

PARTE I  
**DOTTRINA**



*William Chiaromonte, Madia D'Onghia (\*)*

## MIGRANTI, LAVORO E PANDEMIA: NUOVI PROBLEMI, VECCHIE RISPOSTE? (\*\*)

«La tempesta smaschera la nostra vulnerabilità e lascia scoperte quelle false e superflue sicurezze con cui abbiamo costruito le nostre agende, i nostri progetti, le nostre abitudini e priorità. [...] Con la tempesta, è caduto il trucco di quegli stereotipi con cui mascheravamo i nostri “ego” sempre preoccupati della propria immagine; ed è rimasta scoperta, ancora una volta, quella (benedetta) appartenenza comune alla quale non possiamo sottrarci: l'appartenenza come fratelli»

Papa Francesco, *Fratelli tutti. Lettera enciclica sulla fraternità e l'amicizia sociale*, 2020, par. 32

SOMMARIO: 1. Premessa. — 2. Alle origini dell'(ab)uso delle sanatorie: l'inefficiente regolazione degli accessi per lavoro. — 3. La genesi della sanatoria del 2020: fra alti tassi di irregolarità, esigenze di tutela della salute e carenze di manodopera. — 4. I principali profili di criticità della procedura di sanatoria. — 5. Conclusioni: un provvedimento necessario, ma insufficiente.

1. — *Premessa* — L'emergenza Coronavirus ha colpito tutti, ma ancor di più gli emarginati, i deboli, gli ultimi, i precari, gli invisibili e, fra questi, i migranti irregolari. Uomini e donne stranieri, già prima dell'emergenza in una condizione di particolare vulnerabilità, si sono ritrovati drammaticamente privi di ogni forma di tutela, specie ove si consideri la loro presenza in insediamenti informali rurali dove è praticamente impossibile garantire il tanto invocato «distanziamento sociale»; mancano qui del tutto i servizi minimi per l'igiene personale, a partire dall'acqua corrente e dai servizi igienici fino ai dispositivi di protezione individuale, quali mascherine, guan-

---

(\*) Rispettivamente ricercatore di Diritto del lavoro presso l'Università di Firenze e professoressa ordinaria di Diritto del lavoro presso l'Università di Foggia. Pur essendo questo lavoro frutto di una comune riflessione, i parr. 2 e 4 sono stati scritti da William Chiaromonte, i parr. 1, 3 e 5 da Madia D'Onghia.

(\*\*) Questo contributo è stato elaborato in risposta alla *Call for paper* della *Labour Law Community* su *Pandemia, postpandemia e lavoro: quali conseguenze durature?*, organizzata, fra gli altri, da Gigi Mariucci, a cui va il nostro ricordo.

ti, detergenti specifici ecc. Basti pensare ai ghetti agricoli, vere e proprie baraccopoli, o anche ai ricoveri per persone senza fissa dimora dove si trovano tanti stranieri rimasti privi di accoglienza e di permesso di soggiorno a seguito dell'abrogazione della protezione umanitaria. E lo stesso può dirsi per i luoghi di lavoro, campi e molte fabbriche, dove i lavoratori sono a stretto contatto tra di loro senza misure di protezione.

Degli stranieri invisibili non v'è traccia negli innumerevoli provvedimenti adottati in questi mesi per fronteggiare l'emergenza; vi sono, invece, disposizioni, sia pure frammentarie, per gli stranieri con uno *status* d'irregolarità provvisoria (cioè in possesso di un permesso di soggiorno prossimo alla scadenza o in attesa di rinnovo) e per quelli presenti nelle strutture di accoglienza e nei centri di trattenimento per il rimpatrio.

Con riferimento ai primi, l'impossibilità di recarsi presso gli uffici pubblici, determinata dal cd. *lockdown*, ha creato un vero caos nella gestione dei rilasci e dei rinnovi dei permessi di soggiorno (1). La confusione è stata accentuata dal susseguirsi vertiginoso di atti normativi (perennemente in divenire, stante il perdurare dell'emergenza epidemiologica) (2), oltre che da una scarsissima, se non inesistente, comunicazione pubblica delle nuove regole.

Quanto agli stranieri presenti nelle strutture di accoglienza e nei centri di trattenimento per il rimpatrio, gli interventi governativi si sono limitati a richiamare l'attenzione dei prefetti sulle disposizioni adottate per il rigoroso rispetto delle misure di contenimento e prevenzione dell'emergenza epidemiologica (3), compreso l'obbligo per gli ospiti di rimanere all'interno delle strutture. Ma si è trattato di prescrizioni che, il più delle volte, sono rimaste solo delle «buone intenzioni»: è del tutto evidente che le strutture collettive caratterizzate da grandi concentrazioni (Cas, Cara, Hub, Cpr, *hotspot*) non sono oggettivamente idonee a garantire il rispetto delle prescri-

---

(1) Il ministero dell'Interno ha disposto la «chiusura temporanea al pubblico degli sportelli degli Uffici immigrazione, destinati al rilascio e al rinnovo dei permessi di soggiorno», pur senza bloccare «le attività relative all'espulsione degli stranieri irregolari e quelle connesse alla ricezione della manifestazione di volontà di richiedere protezione internazionale» (<https://www.asgi.it/wp-content/uploads/2020/03/circolare-Min.-internochiusura-uffici.pdf>).

(2) L'Asgi, stante la complessità delle disposizioni normative, ha predisposto una scheda sintetica per dare più chiare indicazioni sul rinnovo dei permessi (<https://www.asgi.it/wp-content/uploads/2020/04/9.4.2020-ASGI-ER-rinnovo-permessi-ai-tempi-del-coronavirus.pdf>).

(3) Si tratta di circolari adottate dal capo dipartimento per le libertà civili e l'immigrazione (circolari del ministero dell'Interno 10.3.2020, n. 5897; 5.3.2020, n. 5587; da ultimo, circolare del 1.4.2020). Sul punto vd. D'Onghia 2020a.

zioni legali e la salvaguardia della salute non solo dei richiedenti asilo, ma anche degli stessi operatori dell'accoglienza.

In tale scenario, l'emergenza sanitaria ha reso quanto mai urgente la richiesta di regolarizzare i migranti irregolarmente soggiornanti in Italia, per consentire loro, dandogli piena visibilità, livelli di tutela adeguati, a partire dal fondamentale diritto alla salute (4).

2. — *Alle origini dell'(ab)uso delle sanatorie: l'inefficiente regolazione degli accessi per lavoro* — Invero, di regolarizzazione si era iniziato a parlare ancor prima dell'emergenza Covid-19, nel quadro più generale di una complessiva rivisitazione delle disposizioni che incidono sulle politiche migratorie e sulla condizione degli stranieri in Italia (5). Del resto, nel nostro paese le periodiche sanatorie di stranieri irregolari hanno sempre rappresentato il principale strumento di politica migratoria, affiancandosi al modello «ordinario» di regolazione dei flussi migratori in ingresso, alla cui inadeguatezza hanno sovente tentato (invano) di supplire.

La pandemia da Covid-19 non ha fatto altro che confermare il vistoso limite delle nostre politiche migratorie. Non stupisce, quindi, che il governo Conte II abbia deciso – nel pieno dell'emergenza sanitaria, e all'esito di un confronto aspro e teso – di delegare per l'ennesima volta la gestione del fenomeno migratorio a una procedura di sanatoria (l'ottava realizzata fra il 1986 e oggi), la cui disciplina si rinviene nell'art. 103 del d.l. n. 34/2020 (convertito, con modifiche, in l. n. 77/2020).

Prima di affrontare le principali questioni che tale procedura ha posto e le sue conseguenze è utile evidenziare i limiti dell'attuale assetto della regolazione degli accessi per lavoro, dai quali – come si tenterà di dimostrare – è causalmente dipeso anche il periodico ricorso alle sanatorie, ivi compresa quella da ultimo disposta.

L'inadeguato strumentario normativo vigente, concepito negli anni novanta e disciplinato dal d.lgs. n. 286/1998 (d'ora in poi T.U. imm.), delinea

---

(4) Non a caso sono stati promossi vari appelli e iniziative per sollecitare la regolarizzazione, a partire dalla «lettera-appello» promossa da Flai-Cgil e Terra!, *Agire subito per tutelare la salute dei migranti costretti negli insediamenti rurali informali e nei ghetti* (<https://www.flai.it/primo-piano/emergenza-coronavirus-lettera-appello-della-societa-civile-alle-istituzioni/>), sino a quelli promossi dalla campagna *Ero straniero* (<https://www.arci.it/coronavirus-organizzazioni-ero-straniero-chiedono-a-lamorgese-e-catalfo-regolarizzazione-stranieri-gia-in-italia/>), dalla campagna *Sono qui - Sanatoria subito* (<https://www.lasciatecentrare.it/appello-per-la-sanatoria-dei-migranti-irregolari-ai-tempi-del-covid-19/>) e, da ultimo, dall'Asgi (<https://www.asgi.it/wp-content/uploads/2020/04/proposta-ASGI-emendamenti-COVID-19.pdf>).

(5) In questo senso, da ultimo, Calafà 2020a, 68.

una regolazione giuridica dell'ingresso e del soggiorno per motivi di lavoro caratterizzata da innumerevoli carenze e inefficienze. Più nel dettaglio, e soffermandoci unicamente sulla programmazione dei flussi migratori in ingresso (6), l'assetto delineato dall'art. 3 del T.U. imm., complice il fatto che l'ultimo documento programmatico triennale sulle politiche migratorie è stato approvato in relazione al periodo 2004-2006, ha col tempo determinato una chiusura pressoché totale dei canali d'ingresso regolare per lavoro: in pochi anni si è passati dai 250.000 permessi per lavoro previsti dal «decreto flussi» del 2007 ai 30.850 previsti dai «decreti flussi» degli anni 2015-2020 (7).

Ciò è vero soprattutto se si considera che, da un lato, le quote annualmente fissate sono, in buona parte, riservate alla conversione in permessi di soggiorno per lavoro di permessi rilasciati ad altro titolo (soprattutto per motivi di studio) e che, dall'altro, esse non consentono, allo stato, un ingresso per ricerca di lavoro (contemplato dall'originaria versione dell'art. 23 T.U. imm. prima delle modifiche introdotte dall'art. 19 della l. n. 189/2002) (8), se non nei limiti di quanto provvisoriamente disposto proprio dal d.l. n. 34/2020. Le richieste di autorizzazione all'ingresso, peraltro, hanno storicamente riguardato per la stragrande maggioranza lavoratori stranieri già presenti (e occupati irregolarmente) in Italia, entrati per vie illegali o, spesso, con le modalità legali dell'ingresso per turismo.

Tale assetto ha reso praticamente inaccessibili i canali regolari d'ingresso per lavoro, che pure sarebbero indispensabili per far fronte alla strutturale richiesta di lavoratori stranieri che caratterizza alcuni segmenti del mercato del lavoro nazionale (9); questi ultimi verrebbero, difatti, paralizzati senza la forza lavoro straniera (si pensi – solo per fare un paio di esempi – al settore dei servizi alla persona e al lavoro nella filiera agroalimentare, sul quale si tornerà nel prosieguo).

La carenza di meccanismi legali d'ingresso effettivamente accessibili ha, anzitutto, comportato l'impossibilità pressoché assoluta di instaurare regolari rapporti di lavoro con gli stranieri, provocando l'elusione delle norme concepite per far incontrare domanda e offerta di lavoro e la ricerca di canali d'ingresso alternativi, incrementando in tal modo gli ingressi irregolari

---

(6) Sulle principali criticità della speciale procedura che consente l'assunzione del lavoratore straniero cfr., di recente: McBritton 2017, spec. 118 ss.; D'Onghia 2019; Recchia 2020; Chiaromonte 2020a, spec. 244 ss.

(7) Cfr., da ultimo, quanto disposto dal d.P.C.m. 7.7.2020, pubblicato in *G.U.* il 12.10.2020.

(8) Sulla programmazione dei flussi migratori in ingresso cfr., *amplius*, Chiaromonte 2013, spec. 145 ss.

(9) In questo senso cfr. anche Cnel 2019.

e il giro d'affari delle organizzazioni criminali e, di conseguenza, alimentando il mercato del lavoro sommerso.

Ma non basta: la summenzionata carenza ha, altresì, spinto i flussi migratori in ingresso a incanalarsi nelle uniche altre strade ancora percorribili, vale a dire quelle della protezione internazionale, come riscritta (e circoscritta) dal primo «decreto Sicurezza» (d.l. n. 113/2018, convertito con modifiche in l. n. 132/2018) (10), determinando una mutazione genetica del sistema di asilo che, pur non essendo ovviamente concepito per regolare i flussi dei migranti economici, almeno in parte è stato utilizzato da migranti motivati (anche) da ragioni di ordine economico (11). Scelte restrittive in materia di migrazioni economiche hanno, quindi, anche prodotto una progressiva perdita di significato della stessa distinzione fra migrazioni per motivi economici e migrazioni per motivi umanitari (12), determinando un utilizzo strumentale dei benefici derivanti dalla protezione internazionale anche da parte di quei migranti la cui mobilità non è propriamente indotta da ragioni umanitarie (13).

Essendo del tutto inadeguate le quote previste, praticamente limitate al solo lavoro stagionale, e non essendo stata finora realizzata un'auspicabile opera di complessiva riscrittura della disciplina sul lavoro dei migranti, quantomeno per far fronte alle molteplici criticità che la normativa indubbiamente presenta (14), non stupisce che poco alla volta le procedure di sanatoria abbiano finito per assumere, anzitutto da un punto di vista quantitativo, un ruolo da protagonista nella gestione degli ingressi per lavoro (si stima che le domande di regolarizzazione presentate fra il 1986 e il 2012 ammontino a circa due milioni) (15).

---

(10) Alcune modifiche all'assetto delineato dai «decreti sicurezza» sono state apportate, da ultimo, dal d.l. n. 130/2020, conv. con mod. in l. n. 173/2020, che fra l'altro ha introdotto disposizioni urgenti in materia di immigrazione, protezione internazionale e complementare e affrontato il tema della convertibilità dei permessi di soggiorno rilasciati per altre ragioni in permessi di lavoro.

(11) Chiaromonte 2019, spec. 337 ss.

(12) Su tale aspetto insistono molti dei contributi raccolti in Chiaromonte *et al.* (a cura di) 2020. Cfr. anche D'Onghia 2019, 465.

(13) Martelloni 2020, 111 ss.

