTO NELL'ORDINAMENTO STATUNITENSE

SOMMARIO: 1. Premessa. La *at-will employment rule*. — 2. Eccezioni e rimedi contrattuali. — 3. Eccezioni e rimedi extracontrattuali. — 4. Eccezioni e rimedi da contratto collettivo. — 5. Considerazioni comparatistiche.

1. — *Premessa. La at-will employment rule* — Il principio secondo cui il datore di lavoro è obbligato a giustificare il licenziamento del lavoratore è ormai consolidato in tutti gli ordinamenti occidentali (1): il datore di lavoro può recedere unilateralmente dal rapporto di lavoro solamente in presenza di alcune cause o motivi variamente qualificati.

Al contrario, negli Stati Uniti vige l'*at-will employment rule*, secondo cui il datore di lavoro è libero di intimare il licenziamento al lavoratore per «un buon motivo, nessun motivo o persino per un cattivo motivo» (2), per di più senza preavviso. Non solo: la stessa opera come una presunzione; pertanto, anche quando si è in presenza di una delle sue eccezioni, sarà onere del lavoratore licenziato provarne l'esistenza (3).

Quella sopra richiamata non è sempre stata norma generale negli Stati Uniti. In epoca coloniale, infatti, ai rapporti di lavoro si applicava la *one-year rule* derivata dal *common law* inglese. Questa, fissata dal giurista inglese William Blackstone, nei suoi classici *Commentaries on the Law of England*, vieta di terminare il rapporto di lavoro prima di un anno, salvo diverso accordo tra le parti. Oltre a ciò, al lavoratore spettava un preavviso pari a un quarto della durata del rapporto stesso (4).

(*) Avvocato nel Foro di Trieste e dottorando in Scienze Giuridiche presso l'Università di Udine.

(1) Estreicher, Hirsch 2014, 347.

(2) Celebre definizione di *at-will employment* data dalla Corte Suprema del Tennessee in *Payne v. Western & Atlantic Railroad Company*, 81 Tenn. 507 (1884).

(3) Partee 1991, 689.

(4) Blackstone 1765.

Il radicale passaggio dalla regola inglese all'*at-will employment rule*, in effetti, si verifica solamente dalla seconda metà del XIX secolo, con la comparsa delle prime monografie in tema di diritto del lavoro. Nel 1846, in un trattato sul lavoro domestico, T. Reeve riporta la *one-year rule*, ma sottolinea – per la prima volta – che essa non trova applicazione in Connecticut. Nel 1852, C.M. Smith riconosce l'esistenza di una presunzione di durata annuale del contratto di lavoro ma nota come questa valesse solo in assenza di usi locali contrari (5).

Contestualmente anche la giurisprudenza comincia a erodere la stabilità della regola di Blackstone. Se nella sentenza *Davis v. Gorton* del 1857 (6), ad esempio, la Corte Suprema di New York riafferma la regola inglese, nella sentenza *Kirk v. Hartman & Co.*, del 1869 (7), la Corte Suprema della Pennsylvania sostiene che la durata dell'impiego è commisurata al periodo di paga pattuito (8).

È la teorizzazione dell'*at-will employment*, tuttavia, che segna la definitiva frattura tra *common law* inglese e americano in tema di durata del contratto di lavoro e licenziamento. Nel 1877, H.G. Woods, per primo (9), scrive: «Da noi la regola inflessibile è che un'assunzione generica o a tempo indeterminato sia, *prima facie*, un'assunzione *at-will*, e se il lavoratore intende dimostrare che l'assunzione è per un anno, grava su di lui l'onere di provarlo [...]. A meno che le parti siano concordi nel protrarre il rapporto per un tempo predeterminato, si tratta di un'assunzione a tempo indefinito e può essere terminata per volontà di ciascuna parte» (10).

L'enunciazione della *at-will employment rule*, in sostanza, rovescia radicalmente la *Blackstone rule*. Essa, infatti, assoggetta tutti i rapporti di lavoro a tempo indeterminato a una presunzione relativa per la quale ciascuna parte è libera di recedere dallo stesso senza alcun motivo o preavviso alla controparte (11).

Quasi contemporaneamente la giurisprudenza si adegua. Con la sentenza *Martin v. New York Life Insurance Company* del 1895 (12), ad esempio, la Corte Suprema di New York rinnega *Davis v. Gorton* per affermare

(5) Feinman 1976, 122-123.

(6) *Davis v. Gorton*, 16 N.Y. 255 (1857).

(7) *Kirk v. Hartman & Co.*, 63 Pa. 97 (1869).

(8) Jacoby 1982, 93.

(9) Befort 2002, 356.

(10) Woods 1877, 272.

(11) Estreicher, Lester 2008, 33.

(12) *Martin v. New York Life Insurance Company*, 148 N.Y. 117 (1895).

la presunzione di *at-will employment*, citando come autorità proprio il Trattato di Woods.

Le ragioni di quanto sopra sono ancor oggi dibattute dagli studiosi statunitensi. Una parte della dottrina (13) sostiene che queste siano da ricercarsi nel coevo sviluppo del diritto dei contratti. Datore di lavoro e lavoratore avrebbero, dunque, smesso di rivestire lo *status* di *master* e *servant* per essere parti di un contratto regolato esclusivamente dalla loro autonoma volontà.

Altra parte di dottrina (14), tuttavia, ritiene che la spiegazione di ciò sia eminentemente socio-economica. Questa nota come i primissimi destinatari delle sentenze che affermano la *at-will employment rule* siano soprattutto lavoratori qualificati e con un salario piuttosto elevato. Ciò lascerebbe intendere che tale regola sia soprattutto funzionale all'economia sfrenatamente capitalista dell'epoca. In questo contesto la libera licenziabilità dei lavoratori sarebbe, in ultima istanza, la miglior garanzia per l'imprenditore del controllo della propria impresa e della realizzazione del massimo profitto.

Si segnala, infine, un'ultima parte della dottrina (15) che contesta quest'ultimo argomento e, passando in rassegna lo sviluppo economico dei singoli Stati, intenderebbe dimostrare come l'*at-will rule* avrebbe incontrato maggiori resistenze proprio negli Stati con minori restrizioni alla libera iniziativa economica.

L'evolversi del contesto economico, segnatamente in seguito alla *Great Depression* e al *New Deal*, ha comunque fatto sì che a partire dagli anni cinquanta del Novecento il *common law* statunitense sviluppasse molte eccezioni all'*at-will employment* e rimedi al licenziamento illegittimo (*wrongful discharge*). Questi, peraltro, attesa la struttura federale degli Stati Uniti, hanno un ambito di applicazione estremamente frammentario. Di seguito gli stessi saranno dunque trattati con l'avvertenza che alcune eccezioni sono applicabili in tutti gli Stati, mentre altre solo ad alcuni.

2. — *Eccezioni e rimedi contrattuali* — Esistono principalmente quattro ordini di eccezioni all'*at-will employment rule* di fonte contrattuale. In primo luogo, il lavoratore che abbia stipulato un contratto di lavoro a termine non può essere licenziato prima della scadenza dello stesso senza una

(13) Feinman 1976, 129-130.

(14) Summers 2000, 68.

(15) Ballam 1995.

just cause (16) In secondo luogo, ciò vale anche quando il contratto sia per un lavoro «permanente» o «a vita», sebbene a condizione che un così gravoso impegno datoriale abbia ricevuto un corrispettivo separato e ulteriore rispetto alla mera prestazione lavorativa (17). Il terzo ordine di eccezioni, detto *implied-in-fact contract exception*, invece, deriva da dichiarazioni unilaterali del datore di lavoro, con le quali egli si impegna a garantire un rapporto di lavoro a termine o permanente, sicché il lavoratore è legittimamente licenziabile solo in presenza di *just cause* (18). Tipicamente tali dichiarazioni si presentano sotto forma di *employment handbook*: diffusissimi documenti standardizzati volti a informare il lavoratore circa tutte le condizioni del rapporto di lavoro, ivi incluse le politiche aziendali in tema di durata del rapporto e licenziamento (19). L'ultimo tipo di eccezione contrattuale è l'*implied covenant of good faith and fair dealing exception*. Essa discende dal generale dovere di buona fede nell'esecuzione dei contratti, inclusi quelli di lavoro (20), ed è stata interpretata secondo due diversi standard. Il primo, più ampio, ritiene illegittimo il licenziamento del lavoratore intimato senza che il datore di lavoro abbia svolto gli accertamenti necessari a valutare i demeriti del lavoratore. Il secondo, maggiormente restrittivo, lo considera tale solamente quando l'*employer* abbia intenzionalmente agito per ridurre o privare quest'ultimo dei diritti che gli spettavano in base al contratto (21).

In tutti i suddetti casi il procedimento azionabile è, in primo luogo, quello giurisdizionale. In materia, comunque, si deve notare il frequente ricorso al *summary judgement*: un rito speciale, informale e senza istruttoria, applicabile a tutte le controversie in cui non vi siano contestazioni sui fatti oggetto della causa (22).

È possibile, peraltro, che il datore di lavoro istituisca per prassi aziendale o previsione dell'*handbook* delle *grievance procedure* (23): esami congiunti per la composizione concordata della controversia. In caso di mancato accordo, comunque, la questione è frequentemente deferita a un ar-

(16) Verkerke 1998, 294.

(17) Goldman, Corrada 2011, 100. La casistica è varia. Ad es.: rinuncia all'esercizio dell'azione per risarcimento del danno da infortunio, cessione dell'azienda in cambio dell'assunzione a vita nella stessa, acquisto di azioni aziendali.

(18) Muhl 2001, 7.

(19) Winters 1985, 196.

(20) Lillard 1992, 1241.

(21) Goldman, Corrada 2011, 103.

(22) *Ivi*, 306.

(23) Lewin 1990.

bitro. Il lavoratore, tuttavia, è obbligato a esperire dette procedure solamente se vi ha specificamente aderito (24).

I rimedi *wrongful discharge* per *breach of contract* sono assoggettati alle norme generali sulla responsabilità contrattuale (25). Di regola, quindi, al lavoratore spettano i soli *compensatory damages*, ovvero un risarcimento finalizzato al reintegro del suo patrimonio danneggiato dal licenziamento illegittimo (26). Questo è composto da *back pay* e *front pay*. La prima è costituita dai salari che il lavoratore non ha percepito dalla data del licenziamento fino a quella del processo, ovvero: a) *lost base salary*, retribuzione base dall'ultima percezione al giorno del processo; b) *lost of potential promotion* o *increase of salary*, promozioni o aumenti retributivi mancati a causa del licenziamento; c) *lost bonus* o *fringe benefit*, mancati premi e retribuzioni in natura (soprattutto assicurazione sanitaria); d) interessi di mora. La liquidazione della *back pay*, comunque, può essere limitata dal datore di lavoro provando che il rapporto di lavoro si sarebbe altrimenti legittimamente concluso prima dell'inizio del processo. Ad esempio, potrebbe far valere un licenziamento collettivo frattanto intervenuto nell'unità produttiva cui era addetto il lavoratore (27).

La *front pay* include le somme che il lavoratore avrebbe dovuto percepire dalla data del processo fino alla conclusione effettiva del rapporto di lavoro. Nel caso di contratto a tempo determinato, dunque, essa è composta degli stessi elementi della *back pay* moltiplicati per il periodo residuo del contratto (28). Nei casi di lavoro a tempo indeterminato o permanente, le Corti, solitamente, la liquidano per tutto il tempo in cui è ragionevole ritenere che si sarebbe protratto il rapporto tenendo conto di età, aspettativa di vita, istruzione, esperienza e precedente capacità di guadagno del lavoratore (29).

La somma come sopra determinata è, poi, diminuita secondo la dottrina della *mitigation of damages*, per la quale il danneggiato da illecito civile non ha diritto al risarcimento dei danni che, agendo secondo diligenza, avrebbe potuto attenuare o non soffrire. Ciò consente di detrarre dai *compensatory damages* per *wrongful discharge* l'*aliunde perceptum vel percipiendum* (30).

(24) Mandelbaum 2014. Le *grievance procedure* e l'arbitrato sono tipicamente previste nei contratti collettivi, di cui si dirà nel prosieguo della trattazione.

(25) Estreicher, Lester 2008, 56.

(26) Baratella 2006, 202, nota 3.

(27) Beranbaum 2002, 62-67.

(28) Kerley 2001, 114.

(29) Beranbaum 2002, 68.

(30) Mandelbaum 2014, 9-26.

L'azione di *wrongful discharge* per inadempimento contrattuale non offre tutele ulteriori rispetto al risarcimento del danno patrimoniale nella forma di *compensatory damages*. Al lavoratore non sono, dunque, risarciti i danni non patrimoniali sofferti in conseguenza del licenziamento (31), né i *punitive damages* (32). Non è neppure previsto il reintegro nel posto di lavoro (*reinstatement*) in virtù della regola di *common law* per la quale i contratti con prestazioni strettamente personali non possono essere forzatamente eseguiti in forma specifica (33).

Da ultimo, in tema di rimborso delle spese sostenute per la causa, ivi incluso l'onorario del difensore, si applica la cd. *American rule*, per la quale il lavoratore illegittimamente licenziato non ha diritto di ottenere che dette somme siano accollate al datore di lavoro soccombente, salvo che ciò sia stato specificamente previsto da contratto o *handbook* (34).

3. — *Eccezioni e rimedi extracontrattuali* — Al di fuori dall'ambito contrattuale, il licenziamento può essere illegittimo quando, per le modalità con cui è stato attuato, integra un *employment tort* o, in alternativa, nei casi in cui è espressamente vietato da una apposita fonte di diritto positivo (*statute*).

I primi sono *torts* – singole azioni di danno extracontrattuale tipizzato come da tradizione di *common law* (35) – che, pur previsti nel diritto civile in generale, trovano applicazione anche nel diritto del lavoro (36). La prima di queste è il *wrongful discharge tort*, esercitabile quando il licenziamento sia contrario alla *public policy exception* all'*at-will employment* (37). Questa sanziona con l'illegittimità il licenziamento del lavoratore che si sia rifiutato di compiere un atto vietato o abbia compiuto un atto incentivato da una «*clearly established public policy*»: un principio generale chiaramente individuabile nell'ordinamento giuridico (38). La *public policy exception* è, quindi, essenzialmente una protezione dei lavoratori *whistle-blower* dal licenziamento per rappresaglia, riconosciuto dalla giurisprudenza nei casi in cui non sia stato previsto da legge.

(31) Goldman, Corrada 2011, 118.

(32) Come, invece, accade se il licenziamento è illegittimo per *tort* (*infra*, par. 3).

(33) Summers 1992, 463.

(34) Goldman, Corrada 2011, 118.

(35) Mattei *et al.* 2010, 250-251.

(36) Georgehead *et al.* 2005, 84.

(37) Weisburst 1981, 617.

(38) Winterbauer 1992, 391.

L'ampiezza della tutela accordata dall'eccezione in parola, comunque, è variabile in relazione alla specifica definizione che ne danno le Corti. Alcune, ad esempio, richiedono che la *public policy* abbia fonte nella legge mentre altre considerano rilevanti anche codici deontologici, interessi collettivi e persino l'equità (39). In altri casi il lavoratore è tutelato solo in presenza di un obbligo giuridico di denuncia. In assenza di tale obbligo, infatti, il licenziamento dello stesso sarebbe giustificato dalla violazione del dovere di fedeltà verso il datore di lavoro (40). Da ultimo, alcune Corti applicano l'eccezione in argomento solamente ove la fonte della *public policy* non preveda tutele alternative per il lavoratore (41).

Altri *employment torts* sono i cd. *collateral torts* o *contorts*: azioni volte a ottenere il risarcimento del danno sofferto in conseguenza di un licenziamento, di per sé legittimo, intimato con modalità illegittime. Le stesse sono «collaterali», in quanto esercitabili anche congiuntamente a un'azione di *wrongful discharge* (sia contrattuale che extracontrattuale) (42).

Come nell'ambito *breach of contract*, la sede in cui esercitare un *employment tort* è quella giudiziaria, e il rito può anche essere il *summary judgement* (43). Vi è, comunque, nel *common law* statunitense, una fondamentale differenza tra i due casi. Si tratta della presenza della giuria che ha il compito di determinare sia l'an che il *quantum* del risarcimento del danno (44). Anche in questo caso sono concordabili *grievance procedure* o arbitrati (45).

Al lavoratore illegittimamente licenziato nei casi in esame sono automaticamente riconosciuti i *compensatory damages* patrimoniali liquidati secondo medesime regole di cui sopra (46). Gli spetta, inoltre, il risarcimento dei danni non patrimoniali, se specificamente provati (47). Può essere, infine, disposto il risarcimento *punitive damages*, finalizzato non alla compensazione del danno effettivamente sofferto, ma a punire la provata arbitrarietà o dolosità del datore di lavoro (48). Ciò accade quando il li-

(39) Pennington 1994.

(40) Estreicher, Lester 2008, 61-62.

(41) Gambardella 2004.

(42) Gergen 1996, 1693.

(43) Edwards 2014, 22.

(44) Mattei *et al.* 2010, 252.

(45) Estreicher 1990, 753.

(46) Kornblau 1987, 670.

(47) Si tratterà per lo più di danni di natura psicologica quali lo stress e l'umiliazione, oppure la perdita di reputazione a causa del licenziamento illegittimo. Vd., *amplius*, Cavico 1992, 505.

(48) Collin 1998, 31.

enziamento è disposto infliggendo sofferenze gratuite e non necessarie al lavoratore, aggiungendo ingiurie al danno o esorbitando da quanto necessario per raggiungere lo scopo. In altri casi le Corti ne ordinano il risarcimento a tutela di interessi pubblici o collettivi, come quelli protetti dalla *public policy exception* (49). La liquidazione di questo tipo di danni avviene a opera della giuria popolare, solitamente solidale con il lavoratore, sicché, quando il datore di lavoro è un soggetto economicamente molto solido (cd. «*deep pocket defendant*»), gli importi dei *punitive damages* possono essere molto rilevanti (50).

In tema di riparto delle spese processuali trova anche qui applicazione la *American rule* (51).

Il secondo tipo di azioni di responsabilità extracontrattuale del datore di lavoro sono le *statutory action*, ovvero quelle previste dalle singole fonti legislative che sanzionano con l'illegittimità un dato tipo di licenziamento. Gli *statute* federali e statali (52), infatti, pur non modificando la *at-will employment rule*, impongono molteplici restrizioni alla libertà di licenziamento del lavoratore. In effetti, solamente il Montana ha adottato una legislazione uniforme che impone al datore di lavoro di giustificare il licenziamento provando una *good cause* (53).

In linea generalissima, comunque, i principali interventi legislativi in materia sono rinvenibili in relazione ai licenziamenti discriminatori, per rappresaglia contro il lavoratore *whistleblower*, per motivi sindacali e procedure di licenziamento collettivo (54).

La materia, dunque, è interamente rimessa alla discrezione della fonte di legge. I procedimenti, ad esempio, sono solitamente da svolgersi davan-

(49) Mallor 1985, 494-495.

(50) Sunstein *et al.* 2008.

(51) *Ivi.*

(52) Gli *statute* federali costituiscono il livello minimo di tutela accordato ai lavoratori; le fonti legislative statali regolano in via primaria la materia e, eventualmente, derogano *in melius* al diritto federale.

(53) *Wrongful Discharge Employment Act* (Wdea), July 1, 1987, Mont. Code. Ann., parr. 39-2-901 to 915. La *good cause* richiesta dal Wdea è sia disciplinare che economica.

(54) A livello federale si segnalano soprattutto: il *Title VII* del *Civil Rights*; l'*Age Discrimination in Employment Act* (*Adea*); l'*Americans With Disabilities Act* (*Ada*) in materia di licenziamenti discriminatori; il *National Labor Relation Act* in tema di licenziamenti per motivi sindacali; vari *statute* a tutela dell'ambiente o per la repressione di reati finanziari in tema di licenziamento per rappresaglia del *whistleblower*; e il *Worker Adjustment and Retraining Notification Act* in tema di licenziamenti collettivi.

ti a un'agency, organo della pubblica amministrazione composto da giudici amministrativi e con funzioni quasi-giudiziarie (55).

In tema di rimedi sono generalmente considerati risarcibili sia i *compensatory damages* che i *punitive damages*, con la peculiarità che la loro applicazione è soggetta a presupposti e limiti (*caps*) ben delineati dagli *statute* stessi (56). Alcuni di questi, peraltro, contemplan anche il *reinstatement*, reintegro del lavoratore nel posto di lavoro, come misura alternativa al risarcimento della *front pay*, ma in aggiunta agli altri danni risarcibili (57). È, tuttavia, solitamente concessa la *front pay* in luogo del reintegro quando: a) vi è eccessiva animosità tra le parti, che renderebbe per entrambe insopportabile la prosecuzione dell'attività lavorativa; b) il lavoratore aveva una posizione apicale che richiede il mantenimento di un profondo vincolo fiduciario con il datore di lavoro; c) vi è l'eliminazione della posizione del lavoratore per una valida motivazione imprenditoriale e assenza di una equivalente; d) il reintegro imporrebbe il ricollocamento di altro lavoratore già assunto in sostituzione di quello licenziato; e) probabilità che, nelle more del giudizio, il lavoratore sarebbe stato comunque legittimamente licenziato (58).

Il lavoratore, da ultimo, potrebbe vedersi riconoscere anche il rimborso delle spese processuali in deroga alla *American rule* (59).

4. — *Eccezioni e rimedi da contratto collettivo* — I contratti collettivi di diritto statunitense (*collective bargaining agreement* o Cba) contengono disposizioni volte a disciplinare il licenziamento dei lavoratori a essi soggetti. Per questo motivo, dove vi sia un Cba, la presunzione di *at-will employment* vigente nell'ordinamento statunitense non opera e il lavoratore è licenziabile solo in presenza di *just cause* (60). Ciò non significa, tuttavia,

(55) Bales *et al.* 2013, 257. Ad es., l'illegittimità di un licenziamento discriminatorio, ai sensi del *Title VII* dell'Adea o dell'Ada, deve essere fatto valere davanti alla *Equal Employment Opportunity Commission* (Eeoc), quella di un licenziamento del lavoratore *whistleblower* è solitamente deferita alla *Occupational Safety and Health Administration* (Osha), quella di un licenziamento per motivi sindacali davanti alla *National Labor Relations Board* (Nlrb).

(56) Friedman 2005, 3.10. Ad es., il *Title VII* del *Civil Rights Act* dispone che il risarcimento non possa superare i 50.000 dollari americani se il datore di lavoro occupa meno di 101 dipendenti; i 100.000 dollari se ne impiega meno di 201; ai 200.000 dollari se sono meno di 501; ai 300.000 dollari nei restanti casi.

(57) Johnson 2011.

(58) Janovsky 1984, 598-601.

(59) Beranbaum 2012, 42.

(60) Goldman, Corrada 2011, 380-381.

che nell'ordinamento Usa vi sia una generalizzata tutela del lavoratore dal licenziamento a opera dei Cba. Questi, infatti, hanno una rilevanza molto differente rispetto ai corrispettivi di diritto italiano. In effetti, solamente il 12,3% circa dei rapporti di lavoro è soggetto a un contratto collettivo (61) e gode di detta protezione.

La contrattazione collettiva statunitense, infatti, uniformemente disciplinata a livello federale dal *National Labor Relation Act* (Nlra) (62), è fortemente decentrata e il Cba è stipulato di regola solo a livello di singola unità produttiva (63). Inoltre, il sindacato è unico (*exclusive representative*) e acquisisce la legittimazione a contrattare in base a un *iter* complesso, all'esito del quale potrebbe comunque non esservi un contratto collettivo (64).

In generale, i Cba regolano il licenziamento disciplinare e la riduzione del personale per motivi economici (*lay off* o *reduction in force*). Sotto il primo profilo declinano la nozione di *just cause* e prevedono requisiti formali per l'intimazione del licenziamento (65). Sotto il secondo possono essere previste procedure di esame congiunto, criteri di scelta dei lavoratori (tipicamente la *seniority* aziendale) e anche misure di *work sharing* (66).

In entrambi i casi, i procedimenti azionabili per *breach of collective bargaining agreement* sono esclusivamente quelli previsti da contratto collettivo. Questi, di regola, prevedono in primo luogo l'attivazione di una *grievance procedure*: procedura di composizione conciliata della controversia. Essa è tipicamente strutturata in più fasi, partecipate dai vari livelli delle rappresentanze sindacali e della dirigenza aziendale, ciascuna con la possibilità di una transazione novativa sulla vertenza (67).

(61) Bureau of Labor Statistics, *Union Data 2015*, 28.1.2016, in <http://www.bls.gov>, consultato il 19.9.2016.

(62) *National Labor Relations Act*, July 5, 1935, Pub. L. 74-198, 49 Stat. 452, 29 Uscs, parr. 151-169.

(63) Katz 1993, 3.

(64) Aaron 1982, 1252-1253. Il sindacato può acquisire lo *status* di *exclusive representative* presentando le deleghe della maggioranza assoluta dei lavoratori (*card check recognition*) oppure ottenendo la certificazione dalla *National Labor Relations Board* (Nlrb), a seguito una elezione a scrutinio segreto da questa indetta e amministrata. In sede di elezione i lavoratori possono anche indicare «nessuno» come propria preferenza, cosicché se tale opzione risulta maggioritaria non ci sarà contratto collettivo.

(65) Goldman, Corrada 2011, 381.

(66) Il *work sharing*, nel senso qui utilizzato, è sostanzialmente coincidente con la nozione di contratto di solidarietà difensivo presente nell'ordinamento italiano.

(67) Holley Jr. *et al.* 2011, 438-440.

In caso di fallimento della procedura di conciliazione, i Cba prevedono il ricorso all'arbitrato come mezzo di soluzione contenzioso della controversia (68). Questo, disciplinato dal *Federal Arbitration Act* (69), si svolge secondo le modalità – tipicamente rapide e informali – previste dal contratto collettivo. In genere, peraltro, esso prevede che gli arbitri siano scelti *ad hoc* a ogni nuova controversia nelle liste predisposte dal *Federal Mediation and Conciliation Service* (Fmcs) o dalla *American Arbitration Association* (Aaa) (70).

In materia, la dottrina (71) spesso parla di *judicial deference to labor arbitration*: deferenza dei giudici nei confronti delle decisioni degli arbitri delle relazioni industriali. Questa, frutto di una solida produzione giurisprudenziale (72), si fonda su due pilastri. In primo luogo, in presenza di clausola arbitrale contenuta nel Cba, il lavoratore illegittimamente licenziato non può azionare procedimenti diversi dall'arbitrato fino all'esaurimento dello stesso. Il datore di lavoro, infatti, può ottenere l'esecuzione in forma specifica della clausola arbitrale stessa. Addirittura, la giurisprudenza ha riconosciuto esistente nel *common law* una *arbitrability presumption*: una presunzione di deferibilità ad arbitrato di tutte le controversie insorgenti dall'applicazione di un Cba (73). Ciò vale anche nel caso in cui il licenziamento sia illegittimo per motivi estranei al contratto collettivo e a condizione che lo stesso si esprima in modo chiaro e inequivoco (74).

In secondo luogo, la *judicial deference* in parola si fonda sulla limitata possibilità di impugnazione del lodo arbitrale, consentita solamente nei casi di dolo o violenza, imparzialità o corruzione dell'arbitro, gravi scorrettezze ed eccesso di potere dello stesso, o contrarietà a norme imperative (75).

(68) Malin 1990, 556.

(69) *Federal Arbitration Act*, February 12, 1925, Pub. L. 68-401, 43 Stat. 883, 9 Uscs, parr. 1 *et seq.*

(70) Il Fmcs è un organo amministrativo federale. L'Aaa è, al contrario, un'associazione privata che fornisce servizi di arbitrato.

(71) Durkin 1985, 981.

(72) Ci si riferisce soprattutto alla «*Steelworkers Trilogy*», tre sentenze gemelle del 1960: *United Steelworkers of America v. American Manufacturing Co.*, 363 U.S. 564 (1960); *United Steelworkers of America v. Warrior & Gulf Navigation Co.*, 363 U.S. 574 (1960); *United Steelworkers of America v. Enterprise Wheel & Car Corp.*, 363 U.S. 593 (1960).

(73) Stone 1999, 47.

(74) *Wright v. Universal Maritime Service Corp.*, 525 U.S. 70 (1998).