(14) Si pensi, oltre al limite delle quote annuali d'ingresso, e solo per fare qualche esempio: al principio dell'«incontro a distanza» tra domanda e offerta di lavoro, che presuppone la residenza all'estero del lavoratore interessato all'assunzione (salvi i casi limitati in cui è riconosciuta la convertibilità del titolo di soggiorno); al filtro della previa verifica di indisponibilità di manodopera già presente in Italia; alla già citata preclusione dell'ingresso per ricerca di lavoro; ai pesanti oneri derivanti – *ex art. 5-bis T.U. imm.* – dalla stipulazione del contratto di soggiorno per lavoro subordinato.

(15) Briguglio 2020.

3. — *La genesi della sanatoria del 2020: fra alti tassi di irregolarità, esigenze di tutela della salute e carenze di manodopera* — Il diffondersi della pandemia da Covid-19, unitamente all'alto numero di stranieri presenti irregolarmente nel nostro paese (secondo alcune stime, si tratta di circa 600.000 persone) (16), ha reso improcrastinabile l'adozione di una nuova sanatoria, a otto anni da quella disposta dal governo Monti con l'art. 5 del d.lgs. n. 109/2012.

Le finalità sottese alla nuova procedura di regolarizzazione sono state esplicitate dallo stesso legislatore nel comma 1 dell'art. 103, d.l. n. 34/2020: «garantire livelli adeguati di tutela della salute individuale e collettiva in conseguenza della contingente ed eccezionale emergenza sanitaria connessa alla calamità derivante dalla diffusione del contagio da Covid-19» e «favorire l'emersione di rapporti di lavoro irregolari».

In relazione alla tutela della salute degli stranieri, e in particolare degli stranieri irregolari (17), vale la pena ricordare che l'ordinamento italiano è uno dei più avanzati e garantisti d'Europa (18): anche gli stranieri irregolari hanno diritto di accedere alle cure ambulatoriali e urgenti o comunque essenziali, ancorché continuative, per malattia e infortunio, e all'estensione dei programmi di medicina preventiva a salvaguardia della salute individuale e collettiva (in particolare, alla tutela della gravidanza e della maternità), alla tutela della salute dei minori, alle vaccinazioni e profilassi, senza oneri a carico dei richiedenti privi delle risorse economiche sufficienti (art. 35, commi 3-4, T.U. imm.) (19). L'accesso di uno straniero irregolare alle strut-

---

(16) Per un quadro aggiornato cfr. Caritas, *Migrantes 2020*. Il numero degli arrivi dall'estero (e degli sbarchi via mare, in particolare) si è decisamente intensificato in conseguenza della deflagrazione, fra il 2014 e il 2015, della cd. crisi migratoria, dopo il fallimento delle cd. «primavere arabe» e la conseguente instabilità politica che ne è derivata, specie in Libia e in Siria (Villa 2020). A ciò si è aggiunta la nota problematica legata all'esecuzione delle misure di allontanamento dal territorio dello Stato, dovuta sia alle difficoltà di intercettare gli stranieri irregolari, sia alle problematiche connesse alla riammissione di costoro nello Stato di provenienza (Briguglio 2020). Va anche detto che a partire dal 2017 tali sbarchi sono andati diminuendo in maniera considerevole, anche in conseguenza del *memorandum* siglato nel 2017 fra Italia e Libia sul contenimento dei flussi migratori e recentemente rinnovato (cfr., da ultimo, Mentasti 2020), per poi azzerarsi praticamente del tutto durante la fase del *lockdown*.

(17) Sulla tutela della salute degli stranieri cfr., di recente: Corsi 2019; Chiaromonte, Guariso 2019, spec. 369 ss.

(18) Terranova 2020, 3.

(19) Per cure urgenti devono intendersi, secondo il ministero della Sanità, quelle che non possono essere differite senza pericolo per la vita o danno per la salute della persona, mentre per cure essenziali quelle prestazioni sanitarie, diagnostiche o terapeutiche che, pur essendo relative a patologie non pericolose nell'immediato e nel breve termine, potrebbero col tempo determinare un maggior danno alla salute o rischi per

ture sanitarie, inoltre, non può comportare alcun tipo di segnalazione all'autorità pubblica, salvi i casi di obbligatorietà di referto (art. 35, comma 5, T.U. imm.). La *ratio* della disposizione – cui si affianca l'importante affermazione del divieto di espulsione dello straniero irregolarmente soggiornante che necessita di cure urgenti e indifferibili (20) – consiste evidentemente nello scongiurare il pericolo che lo straniero irregolare rinunci a beneficiare delle cure di cui necessita per il timore di essere segnalato all'autorità pubblica e il rischio di essere in seguito espulso, con un evidente pregiudizio per il diritto alla salute. Anche lo straniero irregolare affetto da Covid-19 può, dunque, teoricamente chiedere e ricevere assistenza sanitaria senza rischiare alcuna conseguenza, anzitutto sul piano penale, in ragione dell'irregolarità del suo *status*, e ciò a prescindere da quanto da ultimo previsto dal d.l. n. 34/2020.

Ciò nonostante il Governo, consapevole del rischio per la salute collettiva derivante dalla possibile diffusione del contagio, specie in quelle aree del paese all'interno delle quali i migranti irregolari vivono in condizioni precarie anche dal punto di vista igienico-sanitario (21), e in cui è particolarmente difficoltoso il rispetto delle prescrizioni antiCovid-19, ha cercato di neutralizzare tale rischio anche attraverso la regolarizzazione; a essa, peraltro, conseguirà anche il diritto del migrante di iscriversi al Ssn e di avere, quindi, un medico curante, per evitare, così, in caso di contagio, che esso debba recarsi al pronto soccorso col rischio di diffondere il virus (22).

Ma v'è ancora un'altra ragione, probabilmente la più incisiva, che ha spinto l'Esecutivo a intervenire: la carenza di manodopera (e non è certo la prima volta) (23), specie nel comparto agricolo dove i migranti sono ormai

---

la vita (circolare n. 5 del 24.3.2000). L'assistenza sanitaria nei confronti degli stranieri privi di permesso di soggiorno viene erogata previo rilascio di un tesserino con codice regionale individuale Stp (straniero temporaneamente presente). Cfr. anche Cass. 5.6.2012-10.6.2013, n. 14500, S.U., in <https://www.asgi.it/banca-dati/corte-di-cassazione-sezioni-unite-civili-sentenza-5-giugno-2012-10-giugno-2013-n-14500/>, secondo cui la garanzia del diritto fondamentale alla salute del cittadino straniero, presente nel territorio nazionale, comprende non solo le prestazioni di pronto soccorso e di medicina d'urgenza, ma anche tutte le altre prestazioni essenziali per la vita.

(20) C. cost. 17.7.2001, n. 252. Si veda anche l'art. 19, comma 2, lett. *d-bis*, T.U. imm. Cfr. Corsi 2019, spec. 58 ss.

(21) Cfr.: Campanella (a cura di) 2018; D'Onghia 2020a.

(22) Terranova 2020, 3.

(23) Nel commentare la sanatoria del 2002, Di Andrea (2003) ricordava l'ordine del giorno 9/2454/33 a firma dei parlamentari dell'allora maggioranza di centrodestra, che proprio in occasione dell'approvazione della «Bossi-Fini» chiedeva un intervento di sanatoria sulla premessa, si leggeva nell'ordine del giorno, «che è stata più volte ma-

indispensabili (24). Non a caso, tra gli effetti delle misure di contenimento adottate in riferimento all'emergenza Covid-19 le organizzazioni professionali hanno segnalato in modo insistente le difficoltà di gestione delle operazioni stagionali proprio in relazione alla scarsità di manodopera (25). Tali criticità si sono manifestate prima di tutto come conseguenza dei vincoli imposti alla mobilità territoriale, ma anche a causa dei maggiori costi determinati dalle norme di «distanziamento sociale». La necessità di applicare le norme anticontagio e la limitazione della mobilità territoriale hanno impedito il normale flusso di lavoratori soprattutto stagionali, sia europei (in particolare dalla Romania) che extraeuropei; una situazione, peraltro, generalizzata in tutta Europa – con paesi in isolamento e confini chiusi (26) – ove sono state introdotte restrizioni sia alla mobilità interna all'Unione, sia a quella proveniente da paesi terzi (27). Più volte lo stesso Governo, nel presentare la sanatoria, ha enfatizzato la centralità del settore agricolo, proprio per fronteggiare la carenza di manodopera nei campi ma anche per porre un freno allo sfruttamento dei braccianti stranieri da parte di caporali e imprenditori agricoli senza scrupoli.

Tante erano, dunque, le aspettative riposte sulla procedura, e altrettanto numerose erano le domande che ci si aspettava pervenissero entro la scadenza (fissata prima al 15 luglio e poi prorogata al 15 agosto) (28).

Invece, i numeri sono stati alquanto deludenti. Secondo i dati ufficiali sono pervenute 207.542 richieste (29), prevalentemente nel settore del la-

---

nifestata l'esigenza da ampi settori del mondo imprenditoriale e associativo, preoccupati soprattutto dalle difficoltà cui potrebbero andare incontro nel reperimento di manodopera».

(24) Nell'ultimo Rapporto della Fondazione Leone Moressa (2020) si evidenzia come in dieci anni gli immigrati siano cresciuti del 116,9%, passando dalle 71.974 unità del 2009 alle 156.118 del 2018. E, in base alle stime del Crea, su circa un milione di lavoratori agricoli 405.000 sono stranieri, tra regolari e irregolari (cfr. Macri 2019). Cfr. anche Calafà 2020b e, più in generale, Faleri 2020.

(25) Secondo Confagricoltura 2020, sarebbero almeno 250.000 i posti di lavoro rimasti vacanti a causa della pandemia.

(26) Cfr. <https://verfassungsblog.de/covid-19-and-disposable-migrant-workers/>.

(27) In proposito va ricordato che la Commissione europea aveva chiarito come i lavoratori stagionali provenienti da paesi terzi non fossero inclusi nelle limitazioni temporanee dei viaggi non essenziali verso l'Unione. ([https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip\\_20\\_543](https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_20_543)).

(28) Inizialmente fissata al 15.7.2020, la scadenza per l'invio delle istanze di sanatoria è stata successivamente posticipata al 15.8.2020 dall'art. 3 del d.l. n. 52/2020.

(29) Cfr. il *Report* aggiornato alle ore 24:00 del 15.8.2020 ([https://www.interno.gov.it/sites/default/files/2020-08/dlci\\_-\\_analisi\\_dati\\_emersione\\_15082020\\_ore\\_24.pdf](https://www.interno.gov.it/sites/default/files/2020-08/dlci_-_analisi_dati_emersione_15082020_ore_24.pdf)).

voro domestico e di assistenza alla persona (circa l'85% del totale delle domande trasmesse, pari a 176.848), e in numero decisamente inferiore in relazione all'emersione di altre forme di lavoro subordinato (il 15% del totale, pari a 30.694), di cui solo circa 29.500 in agricoltura (le rimanenti concernono la pesca e altri settori) (30).

Ciò che colpisce non è tanto il dato complessivo (specie se lo si rapporta alla sanatoria del 2012, che si era fermata a circa 135.000 domande, con un incremento, dunque, nel 2020 del 54%), quanto la composizione per tipo di lavoro delle domande, posta la netta prevalenza pervenuta da datori di lavoro nell'ambito del lavoro domestico e di cura della persona. E, dunque, gli invisibili dei campi, che spesso vivono in situazioni alloggiative fatiscenti e lavorano per tre euro l'ora, non di rado sotto caporalato, sono rimasti tali (come testimoniano anche recenti notizie di cronaca) (31).

Quali le ragioni di questo parziale successo, o, per dirla in toni più pessimisti (32), del *flop* della sanatoria nel settore agricolo? Per provare a fornire una qualche sintetica risposta è necessario ricostruire brevemente il quadro normativo di riferimento, privilegiando alcuni profili più problematici, relativi soprattutto al campo di applicazione, e tralasciando, invece, gli aspetti più strettamente procedurali.

4. — *I principali profili di criticità della procedura di sanatoria* — Veniamo, dunque, alle principali criticità dell'art. 103 del d.l. n. 34/2020, che, come si anticipava, in vario modo hanno condizionato la sua efficacia in termini di risultati attesi.

---

(30) Vanno poi aggiunte le richieste di permesso di soggiorno temporaneo (12.986), prevalentemente riconducibili al settore agricolo dove sono occupati i richiedenti asilo, ex d.lgs. n. 25/2008, rispetto ai quali, peraltro, era anche sorto il dubbio se potessero avanzare la domanda di sanatoria (risolto positivamente dalla circolare congiunta del ministero dell'Interno e del ministero del Lavoro del 24.7.2020; in proposito si veda anche Tar Marche 17.9.2020, n. 369).

(31) Solo per citare uno dei casi più recenti, il 24.8.2020 la Guardia di Finanza ha sequestrato l'azienda agricola StraBerry a Cassina de' Pecchi (Milano) nell'ambito di un'indagine sul caporalato. Il decreto è stato eseguito dalla Guardia di Finanza, che ha accertato un «sistematico sfruttamento illecito della manodopera agricola a danno di circa 100 lavoratori extracomunitari». Dalle indagini sono emerse «anomalie nelle assunzioni e nelle retribuzioni dei dipendenti dell'azienda» e «gravi e perduranti violazioni delle norme che regolano l'impiego dei braccianti agricoli». I lavoratori erano costretti a turni di 9 ore dietro pagamento di 4,50 euro all'ora; alla iniqua retribuzione si aggiungevano vessazioni durante il lavoro, il tutto sotto la minaccia costante del licenziamento (<https://www.lastampa.it/milano/2020/08/24/news/sequestrata-la-straberry-l-azienda-sfruttava-i-braccianti-4-5-euro-l-ora-1.39226954>).

(32) Di vero e proprio «fallimento della sanatoria» si parla in un recente articolo del settimanale *L'Espresso* del 23.8.2020, dal titolo *Al mercato dei falsi contratti*: Lorem Ipsum 2020.

Premesso che si tratta di un provvedimento complicato, con profili talvolta al limite della legittimità costituzionale (33), scarsamente organico e a tratti anche incoerente rispetto alle intenzioni dichiarate di voler regolarizzare il lavoro sommerso e tutelare la salute individuale e collettiva (34), in questa sede sarà possibile porne in luce solo alcuni aspetti. Prima di farlo, tuttavia, ci pare utile anticipare la conclusione del nostro ragionamento: per quanto la scelta governativa rappresenti certamente un passo in avanti per la tutela dei diritti dei lavoratori migranti irregolari, allo stesso tempo sono stati compiuti una serie di passi indietro che rischiano di vanificarne gli effetti. A un impianto normativo insufficiente si sono aggiunte, infatti, le difficoltà di una procedura macchinosa: la presenza di una serie di norme ostative e di paletti alla regolarizzazione non solo ha sollevato molti dubbi, anzitutto in relazione alle finalità enunciate dal decreto legge, ma soprattutto ha inciso in maniera considerevole sul numero dei potenziali lavoratori da regolarizzare.

Il d.l. n. 34/2020 ha previsto due distinte ipotesi di regolarizzazione.

La prima consentiva ai datori di lavoro (cittadini italiani, dell'Unione europea o stranieri in possesso di permesso di soggiorno Ue per soggiornanti di lungo periodo) di presentare un'istanza per la stipulazione di un contratto di lavoro subordinato con uno straniero presente sul territorio nazionale, ovvero per l'emersione di un rapporto di lavoro irregolare già in essere al 19 maggio 2020 con un cittadino straniero (ma anche con un cittadino italiano o dell'Unione europea) (35). In entrambi i casi, gli stranieri dovevano poter dimostrare, attraverso uno dei mezzi di prova espressamente indicati nel decreto, di essere presenti in Italia prima dell'8 marzo 2020.

La seconda, invece, consentiva agli stranieri con permesso di soggiorno scaduto dopo il 31 ottobre 2019, e che avessero lavorato in uno dei settori individuati dal decreto, di richiedere un permesso di soggiorno per ricerca di lavoro della durata di 6 mesi, convertibile in permesso di soggiorno per lavoro nel caso in cui, nel termine di durata del permesso temporaneo, fossero riusciti a trovare un'occupazione in uno dei settori individuati. Se è vero che l'attivazione di questo secondo canale di emersione ha permesso di prescindere dall'intercessione delle aziende, trattandosi di una procedura avviata su iniziativa del lavoratore, è altrettanto vero che esso rischia di tramutarsi in un'illusione: terminati i sei mesi, chi non avrà trovato lavoro tornerà irregolare. È difficile, infatti, immaginare che lo straniero, una volta

---

(33) Per una disamina di tali aspetti si rinvia a Morozzo della Rocca 2020.

(34) Cfr. Paggi 2020.

(35) Nell'economia del presente contributo si tratta esclusivamente delle procedure di emersione/regolarizzazione relative ai cittadini di paesi terzi.

scaduto il termine, non avendo trovato un'occupazione si autodenunci o chieda alle autorità pubbliche di essere rimpatriato.

La domanda di emersione del lavoratore straniero poteva essere presentata previo pagamento da parte del datore di un contributo forfettario di 500 euro per ciascun lavoratore. Inoltre, per la sola domanda di regolarizzazione di un rapporto di lavoro irregolare era richiesto il pagamento di un ulteriore contributo forfettario a titolo contributivo, retributivo e fiscale, il cui importo è stato determinato con decreto dei ministeri di Lavoro, Economia, Agricoltura e Interno, solo molto dopo il termine ultimo per la presentazione delle istanze di regolarizzazione (36). Ciò ha comportato, di fatto, che le imprese abbiano avviato la procedura senza sapere quanto sarebbe costata effettivamente l'emersione: una sorta di salto nel buio che, in alcuni casi, ha contribuito anche a scoraggiare molti datori di lavoro (37). Per quanto concerne, invece, la domanda per un permesso di soggiorno temporaneo, il lavoratore prima dell'inoltro doveva versare un contributo di 130 euro, più una cifra di 30 euro per gli oneri relativi agli adempimenti effettuati.

Come l'esperienza passata insegna, anche in questa ultima sanatoria, nonostante quanto disponga la norma, il rischio che i costi della regolarizzazione ricadessero, nella pratica, sugli stessi lavoratori si è rivelato concreto. Da alcune recenti indagini giornalistiche si è appreso che la procedura, in non pochi casi, sia sfociata in «un mercato illegale a spese degli ultimi», testimoniato da molteplici segnalazioni «di “padroni” che hanno scelto a chi concedere il contratto, ancora una volta dietro lauto compenso» (38).

Passando all'esame del campo di applicazione dell'art. 103, ha sollevato da subito innumerevoli critiche la scelta di limitare le procedure di emersione solo ad alcuni settori economici e produttivi, sostanzialmente, cioè, a tre comparti: quello dell'agricoltura, allevamento e zootecnia, pesca e acquacoltura e attività connesse; quello dell'assistenza alla persona per se

---

(36) Il decreto, approvato in Consiglio dei ministri l'8.7.2020, è stato pubblicato in *Gazzetta Ufficiale* solo l'8.9.2020. L'importo del contributo forfettario è pari a 300 euro per i settori dell'agricoltura e attività connesse, e a 156 euro per il settore dell'assistenza alla persona e del lavoro domestico.

(37) Secondo la Flai-Cgil, oltre 1.837 domande sono rimaste ferme allo stato di bozza per il settore agricolo proprio perché i datori di lavoro si presentavano presso le strutture provinciali per chiedere i costi dell'apertura dell'istanza e, non avendo certezza di quale esborso ulteriore avrebbero dovuto affrontare, desistevano (cfr. Mininni 2020).

(38) Vd. la già citata indagine condotta da Lorem Ipsum – collettivo di giovani giornalisti *freelance* che collabora con *L'Espresso* –: Lorem Ipsum 2020, 40.

stessi o per componenti della propria famiglia, ancorché non conviventi, affetti da patologie o handicap che ne limitino l'autosufficienza; infine, quello del lavoro domestico di sostegno al bisogno familiare.

Al di là di alcuni dubbi interpretativi circa la precisa individuazione dei confini dei predetti settori lavorativi (meglio precisati da alcuni provvedimenti attuativi) (39), appare del tutto irragionevole la scelta di una limitazione settoriale, neppure giustificata dalla necessità di reperire manodopera utile per la contingenza lavorativa soltanto per determinate filiere, sul presupposto, non provato, che la grave crisi occupazionale derivante dalla pandemia non avrebbe consentito comunque l'assorbimento in altri settori lavorativi (si pensi, ad esempio, all'edilizia, al turismo o alla ristorazione) (40).

Sono stati così lasciati fuori dall'emersione quasi 200.000 irregolari del settore edile e moltissimi altri nella logistica, nei trasporti, nel commercio e nel turismo, dove lavoro nero, analogamente al comparto agricolo, significa molto spesso sfruttamento (41). Viene naturale chiedersi quale volume di domande sarebbe stato raggiunto se si fosse aperta la possibilità di regolarizzarsi a lavoratori occupati in tutti i settori economici. Certo è che questa limitazione appare ben poco coerente con lo scopo dichiarato dell'emersione e con lo stesso obiettivo iniziale della misura, ovvero garantire la sicurezza e la salute di tutti i cittadini.

Ma v'è di più. L'aver lasciato fuori molti comparti ha impedito di offrire un'opportunità di regolarizzazione a chi già di fatto lavorava in quei settori, contribuendo a sviluppare quel mercato di contratti di lavoro falsi – già prima menzionati – venduti da datori di lavoro italiani, a cifre anche esorbitanti, spesso grazie all'aiuto di intermediari stranieri che hanno approfittato delle difficoltà dei connazionali per raggiurarli. Non a caso si è parlato

---

(39) Il decreto interministeriale del 27.5.2020 ha predisposto un allegato nel quale sono state specificatamente elencate (con i relativi codici Ateco) le attività da considerarsi «connesse» al comparto di riferimento; analogamente, sono stati forniti chiarimenti (cfr. circolare Inps n. 68 del 31.5.2020) anche con riferimento alle attività di assistenza alla persona.

(40) Critico, fra gli altri, anche Bonetti (2020, 25). Di una scelta restrittiva, dettata, più che dalla «coerenza», da «un compromesso politico», parla anche Morozzo della Rocca (2020, 1018).

(41) Basti qui ricordare le recenti inchieste giudiziarie sul mondo dei *rider* e delle piattaforme (si pensi al caso *Uber Italy*: <https://www.ilsolo24ore.com/art/capolarato-rider-tribunale-milano-commissaria-uber-italy-ADMPTEU>), che hanno fatto emergere situazioni di grave sfruttamento di centinaia di *rider*, spesso migranti e richiedenti asilo, reclutati in situazioni di emarginazione sociale.

di una vera e propria «compravendita delle indulgenze» (42), con l'effetto paradossale che una normativa nata per «sanare» le illegalità abbia finito per favorirle. Per molti *sans papier*, disposti a dare tutto pur di regolarizzarsi, è diventata una questione di vita o di morte; motivo per il quale hanno subito ricatti e pressioni, fino a pagare tutto di tasca propria.

Peraltro, la normativa si presenta contraddittoria, posto che lo stesso art. 103, al comma 4, dispone che, se dopo una prima assunzione per lo svolgimento del lavoro in una delle categorie indicate il rapporto di lavoro cessa – magari per dimissioni – e sia rilasciato un permesso di soggiorno per attesa occupazione, nulla impedisce che il lavoratore possa essere assunto in altri settori lavorativi, stante peraltro il richiamo esplicito all'applicazione delle garanzie di cui all'art. 22 del T.U. imm., che dovrebbe assicurare, a seguito dell'iscrizione al Centro per l'impiego, il pieno accesso all'intero mercato del lavoro. In altri termini, il permesso di soggiorno per lavoro ottenuto a seguito della procedura di regolarizzazione consente al lavoratore di poter svolgere, in seguito, qualsiasi attività lavorativa, il che pare confermare ulteriormente l'irragionevolezza della limitazione settoriale.

A complicare il quadro, la norma ha previsto anche una intricata congerie di cause ostative, di inammissibilità e di rigetto dell'istanza, per i datori di lavoro e per i lavoratori, connesse a circostanze rilevanti sotto il profilo penale o della pericolosità. A ciò si sono aggiunte le difficoltà probatorie per attestare il possesso dei requisiti richiesti ai fini della regolarizzazione, a iniziare dalla prova della presenza dello straniero sul territorio nazionale prima dell'8 marzo 2020 e del mancato allontanamento successivo a tale data dal territorio nazionale. Tali condizioni – che non possono essere approfondite in questa sede (43) – in ultima istanza hanno ulteriormente circoscritto il numero dei potenziali beneficiari della misura.

Non meno farraginoso, poi, è stata la dimostrazione degli ulteriori requisiti di ammissibilità richiesti dal d.l. n. 34/2020, che si è tradotta in un complesso di verifiche in sede amministrativa e di vincoli procedurali per il perfezionamento della regolarizzazione che hanno prefigurato un vero e proprio percorso a ostacoli e una conseguente tempistica di smaltimento burocratico ancora *in itinere*.

La lunga serie di sanatorie già sperimentata non è, dunque, servita a ricordare al legislatore che l'introduzione di requisiti di accesso alla procedura particolarmente stringenti, oltre a pregiudicare il buon esito della stessa regolarizzazione, ha storicamente comportato, da un lato, l'indi-

---

(42) Il riferimento è sempre alla citata indagine condotta da Lorem Ipsum 2020.

(43) Cfr., per un approfondimento su tali aspetti, Chiaromonte, D'Onghia 2020.

viduazione di vie d'uscita (spesso illegali) per aggirare quanto previsto dalla legge e, dall'altro, l'introduzione di correttivi finalizzati ad allentare i requisiti fissati (44). Nel caso della sanatoria del 2020, come dimostrano i fatti, si è preferito ancora una volta seguire la prima strada.

5. — *Conclusioni: un provvedimento necessario, ma insufficiente* — L'analisi sin qui svolta, a partire dai dati della sanatoria (non tanto quantitativi, quanto qualitativi), testimonia come i diversi rischi paventati, sin dalle prime settimane, per chi avesse fatto accesso alla procedura si siano trasformati in un dato concreto. E a nulla sono valse le diverse richieste, avanzate al Governo dalle associazioni che tutelano i diritti degli immigrati e da alcune sigle sindacali, per integrare e correggere la disposizione normativa (45).

Pur convenendo sull'opportunità del provvedimento (non fosse altro nella logica del «meglio di niente»), spiace, quindi, constatare come la montagna abbia partorito un topolino (al netto dei notevoli risvolti economici per le casse dello Stato) (46), soprattutto rispetto al più volte richiamato obiettivo di porre fine alle gravi forme di sfruttamento dei migranti e di compensare la carenza di manodopera agricola.

D'altro canto, non poteva che esserci questo risultato, avendo il Governo sovraccaricato un'unica procedura di più obiettivi: da quello sanitario-emergenziale, per garantire il diritto alla salute a tutti gli irregolari e contestualmente contenere la pandemia, a quello economico-occupazionale, per soddisfare il fabbisogno di lavoratori in alcuni settori strategici.

Per il fine sanitario meglio sarebbe stato puntare a una regolarizzazione generalizzata (di tutti gli irregolari presenti), automatica (*ope legis*), strettamente correlata, nella durata, alla situazione di emergenza sanitaria, rapida, che ben avrebbe potuto aggirare i tanti prevedibili «lacci e laccioli» amministrativi (47).

---

(44) Briguglio 2020.

(45) Si veda, per tutti, Santoro 2020.

(46) A partire dai dati del *Report* finale del Viminale, l'Osservatorio Domina (<https://www.osservatoriolavorodomestico.it/>) ha stilato un bilancio tra i benefici della regolarizzazione e i costi sostenuti per effettuarla. Innanzitutto, le entrate date dal contributo forfettario richiesto per la regolarizzazione sono pari a 105,5 milioni, contro 75,2 milioni di costi di gestione amministrativa, per un saldo positivo pari a 30,3 milioni. A ciò si aggiunge l'ulteriore (e più duraturo) beneficio dovuto al fatto che ogni lavoratore, una volta regolarizzato, porterà nelle casse dello Stato anche contributi assistenziali e previdenziali, Irpef e addizionali locali. Cfr.: Di Porto *et al.* 2020; Di Caro, Sacchi 2020; Di Pasquale, Tronchin 2020.