(75) Berger 1992, 266.

I rimedi che può ottenere il lavoratore che sia riconosciuto illegittimamente licenziato dagli arbitri sono sia risarcitori per equivalente pecuniario, sia in forma specifica (76). Gli spettano, dunque, i *compensatory damages* patrimoniali, in automatico, e quelli non patrimoniali, se provati (77). I *punitive damages* possono essere liquidati dall'arbitro quando previsti da Cba esplicitamente, ma anche implicitamente mediante rinvio alle regole di procedura della Aaa (78).

Può inoltre essere ordinato il reintegro del lavoratore quando è possibile, col suo consenso e, comunque, sempre in alternativa alla componente di *front pay* dei *compensatory damages* (79). Il *reinstatement*, tuttavia, è uno strumento piuttosto flessibile in quanto, a discrezione dell'arbitro, può essere assoggettato a determinate condizioni imposte al lavoratore (80).

In tema di riparto delle spese per l'arbitrato, incluso il compenso dell'arbitro, queste sono di norma compensate tra le parti, salvo il Cba non preveda diversamente (81).

5. — *Considerazioni comparatistiche* — Vista la profonda diversità di impostazione tra ordinamento italiano e statunitense in materia di licenziamento, l'analisi comparatistica può essere svolta solo suddividendola in tre partizioni: cause di licenziamento, procedimenti azionabili in caso di licenziamento illegittimo e rimedi ottenibili dal lavoratore.

Per quanto riguarda le cause di licenziamento, gli approcci dei due ordinamenti sono radicalmente opposti. Da un lato, infatti, il diritto del lavoro italiano impone che sia il datore di lavoro a provare la sussistenza di motivi di legittimità del licenziamento del lavoratore subordinato non in prova: giusta causa e giustificato motivo, nel caso di rapporto a tempo indeterminato; giusta causa nel caso di tempo determinato. Dall'altro, nell'ordinamento Usa, la prova di un motivo di legittimità del licenziamento

(76) Coleman, Coleman 1995, 71.

(77) Feldacker, Hayes 2014, 529.

(78) Ware 1994, 536-539.

(79) Goldman, Corrada 2011, 119.

(80) Ad es., nella sentenza *Eastern Associated Coal Corporation v. United Mine Workers of America, District 17*, 531 U.S. 57 (2000), la Corte Suprema Usa ha ritenuto legittimo il lodo che ordina il reintegro del lavoratore licenziato a causa della sua tossicodipendenza a condizione che egli si sottoponga a disintossicazione e si accolli le spese dell'arbitrato.

(81) Getman 1979, 920.

(*just cause*) grava sul datore di lavoro solamente nei casi di lavoro a termine, di applicabilità di contratto collettivo o nei rapporti soggetti al Wdea del Montana. In tutte le altre ipotesi, è il lavoratore licenziato a dover provare la sussistenza di un motivo illegittimo di licenziamento, con la sola eccezione del licenziamento discriminatorio.

La disciplina statunitense sulle cause di recesso unilaterale dal contratto di lavoro è, quindi, più simile a quella dettata in Italia per il contratto di agenzia, anziché a quella del lavoro subordinato. Agente e preponente, infatti, possono entrambi liberamente recedere dal contratto stipulato a tempo indeterminato per effetto dell'art. 1750, comma 2, c.c. Parimenti, *employment contract* a tempo determinato e contratto di agenzia a termine sono entrambi risolvibili solamente in presenza di una causa giustificatrice: per il primo «*just cause*»; per il secondo «giusta causa».

Per quanto riguarda i procedimenti azionabili dal lavoratore illegittimamente licenziato, i due ordinamenti sono in corso di avvicinamento. Sia in Italia (dopo le ultime riforme) che negli Usa, infatti, il ricorso a procedimento giurisdizionale è, nei fatti, solo residuale. In questo contesto si segnala, oltretutto, il *favor* del legislatore italiano per i mezzi di soluzione conciliata delle controversie di lavoro. Lampante è, in tal senso, l'introduzione dell'offerta di conciliazione di cui all'art. 6, d.lgs. 4 marzo 2015, n. 23. Questa, infatti, seppure non obbligatoria né esclusiva rispetto ad altre forme di conciliazione, è fortemente incentivata mediante la sottrazione da contribuzione e tassazione dell'indennità di transazione sulle vertenze insorgenti in caso di licenziamento.

Si possono, da ultimo, notare le analogie tra la conciliazione in sede sindacale e le *grievance procedure* previste dai Cba, nonché tra la conciliazione monocratica davanti alla Commissione di conciliazione dell'Ispettorato territoriale del lavoro (82) e il procedimento amministrativo quasi-giudiziale della *Equal Employment Opportunity Commission*.

Per quanto concerne, infine, i rimedi ottenibili dal lavoratore illegittimamente licenziato in Italia e negli Stati Uniti, possono essere fatte le seguenti osservazioni. La legislazione statunitense, si è visto, prevede regimi di tutela fortemente variabili in dipendenza della diversa causa di illegittimità del licenziamento. Parimenti, la legislazione italiana, per effetto delle riforme degli ultimi cinque anni, è passata da un sistema di tutele per il lavoratore licenziato che distingueva solamente tra dipendenti di datori di lavoro di diversa dimensione occupazionale, a un sistema che tiene conto anche della

(82) Art. 1, d.lgs. 23 aprile 2004, n. 124.

diversa gravità del motivo di illegittimità del licenziamento (83). L'ordinamento Usa, tuttavia, presenta ancor oggi differenze molto rilevanti.

In primo luogo ciò dipende dalla frammentarietà del quadro normativo in generale. I rimedi al *wrongful discharge*, in effetti, cambiano non solo a seconda del datore di lavoro che intima il licenziamento (potrebbe aver stipulato un Cba, o esser soggetto a uno *statute* o meno), ma anche del diritto statale applicabile al rapporto. A ciò si aggiungono la presenza di diverse azioni esperibili e la differente sede in cui devono essere esercitate. Quest'ultimo aspetto in particolare, peraltro, sembra tracciare un regime di tutele che si rafforza quanto più il lavoratore abdica a una serie di tutele procedurali. L'azione per *breach of contract*, solitamente esercitata in giudizio, consente, infatti, al lavoratore di ottenere il solo risarcimento dei *compensatory damages* patrimoniali. Quella di *tort*, parimenti tipicamente esperibile in un procedimento giudiziario, aggiunge i *compensatory damages* non patrimoniali e, talvolta, i *punitive damages*. I rimedi più completi, comunque, sono disponibili di solito nella sede arbitrale o amministrativa, nei casi di azioni previste da *statute* o per *breach of collective bargaining agreement*. In questi casi, infatti, il lavoratore illegittimamente licenziato può in astratto ottenere non solo il risarcimento del danno effettivamente sofferto e dei *punitive damages*, a anche il *reinstatement* e il rimborso delle spese processuali.

In secondo luogo, gli stessi singoli rimedi previsti dai due ordinamenti sono solamente accostabili e non invece sovrapponibili. I *compensatory damages* nella forma di *back e front pay*, infatti, hanno natura intimamente risarcitoria essendo commisurati al danno sofferto dal lavoratore in conseguenza del licenziamento. Le indennità onnicomprensive di cui alla l. 18 luglio 2012, n. 92, e al d.lgs. 4 marzo 2015, n. 23, invece, sono indennizzi la cui entità è fissata per legge, almeno nella misura minima e massima. I *punitive damages*, ovviamente, sono del tutto assenti nel sistema italiano, dal momento che sono tipici di quelli di *common law*. Il *reinstatement*, inoltre, sarebbe identico al reintegro sul luogo di lavoro di cui all'art. 18, l. 20 maggio 1970, n. 300, solamente se l'autorità che lo dispone non avesse la facoltà di sottoporlo a condizioni anche molto gravose per il lavoratore.

(83) Ci si riferisce, evidentemente, alla riforma Fornero, l. 28 giugno 2012, n. 92, che ha ristretto il reintegro del lavoratore al caso di assoluta insussistenza di giusta causa o giustificato motivo soggettivo od oggettivo, e, a maggior ragione, al d.lgs. 4 marzo 2015, n. 23, che consente la tutela reale nei soli casi di licenziamenti discriminatori o disciplinari con un motivo totalmente insussistente, oltre che in caso di licenziamento orale.

La complessa disciplina sin qui delineata permette di affermare che, nonostante l'enunciato dell'*at-will employment rule*, il licenziamento nell'ordinamento statunitense sia tutt'altro che libero. In effetti, autorevole dottrina Usa (84) arriva a sostenere che il diritto del licenziamento statunitense, ancorché normato in modo radicalmente opposto rispetto agli altri ordinamenti occidentali, offre ai lavoratori protezioni non solo adeguate, ma anche spesso comparativamente superiori rispetto a quest'ultimi.

Detta opinione si fonda, in sintesi, su due argomenti principali. In base al primo di questi, il rapporto di lavoro negli Stati Uniti, pur essendo formalmente *at-will*, è, nei fatti, terminabile unilateralmente dal datore di lavoro solamente in presenza di una *cause*, per effetto della crescita esponenziale del numero di eccezioni presenti nell'ordinamento.

La seconda argomentazione, invece, considera i rimedi ottenibili dal lavoratore in caso di illegittimità del licenziamento. La natura di risarcimento – anziché di indennizzo – dei *compensatory damages*, accostata all'istituto dei *punitive damages*, determinerebbe una migliore tutela del lavoratore illegittimamente licenziato negli Stati Uniti, rispetto a quella degli altri paesi occidentali.

Le conclusioni cui giunge questa autorevole dottrina sembrano essere, almeno in parte, condivisibili. Il sistema normativo del licenziamento degli Stati Uniti è, infatti, tutt'altro che blandamente protettivo per i lavoratori come potrebbe apparire dalla semplice enunciazione dell'*at-will employment rule* e delle sue eccezioni. Al contempo, tuttavia, si riscontrano almeno tre evidenti criticità.

In primo luogo, l'ordinamento statunitense manca l'obiettivo di garantire uniformità di tutela a tutti i lavoratori. Ciò è vero, innanzitutto, sotto un profilo soggettivo. Vi è, ad esempio, un'enorme differenza di protezione tra i pochi lavoratori soggetti a un contratto collettivo e la maggioranza di lavoratori che, invece, non lo sono. Inoltre, la forma di Stato federale determina forti discriminazioni tra lavoratori su base territoriale. Sotto questo profilo, gli Stati Uniti nel loro complesso non assicurano ai lavoratori illegittimamente licenziati tutele adeguate o migliori rispetto a quanto accade in Italia.

In secondo luogo, la dottrina in parola non sembra dare il giusto rilievo a un aspetto essenziale dell'*at-will rule*: essa è una presunzione. Ciò significa che, anche se l'ordinamento Usa conta numerosissime eccezioni a

(84) Estreicher, Hirsch 2014, 343. Gli Autori, con la collaborazione di studiosi europei e non, svolgono una comparazione della disciplina del licenziamento tra Stati Uniti e undici paesi occidentali, Italia inclusa.

tale regola, la sussistenza delle stesse deve essere specificamente provata dal lavoratore. Al contrario, in Italia, è il datore di lavoro che ha l'onere di provare la legittimità del licenziamento. In un'ottica pratica, detta circostanza pare da sola sufficiente ad affermare che il sistema più protettivo per i lavoratori è quello italiano.

Da ultimo, la disciplina statunitense del licenziamento sembra determinare notevole incertezza del diritto in materia. Certamente, ciò avviene per il lavoratore: soggetto debole del rapporto. Egli, infatti, è difficilmente in grado di conoscere concretamente quali siano tutte le cause di illegittimità del licenziamento, le azioni per farlo valere, le sedi appropriate ove esperire le stesse, nonché i singoli rimedi concretamente ottenibili. Ciò è vero – e sicuramente cagiona non pochi problemi quanto alla concreta possibilità di ottenere tutela – a maggior ragione in un contesto in cui il sindacato, come è noto, è spesso assente nel settore privato, con le conseguenze che è facile immaginare sia in chiave di concreta possibilità di promuovere un contenzioso, sia in relazione all'effettiva azionabilità degli strumenti previsti a garanzia del lavoratore licenziato.

Riferimenti bibliografici

- Aaron B. (1982), *Labor relations law in the United States from a comparative perspective*, in *Washington and Lee Law Review*, vol. 39, n. 4, 1247 ss.
- Bales R.A. et al. (2013), *Understanding employment law*, II ed., LexisNexis, Dayton.
- Ballam D.A. (1995), *The Development of the Employment At Will Rule Revisited: A Challenge to its Origins as Based in the Development of Advanced Capitalism*, in *Hofstra Labor and Employment Law Journal*, vol. 13, n. 1, 75 ss.
- Baratella M.G. (2006), *Le pene private*, Giuffrè, Milano.
- Befort S.F. (2002), *Labor and employment law at the millennium: A historical review and critical assessment*, in *Boston College Law Review*, vol. 43, n. 2, 351 ss.
- Beranbaum J.A. (2002), *Economic damages in an employment case: Calculations and assumptions*, in *Employee Rights Quarterly*, vol. 8, n. 2, 62 ss.
- Beranbaum J.A. (2012), *Attorney fees: The death of arbor hill*, in *New York State Bar Journal*, February 2012, 42 ss.
- Berger M. (1992), *Judicial review of labor arbitration awards: Practices, policies and sanctions*, in *Hofstra Labor and Employment Law Journal*, vol. 10, n. 1, 245 ss.
- Blackstone W. (1765-1769), *Commentaries on the laws of England*, in <http://avalon.law.yale.edu>, consultato il 24.8.2016.
- Cavico F.J. (1992), *Employment at will and public policy*, in *Akron Law Review*, vol. 25, n. 3, 497 ss.
- Coleman C.J., Coleman G.C. (1995), *Toward a new paradigm of labor arbitration*, in *Hofstra Labor Law Journal*, 1995, vol. 13, n. 1, 1 ss.