(47) In questa logica vi è anche chi ricorda come il nostro ordinamento abbia già lo strumento giuridico per regolarizzare, per esigenze sanitarie, tutti gli stranieri che si tro-

Se il problema era, poi, l'impossibilità per i lavoratori stagionali stranieri di arrivare in Italia a causa della chiusura delle frontiere, più efficace sarebbe stato orientare l'attenzione sui «corridoi verdi», seguendo, così, le orme di altri paesi (Francia, Germania, Gran Bretagna, Austria, Danimarca, Finlandia, Norvegia e Spagna) per colmare il *mismatch* fra domanda e offerta di manodopera e siglare con Stati dell'Est Europa accordi bilaterali basati sui principi dell'immigrazione circolare (48). In questo modo sarebbe stato possibile rilasciare, da parte dello Stato di destinazione, un permesso temporaneo per lavoro e un visto di reingresso pluriennale per i migranti che, a conclusione dei raccolti, avessero garantito di ritornare nei loro paesi di origine. All'immigrazione circolare, però, si è preferito ancora una volta la «tradizionale» strada della sanatoria, con il risultato che a garantire il lavoro nei campi sia rimasto il solito esercito di irregolari, sempre presente, disponibile e ricattabile per la sua vulnerabilità.

Ebbene, se si vuole trarre qualche lezione dalla storia più recente (49), va accettato che una regolarizzazione – da sola – non può essere sufficiente ad affrontare l'attuale congiuntura con tutte le sue criticità, che finiscono per riproporsi puntualmente dopo un certo lasso di tempo, oltre al fatto che essa sposta l'attenzione dal vero problema che sta dietro alla irregolarità/illegalità di molti rapporti di lavoro, e cioè l'assenza di canali regolari di ingresso e di strumenti adeguati di incontro tra domanda e offerta di lavoro, come sottolineato sin da subito in questa riflessione.

Peraltro, nella dialettica politica, una misura di questo tipo rischia di essere un comodo bersaglio per chi lucra consensi sull'idea che, durante una crisi sanitaria ma anche economica, si dovrebbe pensare prima al lavoro degli italiani (50), generando una nuova polarizzazione che vanifica il difficile ma necessario percorso di deideologizzazione e non strumentalizzazione del dibattito per individuare un terreno comune di riforma.

In altri termini, pur riconoscendo la regolarizzazione del 2020 come un

---

vano in Italia in situazione di soggiorno irregolare, ovvero l'art. 20-*bis* T.U. imm., che consente di rilasciare il permesso di soggiorno per calamità (così Bonetti 2020, 33 ss.).

(48) Anche la Commissione europea aveva sollecitato gli Stati membri a garantire, attraverso questa via, la libera circolazione dei lavoratori stranieri stagionali in settori strategici come quello agricolo: Commissione europea, *Comunicazione sull'attuazione delle corsie verdi («green lanes») previste dagli orientamenti relativi alle misure per la gestione delle frontiere destinate a tutelare la salute e garantire la disponibilità di beni e servizi essenziali* (2020/C 96 I/01), 24.3.2020. Sul punto, cfr. anche Chiaromonte 2020c, 3.

(49) In tal senso vd. Colucci 2020.

(50) Emblematica, in tal senso, è la severa critica di Forlani (2020), che ritiene addirittura la sanatoria controproducente ai fini della regolarizzazione effettiva e duratura di tutti i tipi di rapporto, oltre che fiera di disoccupazione e altro lavoro sommerso.

provvedimento necessario, specie in questa difficile fase pandemica, resta l'urgenza di porre in essere una riforma strutturale e realistica dell'immigrazione. Occorre, cioè, superata la tradizionale impostazione securitaria ed emergenziale (51), ridefinire, una volta per tutte, la normativa vigente in materia di ingressi legali e inclusione lavorativa. Non basta regolarizzare gli immigrati; bisogna anche «regolarizzare l'immigrazione» (52), e non per *slogan* o con norme complesse, tanto più se si vuole avviare una battaglia seria contro lo sfruttamento nei campi. Lo strumento della sanatoria (anche la migliore giuridicamente possibile) non è in grado di garantire salari che non siano di povertà e di ripristinare i diritti fondamentali nei luoghi di lavoro, né tantomeno è sufficiente a far scomparire i ghetti o a rendere più vivibile la vita dei lavoratori stagionali. Non è un caso se su questi profili l'art. 103 si sia limitato a previsioni del tutto generiche, rinviando a «soluzioni e misure urgenti idonee a garantire la salubrità e sicurezza delle condizioni alloggiative, nonché ulteriori interventi di contrasto del lavoro irregolare e del fenomeno del caporalato» (comma 20) (53).

Rimane sempre centrale il tema della precarietà lavorativa e alloggiativa che vivono i migranti stranieri, i quali si muovono sul territorio in base all'evolversi dei fabbisogni legati alle specializzazioni produttive (una sorta di «mobilità forzata») del comparto agricolo. Un settore, quello primario, che certamente, nell'attuale emergenza da Covid-19, è uno di quelli la cui domanda ha tenuto e tiene di più rispetto ad altre parti dell'economia completamente ferme, ma soffre al pari di altri settori nella parte a monte della filiera, e in particolar modo nella produzione, lavorazione e raccolta dei prodotti, su cui si finisce per far ricadere tutti i costi (54).

A tutto ciò si aggiunge che, in un sistema istituzionale e di *welfare* che premia la stanzialità (come evidenzia, ad esempio, il requisito della residenza richiesto per l'accesso a diverse prestazioni di sicurezza sociale), la mobilità territoriale di questi soggetti mina la garanzia dei diritti relativi alle richieste e ai rinnovi dei permessi di soggiorno, all'iscrizione all'anagrafe sa-

---

(51) Sul punto si rinvia, da ultimo, a Spataro 2020.

(52) Così, efficacemente, Colucci 2020.

(53) Molto critico anche Paggi (2020), che sottolinea «la superficialità e la scarsa coerenza» dell'art. 103 su questo profilo.

(54) Il tema richiederebbe un maggiore approfondimento. Basti solo qui ricordare la presenza di inique modalità di distribuzione del valore lungo tutta la filiera agricola a causa dell'enorme differenza di potere contrattuale tra gli operatori agricoli (spesso piccoli e disorganizzati) e le altre parti della filiera, in particolare la grande distribuzione organizzata, capace di imporre meccanismi sperequativi di formazione dei prezzi (come le «aste informatiche al doppio ribasso»). Si rinvia, per tutti, a: Viganò 2018, 307 ss.; Canfora 2018.

nitaria, nonché all'accesso alla tutela giurisdizionale. E anche laddove si riesca a far valere, in sede giudiziaria, l'operatività del principio di non discriminazione (si pensi all'ampio contenzioso che ha consentito, in più occasioni, di correggere i fenomeni di esclusione dello straniero dalle diverse forme di *welfare*) (55), non va trascurato che i giudici sviluppano, integrano e correggono le potenzialità del sistema, ma non possono sopperire integralmente alla mancanza di un progetto più organico e sistematico di tutela che solo l'intervento di un legislatore può delineare.

Persistere nel nesso tra «clandestinità», marginalità sociale e pericolosità pubblica finisce per generare una sorta di effetto *boomerang*, lasciando totalmente sprovvisti i lavoratori di protezione sociale, ivi compresa quella tutela sanitaria, tanto evocata in questi mesi, affidata perlopiù (e non da oggi) all'attivismo di organizzazioni sindacali, di associazioni di volontariato, come la Caritas, e, per i più fortunati, agli organi di giustizia.

Si trascura, inoltre, di considerare che un appropriato sistema di gestione dei flussi stagionali potrebbe ottenere addirittura un triplice successo: rispondere in modo appropriato al fabbisogno di lavoro nei picchi stagionali; rafforzare il potere contrattuale e, dunque, le tutele dei lavoratori; stimolare lo sviluppo nei paesi d'origine. Le misure che controllano o regolano la migrazione hanno, infatti, un impatto sostanziale sul mercato del lavoro, sullo sviluppo economico e, più in generale, sul benessere sociale, a partire dai paesi di destinazione.

Perfino il tempo straordinario che stiamo vivendo nel mondo intero, nel pieno della crisi della pandemia da Covid-19, di chiusura di tutti i porti e degli aeroporti, sta dimostrando in modo evidente che fermare la mobilità umana uccide, oltre all'economia, i tessuti sociali. Chiudere ogni famiglia nella propria casa, ogni città dentro le sue mura, ogni nazione dentro i confini, funziona bene per fermare una malattia infettiva, ma distrugge assolutamente tutto il resto, alimentando un grave analfabetismo culturale. E, in tal senso, appare quanto mai urgente anche avviare un processo culturale di recupero della dignità del lavoro, in generale, e di quello agricolo, in particolare, perché lo sfruttamento è anche frutto dello scarso riconoscimento sociale attribuito proprio al lavoro agricolo, soprattutto di tipo avventizio, che, specie in alcune zone del nostro paese, è storicamente associato alle condizioni socioeconomiche più disagiate e alle fasce di popolazione meno qualificate, oggi sostituite da «un'umanità di scarto» rappresentata dalla popolazione migrante (56).

---

(55) In proposito si rinvia a Chiaromonte, Guariso 2019.

(56) In questi termini si esprime Barberis 2018.

In questa prospettiva, resta imprescindibile che qualunque intervento legislativo, anche quello più garantista, debba smettere di considerare gli immigrati, specie se irregolari, come una massa indistinta, trascurando il fatto che si tratta di decidere di aspetti essenziali della vita di tanti singoli individui e contribuire alla loro integrazione. E, dunque, è necessario porre fine a quelle politiche pubbliche che alimentano atteggiamenti culturali regressivi, eccessivamente semplificati, riducendosi alla contrapposizione tra cittadini e non cittadini, frontiere aperte o frontiere chiuse, accoglienza o espulsione. Il che significa null'altro che attenersi alla visione solidaristica della nostra Costituzione, la quale colloca la persona (e i diritti che valgono a definirla) al centro dell'apparato istituzionale, generando quel circolo virtuoso tra sicurezza, dignità e solidarietà (57).

#### Riferimenti bibliografici

- Barberis E. (2018), *La vulnerabilità sociale dei lavoratori sfruttati*, in P. Campanella (a cura di), *Vite sottocosto. 2° Rapporto Presidio*, Aracne, Roma, 55 ss.
- Bonetti P. (2020), *Gli effetti giuridici della pandemia del coronavirus sulla condizione degli stranieri*, in [hiips://federalismi.it](https://federalismi.it), 20 maggio.
- Briguglio S. (2020), *Una regolarizzazione in tempo di pandemia: le lezioni del passato*, in *Diritti senza confini – Diritto, immigrazione e cittadinanza/Questione giustizia*, 28 maggio.
- Calafà L. (2020a), *Legalità e lavoro nel diritto «dopo» la pandemia*, in *QG*, 67 ss.
- Calafà L. (2020b), *Immigrazione, lavoro e sicurezza in agricoltura*, in L. Calafà et al. (a cura di), *Lavoro insicuro. Salute, sicurezza e tutele sociali dei lavoratori immigrati in agricoltura*, il Mulino, Bologna, 85 ss.
- Campanella P. (a cura di) (2018), *Vite sottocosto. 2° Rapporto Presidio*, Aracne, Roma.
- Canfora I. (2018), *Le regole del gioco nelle filiere agroalimentari e i riflessi sulla tutela del lavoro*, in *Agriregionieuropa*, n. 55, [hiips://agrireregionieuropa.univpm.it/it/content/article/31/55/le-regole-del-gioco-nelle-filiere-agroalimentari-e-i-riflessi-sulla-tutela-del-lavoro](https://agrireregionieuropa.univpm.it/it/content/article/31/55/le-regole-del-gioco-nelle-filiere-agroalimentari-e-i-riflessi-sulla-tutela-del-lavoro).
- Caritas, Migrantes (2020), *XIX Rapporto immigrazione 2020. Conoscere per comprendere*, Tau editrice, Todi.
- Chiaromonte W. (2013), *Lavoro e diritti sociali degli stranieri. Il governo delle migrazioni economiche in Italia e in Europa*, Giappichelli, Torino.
- Chiaromonte W. (2019), *Ideologia e tecnica della disciplina sovranista dell'immigrazione. Protezione internazionale, accoglienza e lavoro dopo il «decreto Salvini»*, in *DLRI*, 321 ss.
- Chiaromonte W. (2020a), *L'ingresso per lavoro: l'irrazionalità del sistema e le sue conseguenze al tempo delle fake news e della retorica nazionalista*, in M. Giovannetti, N. Zorzella (a cura di), *Ius migrandi. Trent'anni di politiche e legislazione sull'immigrazione in Italia*, FrancoAngeli, Milano, 229 ss.
- Chiaromonte W. (2020b), *A un anno dai decreti sicurezza: eppur (qualcosa) si muove?*, in *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, n. 1.

---

(57) In tal senso, D'Onghia 2020b.

- Chiaromonte W. (2020c), *The Italian regularisation of migrant workers facing the Covid-19 pandemic: a first critical analysis*, in *Adim Blog, Analisi & Opinioni*, luglio.
- Chiaromonte W., D'Onghia M. (2020), *Cronaca di una sanatoria in tempo di emergenza sanitaria: genesi, finalità e limiti*, in *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, n. 3, 1 ss.
- Chiaromonte W., Guariso A. (2019), *Discriminazioni e welfare*, in M. Barbera, A. Guariso (a cura di), *La tutela antidiscriminatoria. Fonti, strumenti, interpreti*, Giappichelli, Torino, 329 ss.
- Chiaromonte W. et al. (a cura di) (2020), *Migranti e lavoro*, il Mulino, Bologna.
- Cnel (2019), *Nuovi ingressi per lavoro. Orientamenti e proposte del Consiglio*, 29 ottobre.
- Colucci M. (2018), *Storia dell'immigrazione straniera in Italia. Dal 1945 ai giorni nostri*, Carocci, Roma.
- Colucci M. (2020), *Cosa insegnano trent'anni di sanatorie per gli stranieri*, in *Internazionale*, 20 aprile.
- Confagricoltura (2020), *Coronavirus, Giansanti (Confagricoltura): emergenza manodopera nelle campagne*, in <https://toscana.confagricoltura.it/ita/notizie/news-7/coronavirus-giansanti-confagricoltura-emergenza-manodopera-nelle-campagne>, comunicato stampa del 31 marzo.
- Corsi C. (2019), *Il diritto alla salute alla prova delle migrazioni*, in *Le istituzioni del federalismo*, 45 ss.
- D'Onghia M. (2019), *Immigrazione irregolare e mercato del lavoro. Spunti per una discussione*, in *RTDPub*, 467 ss.
- D'Onghia M. (2020a), *Gli immigrati resi ancora più invisibili dal Coronavirus: una vita sospesa tra emergenza sanitaria e lockdown*, in *Adim Blog, Analisi & Opinioni*, aprile.
- D'Onghia M. (2020b), *Tutele sociali e sicurezza dei lavoratori migranti in agricoltura: specificità e debolezza del quadro regolativo*, in Calafà L. et al. (a cura di), *Lavoro insicuro. Salute, sicurezza e tutele sociali dei lavoratori immigrati in agricoltura*, il Mulino, Bologna, 103 ss.
- Di Andrea C. (2003), *Cronache costituzionali 2002*, in *RTDPub*, 769 ss.
- Di Caro P., Sacchi A. (2020), *Regolarizzare il lavoro nero fa bene al fisco*, in *lavoce.info*, 21 maggio.
- Di Pasquale E., Tronchin C. (2020), *Lavoratori immigrati: una vera riforma dopo la sanatoria*, in *lavoce.info*, 5 giugno.
- Di Porto E. et al. (2020), *Stranieri, perché regolarizzarli è utile ora*, in *lavoce.info*, 27 aprile.
- Faleri C. (2020), *Il lavoro agricolo. Modelli e strumenti di regolazione*, Giappichelli, Torino.
- Fondazione Leone Moressa (2020), *Rapporto annuale sull'economia dell'immigrazione*, il Mulino, Bologna.
- Forlani N. (2020), *Perché le proposte dei «paladini» dei diritti degli immigrati sono foriere di nuovi guai per gli interessati*, in <https://www.ilpuntopensionielavoro.it/site/home/il-punto-di-vista/gli-immigrati-regolarmente-presenti-in-italia-questi-sconosciuti-.html>, 21 aprile.
- Lorem Ipsum (2020), *Al mercato dei falsi contratti*, in *L'Espresso*, 23 agosto, 39 ss.
- Macri M.C. (2019), *Il contributo dei lavoratori stranieri all'agricoltura italiana*, Crea, Roma.
- Martelloni F. (2020), *L'accesso al lavoro dei richiedenti e dei titolari di protezione internazionale, tra diritto e prassi*, in Chiaromonte W. et al. (a cura di), *Migranti e lavoro*, il Mulino, Bologna, 111 ss.
- McBritton M. (2017), *Migrazioni economiche e ordinamento italiano. Una prospettiva giuslavoristica*, Cacucci, Bari.
- Mentasti G. (2020), *Campi di detenzione per migranti in Libia: il caso Matammud*, in *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, n. 1, 215 ss.
- Mininni G. (2020), *Regolarizzazioni, la nostra battaglia continua*, in <https://www.collettiva.it/>

- copertine/ diritti/ 2020/ 08/ 20/ news/ regolarizzazioni\_la\_nostra\_battaglia\_per\_l\_emersione\_prosegue-230325/*, 20 agosto.
- Morozzo della Rocca P. (2020), *La regolarizzazione dei lavoratori stranieri tra molte incertezze e possibili contenziosi*, in *Corriere giuridico*, n. 8-9, 1017 ss.
- Paggi M. (2020), *La sanatoria ai tempi del coronavirus*, in *Diritti senza confini – Diritto, immigrazione e cittadinanza*, 28 maggio.
- Pagliassotti M. (2019), *Ancora dodici chilometri. Migranti in fuga sulla rotta alpina*, Bollati Boringhieri, Torino.
- Recchia G.A. (2020), *L'accesso al lavoro dei migranti economici*, in Chiaromonte W. et al. (a cura di), *Migranti e lavoro*, il Mulino, Bologna, 93 ss.
- RiVolti ai Balcani (2020), *La rotta balcanica. I migranti senza diritti nel cuore dell'Europa*, <https://www.asgi.it/wp-content/uploads/2020/06/La-rotta-balcanica-RiVolti-ai-Balcani.pdf>, 10 dicembre.
- Santoro E. (2020), *Danzando sui gusci d'uovo. Indicazioni per rendere più inclusive le procedure previste dall'art. 103 d.l. 34/2020*, in *L'altro diritto*, <http://www.altrodiritto.unifi.it/adirmigranti/danzando-gusci-uovo.pdf>.
- Spataro O. (2020), *Fenomeno migratorio e categorie della statualità. Lo statuto giuridico del migrante*, Giappichelli, Torino.
- Terranova G. (2020), *La regolarizzazione prevista dal «decreto Rilancio»: una misura adeguata?*, in *Adim Blog, Analisi & Opinioni*, maggio.
- Viganò E. (2018), *Produttività, competitività e remunerazione del lavoro nelle filiere agroalimentari italiane*, in P. Campanella (a cura di), *Vite sottocosto. 2° Rapporto Presidio*, Aracne, Roma, 307 ss.
- Villa M. (2018), *Sbarchi in Italia: il costo delle politiche di deterrenza*, in <https://www.ispionline.it/it/pubblicazione/sbarchi-italia-il-coste-delle-politiche-di-deterrenza-21326>, 1° ottobre.
- Villa M. (2019), *Migrazioni in Italia: tutti i numeri*, in <https://www.ispionline.it/it/pubblicazione/migrazioni-italia-tutti-i-numeri-24893>, 31 gennaio.

#### ABSTRACT

*Il saggio, muovendo dai vistosi limiti che caratterizzano l'attuale assetto della regolazione dell'accesso al lavoro da parte degli stranieri, approfondisce le motivazioni che nel maggio 2020 hanno spinto l'Esecutivo a utilizzare lo strumento della sanatoria per far fronte all'emergenza sanitaria, da un lato, e a quella occupazionale, dall'altro. Si illustrano, quindi, le condizioni di accesso alla regolarizzazione del 2020 e i principali profili di criticità della procedura, per poi svolgere alcune considerazioni conclusive.*

#### MIGRANTS, WORK AND THE PANDEMIC: NEW PROBLEMS, OLD ANSWERS?

*Moving from the conspicuous limits affecting the current regulatory framework of migrants' access to work, the paper views the reasons that in May 2020 prompted the Italian Government to fall back on yet another regularisation to deal with the Covid-19 emergency, on the one hand, and the occupational emergency, on the other hand. Thus, the requirements and the main critical aspects of the 2020 procedure are outlined; lastly, some concluding remarks are carried out.*

*Stefania Scarponi* (\*)

## LA CONVENZIONE OIL N. 190/2019 SU VIOLENZA E MOLESTIE NEL LAVORO E I RIFLESSI SUL DIRITTO INTERNO

SOMMARIO: 1. Premessa. — 2. Profili di convergenza tra la Convenzione Oil n. 190 e il diritto interno. — 3. Tecniche di tutela e sanzionatorie: il panorama articolato tra diritto antidiscriminatorio e tutela della sicurezza e della personalità morale. — 4. Definizione di violenza e molestie ed esigenza di coordinamento tra diritto nazionale e internazionale.

1. — *Premessa* — Dopo un lungo processo di elaborazione durato 8 anni, e culminato nel Report V (2B), nel corso della sessione n. 108 della Conferenza in occasione del centenario dell'Oil, tenutasi il 21 giugno 2019, è stata approvata la Convenzione n. 190, *Ending violence and harassment in the world of work*, accompagnata dalla Raccomandazione n. 206, che ne specifica meglio i dettagli, con l'obiettivo di approntare nuovi strumenti di tutela in grado di contrastare la violenza sul lavoro verso uomini e donne nei diversi aspetti in cui si manifesta. L'impostazione iniziale concepita esclusivamente a tutela delle lavoratrici, sostenuta tra l'altro dall'imponente manifestazione contro le molestie sessuali da parte del movimento #MeToo (1), è stata correttamente abbandonata a favore della visione universalistica. Ciò non implica, tuttavia, l'abbandono dell'importanza attribuita alle valutazioni di «genere» (2) come emerge, in primo luogo, dall'art. 1 della Convenzione, che definisce la violenza e le molestie anche «di genere» (vd. *infra*, par. 4), e dal richiamo al «genere» da parte di altre disposizioni (3). Nello

---

(\*) Già professoressa ordinaria di Diritto del lavoro presso l'Università di Trento.

(1) Cfr. Tomei 2019.

(2) Cfr. Convenzione Oil, *Premessa*: «Riconoscendo che le molestie e la violenza di genere colpiscono sproporzionatamente donne e ragazze e riconoscendo che un approccio inclusivo, integrato e in una prospettiva di genere, che intervenga sulle cause all'origine e sui fattori di rischio, ivi compresi stereotipi di genere, forme di discriminazione multiple e interconnesse e squilibri nei rapporti di potere dovuti al genere, si rivela essenziale per porre fine alla violenza e alle molestie nel mondo del lavoro».

(3) Cfr. l'art. 4, c. 2, che impone agli Stati membri di adottare un approccio inclusivo, integrato e centrato sulla prospettiva di genere per contrastare la violenza e le molestie.

stesso senso va sottolineato l'obbligo previsto nei confronti degli Stati di tenere in dovuta considerazione gli effetti della violenza domestica – che come è noto concerne principalmente le donne – e di attenuarne nella misura del possibile l'impatto nel mondo del lavoro (art. 3, lett. *f*) (4).

L'importanza della Convenzione sul piano internazionale è indiscutibile per la vastità delle consultazioni che hanno riguardato 101 paesi, ma soprattutto per l'ampiezza della regolamentazione e per la natura avanzata dei suoi contenuti basati sull'esigenza di introdurre misure idonee a prevenire e in prospettiva a eliminare i fenomeni di violenza nel mondo del lavoro. A tal fine la Convenzione sottolinea la rilevanza di una strategia globale fondata non solo sulla repressione ma altresì sulla prevenzione (5) e che presupponga, inoltre, l'attuazione dell'obbligo di assicurare il rispetto dei «*core labour standards*» dell'Oil (art. 5), in particolare della libertà sindacale, come condizione per riequilibrare la situazione di potere a vantaggio dei lavoratori senza la quale neppure altri diritti potranno essere rivendicati. Nella medesima visione allargata si colloca la menzione dell'obbligo di applicare la normativa antidiscriminatoria sia nei confronti delle donne sia nei confronti dei soggetti appartenenti a gruppi vulnerabili (art. 6). In merito, come è noto, la legislazione degli Stati europei si è uniformata al diritto di matrice euromunitaria dai primi anni novanta fino alle direttive cd. di seconda generazione e alle disposizioni contenute nella Carta dei diritti fondamentali allegata ai Trattati europei, da cui scaturisce l'inclusione delle molestie e delle molestie sessuali anche nell'ambito del diritto antidiscriminatorio dando luogo a specifiche forme di tutela (vd. *infra*, par. 3).

In materia di contrasto alla violenza e alle molestie uno degli assi portanti della Convenzione riguarda l'esteso campo di applicazione soggettivo e oggettivo. Ai sensi dell'art. 2 della Convenzione (6), oltre ai lavoratori

---

(4) Un obbligo di questo tipo è sancito nei confronti delle cooperative dalla legge di bilancio 2018: l. n. 205/2017, art. 1, c. 220.

(5) L'obbligo alla prevenzione è sancito da molte disposizioni della Convenzione ed è declinato in particolare dagli artt. 7, 8 e 9, che enumerano molteplici misure da adottare tra cui, oltre alla proibizione da parte dello Stato della violenza e delle molestie sul lavoro, l'individuazione dei settori e delle attività e delle modalità di lavoro più soggette ai rischi in materia, l'obbligo dei datori di lavoro in dialogo con i sindacati di adottare misure adeguate e proporzionate di prevenzione, il ruolo delle istituzioni pubbliche di controllo soprattutto nel settore dell'economia informale.

(6) Ai sensi dell'art. 2, c. 1: «La presente Convenzione protegge i lavoratori e altri soggetti nel mondo del lavoro, ivi compresi le lavoratrici e i lavoratori come definiti dalle pratiche e dal diritto nazionale, oltre a persone che lavorino indipendentemente dallo *status* contrattuale, le persone in formazione, inclusi tirocinanti e apprendisti, le lavoratrici e i lavoratori licenziati, i volontari, le persone alla ricerca di un impiego o

subordinati sono destinatari della tutela coloro che «lavorano indipendentemente dallo *status* contrattuale», nonché le persone in formazione, e coloro che operano nei settori dell'economia «informale». Si segnala, inoltre, l'altrettanto ampia definizione del luogo e del tempo in cui può avvenire la violenza o la molestia, ai sensi dell'art. 3, c. 1, che include la violenza o le molestie che si verifichino «in occasione di lavoro, in connessione con il lavoro o che scaturiscano dal lavoro» ivi compresi tra l'altro i viaggi di lavoro e l'itinerario per recarsi e rientrare dal lavoro (7). Nell'elenco esemplificativo dei modi in cui può manifestarsi la violenza è degno di nota il fatto che siano indicati «le comunicazioni e i messaggi virtuali» (art. 3, lett. *d*) che in effetti costituiscono modalità sempre più diffuse per veicolare violenza e molestie (8). Altrettanta attenzione si esprime nella configurazione di obblighi in capo agli Stati di predisporre misure adeguate a garantire assistenza alle vittime, prevedere apparati sanzionatori e di monitoraggio sull'effettivo rispetto delle misure adottate, nonché poteri di ispezione in capo a soggetti istituzionali, secondo l'elenco dettagliato di cui all'art. 4 intitolato «Principi generali».

2. — *Profili di convergenza tra la Convenzione Oil n. 190 e il diritto interno* — La ratifica della Convenzione Oil da parte del Parlamento italiano (9) si è completata il 12 gennaio 2021 senza alcun intervento legislativo di adeguamento specifico rispetto alla disciplina nazionale vigente, secondo una prassi largamente diffusa. Occorre analizzare pertanto quale sia l'impatto della Convenzione sul diritto interno, che, come si è ricordato, ha una duplice matrice costituita, per un verso, dalla tutela della sicurezza e della personalità morale (dignità) dei lavoratori sancita dall'art. 2087 c.c., a cui ha fatto seguito l'articolata legislazione speciale contenuta nel d.lgs. n. 81/2008 «Testo Unico sulla salute e sicurezza nei luoghi di lavoro», e per altro verso dalla possibilità di invocare le disposizioni che includono le mo-

---

candidare a un lavoro, e individui che esercitino l'autorità, i doveri e le responsabilità di datrice o datore di lavoro».