- Collin T.J. (1998), *Punitive damages and business tort*, Aba Publishing, Chicago.
- Durkin D.L. (1985), *Employment at-will in the unionized setting*, in *Catholic University Law Review*, vol. 34, n. 4, 979 ss.
- Edwards J.S. (2014), *Tort law*, Cengage Learning, Mason.
- Estreicher S. (1990), *Arbitration of employment disputes without unions*, in *Chicago-Kent Law Review*, vol. 66, n. 3, 753 ss.
- Estreicher S., Hirsch J.M. (2014), *Comparative wrongful dismissal law: Reassessing American exceptionalism*, in *North Carolina Law Review*, vol. 93, n. 2, 343 ss.
- Estreicher S., Lester G. (2008), *Employment law*, Tomson/Foundation Press, New York.
- Feinman J.M. (1976), *The development of the employment at will rule*, in *The American Journal of Legal History*, vol. 20, n. 2, 118 ss.
- Feldacker B.S., Hayes M.J. (2014), *Labor guide to labor law*, V ed., Cornell University Press, Ithaca.
- Friedman A.H. (2005), *Litigating employment discrimination cases*, James Publishing, Costa Mesa.
- Gambardella M.A. (2004), *Employment litigation*, II ed., Law Journal Press, New York.
- Georgehead A.E. et al. (2005), *Business tort litigation*, Aba Publishing, Chicago.
- Gergen M.P. (1996), *Grudging defense of the role of the collateral torts in wrongful termination litigation*, in *Texas Law Review*, vol. 74, n. 7, 1693 ss.
- Getman J.G. (1979), *Labor arbitration and dispute resolution*, in *Yale Law Journal*, vol. 88, n. 5, 916 ss.
- Goldman A.L., Corrada R.L. (2011), *Labor law in the Usa*, Wolters Kluwer, Alphen aan den Rijn.
- Holley Jr. W.H. et al. (2011), *The labor relations process*, X ed., Cengage Learning, Mason.
- Jacoby S.M. (1982), *The duration of indefinite employment contracts in the United States and England*, in *Comparative Labor Law & Policy Journal*, vol. 5, n. 1, 85 ss.
- Janovsky P. (1984), *Front pay: A necessary alternative to reinstatement under the Age Discrimination in Employment Act*, in *Fordham Law Review*, vol. 53, n. 3, 579 ss.
- Johnson B.L. (2011), *Types of damages available in employment cases*, in www.americanbar.org, consultato il 5.11.2016.
- Katz H.C. (1993), *The decentralization of collective bargaining: A literature review and comparative analysis*, in *Industrial and Labor Relations Review*, vol. 47, n. 1, 3 ss.
- Kerley P. (2001), *Employment law for paralegals*, Cengage Learning, Mason.
- Kornblau D.L. (1987), *Common law remedies for wrongfully discharged employees*, in *Berkeley Journal of Employment & Labor Law*, vol. 9, n. 4, 660 ss.
- Lewin D. (1990), *Grievance procedures in nonunion workplaces: An empirical analysis of usage, dynamics, and outcomes*, in *Chicago-Kent Law Review*, vol. 66, n. 3, 823 ss.
- Lillard M.C. (1992), *Fifty jurisdictions in search of a standard: The covenant of good faith and fair dealing in the employment context*, in *Missouri Law Review*, vol. 57, n. 4, 1233 ss.

- Malin M.H. (1990), *Labor arbitration thirty years after the Steelworkers Trilogy*, in *Chicago-Kent Law Review*, vol. 66, n. 3, 551 ss.
- Mallor J.P. (1985), *Punitive damages for wrongful discharge of at will employees*, in *William & Mary Law Review*, vol. 26, n. 3, 449 ss.
- Mandelbaum M.D. (2014), *Wrongful employment termination practice*, II ed., Ceb, Oakland.
- Mattei U. et al. (2010), *Il modello di common law*, III ed., Giappichelli, Torino.
- Muhl C.J. (2001), *The employment-at-will doctrine: Three major exceptions*, in *Monthly Labor Review*, vol. 124, n. 1, 3 ss.
- Partee P.S. (1991), *Reversing the Presumption of Employment At-Will*, in *Vanderbilt Law Review*, vol. 44, n. 3, 689 ss.
- Pennington C.L. (1994), *The public policy exception to the employment-at-will doctrine: Its inconsistencies in application*, in *Tulane Law Review*, vol. 68, n. 6, 1583 ss.
- Stone K.V.W. (1999), *Employment arbitration under the federal arbitration Act*, in Eaton A.E., Keefe J.H. (a cura di), *Employment dispute resolution and worker rights in the changing workplace*, Cornell University Press, Ithaca.
- Summers C.W. (1992), *Effective remedies for employment rights: Preliminary guidelines and proposals*, in *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 141, n. 2, 457 ss.
- Summers C.W. (2000), *Employment at Will in the United States: The Divine Right of Employers in University of Pennsylvania Journal of Business Law*, vol. 3, n. 1, 65 ss.
- Sunstein C.R. et al. (2008), *Punitive damages: How juries decide*, University of Chicago Press, Chicago.
- Verkerke J.H. (1998), voce *Employment contract law*, in *New Law and Economics Dictionary*, Palgrave, London, trad. it. *Un approccio di law and economics alla questione della libertà di licenziamento negli Stati Uniti*, in *RIDL*, I, 293 ss.
- Ware S.J. (1994), *Punitive damages in arbitration: contracting out of government's role in punishment and federal preemption of State law*, in *Fordham Law Review*, vol. 63, n. 2, 529 ss.
- Weisburst M. (1981), *Guidelines for a public policy exception to the employment at will rule: The wrongful discharge tort*, in *Connecticut Law Review*, vol. 13 n. 1, 617 ss.
- Winterbauer S.H. (1992), *Wrongful discharge in violation of public policy: A brief overview of an evolving claim*, in *Berkeley Journal of Employment & Labor Law*, vol. 13, n. 2, 386 ss.
- Winters R.H. (1985), *Employee handbooks and at-will employment contracts*, in *Duke Law Journal*, vol. 34, n. 1, 196 ss.
- Woods H.G. (1877), *A Treatise on the Law of Master and Servant*, in <https://babel.hathitrust.org>, consultato il 24.8.2016.

ABSTRACT

La disciplina statunitense del licenziamento rappresenta un unicum negli ordinamenti occidentali. Questi, infatti, richiedono che il licenziamento sia giustificato dal datore di lavoro e che al lavoratore sia dato un congruo preavviso. All'opposto, la regola uniforme nel common law Usa è quella dell'at-will employment, in virtù della quale il lavoratore può essere licenziato senza alcun motivo o preavviso. A partire dagli anni cinquanta del secolo scorso, tuttavia, l'ambito di applicazione della stessa è stato notevolmente eroso dall'introduzione, nell'ordinamento giuslavoristico americano, di singole eccezioni alla stessa. Nel presente saggio si tracciano, quindi, gli attuali confini della disciplina del licenziamento negli Stati Uniti. Se ne discute, inoltre, l'efficacia concreta in rapporto alla vigente disciplina italiana.

THE TERMINATION OF THE EMPLOYEE IN THE UNITED STATES

The regulation of the employee termination in the U.S. is unique among Western legal systems. These commonly provide that the employer can unilaterally terminate the employment relationship only for just cause. In contrast, the uniform rule in the United States is the «at-will employment», which allows employers to end the employment contract without cause or notice. Since the 1950s, however, many exceptions have reduced its scope. This essay, therefore, presents the regulatory framework of the termination of the employee in the United States. It compares, moreover, its effectiveness in comparison with the Italian law.

LA CASSAZIONE SUL REFERENDUM *VOUCHER*

1. — La Corte di Cassazione ha depositato il 29 novembre 2017 l'ordinanza che ha rigettato l'istanza con la quale i promotori della richiesta di referendum abrogativo in tema di *voucher* avevano chiesto di riesaminare la precedente ordinanza preclusiva del referendum.

I passaggi salienti dell'ordinanza possono ridursi a tre, che qui si riportano testualmente:

«L'ordinanza di cessazione delle operazioni referendarie può validamente essere oggetto di revoca, previa effettuazione del confronto tra la disciplina oggetto della richiesta referendaria e quella sopravvenuta [...] in virtù di una interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 39, l. n. 352 del 1970».

«È ineludibile il potere-dovere di riattivare il procedimento referendario già dichiarato chiuso, allorché, il legislatore, anziché provvedere all'introduzione di una disciplina sostitutiva operi attraverso la scissione dell'intervento in due fasi: una prima, consistente nell'abrogazione *tout court* delle disposizioni oggetto dell'iniziativa referendaria, idonea a determinare la cessazione delle relative operazioni (come avvenuto nella specie); e una seconda – ravvicinata nel tempo – costituita dall'introduzione di una nuova disciplina della stessa materia [...].

In relazione a una vicenda come quella in esame [...] il duplice intervento legislativo si è verificato in tempi particolarmente ravvicinati, e quindi con caratteristiche chiaramente sintomatiche, sul piano oggettivo, di un uso strumentale della funzione legislativa, idoneo a frustrare l'esercizio diretto della sovranità popolare, in violazione sostanziale dell'art. 75 Cost.».

«La nuova regolamentazione di cui all'art. 54-*bis*, in disarmonia con la precedente, persegue una accentuazione delle limitazioni, non solo quantitative ma anche qualitative, una agevolazione della tracciabilità attraverso la gestione informatica unitaria da parte dell'Inps, un aumento delle tutele per il prestatore sia sul fronte retributivo che delle modalità del rapporto, un irrigidimento del profilo sanzionatorio. Il passaggio dalla disciplina del cd. lavoro accessorio a quella del cd. lavoro occasionale non appare meramente terminologico ma di contenuto».

2. — Le prime due proposizioni sono assai importanti dal punto di vista istituzionale perché sottopongono al vaglio successivo della Corte di Cassazione le possibili «furbate» del legislatore.

Con esse la Corte esalta il valore democratico intrinseco nell'istituto referendario,

aggiungendo un ulteriore tassello al sistema di verifiche di un corretto comportamento istituzionale del legislatore.

L'accoglimento delle richieste sul punto effettuate dalla Cgil nella sua istanza di riesame dà pertanto ragione alla Confederazione nella sua pretesa di massima valorizzazione del principio di democrazia diretta garantito dalla Costituzione.

L'importanza di questi aspetti merita un'apposita trattazione che verrà effettuata con separata nota di commento.

In questa sede ci si concentrerà, invece, sugli aspetti giuslavoristici di maggior rilievo, anche in ragione della loro immediata incidenza sulle possibili azioni del sindacato.

La terza proposizione, nel respingere l'istanza, valorizza l'impianto formalmente diverso della nuova legge, ma in realtà sottovaluta l'elevatissimo rischio di ineffettività, data la mancanza di effettive sanzioni contro gli abusi e il possibile *turnover* dei voucheristi, come invece sottolineato dai promotori nella loro istanza.

3. — Nell'istanza, infatti, si era evidenziata la «riconducibilità» – e anzi la stretta continuità di sostanza – della più recente disciplina a quella precedente, poiché quella contenuta nell'art. 54-*bis* della legge n. 96/2017 può concernere l'acquisizione di qualunque tipo di prestazione di lavoro da parte di qualunque soggetto privato, anche imprenditore o professionista; in relazione, poi, ai lavoratori che possono accedere al contratto di prestazione occasionale, sono ammessi indistintamente tutti i lavoratori.

Oltre a questo, si era segnalato come le imprese possano approvvigionarsi quanto vogliono di lavoro «occasionale»: pur in presenza di un limite formale di 5.000 euro annui «per ciascun utilizzatore, con riferimento alla totalità dei prestatori» (c. 1, lett. *b*), a esso non corrisponde nella legge nessun tipo di sanzione; e che, sulla considerazione appena effettuata, non incide la presenza di una sanzione «forte» relativa al superamento del limite economico in relazione al singolo prestatore (la trasformazione del rapporto a tempo pieno e indeterminato: c. 1, lett. *c*, e c. 20), che evidentemente nulla ha a che vedere con l'abuso di utilizzo di lavoro occasionale implicato dal superamento del limite annuo dei 5000 euro.

D'altro canto, gli istanti avevano segnalato come non ci si possa nemmeno nascondere, con riferimento alla predetta sanzione «forte», che gli utilizzatori, con un attento *turnover*, possono di fatto – e salvo ingenui errori gestionali – evitare di incorrere in essa, pur ricorrendo a una quantità dilatata di prestazioni di lavoro occasionale. Insomma, l'ipotesi in cui il lavoratore agisca in giudizio nei confronti del proprio utilizzatore riuscendo a provare di aver superato i suddetti limiti di orario e di reddito è quasi di scuola. La sanzione della trasformazione del rapporto non troverà inoltre mai applicazione nella normale (e ben più realistica) ipotesi in cui è contestabile l'utilizzo irregolare del lavoratore occasionale: ovvero nel caso in cui un ispettore del lavoro accerti semplicemente che l'attività si sta svolgendo al di fuori dell'orario comunicato dall'utilizzatore, data l'assenza di controlli.

Infine, nell'istanza si era sottolineato come la disposizione che consente agli utilizzatori di revocare, nei tre giorni successivi a quello in cui avrebbe dovuto essere effettuata la prestazione, la dichiarazione trasmessa all'Inps di attivazione di un contratto di prestazione occasionale (art. 54-*bis*, c. 18) favorisce, in piena evidenza, comportamenti evasivi da parte del committente che, dopo aver beneficiato della prestazione e

in assenza di ispezioni *in loco*, si trova nella condizione di poter comunicare il mancato svolgimento e concludere in nero la transazione.

Queste osservazioni dei promotori, tendenti a sottolineare la sostanziale continuità tra vecchia e nuova disciplina – in ragione degli enormi spazi di utilizzo del lavoro occasionale che di fatto sono ancora lasciati da quest’ultima agli utilizzatori – e quindi la sussistenza delle condizioni per la riapertura del referendum, non sono state accolte dalla Corte. Essa ha infatti ritenuto che il «nuovo» istituto si differenzia dal precedente oltre che per i predetti *limiti quantitativi* (di cui al comma 1), per la previsione di vari *limiti qualitativi*, tra cui il fatto che esso concerne lavori di tipo effettivamente occasionale da un punto di vista qualitativo, dato che, da un lato, vengono tassativamente tipizzate le prestazioni (appunto) occasionali consentite in favore delle famiglie e alle amministrazioni, e, dall’altro, con riferimento a imprese e professionisti, si stabilisce esplicitamente che deve trattarsi di «prestazioni di lavoro occasionali o saltuarie di ridotta entità».