(7) Art. 3, c. 1: «La presente Convenzione si applica alla violenza e alle molestie nel mondo del lavoro che si verifichino in occasione di lavoro, in connessione con il lavoro o che scaturiscano dal lavoro».

(8) In merito, per uno dei primi studi in argomento, cfr. Roversi 2006; di recente, con particolare riferimento all'odio nei confronti delle donne, Verza 2020, 157 ss. Sul versante internazionale, cfr. altresì la Raccomandazione Cedaw n. 35/2017, che ha incluso nella nozione di violenza di genere anche quella a carattere virtuale.

(9) Si tratta del d.d.l. n. 2207/2019, d'iniziativa Boldrini e altri. La ratifica è stata disposta dalla l. n. 4/2021.

lestie e le molestie sessuali tra le discriminazioni vietate (10). Nel quadro complessivo vanno annoverati gli atti negoziali a partire dall'importante Accordo quadro europeo 26 aprile 2007 dedicato alla prevenzione della violenza e delle molestie sul lavoro, che già esortava le imprese alla «tolleranza zero» nei confronti di tali fenomeni, e ha incentivato la diffusione nei contratti collettivi nazionali di clausole che qualificano le violenze e le molestie, anche sessuali, a stregua di illecito disciplinare. In seguito sono stati stipulati vari accordi interconfederali: dall'Accordo tra Confindustria e Cgil, Cisl, Uil del 25.1.2016 (11) per il contrasto specifico alle molestie sessuali, fino al recente Protocollo tra Unar e parti sociali del 24.11.2020 per il contrasto più complessivo alle discriminazioni legate all'origine etnica nei luoghi di lavoro.

Il quadro normativo nazionale è conforme sotto molti profili alla disciplina stabilita dalla Convenzione Oit: le disposizioni del Testo Unico, come è noto, sono applicabili non solo alla violenza ma anche alle molestie, psicologiche e sessuali, in virtù sia della tutela del bene costituito dalla dignità dei lavoratori e delle lavoratrici menzionato dall'art. 2087, sia dell'ampio concetto di «salute» che, accogliendo le indicazioni dell'Oms, coincide con il benessere psicologico, fisico e sociale delle persone. Da ciò deriva, fra l'altro, l'obbligo del datore di lavoro di includere le molestie in ogni loro forma nella valutazione dei fattori di rischio psicosociale sul lavoro, nonché di adottare le misure necessarie a contrastarle anche in via preventiva, in dialogo con le figure istituzionali e sindacali operanti in questa materia.

Un altro profilo di convergenza del quadro interno con quello internazionale riguarda l'ampia definizione dell'area dei soggetti protetti: ai sensi dell'art. 2, c. 1, lett. *a*, d.lgs. n. 81, sono ricompresi non soltanto i lavoratori e le lavoratrici indipendentemente dal tipo di contratto di lavoro, autonomo o subordinato, ma altresì tutti coloro che si trovino nei luoghi di lavoro (come gli apprendisti, gli studenti, i clienti) (12). Altrettanto rilevante è la definizione dell'ambito temporale e spaziale ai fini del contrasto alla violenza e alle molestie. Ai sensi dell'art. 28, c. 2, lett. *a*, del Testo Unico la valutazione riguarda

---

(10) Secondo la definizione degli artt. 2, c. 3, rispettivamente dei d.lgs. n. 215/2003 e d.lgs. n. 216/2003, nonché dell'art. 26, d.lgs. n. 198/2006, «Codice di pari opportunità». Sull'intreccio tra tutela della salute e normativa antidiscriminatoria, cfr. Nunin 2017, 265 ss.

(11) A tale accordo hanno fatto seguito accordi interconfederali stipulati a livello regionale. Fra gli altri: l'Accordo interconfederale per il settore del Commercio e Turismo Emilia-Romagna 22.10.2018, l'Accordo Confapi Emilia-Romagna 17.5.2018, l'Accordo interconfederale regionale Friuli-Venezia Giulia.

(12) Cfr. Cass. 14.9.2017, n. 41976, S. pen., in *Banca dati Pluris*.

tutti i rischi possibili «durante l'attività lavorativa» (e non solo a causa dell'attività lavorativa) e «ovunque» essa si svolga, anche all'esterno dei locali aziendali, o che siano accessibili per ragioni di lavoro. Tale accezione permette di estendere la valutazione dei rischi e la predisposizione dei mezzi di tutela con particolare riguardo all'obbligo di prevenzione anche nei confronti dei telelavoratori, di coloro che prestano «lavoro agile», lavoro domestico e/o di assistenza, dei lavoratori distaccati, dei *crowd workers*, dei *bikers* (13). La violenza e le molestie anche sessuali, inoltre, ai sensi dell'art. 28 del Testo Unico, devono essere considerati ai fini dell'adempimento dell'obbligo di protezione contro i rischi psico-sociali, e della promozione del benessere nei luoghi di lavoro, tra cui sono specificamente indicati quelli riguardanti le lavoratrici in gravidanza e quelli riguardanti le differenze di genere. Tale formulazione della norma conferma la rilevanza non soltanto degli aspetti biologici propri delle donne, ma anche di quelli derivanti dai ruoli sociali e culturali che caratterizzano la loro partecipazione al mercato del lavoro, e pertanto l'esigenza di adeguata competenza in capo agli operatori nonché ai dirigenti delle aziende private e pubbliche, che andrebbe assicurata mediante formazione e supporto specifico (14).

Lo sviluppo delle esperienze più interessanti in materia ha portato all'adozione di protocolli per la valutazione del rischio (15), nonché di codici di condotta da rispettare nei luoghi di lavoro, adottati in particolare da alcune aziende in applicazione della strategia di Csr (*Corporate social responsibility*) e dalle pubbliche amministrazioni. Nel settore pubblico si segnala il ruolo degli organismi specifici, i Comitati unici di garanzia (16), che hanno accorpato i precedenti Comitati *antimobbing* e Comitati per le pari opportunità, dotati di funzioni di prevenzione e di assistenza alle vittime, sovente affiancati da altre figure esterne all'azienda o pubblica amministrazione,

---

(13) Guariniello 2018, 19.

(14) Lazzari 2021, 5 ss.

(15) Come il «Protocollo Caesvor», su cui Bisio 2020.

(16) La Rete nazionale dei Comitati unici di garanzia (di seguito, Cug) per le pari opportunità, la valorizzazione del benessere di chi lavora e contro le discriminazioni, attuando la direttiva del ministero della Pubblica Amministrazione n. 2 del 2019, in *G.U.*, Serie Generale, n. 184/2019, volta a rafforzare il ruolo dei Cug, ha sottoscritto il 22.11.2020 con la ministra della P.A. e la ministra per le Pari Opportunità e la Famiglia il Protocollo in tema di contrasto alla violenza, reperibile in <https://portalecug.gov.it>, che prevede la realizzazione di iniziative di sensibilizzazione, formazione specifica nei confronti dei dirigenti, l'attivazione di un numero dedicato per ricevere le segnalazioni da parte di chi abbia subito violenze anche in ambito familiare, a causa dell'aumento di tali fenomeni connessi allo svolgimento del lavoro in modalità *smart working*, in modo da poter predisporre le misure più idonee per l'assistenza alla vittima.

quali le/i Consigliere/i di fiducia (17). Nel settore privato, gli accordi sindacali interconfederali prevedono in chiave di prevenzione anche attività di sensibilizzazione e formazione nei confronti dei dirigenti e l'obbligo di assicurare l'istituzione di procedure a livello aziendale in caso di molestie con adeguato supporto alla vittima.

La Convenzione potrà fungere da volano per la diffusione e il consolidamento di esperienze che, oltre a quelle ricordate, hanno esaltato il ruolo degli ispettori del lavoro nell'attività di controllo sulla valutazione dei rischi psico-sociali e sulle misure di prevenzione sfociando nella stipulazione di protocolli territoriali. Un esempio è costituito dal Protocollo del Friuli-Venezia Giulia, siglato dai sindacati e dalla Consigliera regionale di parità, che ha istituito un canale di comunicazione costante tra quest'ultima e l'Ispettorato del lavoro allo scopo di valutare tra l'altro il fenomeno complessivo delle dimissioni e di indagare se la motivazione sia dovuta al fatto di aver subito molestie anche di tipo sessuale (18).

3. — *Tecniche di tutela e sanzionatorie: il panorama articolato tra diritto antidiscriminatorio e tutela della sicurezza e della personalità morale* — Quanto agli strumenti di tutela e all'apparato sanzionatorio, la Convenzione all'art. 10 enuncia l'obbligo di istituire meccanismi di controllo sull'applicazione delle leggi che vietano la violenza e le molestie nel lavoro, di assicurare il diritto di accedere a strumenti di ricorso e risarcimento adeguati, sicuri ed efficaci, elencando in via esemplificativa la predisposizione di procedure che permettano la denuncia, nonché la creazione di sedi esterne all'azienda per la soluzione delle controversie e la possibilità di ottenere tutela giurisdizionale, l'introduzione di sanzioni, il supporto non solo legale ma anche medico, sociale e amministrativo nei confronti della vittima e di chi sporga denuncia.

In merito il panorama interno presenta caratteristiche differenziate a seconda che i casi rientrino nell'ambito di applicazione generale oppure sia invocabile l'applicazione del diritto antidiscriminatorio, in virtù del fatto che quest'ultimo comporta un più elevato standard di tutela processuale e rimediale improntato all'effettività e alla tutela risarcitoria anche dei danni non patrimoniali.

Rinviando all'analisi successiva l'approfondimento di alcune specifiche questioni originate dalla definizione dei fenomeni considerati (*infra*, par. 4), va anzitutto puntualizzato che il merito della definizione accolta dal diritto

---

(17) Calafà 2019, 48 ss.

(18) Cfr.: Marconi, Rampin 2019; Nunin 2019, 11.

antidiscriminatorio per le molestie (19) e per le molestie sessuali (20) è di rendere superfluo provare l'intenzionalità del comportamento molesto, secondo la nozione oggettiva di discriminazione di derivazione comunitaria e oramai accolta dalla nostra giurisprudenza (21). Inoltre, la nozione di «clima intimidatorio, ostile, umiliante od offensivo» permette di contrastare anche le cd. molestie ambientali, ovvero quei comportamenti – inizialmente non considerati illegittimi dalla giurisprudenza in quanto ciascuno in sé considerato era privo di caratteristiche gravemente offensive (22) – che tuttavia nell'insieme siano comunque in grado di produrre condizioni pesantemente negative nel luogo di lavoro con la conseguenza di indurre molto spesso la vittima a rassegnare le dimissioni. Un elemento rilevante del quadro normativo, inoltre, è l'estensione della tutela antidiscriminatoria anche nel caso di ritorsioni da parte del datore di lavoro, il cui timore spesso frena la denuncia degli atti di molestia subita, particolarmente in caso di molestie sessuali. Di conseguenza, sono affetti da nullità tutti i provvedimenti negativi adottati dal datore di lavoro come conseguenza della denuncia della molestia (23) o, in caso di molestie sessuali, dell'accettazione o rifiuto della molestia stessa (24). Il regime descritto è pienamente confor-

---

(19) Ai sensi degli artt. 2, c. 3, del d.lgs. n. 215/2003 e d.lgs. n. 216/2003, nonché dell'art. 26 del Codice pari opportunità si tratta di «comportamenti indesiderati aventi lo scopo o l'effetto di violare la dignità di una lavoratrice o di un lavoratore e di creare un clima intimidatorio, ostile, degradante, umiliante od offensivo».

(20) La formulazione è pressoché identica salvo che in quel caso si tratta di comportamenti «a connotazione sessuale espressi in forma fisica, verbale o non verbale». L'applicazione del diritto antidiscriminatorio anche alle molestie sessuali dipende dalla visione accolta in sede europea fin dalla Raccomandazione della Commissione europea n. 92/1991 sulla tutela della dignità delle donne e degli uomini sul lavoro, con allegato codice di condotta, debitrice anche della elaborazione femminista nordamericana secondo la quale le molestie sono espressione di una situazione più generale di oppressione della donna nel mercato del lavoro che impone di contrastare il fenomeno di esclusione delle lavoratrici da condizioni di eguaglianza sostanziale mediante una strategia complessiva di valorizzazione e promozione a loro vantaggio.

(21) Cass. 5.4.2016, n. 6575, in *Banca dati Pluris*. Cfr. Tarquini 2017, 49 ss.

(22) Pizzoferrato 1999, 799 ss.

(23) Art. 4, d.lgs. n. 215 e n. 216; art. 26, c. 3-*bis*, d.lgs. n. 198/2006.

(24) L'integrazione in tal senso dell'art. 26, c. 3-*bis*, d.lgs. n. 198/2006, pur apprezzabile per la maggiore chiarezza con cui è individuata la tutela antiritorsiva in caso di denuncia di molestie, è per la verità in parte criticabile per aver voluto puntualizzare espressamente che il divieto di comportamenti ritorsivi non si applica in caso di calunnia da parte della lavoratrice. Regola in sé già pacificamente applicabile e che tuttavia alimenta lo stereotipo della donna falsa, mentitrice, che, al contrario, è proprio uno dei luoghi comuni che andrebbero abbandonati nell'ottica di incoraggiare le vittime a denunciare. In tal senso U.N. Women 2019.

me al dettato della Convenzione secondo quanto previsto dall'art. 10, c. 1, lett. *b*, punto *iv*, in ordine alla necessità di assicurare adeguata protezione contro la vittimizzazione e le ritorsioni nei confronti di querelanti, vittime, testimoni e informatori, sapendo che in ogni caso le ritorsioni sono atti illegittimi perché viziati da motivo illecito determinante. Sul piano concreto occorre, peraltro, assicurare l'assistenza che permetta di rendere effettive le condizioni per attuare la denuncia (25).

Sul versante giudiziario il diritto antidiscriminatorio si rivela particolarmente efficace in virtù della parziale inversione dell'onere della prova qualora si sia in presenza di «indizi precisi e concordanti, desunti anche da dati statistici», di una discriminazione. Tale regola, più favorevole di quella prevista dall'art. 2729 c.c., è applicabile anche in caso di molestie psicologiche e di molestie sessuali, come riconosciuto dalla dottrina e dalla giurisprudenza (26), potendo scattare in presenza di denuncia circostanziata della vittima oppure qualora siano fornite prove statistiche, come avvenuto in caso di molestie seriali da parte del datore di lavoro nei confronti delle proprie dipendenti che ha dato luogo al ricorso in giudizio della Consiglia di parità regionale (27).

Quanto alle tecniche di tutela e ai rimedi, la cui adeguatezza è prescritta dalla convenzione tra i «*core principle*» (28), le misure invocabili mediante il diritto antidiscriminatorio sono tra le più incisive e soddisfattive: il giudice, accertata la discriminazione, ordina la cessazione della condotta, l'eliminazione degli effetti negativi nei confronti della vittima e, in caso esse assumano natura collettiva, anche mediante l'attuazione di un piano di rimozione della discriminazione. Inoltre, se richiesto, stabilisce il risarcimento del danno anche non patrimoniale, che dunque assume natura aggiuntiva rispetto agli altri rimedi con una evidente funzione di deterrenza e non soltanto compensativa potendosi configurare come danno *in re ipsa*. La condanna al risarcimento può essere emessa nei confronti sia del dipendente autore del comportamento lesivo sia del datore di lavoro che non sia intervenuto nonostante la segnalazione della vittima (29). Qualora il compor-

---

(25) L'esigenza di adottare un approccio centrato sulla vittima nell'attività di assistenza modificando la cultura che spesso la considera in parte connivente è sottolineata dal citato documento U.N. Women 2019, 30 ss.

(26) Cass. 15.11.2016, n. 23286, e C. App. Trento 7.3.2017, entrambe in *Banca dati Pluris*, e per approfondimenti cfr. Scarponi 2020, 50 ss.

(27) C. App. Firenze 11.7.2013, in *RGL*, 2014, II, 624 ss., con nota di Izzi; nonché Cass. 23286/2016, in *Banca dati Pluris*.

(28) Ai sensi dell'art. 4, c. 2, lett. *e* e lett. *f*, Convenzione Oil.

(29) Cass. 22.3.2018, n. 7097, in *Banca dati Pluris*, conferma la condanna al risarci-

tamento assuma particolare gravità, la responsabilità di quest'ultimo, anche persona giuridica, è indipendente dalla sussistenza di clausole contrattuali che ne contemplino la natura disciplinare, pur essendo molto frequenti nell'evoluzione della contrattualistica (30).

Il risarcimento non è peraltro l'unico rimedio in quanto l'impostazione improntata all'effettività della tutela implica anche la rilevanza delle misure idonee sul versante organizzativo a prevenire l'atto lesivo o impedirne la reiterazione. In merito è da segnalare il recente approdo giurisprudenziale in caso di molestie sessuali secondo il quale occorre seguire il criterio per cui l'eventuale trasferimento dovrà riguardare l'autore delle molestie, ove risulti troppo gravoso per la vittima se disposto nei suoi confronti (31).

Sotto altro profilo, il quadro normativo appare conforme a quanto previsto dall'art. 8, c. 1, lett. a, Convenzione Oit circa l'attività di controllo istituzionale nei settori dell'economia informale, data la competenza esistente in capo agli Ispettorati del lavoro, anche se purtroppo numericamente pochi in rapporto alla vastità delle funzioni da svolgere (32). Di estremo rilievo, inoltre, è la funzione istituzionale svolta dalle/dai Consigliere/i di parità, nei casi di molestie di genere, che si esprime nell'assistenza alle singole vittime e nell'azione giudiziaria, con legittimazione diretta in caso di discriminazione a carattere collettivo e diritto di costituirsi parte civile in caso di azione penale. Analoga legittimazione ad agire spetta alle associazioni che siano enti esponenziali dei gruppi protetti dagli altri divieti di discriminazione. Altre misure messe in atto su sollecitazione delle figure istituzionali consistono nella predisposizione di reti di sostegno alle vittime allargate al coinvolgimento delle strutture sanitarie e delle Forze di polizia.

Accanto alla normativa lavoristica occorre considerare, infine, quella di diritto penale a tutela di chi sia vittima di violenza o di molestia anche di tipo sessuale, tra cui l'applicazione del provvedimento di ammonimento del questore (33) che può essere disposto nei confronti del datore di lavoro autore

---

mento nei confronti di una p.a. il cui rappresentante, nonostante la denuncia della dipendente, non si era attivato per perseguire disciplinarmente il proprio dipendente che l'aveva molestata.

(30) Cass. 19.5.2010, n. 12318, in *Banca dati Pluris*, conferma la sentenza di condanna nei confronti di una Spa a risarcire il danno biologico, morale ed esistenziale subito da una dipendente a causa delle molestie sessuali compiute dal legale rappresentante della società medesima.

(31) T. Torino 7.5.2020, n. 553, in *www.wikilabor.it*.

(32) Cfr., per una riflessione sul ruolo delle sanzioni amministrative e le funzioni dell'Ispettorato del lavoro, Novella 2017, 397.

(33) Ai sensi dell'art. 8 del d.l. n. 11/2009, conv. in l. n. 38/2009, recante «Misure

delle molestie, con una procedura meno lunga e complessa del ricorso alla denuncia di molestia, di violenza, di *stalking* o di maltrattamenti secondo lo spettro delle norme penali invocabili (34). Dato il panorama già ampio al riguardo, occorre sottrarsi all'illusione che il ricorso a nuove fattispecie penali sia di per sé maggiormente efficace a contrastare il fenomeno, considerando altresì che la Convenzione Oil, laddove sollecita gli Stati membri a prevedere sanzioni, in base all'art. 4, lett. *f*, non impone necessariamente la soluzione penalistica lasciando anzi agli Stati ratificanti un ambito di scelta fra le diverse misure configurabili, a condizione naturalmente che quelle prescelte siano adeguate al perseguimento dell'obiettivo definito dalla Convenzione di prevenire ed eliminare la violenza nei luoghi di lavoro.

Come si è appena sottolineato, la condanna al risarcimento del danno emessa dal giudice in applicazione della disciplina antidiscriminatoria riguarda anche il danno non patrimoniale *ex* art. 2059 c.c. assumendo natura di «danno evento» con funzione deterrente, in conformità al principio sancito dal diritto comunitario per cui le sanzioni devono essere «effettive, adeguate e dissuasive», accolto anche da recenti orientamenti giurisprudenziali (35). La funzione deterrente è confermata, inoltre, dal fatto che il danno può essere liquidato nei confronti dei soggetti istituzionali e/o sindacali costituiti in giudizio *ex* art. 2049 c.c.

L'attuale quadro normativo potrebbe comunque essere oggetto di integrazioni, in sede di eventuale riforma, affrontando le questioni più spinose, quali la posizione della vittima che spesso non ha altra scelta che dare le dimissioni per giusta causa onde sottrarsi alle molestie. Tale soluzione, pur essendo già conforme all'art. 6, lett. *g*, Convenzione n. 190 (36), è suscettibile di essere migliorata sotto il profilo sanzionatorio, ad esempio assimilando il caso a un licenziamento discriminatorio con le relative conseguenze giuridiche ed economiche. Inoltre, nel settore privato potrebbero essere introdotte pe-

---

urgenti in materia di sicurezza pubblica e di contrasto alla violenza sessuale nonché in tema di atti persecutori».

(34) In merito Tar Trento 8.5.2020, n. 56, di prossima pubblicazione in [www.nikilabor.it](http://www.nikilabor.it) non si è sulla legittimità dell'ammonizione del questore di Trento nei confronti di un datore di lavoro che aveva sottoposto a pesanti offese, intimidazioni e minacce una propria dipendente.

(35) Cfr. Razzolini 2017, 454. Di particolare interesse in merito C. App. Firenze 20.4.2016, in *RIDL*, 2017, II, 70 ss., con nota di Diamanti, che eleva il risarcimento passando da 20.000 a 40.000 euro.

(36) Tale disposizione prevede che sia riconosciuto il diritto ad abbandonare il posto di lavoro in caso di violenza o molestie senza per questo essere oggetto di ritorsioni o di qualsivoglia altra indebita conseguenza, oltre al dovere di informare la direzione.

ne accessorie quali la perdita di benefici fiscali oppure l'impossibilità di partecipare almeno per un determinato periodo a bandi di gara per appalti pubblici: misure che potrebbero rivestire un'efficacia deterrente analoga se non più incisiva di quella derivante dall'eventuale introduzione di nuove fattispecie di reato.

Al di fuori del campo di applicazione del diritto antidiscriminatorio gli strumenti di tutela restano quelli connessi alla tutela della salute e sicurezza nel lavoro di natura amministrativa e penale, oltre a quelli civilistici consistenti nel ricorso all'autotutela e nel risarcimento del danno, che si presume debba rivestire efficacia pienamente satisfattiva ove sia rispettato l'onere della prova. Su questi ultimi aspetti in particolare incide anche la definizione della fattispecie che richiede un particolare approfondimento, essendo quella accolta dalla Convenzione difforme da quella propria della disciplina nazionale.

4. — *Definizione di violenza e molestie ed esigenza di coordinamento tra diritto nazionale e internazionale* — L'art. 1 della Convenzione definisce sia «la violenza e la molestia» in generale sia «la violenza e la molestia di genere». Ai sensi dell'art. 1, c. 1, lett. *a*, la prima consiste in «un insieme di pratiche e di comportamenti inaccettabili, o la minaccia di porli in essere, sia in un'unica occasione, sia ripetutamente, che si prefiggano, causino o possano causare un danno fisico, psicologico, sessuale od economico, e include la violenza o molestia di genere». La seconda, definita dalla lett. *b*, indica «la violenza o molestia nei confronti di persone in ragione del loro sesso o genere, o che colpiscono in modo sproporzionato persone di un sesso o genere specifico, ivi comprese le molestie sessuali».

Il pregio della definizione è la latitudine con cui sono individuate sia le modalità del comportamento sia la gamma dei danni nei confronti della vittima che ricomprende anche quelli potenziali con l'obiettivo di assicurare la più ampia tutela possibile. Il riferimento al «sesso» e al «genere» mostra l'influenza della nozione di violenza di genere accolta dalla Convenzione di Istanbul per la puntualizzazione della distinzione tra caratteristiche biologiche e caratteristiche socio-culturali che paiono alludere anche all'orientamento sessuale (37). La Convenzione Oil aggiunge che gli Stati nazionali potranno utilizzare un'unica nozione oppure due nozioni distinte.

---

(37) Ai sensi dell'art. 3, lett. *c*, della Convenzione del Consiglio d'Europa sulla prevenzione e la lotta contro la violenza nei confronti delle donne e la violenza domestica del 7 aprile 2011, il «genere» consiste in «ruoli, comportamenti, attività e attributi socialmente costruiti che una determinata società considera appropriati per donne e uomini».

In merito occorre una valutazione articolata per analizzarne l'impatto sul diritto vigente ove, come è noto, soltanto la definizione delle molestie sessuali riveste portata generale, pur essendo inserita nel diritto antidiscriminatorio. La definizione di molestie cd. psicologiche offerta dal medesimo quadro legislativo non ha assunto carattere generale, con la conseguenza di un vuoto normativo riguardo ad altri tipi di vessazioni nei luoghi di lavoro pur essendovi numerose proposte in discussione in Parlamento con particolare riferimento al «*mobbing*» (38). Sotto quest'ultimo profilo la rilevanza della Convenzione n. 190 è, pertanto, indiscutibile anche alla luce del fatto che neppure l'interpretazione giurisprudenziale in merito offre un assetto uniforme.

L'ampia nozione di danno accolta dalla Convenzione, riferito non solo a quello attuale ma anche a quello potenziale, accentua l'importanza della prevenzione onde evitare il prodursi del danno stesso e dunque non solo a carattere rimediabile o sanzionatorio *ex post*. Un altro elemento di estrema importanza riguarda il fatto che l'ipotesi in cui i comportamenti sono intenzionali – «si prefiggano» – è resa equivalente a quelle in cui viceversa tale elemento manchi essendovi soltanto l'oggettiva produzione del danno – «causino o possano causare» –: tecnica che si avvicina molto alla nozione di molestie propria del diritto antidiscriminatorio di matrice comunitaria. Ne risulta attenuata così la rilevanza dell'elemento soggettivo che nel concreto può sussistere, come nel caso di *mobbing* secondo la ricostruzione che considera la volontà di persecuzione come elemento ineliminabile, ma potrebbe anche mancare pur restando il comportamento egualmente «inaccettabile» e produttivo di danno e pertanto illegittimo, secondo una tesi già da tempo sostenuta in dottrina (39).

Altrettanto importante è aver considerato non necessario ai fini dell'applicazione delle tutele previste dalla Convenzione l'elemento costituito dalla reiterazione del comportamento nei confronti della vittima, ben potendo al contrario consistere anche in un solo atto lesivo grave. In tal senso si avalla la visione più estesa e condivisibile del bene oggetto di tutela che nel diritto interno ha indotto a ritenere illegittimi anche fenomeni privi di ripetitività e non necessariamente rispondenti a un disegno preordinato, quale lo *straining* (40). Ne potrà derivare un alleggerimento dell'onere della prova

---

(38) Si tratta delle proposte di legge in materia di «Prevenzione e contrasto alle molestie morali e alle violenze psicologiche in ambito lavorativo» all'attenzione della XI Commissione della Camera, analizzate da Brollo 2019, 1 ss.

(39) Cfr. Albi 2008, 207 e la bibliografia richiamata.

(40) Secondo un orientamento consolidato, cfr.: Cass. 19.2.2016, n. 3291; Cass. 10.7.2018, n. 18164; Cass. 4.10.2019, n. 24883, tutte in *Banca dati Pluris*.

con effetti positivi, se si considera che proprio la necessità di provare l'intenzionalità della condotta imposta da una parte della giurisprudenza ha condotto spesso a negare giustizia nel caso singolo (41).

Sotto altro profilo, la scelta del termine «pratiche o comportamenti inaccettabili» richiede un approfondimento in relazione ad alcuni problemi di coordinamento con la disciplina in materia di molestie e molestie sessuali rientranti nell'ambito di applicazione del diritto antidiscriminatorio.

La tecnica utilizzata dalla Convenzione tenta di superare il limite derivante dall'impiego del termine «comportamento indesiderato» che, come si è sopra ricordato, connota la definizione di molestie anche di tipo sessuale nel quadro normativo vigente, a cui è stata mossa la critica di rimandare a valutazioni eccessivamente soggettive e di non facile dimostrazione, pur essendo possibile in sede interpretativa utilizzare il criterio di ragionevolezza. Indubbiamente il termine «inaccettabili» accolto dalla Convenzione assume un significato più oggettivo, nel senso che allude a canoni di comportamento condivisi a livello sociale. Esso presta tuttavia il fianco alla critica di essere comunque indeterminato e soggetto a relativismi sociali e anche personali. Profili critici che sconsigliano, tra l'altro, di utilizzare tale definizione per un'eventuale nuova fattispecie penale di reato di molestia o di molestia sessuale fondata sulla qualificazione del comportamento vietato secondo il termine «indesiderato» o «inaccettabile» (42).