Le conclusioni della Corte di Cassazione sono state, dunque, per un rigetto dell’istanza nel merito, perché «l’intervento normativo sopravvenuto ha intaccato in modo sostanziale la “deriva” liberalizzatrice che l’istituto aveva finito per assumere recuperando il requisito della “occasionalità” dell’esigenza lavorativa [...] finalizzato alla disciplina delle prestazioni lavorative svolte in minima entità e in contesti marginali, e non alternativo ad altre forme contrattuali».

In particolare, la Corte ha affermato primariamente che il «criterio quantitativo già ridimensionato nella misura, si è arricchito del limite per ciascun utilizzatore in riferimento alla totalità dei prestatori, che consentirà di evitare il *turnover* abusivo a questa forma contrattuale (per il cui mancato rispetto – di cui si lamenta nell’istanza l’assenza di previsioni sanzionatorie – sarà evidentemente la giurisprudenza a ricercare e individuare le applicabili conseguenze pregiudizievoli).

A esso sono stati aggiunti [...] particolari limiti qualitativi, sia con riferimento a condizioni del lavoratore, quali il divieto di prestazioni occasionali per i lavoratori che siano già dipendenti o con rapporto di collaborazione coordinata e continuativa o lo siano stati nei sei mesi antecedenti, sia con riferimento ai divieti di cui al comma 14, tra cui primeggia il divieto per gli imprenditori con più di cinque dipendenti».

La Corte ha poi rilevato che «il regime sanzionatorio ha introdotto per la prima volta la previsione che, in caso di superamento dei limiti fissati tra singolo prestatore e singolo utilizzatore, il rapporto di lavoro si trasforma in rapporto a tempo pieno e indeterminato: previsione di non poco momento in quanto, in caso di uso fraudolento dei *voucher* per occultare una diversa tipologia contrattuale, potrà essere invocata in sede giudiziaria previo accertamento di fatto, mediante prova per testimoni e presunzioni, analogamente a quanto avviene in caso di rapporti a nero, con il vantaggio che non sarà necessario provare l’esistenza del rapporto, ma solo le effettive modalità di svolgimento dello stesso con superamento del monte retributivo o del monte orario».

Infine, la Corte ha sottolineato che «il passaggio dalla disciplina del cd. lavoro accessorio a quella del cd. lavoro occasionale non appare meramente terminologico, ma di contenuto. L’apparente definizione dell’occasionalità contenuta nel comma 1, con esclusivo riferimento a limiti quantitativi (come avveniva al comma 1 dell’art. 48, d.lgs. n. 81/2015), è significativamente integrata, per il lavoro con Libretto di famiglia (di seguito LF), dalla circoscrizione dell’utilizzo dell’istituto a prestazioni lavorative

specificamente individuate e, per il contratto di prestazione occasionale (Cpo), oltre alle particolari restrizioni riferite al lavoro presso le pubbliche amministrazioni, dalla generale qualificazione dello stesso, al comma 13, come avente a oggetto “prestazioni di lavoro occasionali o saltuarie di ridotta entità”: indicazione qualitativa non puramente teorica, ma anche qui concretamente condizionante, attraverso la possibile verifica in sede contenziosa, il corretto utilizzo dell’istituto».

Ciò precisato, la Corte giunge a sostenere, come già riportato, che «la nuova regolamentazione di cui all’art. 54-*bis*, in disarmonia con la precedente, persegue una accentuazione delle limitazioni, non solo quantitative, ma anche qualitative, una agevolazione della tracciabilità attraverso la gestione informatica unitaria da parte dell’Inps, un aumento delle tutele per il prestatore sia sul fronte retributivo che delle modalità del rapporto, un irrigidimento del profilo sanzionatorio». Di qui il rigetto dell’istanza.

Nel pieno rispetto di quanto deciso dalla Suprema Corte riguardo al merito della nuova disciplina contenuta nell’art. 54-*bis*, vale la pena osservare come l’ordinanza, pur apprezzabile per la sua analisi approfondita dei vari aspetti della nuova regolazione del lavoro occasionale, pecchi forse di eccessivo formalismo (e ottimismo...) nella valutazione della effettiva capacità dei nuovi limiti quantitativi e qualitativi, nonché del nuovo apparato sanzionatorio, di fungere da elementi dissuasivi di un utilizzo «abusivo» del nuovo istituto da parte dei potenziali utilizzatori. Questi ultimi, infatti, potrebbero probabilmente essere dissuasi, al limite, più che sul piano giuridico (cioè dalla presenza di queste regole), su quello economico/burocratico (cioè da una certa complessità burocratica del ricorso alla piattaforma Inps, che è sicuramente uno dei principali fattori che, al momento, ha contribuito alla riduzione di utilizzo dei *voucher* da parte delle imprese). Ovvero, e questo è forse l’aspetto più di rilievo per quanto riguarda la Cgil, dalla capacità del sindacato di vigilare e di sostenere i lavoratori nell’utilizzo degli spazi giudiziari che, quantunque di complessa gestione, vengono comunque aperti dall’ordinanza della Corte.

A quest’ultimo riguardo si deve infatti sottolineare come l’ordinanza della Corte evidenzia che – a parte gli specifici aspetti *esplicitamente* sottoposti dal legislatore a una verifica giudiziaria finalizzata a sanzionare il rispetto delle norme da parte dell’utilizzatore – vi sono ulteriori due limiti legali rispetto ai quali, pur nel silenzio del legislatore, deve intendersi aperta la strada dell’accertamento giudiziale della loro violazione da parte degli utilizzatori.

Il primo di essi scaturisce, secondo la Corte, «dalla generale qualificazione [del contratto di lavoro occasionale], al comma 13, come avente a oggetto “prestazioni di lavoro occasionali o saltuarie di ridotta entità”: indicazione qualitativa non puramente teorica ma [...] concretamente condizionante, attraverso la possibile verifica in sede contenziosa, il corretto utilizzo dell’istituto». Il secondo è quello relativo al limite dei 5000 euro previsto per ciascun utilizzatore in riferimento alla totalità dei prestatori, «per il cui mancato rispetto – di cui si lamenta nell’istanza l’assenza di previsioni sanzionatorie – sarà evidentemente la giurisprudenza a ricercare e individuare le applicabili conseguenze pregiudizievoli».

A noi pare abbastanza evidente come, nell’indicare queste soluzioni, la Corte abbia, in un certo senso, inteso quasi riequilibrare la mancata ammissione della nuova disciplina alla verifica referendaria, con l’apertura di un fronte di controllo giudiziario, il cui presupposto è costituito, oltre che, ovviamente, dalla disponibilità all’azione del

singolo, dalla capacità del sindacato di sviluppare la propria azione di controllo nei e sui luoghi di lavoro, nonché quella di sostegno ai tanti lavoratori precari bisognosi di tutela di fronte alle distorsioni del mercato del lavoro.

Quanto, poi, alle conseguenze giuridiche scaturenti dalla violazione delle previsioni sopra indicate, una volta accertata dal giudice del lavoro, le soluzioni sembrano poter essere tratte rispettivamente dai principi generali e dall'analogia.

Nel primo caso (insussistenza del requisito delle «prestazioni di lavoro occasionali o saltuarie di ridotta entità») pare infatti potersi richiamare quanto affermato dall'Ispettorato nazionale del lavoro in caso di violazione del c. 5 dell'art. 54-*bis*: «la situazione integra un difetto “genetico” afferente alla costituzione del rapporto e comporta dunque, in applicazione dei principi civilistici, la conversione *ex tunc* dello stesso nella tipologia ordinaria (art. 1, d.lgs. n. 81/2015) del lavoro a tempo pieno e indeterminato, con applicazione delle relative sanzioni civili e amministrative, laddove evidentemente sia accertata la natura subordinata dello stesso».

Nel secondo caso, invece, dovrà applicarsi analogicamente, nei confronti di tutti i lavoratori il cui utilizzo ha concorso al superamento del limite dei 5000 euro di cui al c. 1, lett. *b*, la sanzione della trasformazione del rapporto di lavoro in un rapporto a tempo pieno e indeterminato, di cui al c. 20 dello stesso articolo.

Ufficio giuridico e vertenze - Cgil
Roma, 19 dicembre 2017

CASSAZIONE, Ufficio centrale per il referendum, 29.11.2017, ord. – Pres. Cortese, Est. Virgilio, D’Antonio – Camusso e altri (avv.ti Angiolini, Andreoni).

Lavoro occasionale – Nuova disciplina – Quesito referendario originario – Trasferimento – Insussistenza.

Va rigettata l’istanza presentata il 7 agosto 2017 con la quale i promotori della richiesta del referendum abrogativo degli artt. 48, 49 e 50 del d.lgs. 15 giugno 2015, n. 81 (voucher), hanno chiesto, alla luce dell’intervento normativo costituito dall’introduzione dell’art. 54-bis del d.l. 22 aprile 2017, n. 50, di riesaminare l’ordinanza emessa da questo Ufficio il 27 aprile 2017, che dichiarò che le operazioni relative al detto referendum non avevano più corso per effetto della sopravvenuta abrogazione degli articoli; e infatti la sostituzione della disciplina del «lavoro accessorio» di cui agli artt. 48, 49 e 50 del d.lgs. n. 81 del 2015, con quella delle «prestazioni occasionali» di cui all’art. 54-bis del d.l. 24 aprile 2017, n. 50, conv. in l. n. 96 del 2017, non realizza le condizioni per l’invocato trasferimento del quesito referendario dalla vecchia alla nuova disciplina, quest’ultima avendo recuperato il requisito della occasionalità dell’esigenza lavorativa originariamente prevista, difformemente da quanto codificato nel d.lgs. n. 81 2015.

«2. [Omissis] l’istanza di riesame presentata dai promotori del referendum per l’abrogazione degli artt. 48, 49 e 50 del d.lgs. n. 81 del 2015 prospetta proprio un caso di uso strumentale dell’effetto bloccante riconosciuto allo *ius superveniens*, che, per la prima volta, sarebbe stato realizzato con un intervento a formazione progressiva: dapprima la sopravvenienza legislativa totalmente abrogativa, che, a procedimento in corso, avrebbe reso inevitabile la pronuncia del competente Ufficio centrale per il referendum di non dare più corso alla consultazione; successivamente, a procedimento ormai concluso, ma comunque nell’immediatezza, l’intervento normativo, ritenuto sostanzialmente riproduttivo del medesimo istituto del “lavoro accessorio” che il quesito referendario mirava a espungere dall’ordinamento.

L’istanza in questione pone all’Ufficio i seguenti problemi, da esaminare in successione logica:

- a) verificare se l’istanza sia ammissibile sotto il profilo della esistenza della legittimazione a proporla dei promotori della richiesta referendaria;
- b) verificare se, alla luce dell’attuale disciplina del procedimento referendario, l’Ufficio centrale per il referendum possa revocare le proprie ordinanze e in particolare quella con cui ha statuito il blocco delle operazioni referendarie;
- c) verificare se, alla luce dell’attuale assetto normativo, possa farsi applicazione del meccanismo, di cui all’art. 39 della l. n. 352 del 1970 come risultante dalla ricordata declaratoria di parziale illegittimità costituzionale, diretto alla verifica dei presupposti del trasferimento del quesito referendario dalla normativa precedente abrogata a quel-

la nuova, se ispirata agli stessi principi o dagli immutati contenuti precettivi, anche in caso di sopravvenienza della seconda alla chiusura delle operazioni referendarie, e, in caso contrario, se sia rilevante e non manifestamente infondata la questione di illegittimità costituzionale proposta con riferimento a tale articolo;

d) in caso di risposta positiva ai quesiti che precedono (anche, eventualmente all'esito di una pronuncia della Corte costituzionale), valutare, previo approfondimento degli istituti a confronto, quello del cd. lavoro accessorio, come delineato dagli art. 48, 49 (e succ. modif.) e 50 del d.lgs. n. 81 del 2015, e quello del cd. lavoro occasionale, come strutturato nell'art. 54-*bis* del d.l. n. 50 del 2017, conv. con modif. in l. n. 96 del 2017, se anche la nuova disciplina mantenga inalterato l'effetto di trascendere la finalità originaria di regolamentare specifiche esigenze lavorative di carattere occasionale, che il quesito referendario intendeva rimuovere, giustificandosi così la traslazione dello stesso dal vecchio al nuovo istituto.

Non si rinvencono pronunce della Corte costituzionale o dell'Ufficio centrale per il referendum che abbiano già specificamente trattato le questioni oggetto dell'istanza in esame: siamo infatti per la prima volta in presenza di una sopravvenienza legislativa, nella materia oggetto del quesito referendario, che interviene successivamente alla data fissata per la consultazione referendaria, e quindi a procedimento concluso, laddove tuttavia la celebrazione del referendum è stata bloccata dall'Ufficio centrale per il referendum, ai sensi dell'art. 39 della l. n. 352 del 1970, per l'avvenuta abrogazione, nelle more del procedimento, della normativa oggetto del quesito.

L'interesse dei promotori a ottenere il riesame dell'ordinanza di blocco delle operazioni referendarie del 27 aprile 2017 va individuato nel fatto che successivamente, previa una eventuale valutazione positiva dei presupposti per il trasferimento del quesito sulla nuova disciplina, il referendum potrebbe trovare effettiva realizzazione.

3. Al quesito *sub* a deve essere data risposta affermativa.

Non possono, infatti, essere negati agli elettori sottoscrittori della richiesta referendaria, quanto meno in una fattispecie peculiare anche dal punto di vista cronologico, quale quella in esame (come meglio si dirà in seguito), e quindi ai promotori in qualità di loro rappresentanti, il perdurare della titolarità della funzione, costituzionalmente garantita, di tutelare la sovranità popolare nell'esercizio del potere referendario (e di concorrere così al realizzarsi della relativa consultazione) e la legittimazione a esercitare la funzione stessa dinanzi a questo Ufficio. Non può in particolare essere di ostacolo a tale riconoscimento la circostanza in sé che sia stata dichiarata, con l'ordinanza sopra citata, ai sensi dell'art. 39 della legge n. 352 del 1970, la cessazione delle operazioni referendarie, se non altro, e al di là di ogni ulteriore considerazione, perché l'istanza è diretta proprio a sollecitare il riesame dell'ordinanza conclusiva del procedimento, con conseguente riattivazione del medesimo, alla luce di un evento sopravvenuto, denunciato come tale da vanificare in fatto l'ordinanza predetta.

4. Possiamo ora all'esame del quesito *sub* b, relativo alla revocabilità o meno delle ordinanze emesse dall'Ufficio centrale per il referendum.

4.1. In senso contrario alla revocabilità parrebbe deporre la considerazione che ripetutamente la Corte costituzionale (vedi, fra le tante, C. cost., sentenza n. 102 del

1997, ordinanze n. 13 del 1997 e n. 42 del 1983) ha ritenuto ammissibile la proposizione, nei confronti dei provvedimenti emessi dell'Ufficio centrale per il referendum, di ricorso per conflitto di attribuzione tra poteri dello Stato. Tenuto conto che, ai sensi dell'art. 37 della legge 11 marzo 1953, n. 87, tale conflitto è ammissibile solo se insorge tra organi competenti a dichiarare definitivamente la volontà del potere cui appartengono, la questione potrebbe essere risolta nel senso di ritenere definitive, e quindi non revocabili, tutte le ordinanze emesse da quest'Ufficio in quanto sindacabili solo in sede di conflitto di attribuzione.

Per altro verso poi, poiché va escluso che tali provvedimenti siano emessi nell'esercizio di una tipica attività di natura giurisdizionale, per gli stessi motivi, al di là del *nomen iuris* utilizzato dal legislatore, non dovrebbe poter trovare applicazione il regime delle ordinanze delineato dall'art. 177 c.p.c., e quindi la illimitata revocabilità e modificabilità di tali atti ai sensi di tale disposizione processuale.

4.2. In senso opposto, tuttavia, altri argomenti, più convincenti, militano a favore della revocabilità, con opportune cautele.

Può innanzi tutto essere valorizzato il dato letterale dell'art. 32, legge n. 352 del 1970 che qualifica espressamente come "definitiva" l'ordinanza con cui l'Ufficio decide sulla legittimità della richiesta di referendum, desumendosi di converso che, in assenza di analoga qualificazione, l'ordinanza di cui all'art. 39 non dovrebbe ritenersi tale.

Inoltre, significativi spunti a favore sempre della revocabilità possono essere rinvenuti nella giurisprudenza formatasi in tema di ammissibilità del ricorso per revocazione *ex art.* 395, n. 4, c.p.c. avverso i provvedimenti adottati nell'ambito del procedimento referendario, sulla scia della ritenuta applicabilità dell'istituto anche alle sentenze della Corte di Cassazione.

Nell'ordinanza dell'11 novembre 2008, questo Ufficio, oltre a riconoscere per la prima volta la predetta ammissibilità, ha affermato che la stessa deve intendersi "in un'accezione compatibile con la specificità della decisione" assunta dal medesimo, che s'inserisce «in un procedimento unitario che si articola in più fasi consecutive e consequenziali» facenti capo alla Corte costituzionale, al Presidente della Repubblica e, in caso di modificazione territoriale delle regioni, anche al Parlamento.

Di conseguenza, in caso di ordinanze conclusive della fase procedimentale di spettanza all'Ufficio centrale e di passaggio a quelle successive, la preclusione all'esperibilità della revocazione per errore di fatto delle ordinanze deriverebbe dalla semplice ragione che una loro eventuale caducazione si rifletterebbe sulle attività delle fasi successive, determinando un'improponibile ingerenza sulle decisioni riservate alle attribuzioni di organi costituzionali; al contrario, allorquando la decisione dell'Ufficio centrale "abbia costituito l'atto conclusivo del procedimento e la rimozione o la modificazione di essa non espliciti alcuna incidenza sulle attività delle fasi successive", difettando l'attivazione di stadi ulteriori, potrebbe ammettersi l'esercizio del rimedio revocatorio, non sussistendo l'invasione degli altrui ambiti di competenza.

Valutazioni sistematiche analoghe sono estensibili alle variazioni attinenti il quadro normativo e inducono a ritenere che non sussistono ostacoli di principio ad ammettere che l'ordinanza che ha disposto la cessazione delle operazioni referendarie e ha, quindi, rappresentato la fase conclusiva del relativo procedimento, non seguita da

atti adottati da altri organi costituzionali su cui potrebbero ripercuotersi gli effetti della revoca, sia, in via di principio, assoggettabile a una procedura diretta a tale obiettivo.

5. A questo punto, e veniamo al quesito di cui sopra, *sub c*, va verificato, in relazione al concreto *petitum* dell'istanza promossa dai promotori, se a un procedimento referendario già concluso sia, sul piano normativo, concretamente applicabile il meccanismo di verifica di cui all'art. 39 della l. n. 352 del 1970, quale risultante dalla parziale declaratoria di illegittimità costituzionale.

5.1. Ad avviso del Collegio, a tale quesito va data risposta affermativa. Conseguendo da tanto che l'ordinanza di questo Ufficio centrale del 27 aprile 2017, di cessazione delle operazioni referendarie, può validamente, a seguito dell'entrata in vigore della legge n. 96 del 2017, di conversione del d.l. n. 50 del 2017, e in particolare dell'art. 54-*bis* della stessa, essere oggetto di istanza di revoca – con adozione dell'opportuno provvedimento sostitutivo –, previa effettuazione del confronto tra la disciplina oggetto della richiesta referendaria (poi abrogata dal d.l. n. 25 del 2017, convertito dalla legge n. 49 del 2017) e quella introdotta dal citato art. 54-*bis*, al fine di stabilire se la nuova normativa abbia introdotto modificazioni tali da precludere la consultazione popolare già promossa su quella preesistente o se, invece, come sostenuto dagli istanti, il referendum debba essere trasferito sulla disciplina sopravvenuta.

5.2. A tale conclusione può, e deve, pervenirsi in virtù di una interpretazione costituzionalmente orientata del citato art. 39 della legge n. 352 del 1970.

Questa disposizione prevede che “Se prima della data dello svolgimento del referendum, la legge, o l'atto avente forza di legge, o le singole disposizioni di essi cui il referendum si riferisce, siano stati abrogati, l'Ufficio centrale per il referendum dichiara che le operazioni relative non hanno più corso”.

La Corte costituzionale, con la ricordata sentenza n. 68 del 1978, ne ha dichiarato l'illegittimità costituzionale nella “parte in cui non prevede che se l'abrogazione degli atti o delle singole disposizioni cui si riferisce il referendum venga accompagnata da altra disciplina della stessa materia, senza modificare né i principi ispiratori della complessiva disciplina preesistente né i contenuti normativi essenziali dei singoli precetti, il referendum si effettui sulle nuove disposizioni legislative”.

Premesso che le Camere conservano la propria permanente potestà legislativa, sia nella fase dell'iniziativa e della raccolta delle sottoscrizioni, sia nel corso degli accertamenti sulla legittimità e sull'ammissibilità delle richieste, sia successivamente alla stessa indizione del referendum abrogativo, la Corte ha pronunciato la citata sentenza additiva al dichiarato fine di evitare che gli intendimenti dei promotori e dei sottoscrittori delle richieste referendarie potessero essere frustrati, con elusione delle disposizioni dell'art. 75 Cost.: ha osservato che con la previsione e con la garanzia costituzionale del potere referendario non è conciliabile il fatto che questo tipico mezzo di esercizio diretto della sovranità popolare finisca per esser sottoposto – contraddittoriamente – a vicende risolutive che rimangono affidate alla piena e insindacabile disponibilità del legislatore ordinario, al quale verrebbe consentito di bloccare il referendum, adottando una qualsiasi disciplina sostitutiva delle disposizioni assoggettate al voto del corpo elettorale.

5.3. Analoga, essenziale, *ratio* di tutela dei firmatari delle richieste di referendum e quindi dell'istituto stesso, a garanzia dell'art. 75 Cost., induce a ritenere pienamente configurabile, e anzi ineludibile perché costituzionalmente imposto, il potere-dovere di questo Ufficio centrale di riattivare il procedimento referendario già dichiarato chiuso, allorché, come nel caso in esame, il legislatore, anziché provvedere *uno actu* all'introduzione di una disciplina in tutto o in parte sostitutiva di quella sottoposta al referendum, si da mettere tempestivamente in moto il meccanismo di raffronto ed eventuale trasferimento della consultazione popolare sulla nuova normativa, operi attraverso la scissione dell'intervento in due fasi: una prima, consistente nell'abrogazione *tout court* delle disposizioni oggetto dell'iniziativa referendaria, idonea a determinare la cessazione delle relative operazioni (come avvenuto nella specie); e una seconda – ravvicinata nel tempo – costituita dall'introduzione di una nuova disciplina della stessa materia.

Il fatto che la fase *construens* si sia verificata non “prima”, secondo la previsione dell'art. 39, cit., bensì dopo la data che era stata stabilita per lo svolgimento del referendum – e dopo la dichiarazione di cessazione delle operazioni – non può considerarsi ostativo all'intervento dell'Ufficio centrale. La norma in esame, invero, inserita nell'ambito della disciplina del procedimento referendario e non rivolta a quanto accade dopo che lo stesso sia stato formalmente chiuso, regola l'ipotesi base di un intervento legislativo finalizzato, in via anticipata, a evitare lo svolgimento del referendum, o attraverso l'abrogazione pura e semplice delle disposizioni oggetto di consultazione (così soddisfacendo automaticamente le intenzioni dei promotori), o mediante l'introduzione di una disciplina sostitutiva (idonea a superare la consultazione solo all'esito della valutazione in tal senso da parte di questo Ufficio).

In relazione a una vicenda come quella in esame, si è, in sostanza, di fronte a una lacuna legislativa, che può e deve essere colmata attraverso un'interpretazione del sistema che consenta a questo Ufficio di conservare, attraverso la riattivazione del potere attribuitogli dalla Consulta con la sentenza sopra citata, la propria funzione di concorrere all'effettuazione della consultazione popolare (C. cost. n. 69 del 1978) e di tutelare i sottoscrittori della richiesta referendaria, una volta che essa sia stata dichiarata legittima.

Tutto ciò vale sicuramente, va ribadito, con riferimento ai casi, come quello in esame, nei quali il duplice intervento legislativo si è verificato in tempi particolarmente ravvicinati, e quindi con caratteristiche chiaramente sintomatiche, sul piano oggettivo, di un uso strumentale della funzione legislativa, idoneo a frustrare l'esercizio diretto della sovranità popolare, in violazione sostanziale dell'art. 75 Cost.: evento che appunto la Corte costituzionale ha inteso evitare con la sentenza n. 68 del 1978.

6. Appurata la possibilità che l'Ufficio esprima il suo giudizio sulla sufficienza dell'abrogazione sopravvenuta a vanificare il procedimento referendario, i parametri da seguire per tale operazione ermeneutica (oggetto del quesito *sub d*) sono indicati nella stessa sentenza n. 68 del 1978.

La Corte costituzionale ha distinto innanzitutto il caso in cui una legge o un atto avente forza di legge abroghi integralmente la disciplina sottoposta a referendum, con esiti identici a quelli del voto popolare abrogativo, da quello in cui una legge o un atto avente forza di legge abroghi la disciplina sottoposta a referendum introducendo contestualmente una nuova regolamentazione della stessa materia.

Nella prima ipotesi, poiché l'art. 75 Cost. non impedisce la sopravvenienza di norme di abrogazione totale delle disposizioni per le quali è stato richiesto referendum, legittimamente andrà disposta dall'Ufficio centrale la cessazione delle operazioni referendarie.

Per la seconda, invece, la Corte opera una ulteriore suddivisione tra il caso in cui la richiesta referendaria riguardi una legge nella sua interezza o un atto equiparato, ovvero un insieme organico di disposizioni, e quello in cui riguardi singole disposizioni legislative o equiparate.

Nel primo caso, il referendum deve essere bloccato solo se con la nuova normativa, siano stati modificati i principi ispiratori cui si informava la disciplina oggetto della richiesta di referendum, indipendentemente dalle divergenze o dalle affinità fra le singole disposizioni contenute nella vecchia e nella nuova disciplina, mentre nel secondo ciò ricorre solo se il contenuto normativo essenziale del singolo precetto sia diverso, indipendentemente dal cambiamento dei principi del complesso normativo in cui questi si ritrovano inseriti.

In sintesi, l'abrogazione dell'atto per cui è proposto referendum sarà sufficiente a determinare la cessazione delle operazioni referendarie solo se non accompagnata da una nuova disciplina della materia, che abbia un contenuto analogo a quella che con il quesito referendario si mirava ad abrogare; verifica che andrà compiuta, nel caso in cui venga sostituita l'intera disciplina oggetto della consultazione, confrontando i principi ispiratori, e, nel caso in cui venga sostituita la singola disposizione, con attenzione al contenuto normativo essenziale delle norme in successione.

6.1. La ricostruzione schematica apparentemente semplice elaborata dalla Corte ha dato vita negli anni a un vivace dibattito in dottrina e ha trovato attuazione in variegate pronunce dell'Ufficio centrale per il referendum.

Secondo l'opinione prevalente della dottrina, la sentenza n. 68 del 1978, in quanto ispirata a una logica rigidamente "normativista", precluderebbe ogni possibilità di assegnare un qualunque ruolo dirimente agli intendimenti perseguiti dai promotori del referendum. Tale preclusione viene corroborata col rilievo che la richiesta di referendum abrogativo non è mai corredata di motivazione.

Non mancano peraltro Autori che, con argomenti più o meno articolati, tendono a valorizzare la volontà dei promotori, quale criterio da cui non si potrebbe prescindere per giudicare sulla sufficienza di una abrogazione a determinare la cessazione del referendum.

Una tesi intermedia è quella secondo la quale le linee guida per individuare i principi e il contenuto essenziale delle disposizioni oggetto di referendum dovrebbero essere rinvenute nel senso del quesito referendario, come cristallizzato in sede di giudizio di ammissibilità sulla omogeneità, chiarezza e univocità, cosicché il significato dell'intenzione dei promotori troverebbe un saldo e autorevole parametro cui ancorarsi.

6.2. Anche nelle pronunce di questo Ufficio carattere preminente assume il riferimento ai criteri oggettivati indicati dal giudice delle leggi (vd. in particolare le ordinanze 26 maggio 1997 e 9 giugno 1997), mentre il profilo soggettivo della volontà dei firmatari di volta in volta è ignorato (prime ordinanze del 1978, nonché quelle del 14 marzo 1981 e 3 giugno 1982), ritenuto irrilevante (ordinanze 21 maggio 1990, del

4.1.1994, 20.12.1994, 11.12.1996, 20.1.1997, 26.5.1997 e 9.6.1997), ovvero richiamato a supporto della decisione (ordinanze 5.3.1981, 10.12.1992, 23.3.1993, 22.12.1993, 1.12.1994 e 13.12.1994 e, in particolare, ordinanze 23 marzo 1993 e 7 aprile 1993).

Di recente, con l'ordinanza del 7 gennaio 2016 relativa al cd. referendum sulle trivelle, in riferimento all'art. 6, comma 17, del d.lgs. 3 aprile 2006, n. 152, "Norme in materia ambientale", come sostituito dall'art. 35, comma 1, del d.l. 22 giugno 2012, n. 83, l'Ufficio centrale per il referendum ha ritenuto che ricorresse l'ipotesi di cui all'art. 39 della l. n. 352 del 1970, e che, pertanto, non potesse trovare applicazione l'effetto bloccante bensì il meccanismo del trasferimento del quesito dalla vecchia alla nuova disciplina.

In particolare, afferma l'Ufficio che lo *ius superveniens*, nel sostituire la disposizione oggetto della richiesta referendaria, oltre ad avere abrogato parte degli originari secondo e terzo periodo del comma 17 dell'art. 6 del d.lgs. n. 152 del 2006, avrebbe introdotto una modificazione della durata dei titoli abilitativi già rilasciati, commisurandola al periodo "di vita utile del giacimento", prevedendo, quindi, una sostanziale proroga dei titoli abilitativi già rilasciati, ove "la vita utile del giacimento" superi la durata stabilita nel titolo, non modificando, su detto punto, il contenuto normativo essenziale del precetto oggetto di richiesta referendaria.

6.3. Passando ora alla disamina della normativa oggetto dell'istanza dei promotori, si osserva preliminarmente che il lavoro accessorio, mediante l'utilizzo dei cd. *voucher* o buoni lavoro, è stato introdotto nel nostro ordinamento dal d.lgs. 10 settembre 2003, n. 276, con l'obiettivo di far emergere alcune attività lavorative accessorie o marginali, svolte da soggetti altrimenti interessati da rapporti di lavoro non dichiarati, e quindi privi di ogni protezione assicurativa e previdenziale.

La disciplina iniziale ha subito nel tempo sostanziali modifiche, da parte di una serie di norme aventi soprattutto lo scopo di estendere la possibilità di ricorrere a tale forma contrattuale a tutti i settori produttivi, intervenendo sui requisiti per l'accesso, sulla previsione di nuove tipologie contrattuali, sulla possibilità del ricorso a tale tipologia di lavoro per coloro che percepiscono prestazioni integrative del salario o di sostegno del reddito e anche da parte di pubbliche amministrazioni, nonché sulla tracciabilità dei buoni lavoro acquistati. [*Omissis*]

6.5. Il processo di liberalizzazione, iniziato con la l. n. 92 del 2012 e con il d.l. n. 276 del 2013, è giunto al suo culmine con l'entrata in vigore degli articoli da 48 a 50 del d.lgs. n. 81 del 2015, che hanno sostituito integralmente gli articoli da 70 a 73 del d.lgs. n. 276 del 2003 e determinato il passaggio per il lavoro accessorio da prestazioni sostanzialmente marginali di contenuto predefinito, basate su di una occasionalità qualitativa, intesa come mancanza di stabilità e di continuità, a prestazioni ove l'occasionalità è stata fissata solo con limiti quantitativi imposti dalla legge ai compensi del lavoratore.

L'occasionalità delle prestazioni perde qualsiasi valore ed è possibile attivare l'istituto con un solo limite di carattere economico, pari a 7.000 euro, riferito al compenso massimo che il lavoratore può percepire, nel corso dell'anno civile, indipendentemente dal numero dei committenti.

Una ulteriore misura di contenimento permane solo nei confronti dei “commitmententi imprenditori commerciali o professionisti”, per i quali le attività lavorative possono essere svolte a favore di ciascun singolo committente per compensi non superiori a 2.000 euro, rivalutati annualmente.

Per i percettori di prestazioni integrative del salario o di sostegno al reddito, in tutti i settori produttivi, compresi gli enti locali, opera un limite massimo di 3.000 euro annui, rivalutabili, senza che ciò pregiudichi il diritto e la misura della prestazione integrativa del salario, dalla cui contribuzione figurativa l’Inps provvederà a sottrarre gli accrediti contributivi derivanti dalle prestazioni di lavoro accessorio.

In agricoltura tali disposizioni trovano applicazione per le attività lavorative occasionali rese nell’ambito delle attività agricole di carattere stagionale effettuate da pensionati e da giovani con meno di 25 anni (se regolarmente iscritti a un ciclo di studi presso un istituto scolastico di qualsiasi ordine e grado, compatibilmente con gli impegni scolastici ovvero in qualunque periodo dell’anno se regolarmente iscritti a un ciclo di studi presso l’università), nonché per le attività agricole svolte a favore dei produttori agricoli, purché non si tratti di soggetti iscritti l’anno precedente negli elenchi anagrafici dei lavoratori agricoli.

Anche il committente pubblico può ricorrere a prestazioni di lavoro accessorio, nel rispetto dei vincoli previsti dalla vigente disciplina in materia di contenimento delle spese di personale e, ove previsto, dal patto di stabilità interno, mentre ne è sempre vietato l’utilizzo nell’ambito dell’esecuzione di appalti di opere o servizi, fatte salve specifiche ipotesi da individuarsi con apposito decreto ministeriale.

I compensi percepiti dal lavoratore sono computati ai fini della determinazione del reddito necessario per il rilascio o il rinnovo del permesso di soggiorno, ed è con essi cumulabile, nel limite complessivo di 3.000 euro per anno civile, l’indennità Naspi, mentre in caso di compensi che superino detto limite, e fino a 7.000 euro per anno civile, l’indennità sarà ridotta di un importo pari all’80% del compenso; il compenso da lavoro accessorio è esente da qualsiasi imposizione fiscale e non incide sullo stato di disoccupazione o inoccupazione del lavoratore.

Il pagamento del corrispettivo avviene con una particolare procedura che prevede l’acquisto, da parte dei beneficiari, esclusivamente attraverso modalità telematiche, di uno o più *carner* di buoni orari, numerati progressivamente e datati, il cui valore nominale, non collegato a una retribuzione minima oraria, è fissato con decreto ministeriale, mentre nel settore agricolo è pari all’importo della retribuzione oraria delle prestazioni di natura subordinata individuata dal contratto collettivo stipulato dalle associazioni sindacali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale; i committenti non imprenditori o professionisti possono invece acquistare i buoni anche presso le rivendite autorizzate.

Per i committenti imprenditori o professionisti è previsto l’obbligo di comunicare alla Direzione territoriale del lavoro competente (sempre attraverso modalità telematiche) i dati anagrafici e il codice fiscale del lavoratore, indicando altresì il luogo della prestazione con riferimento a un arco temporale non superiore ai 30 giorni successivi.

Il pagamento del corrispettivo avviene a cura del concessionario, nelle mani della persona che presenta i buoni, registrandone i dati anagrafici e il codice fiscale; egli provvederà anche a effettuare il versamento dei contributi previdenziali alla gestione

separata Inps (in misura pari al 13% del valore nominale del buono) e per fini assicurativi contro gli infortuni all'Inail (in misura pari al 7% del valore nominale del buono), trattenendo l'importo autorizzato dal decreto a titolo di rimborso spese; poiché non è applicabile il criterio generale di ripartizione del carico previdenziale tra committente e prestatore di lavoro, previsto dall'art. 2, comma 30, della l. n. 335 del 1995, i contributi previdenziali, compresi nel valore nominale del *voucher*, sono a totale carico del committente.

Al fine di garantire maggiore tracciabilità dei *voucher*, l'art. 49 è stato modificato, al comma 3, dal d.lgs. n. 185 del 2016; mutuando la procedura già utilizzata per il lavoro intermittente, si è previsto che i committenti imprenditori non agricoli o professionisti che ricorrono a prestazioni di lavoro accessorio sono tenuti, almeno 60 minuti prima dell'inizio, a comunicare alla sede territoriale dell'Ispettorato nazionale del lavoro, mediante sms o posta elettronica, i dati anagrafici o il codice fiscale del lavoratore, il luogo, il giorno e l'ora di inizio e di fine della prestazione. I committenti imprenditori agricoli sono tenuti a comunicare, nello stesso termine e con le stesse modalità, con riferimento a un arco temporale non superiore a 3 giorni.

In caso di violazione degli obblighi di comunicazione si applica la medesima sanzione prevista per il lavoro intermittente ovvero la sanzione amministrativa da euro 400 a 2.400, in relazione a ciascun lavoratore per cui è stata omessa la comunicazione; si specifica, inoltre, che, trattandosi di violazione non sanabile a posteriori, non si applica la procedura di diffida di cui all'articolo 13 del d.lgs. 23 aprile 2004, n. 124.

6.6. Abrogati gli artt. 48, 49 e 50 del d.lgs. n. 81 del 2015, con il d.l. n. 25 del 2017, conv. dalla l. 20 aprile 2017, n. 49, del 2017, l'art. 54-*bis* del d.l. n. 50 del 2017, introdotto in sede di conversione dalla l. n. 96 del 2017, ha nuovamente disciplinato le prestazioni di lavoro occasionali.

La disposizione prevede due distinte modalità di utilizzo: il Libretto di famiglia ("LF") e il Contratto di prestazione occasionale ("Cpo"), che, riferendosi a diverse categorie di datori di lavoro, si differenziano in relazione all'oggetto della prestazione, alla misura minima dei compensi e dei connessi diritti di contribuzione sociale obbligatoria, nonché alle modalità di assolvimento degli adempimenti informativi verso l'Istituto previdenziale.

Secondo una definizione di carattere generale, contenuta al comma 1 dell'articolo, per prestazioni di lavoro occasionali si intendono le attività lavorative che vengono rese nel rispetto dei seguenti limiti economici, riferiti ai compensi percepiti dal prestatore, ossia al netto di contributi, premi assicurativi e costi di gestione, nell'anno civile di svolgimento della prestazione lavorativa:

- per ciascun prestatore, con riferimento alla totalità degli utilizzatori, compensi di importo complessivamente non superiore a euro 5.000 (comma 1, lett. *a*);
- per ciascun utilizzatore, con riferimento alla totalità dei prestatori, a compensi di importo complessivamente non superiore a euro 5.000 (comma 1, lett. *b*);
- per le prestazioni complessivamente rese da ogni prestatore in favore del medesimo utilizzatore, a compensi non superiori a euro 2.500 (comma 1, lett. *c*).

Ai fini del rispetto del limite economico riferito a ciascun utilizzatore di cui alla lettera *b* del comma 1, potranno essere computati nella misura ridotta del 75% del valore nominale i compensi erogati a favore di titolari di pensione di vecchiaia o di

invalidità, di giovani con meno di venticinque anni di età, se regolarmente iscritti a un ciclo di studi presso un istituto scolastico di qualsiasi ordine e grado ovvero a un ciclo di studi presso l'università, delle persone disoccupate, ai sensi dell'art. 19 del d.lgs. n. 150 del 2015, dei percettori di prestazioni integrative del salario o di altre prestazioni di sostegno del reddito, per i quali sarà l'Inps a provvedere alla sottrazione dalla contribuzione figurativa degli accrediti contributivi derivanti dalle prestazioni occasionali.

Per le operazioni di gestione, ivi inclusa l'erogazione del compenso ai prestatori, è stato previsto il supporto di un'apposita piattaforma telematica predisposta dall'Inps.

I compensi percepiti dal prestatore non incidono sullo stato di disoccupazione, sono computabili ai fini della determinazione del reddito necessario per il rilascio o il rinnovo del permesso di soggiorno, sono esenti da tassazione ai fini dell'imposta sul reddito delle persone fisiche, sono erogati a cura dell'Inps, previa raccolta dagli utilizzatori, che sono tenuti a effettuare pagamenti preventivi utilizzando il modello di versamento F24, entro il giorno 15 del mese successivo a quello di svolgimento della prestazione, attraverso accrediti bancari o postali.

Il prestatore ha diritto all'assicurazione per l'invalidità, la vecchiaia e i superstiti, con iscrizione alla Gestione separata di cui all'art. 2, comma 26, della l. n. 335 del 1995, e all'assicurazione contro gli infortuni sul lavoro e le malattie professionali (comma 2); l'Inps provvede all'accredito e al trasferimento all'Inail, ma con onere interamente a carico dell'utilizzatore.

Il prestatore ha poi diritto al riposo giornaliero, alle pause e ai riposi settimanali di cui al d.lgs. n. 66 del 2003 (comma 3).

Limiti generali al ricorso all'istituto sono quello di durata pari a 280 ore nell'arco dello stesso anno civile, che per il settore agricolo è pari al rapporto tra il limite di importo dei compensi di euro 2.500,00 (per ciascun utilizzatore, con riferimento alla totalità dei prestatori) e la retribuzione individuata ai sensi del comma 16 dello stesso articolo, desumibile dal comma 20, e il divieto, sancito al comma 5, per lavoratori con i quali l'utilizzatore abbia in corso, o abbia avuto nei sei mesi precedenti, un rapporto di lavoro subordinato o di collaborazione coordinata e continuativa.

6.7. Le prestazioni di lavoro occasionali tramite "LF" possono essere utilizzate solo da persone fisiche, non nell'esercizio dell'attività professionale o d'impresa, ed esclusivamente per a) lavori domestici, inclusi i lavori di giardinaggio, di pulizia o di manutenzione; b) assistenza domiciliare ai bambini e alle persone anziane, ammalate o con disabilità; c) insegnamento privato supplementare.

Il Libretto di famiglia è composto da titoli di pagamento, il cui valore nominale è fissato in 10,00 euro, utilizzabili per compensare prestazioni di durata non superiore a un'ora, il cui valore è così suddiviso: euro 8,00 per il compenso a favore del prestatore; euro 1,65 per la contribuzione Ivs alla Gestione separata Inps; euro 0,25 per il premio assicurativo Inail; euro 0,10 per il finanziamento degli oneri di gestione.

Al termine della prestazione lavorativa, e comunque non oltre il terzo giorno del mese successivo a quello di svolgimento della stessa, l'utilizzatore, tramite la piattaforma telematica Inps o avvalendosi dei servizi di *contact center* messi a disposizione dall'Inps, è tenuto a comunicare tutti i dati della prestazione; di tale comunicazione riceve notifica anche il prestatore.

6.8. Possono invece fare ricorso al Contratto di prestazione occasionale, definito come il contratto mediante il quale un utilizzatore acquisisce, “con modalità semplificate, prestazioni di lavoro occasionali o saltuarie di ridotta entità”, i professionisti, lavoratori autonomi, imprenditori, associazioni, fondazioni e altri enti di natura privata, nonché le amministrazioni pubbliche.

In questo caso la misura del compenso è liberamente fissata dalle parti, purché non inferiore al livello minimo, stabilito dalla legge in euro 9,00 per ogni ora di prestazione lavorativa, e in euro 36,00 per il compenso giornaliero, pari alla misura minima fissata per la remunerazione di quattro ore lavorative che vale anche qualora la durata effettiva della prestazione giornaliera sia inferiore; al compenso spettante al prestatore si applicano i seguenti oneri a carico dell'utilizzatore: a) contribuzione Ivs alla Gestione separata Inps, nella misura del 33,0 %; b) premio assicurativo Inail, nella misura del 3,5 %; c) oneri di gestione nella misura dell'1,0%. Per il contratto di prestazione occasionale operano limiti ulteriori rispetto a quelli generali previsti dal comma 14: non possono infatti ricorrervi i datori di lavoro che hanno alle proprie dipendenze più di cinque lavoratori subordinati a tempo indeterminato; le imprese dell'edilizia e di settori affini, le imprese esercenti l'attività di escavazione o di lavorazione di materiale lapideo, le imprese del settore delle miniere, cave e torbiere; ne è vietato l'utilizzo anche nell'ambito dell'esecuzione di appalti di opere o servizi, e in agricoltura, salvo le previste eccezioni.

Gli obblighi di informazione preventiva e di rendicontazione della prestazione lavorativa devono essere adempiuti dall'utilizzatore almeno sessanta minuti prima dell'inizio dello svolgimento della prestazione lavorativa, sempre tramite la piattaforma informatica o avvalendosi dei servizi di *contact center* Inps; laddove, per evenienze di carattere straordinario la prestazione non dovesse essere resa, è prevista la possibilità di revoca, purché ciò avvenga entro le ore 24.00 del terzo giorno successivo a quello originariamente previsto per lo svolgimento della prestazione.

Per entrambi i casi sono previste forme di notifiche al lavoratore, che potrà o dare conferma immediata dell'effettivo svolgimento della prestazione, impedendo così una eventuale revoca successiva, o, qualora la comunicazione di revoca sia stata resa a fronte di una prestazione lavorativa effettivamente svolta, sempre entro le ore 24.00 del terzo giorno successivo, comunicare l'avvenuto svolgimento della prestazione, con il conseguente diritto all'accredito del compenso e della posizione assicurativa.

Le pubbliche amministrazioni, cui non si applica il limite dei cinque dipendenti, possono utilizzare i contratti di prestazione occasionale, nel rispetto dei vincoli previsti dalla vigente disciplina in materia di contenimento delle spese di personale, esclusivamente per esigenze temporanee o eccezionali: a) nell'ambito di progetti speciali rivolti a specifiche categorie di soggetti in stato di povertà, di disabilità, di detenzione, di tossicodipendenza o di fruizione di ammortizzatori sociali; b) per lo svolgimento di lavori di emergenza correlati a calamità o eventi naturali improvvisi; c) per attività di solidarietà, in collaborazione con altri enti pubblici e/o associazioni di volontariato; d) per l'organizzazione di manifestazioni sociali, sportive, culturali o caritatevoli.

Alle imprese del settore agricolo, fermo il limite dei cinque dipendenti, ne è consentito l'utilizzo solo per le attività lavorative rese dai soggetti di cui al comma 8, purché non iscritti nell'anno precedente negli elenchi anagrafici dei lavoratori agricoli.

6.9. Quanto infine agli aspetti sanzionatori, nel caso in cui vengano superati i limiti complessivi di cui al comma 1, lettera c – importo di euro 2.500,00 per ciascuna prestazione resa da un singolo prestatore in favore di un singolo utilizzatore –, o, comunque, il limite di durata della prestazione pari a 280 ore nell’arco dello stesso anno civile, o quello diverso per il settore agricolo, il relativo rapporto si trasforma in un rapporto di lavoro subordinato a tempo pieno e indeterminato.

In caso di violazione dell’obbligo di comunicazione preventiva all’Inps ovvero di uno dei divieti di cui al comma 14 si applica la sanzione amministrativa pecuniaria da euro 500,00 a euro 2.500,00 euro per ogni prestazione lavorativa giornaliera per cui risulta accertata la violazione, ma non la procedura di diffida di cui all’art. 13 del d.lgs. n. 124 del 2004.

6.10. All’esito di tale articolato *excursus* normativo, va innanzitutto evidenziato che la nuova disciplina è senza dubbio intervenuta a colmare un vuoto normativo che si era determinato a seguito dell’abrogazione delle disposizioni del d.lgs. n. 81 del 2015.

Della opportunità di disciplinare la fattispecie del cd. lavoro occasionale sono consapevoli gli stessi promotori del referendum, che, come evidenziato nell’istanza, non ritengono che sia necessaria l’eliminazione della fattispecie in sé, ma solo delle degenerazioni abusive nell’utilizzo che erano state consentite dalle modifiche apportate alla disciplina originaria.

Dal confronto tra la nuova disciplina e quella abrogata si evince che il legislatore del 2017 ha perseguito indubbiamente una linea che mira a recuperare l’impostazione restrittiva propria del vecchio regime pur nell’ambito di una cornice aperta a ogni tipologia di prestatore e di prestazione lavorativa.

Significativa in questo contesto è la doppia modalità di utilizzo: da un lato il Libretto di famiglia, concepito come strumento più snello, meno formalizzato, destinato a utilizzatori meno interessati all’elusione, in quanto alla ricerca di servizi più che di profitti; dall’altro il Contratto di lavoro occasionale, dal regime giuridico più articolato, ma nello stesso tempo adeguato alle finalità dell’istituto che mira comunque a regolare prestazioni saltuarie.

Posta la meritevolezza della fattispecie, se correttamente regolata e utilizzata, *la nuova regolamentazione di cui all’art. 54-bis, in disarmonia con la precedente, persegue una accentuazione delle limitazioni, non solo quantitative ma anche qualitative, una agevolazione della tracciabilità attraverso la gestione informatica unitaria da parte dell’Inps, un aumento delle tutele per il prestatore sia sul fronte retributivo che delle modalità del rapporto, un irrigidimento del profilo sanzionatorio.*

Il passaggio dalla disciplina del cd. lavoro accessorio a quella del cd. lavoro occasionale non appare meramente terminologico ma di contenuto [corsivo dell’Autore]. L’apparente definizione dell’occasionalità, contenuta nel comma 1, con esclusivo riferimento a limiti quantitativi (come avveniva al comma 1 dell’art. 48 del d.lgs. n. 81 del 2015), è significativamente integrata, per il lavoro con LF, dalla circoscrizione dell’utilizzo dell’istituto a prestazioni lavorative specificamente individuate e, per il contratto di prestazione occasionale (Cpo), oltre alle particolari restrizioni riferite al lavoro presso le pubbliche amministrazioni, dalla generale qualificazione dello stesso, al comma 13, come avente a oggetto “prestazioni di lavoro occasionali o saltuarie di ridotta en-

tità”: indicazione qualitativa non puramente teorica ma anche qui concretamente condizionante, attraverso la possibile verifica in sede contenziosa, il corretto utilizzo dell’istituto.

Lo stesso criterio quantitativo, già ridimensionato nella misura, si è arricchito del limite per ciascun utilizzatore in riferimento alla totalità dei prestatori, che consentirà di evitare il *turnover* abusivo a questa forma contrattuale (per il cui mancato rispetto – di cui si lamenta nell’istanza l’assenza di previsioni sanzionatorie – sarà evidentemente la giurisprudenza a ricercare e individuare le applicabili conseguenze pregiudizievoli), nonché del monte orario di 280 ore annue, pari a sole 35 giornate lavorative di otto ore, non molto lontano dai 30 giorni di cui al d.lgs. n. 276 del 2003. A esso sono stati aggiunti, oltre a quelli generali già menzionati, particolari limiti qualitativi, sia con riferimento a condizioni del lavoratore, quali il divieto di prestazioni occasionali per i lavoratori che siano già dipendenti o con rapporto di collaborazione coordinata e continuativa o lo siano stati nei sei mesi antecedenti, sia con riferimento ai divieti di cui al comma 14, tra cui primeggia il divieto per gli imprenditori con più di cinque dipendenti.

Al fine di semplificare le procedure di controllo, il confronto dei dati, la gestione dei compensi e della contribuzione, è stata creata un’unica piattaforma informatica gestita dall’Inps; sul fronte della retribuzione è meritevole l’intento di semplificare, con la scelta del compenso fisso, in caso di utilizzo nell’ambito del “LF” e dell’autonomia contrattuale, con la previsione di un minimo non solo orario ma anche giornaliero, per il compenso nell’ambito del “Cpo”.

Il regime sanzionatorio ha introdotto per la prima volta la previsione che, in caso di superamento dei limiti fissati tra singolo prestatore e singolo utilizzatore, il rapporto di lavoro si trasforma in rapporto a tempo pieno e indeterminato: previsione di non poco momento in quanto, in caso di uso fraudolento dei *voucher* per occultare una diversa tipologia contrattuale, potrà essere invocata in sede giudiziaria previo accertamento di fatto, mediante prova per testimoni e presunzioni, analogamente a quanto avviene in caso di rapporti a nero, con il vantaggio che non sarà necessario provare l’esistenza del rapporto, ma solo le effettive modalità di svolgimento dello stesso con superamento del monte retributivo o del monte orario.

L’analisi comparata delle nuove e vecchie disposizioni consente di affermare che, pur nella sua complessa articolazione, che la distingue da un mero ritorno al passato, la nuova tipologia contrattuale recupera, attraverso vari meccanismi, il requisito essenziale della “occasionalità” della prestazione.

In tal senso, oltre ai numerosi limiti fissati all’utilizzo dell’istituto, che, seppure non rigorosi come nella disciplina originaria del 2003, sono stati significativamente intensificati rispetto alla disciplina oggetto del quesito referendario e diversificati in riferimento alle diverse caratteristiche soggettive degli utilizzatori, e all’innovativo e adeguato regime sanzionatorio che, oltre a svolgere una funzione deterrente preventiva, garantirà una più efficace risposta repressiva agli utilizzi abusivi, militano in particolare, come già detto, nel caso del “LF”, la indicazione, contenuta al comma 10, di specifiche attività, e, per il “Cpo”, il riferimento, al comma 13, a prestazioni di lavoro “occasionalmente o saltuarie di ridotta entità”.

6.11. A questo punto, considerato che nella specie il confronto finalizzato alla verifica dei presupposti di cui abrogazione sufficiente si opera fra insiemi organici di norme e deve quindi concernere, secondo le indicazioni della Consulta, i relativi principi ispiratori, non può non ritenersi, alla stregua dei rilievi sopra esposti, che l'intervento normativo sopravvenuto, indipendentemente dalle divergenze o dalle affinità fra le singole disposizioni contenute nella vecchia e nella nuova disciplina, ha certamente riguardato i suddetti principi, intaccando in modo sostanziale la "deriva" liberalizzatrice che l'istituto aveva finito per assumere negli artt. 48, 49 come modificato, e 50 del d.lgs. n. 81 del 2015 – e che era stata alla base anche della ritenuta ammissibilità del quesito referendario da parte della Consulta – e recuperando, sia pure in un contesto nuovo e più articolato, il requisito della "occasionalità" dell'esigenza lavorativa, che restituisce all'istituto in esame la caratteristica di strumento effettivamente finalizzato alla disciplina delle prestazioni lavorative svolte in minima entità e in contesti marginali, e non alternativo ad altre forme contrattuali già presenti nel panorama lavoristico: il tutto in linea con l'obiettivo sostanziale perseguito dai promotori dell'iniziativa referendaria, come valorizzato dalla stessa Corte costituzionale in sede di valutazione di ammissibilità del quesito. Valga al riguardo riportare il seguente significativo passaggio con cui la Corte costituzionale, nella sentenza n. 28 del 2017, ha definito la situazione normativa sfociata nella legge del 2015: "L'evoluzione dell'istituto, nel trascendere i caratteri di occasionalità dell'esigenza lavorativa cui era originariamente chiamato ad assolvere, lo ha reso alternativo a tipologie regolate da altri istituti giuslavoristici e quindi non necessario. Invero, attraverso i ricordati interventi normativi, la originaria disciplina del lavoro accessorio, quale attività lavorativa di natura meramente occasionale, limitata, sotto il profilo soggettivo, a particolari categorie di prestatori, e, sotto il profilo oggettivo, a specifiche attività, ha modificato la sua funzione di strumento destinato, per le sue caratteristiche, a corrispondere a esigenze marginali e residuali del mercato del lavoro. Tale modifica appare già emblematicamente attestata dal cambiamento della denominazione della rubrica del Capo II del d.lgs. n. 276 del 2003, in cui risultano inserite le originarie previsioni normative ("Prestazioni occasionali di tipo accessorio rese da particolari soggetti") rispetto a quella recata dal Capo VI del d.lgs. n. 81 del 2015 ("Lavoro accessorio"), nel quale sono inseriti gli articoli di cui si chiede l'abrogazione referendaria, in quanto viene a mancare qualsiasi riferimento alla occasionalità della prestazione lavorativa quale requisito strutturale dell'istituto".

La sostituzione della disciplina del "lavoro accessorio" di cui agli artt. 48, 49 come modificato, e 50 del d.lgs. n. 81 del 2015, con quella delle "prestazioni occasionali" di cui all'art. 54-*bis* della l. n. del d.l. 24 aprile 2017, n. 50, conv. in l. n. 96 del 2017, non realizza, quindi, le condizioni per l'invocato trasferimento del quesito referendario dalla vecchia alla nuova disciplina. L'istanza deve, pertanto, essere rigettata.

[*Omissis*].