D'altra parte, non si può sottacere il fatto che la definizione accolta dal nostro ordinamento costituisce a sua volta una traduzione non appropriata delle disposizioni delle direttive in materia, che nel testo in inglese fanno riferimento a un comportamento «*unwanted*», cioè adottato contro la volontà della vittima (43), pur essendo stato tradotto con il termine «indesidera-

---

(41) Da ultimo, in tema, Auriemma 2019, 695; altresì Brollo 2019.

(42) Cfr. art. 1, d.d.l. n. 1597/2019, a mente del quale si propone l'inserimento di un nuovo comma, dopo l'art. 609-ter del codice penale, con il seguente contenuto: «Salvo che il fatto costituisca più grave reato, chiunque, con minacce, atti o comportamenti indesiderati a connotazione sessuale, in forma verbale o gestuale, reca a taluno molestie o disturbo violando la dignità della persona è punito con la pena della reclusione da due a quattro anni. La pena è aumentata della metà se dal fatto, commesso nell'ambito di un rapporto di educazione, istruzione o formazione ovvero nell'ambito di un rapporto di lavoro, di tirocinio o di apprendistato, anche di reclutamento o selezione, con abuso di autorità o di relazioni di ufficio, deriva un clima intimidatorio, ostile, degradante, umiliante o offensivo».

(43) Il testo è identico in ciascuna disposizione delle direttive riferita ad *Harassment*. Con particolare riferimento alle molestie sessuali, cfr. art. 2, c. 2, lett. d, Direttiva n. 2006/54/Ce, *Definition*: «*Sexual harassment*»: *where any form of unwanted verbal, non-verbal or physical conduct of a sexual nature occurs, with the purpose or effect of violating the dignity of a per-*

to» anche nel testo francese. Se dopo la ratifica della Convenzione n. 190 vi sarà l'occasione di procedere a revisione legislativa occorrerà meglio specificare la formulazione normativa tenendo conto che si tratta di stabilire quale sia più favorevole ai fini della tutela della vittima (44), e che il riferimento a un comportamento «avvenuto contro la sua volontà» risulta più rispondente all'esigenza di tipicità in caso si volesse introdurre una fattispecie penale.

Un altro nodo problematico del coordinamento è originato dalla definizione di diritto internazionale che, come si è ricordato, prevede quale elemento integrante della fattispecie vietata la produzione, attuale o potenziale, di un danno bio-psichico o sessuale oppure economico. Pur essendo intesa in senso ampio, la formulazione è ancorata a una visione diversa da quella prevalsa nel nostro ordinamento nella definizione di molestie secondo le disposizioni del diritto antidiscriminatorio, che appare più tutelante. Come si è ricordato, l'elemento costitutivo della fattispecie è rappresentato dall'offesa alla dignità, e alla produzione di un ambiente di lavoro negativo, prescindendo dal danno in senso medico o economico che porrebbe a carico della vittima l'onere di fornire la prova di averlo subito o di poterlo subire, con intuibile maggiore difficoltà di ottenere giustizia. Infatti pur essendo frequente la produzione di danno a seguito di molestie e di molestie sessuali, anche di tipo economico qualora la vittima sia indotta a dare le dimissioni per giusta causa, non è escluso che vi siano soggetti particolarmente resilienti che non subiscono danni accertabili sotto il profilo indicato dalla Convenzione.

Né appare risolutiva in proposito l'esortazione da parte della Raccomandazione che accompagna la Convenzione, senza avere peraltro portata vincolante, a fare ricorso al regime delle presunzioni. Diversamente, la definizione propria del diritto interno, come si è ricordato, è fondata sull'offesa alla dignità e alla creazione di un ambiente intimidatorio, ostile, umiliante od offensivo; inoltre, il risarcimento del danno non patrimoniale è liquidato a richiesta della persona offesa e la sua determinazione da parte

---

*son, in particular when creating an intimidating, hostile, degrading, humiliating or offensive environment».*

(44) In sede di eventuale revisione dell'art. 26, d.lgs. n. 198/2006, sarebbe opportuno rendere più chiara anche la descrizione delle caratteristiche dei comportamenti vietati eliminando l'apparente contraddizione derivante dall'attuale formula «comportamenti espressi in forma fisica, verbale o non verbale», dove andrebbe chiarito che i termini «verbale o non verbale» non costituiscono una specifica della «forma fisica» come appare dall'inciso ma, come risulta dal testo in inglese, sono comportamenti diversi e alternativi (ad esempio, inserendo il termine «oppure» dopo la virgola).

del giudice tiene conto anche della gravità e dell'odiosità del comportamento, assumendo così natura afflittiva.

La difformità tra le definizioni sotto il profilo descritto non deve necessariamente risolversi nella prevalenza di quella internazionale, dato che la disposizione nazionale vigente rispetta comunque il contenuto sostanziale della definizione propria del diritto internazionale, estendendo anzi la portata della tutela nei confronti della vittima. Anche dopo la ratifica della Convenzione sarà opportuno, pertanto, mantenere la normativa vigente come in passato è accaduto in un caso simile di difformità fra la normativa internazionale e quella interna di matrice comunitaria relativa alla nozione di discriminazione di genere (45).

In conclusione, è auspicabile che il perseguimento dell'obiettivo sancito dalla Convenzione n. 190, circa l'attuazione di strumenti idonei ad assicurare la più ampia prevenzione della violenza e delle molestie nel lavoro e la tutela delle vittime, induca ad assumere criteri di armonizzazione che mantengano o migliorino gli standard già presenti nel nostro ordinamento. In tal senso sarebbe opportuno rendere ad applicazione generale le soluzioni più incisive proprie del diritto antidiscriminatorio ispirate al principio di effettività della tutela, perseguendo un assetto più sistematico del quadro complessivo rispetto a quello attualmente vigente.

#### *Riferimenti bibliografici*

- Albi P. (2008), *Adempimento dell'obbligo di sicurezza e tutela della persona*, in *Il Codice civile – Commentario*, diretto da F.D. Busnelli, sub art. 2087, Giuffrè, Milano.
- Auriemma S. (2019), *Il mobbing al vaglio della giurisprudenza*, in *ADL*, n. 3, 695 ss.
- Bisio C. (2020), *Valutazione del rischio di violenze nei luoghi di lavoro*, in *Safety and Security*, 21 gennaio.
- Brollo M. (2019), *Ancora sulle proposte di legge sul mobbing in discussione alla Commissione Lavoro della Camera dei deputati*, in *DSL*, II, 1 ss.
- Calafà L. (2019), *La violenza e le molestie nei luoghi di lavoro: Il poliedrico approccio del diritto del lavoro gender oriented*, in G. Cosetti (a cura di), *Violenza e molestie nei luoghi di lavoro*, FrancoAngeli, Milano.
- Guariniello R. (2018), *Molestie e violenza anche di tipo sessuale nei luoghi di lavoro*, Ipsoa, Wolters Kluwer, Milano.
- Izzi D. (2014), *Molestie sessuali e danni non patrimoniali con funzione dissuasiva*, in *RGL*, II, 624 ss.

---

(45) Si tratta dell'art. 1 della Convenzione Onu sull'eliminazione di tutte le discriminazioni contro le donne (Cedaw), New York, 1979, ratificata nel 1985, che è stato assorbito dall'art. 25, cc. 1 e 2, del d.lgs. n. 198/2006.

- Lazzari C. (2021), *Salute e lavoro: Questioni di genere*, in corso di pubblicazione in RGL, n. 2, I.
- Marconi S., Rampin L. (2019), *Relazione illustrativa dell'Ispettorato interregionale del lavoro di Emilia Romagna, Friuli Venezia Giulia, Marche e Veneto, in merito alle convalide delle dimissioni e delle risoluzioni consensuali presentate nella Regione Friuli Venezia Giulia nell'anno 2018*, in R. Nunin (a cura di), *Il lavoro femminile in Friuli-Venezia Giulia*, Rapporto Consigliera parità, FrancoAngeli, Milano, 176 ss.
- Novella M. (2017), *La tutela amministrativa e penale del lavoro tra punizione e riparazione*, in LD, n. 3, 589 ss.
- Nunin R. (2017), *L'applicazione della normativa in materia di sicurezza sul lavoro come strumento di contrasto alle discriminazioni*, in O. Bonardi (a cura di), *Eguaglianza e divieti di discriminazione nell'era del diritto del lavoro derogabile*, Ediesse, Roma, 265 ss.
- Nunin R. (2019), *Introduzione*, in R. Nunin (a cura di), *Il lavoro femminile in Friuli-Venezia Giulia*, Rapporto Consigliera parità, FrancoAngeli, Milano, 7 ss.
- Pizzoferrato A. (1998), *Molestie sessuali nei luoghi di lavoro verso una tipizzazione giuridica delle tecniche di tutela*, in RIDL, II, 799 ss.
- Razzolini O. (2017), *Effettività e diritto del lavoro nel dialogo fra ordinamento dell'Unione e ordinamento interno*, in LD, n. 3, 454 ss.
- Roversi A. (2006), *L'odio in rete*, il Mulino, Bologna.
- Scarponi S. (2020), *La parità di genere nel lavoro e le nuove frontiere dell'antidiscriminazione*, in S. Scarponi (a cura di), *Diritto e genere. Temi e questioni*, ES, Napoli, 50 ss.
- Tarquini E. (2017), *Il principio di non discriminazione in giudizio: la giurisprudenza nazionale tra tutele di diritto comune e fonti sovranazionali*, in O. Bonardi (a cura di), *Eguaglianza e divieti di discriminazione nell'era del diritto del lavoro derogabile*, Ediesse, Roma, 49 ss.
- Tomei M. (2019), *Un mondo libero da violenza e molestie. La scommessa della nuova Convenzione Ilo rappresenta una svolta storica nel diritto internazionale e del lavoro*, in *www.ingenerare.it*, 19 novembre.
- Verza A. (2020), *La cultura dell'odio antifemminista: mascolinità tossica nel web*, in A. Verza, S. Vida (a cura di), *Postfemminismo e neoliberalismo*, Aracne, Parma, 157 ss.
- U.N. Women (2019), *What will it take? Promoting cultural change to end sexual harassment*, New York.

#### ABSTRACT

*Il contributo analizza la Convenzione OIL n. 190/2019, recentemente ratificata dal Parlamento italiano, e ne pone in luce le ragioni ispiratrici e i contenuti più innovativi, tra cui l'ampia definizione della cerchia dei soggetti protetti, oltre i lavoratori subordinati, nonché del luogo e del tempo di lavoro rilevanti ai fini della tutela. Vengono approfonditi inoltre i profili di convergenza con l'ordinamento nazionale e altresì alcuni nodi problematici relativi alla definizione della fattispecie protetta e al suo coordinamento con la disciplina interna caratterizzata dall'attuale vuoto legislativo in tema di mobbing e dalla configurazione in tema di molestie e di molestie sessuali assunta dal diritto antidiscriminatorio secondo le direttive europee, che appare in parte differente rispetto a quella accolta dalla Convenzione.*

---

ILO CONVENTION N. 190/2015 ON VIOLENCE AND HARASSMENT AT WORK  
AND REFLECTIONS IN DOMESTIC LAW

*The essay analyses the main contents of ILO Convention n. 190/2019, recently ratified by the Italian Parliament, and underlines the bright side of its approach to combat this phenomenon with a large and overall strategy. Other important aspects are: the wide sphere of the subjects covered by the Convention beyond the employees; the times and spaces where the violence or harassment can happen; and finally the real attention paid to the gender perspective. Exploring the domestic law in the same issues, the article points out its consistence with the Convention. The analysis also goes deep into the notions of violence and harassment adopted by ILO Convention, comparing them with the notions of «mobbing» elaborated by the domestic jurisprudence and with the legal system established by the antidiscrimination law against the harassment and sexual harassment at work underlying some differences.*



*Marco Tufo* (\*)

**IL LAVORO AGILE EMERGENZIALE:  
UN MOSAICO DIFFICILE DA RICOMPORRE  
TRA POTERI DATORIALI E DIRITTI DEI LAVORATORI**

SOMMARIO: 1. Le «ambiguità linguistiche» del lavoro da remoto. — 2. L'unilateralità «regolativa» del lavoro agile dell'emergenza. — 3. La nuova funzione del lavoro agile. — 4. L'unilateralità nell'accesso al lavoro agile dell'emergenza. — 5. I limiti ai poteri datoriali e i diritti «specifici» di accesso al lavoro agile. — 6. Il diritto generale di attivazione del lavoro agile emergenziale.

1. — *Le «ambiguità linguistiche» del lavoro da remoto* — Dopo anni di confinamento nei dibattiti accademici e nella contrattazione collettiva delle imprese medio-grandi, con la pandemia del Covid-19, il lavoro da remoto è divenuto un tema all'ordine del giorno per l'opinione pubblica. Regna, tuttavia, una notevole confusione intorno al fenomeno che i lavoratori stanno sperimentando. Sin dalle fasi più acute della pandemia, infatti, nella discussione pubblica è stato fatto un uso ambivalente delle espressioni «lavoro agile» e «*smart working*» (1) con riferimento al lavoro remotizzato prestatore da casa, le quali, sebbene spesso considerate sinonimi (2), non identificano affatto la stessa fattispecie.

Lo *smart working* è una filosofia manageriale, un approccio innovativo all'organizzazione del lavoro, mediante il quale si restituiscono al lavoratore autonomia (*rectius*, discrezionalità) (3) e flessibilità riguardo ai luoghi, ai tempi e agli strumenti di lavoro, responsabilizzandolo al contempo rispetto al conseguimento di risultati, a cui viene parametrata la retribuzione (4). Si tratta, in sostanza, di passare dal *management* tradizionale, fondato sul «presenzialismo»

---

(\*) Dottore di ricerca in Relazioni di lavoro presso l'Università di Siena.

(1) Di *smart working* parla, a ben vedere, anche il ministero del Lavoro sul proprio sito web: <https://www.lavoro.gov.it/strumenti-e-servizi/smart-working/Pagine/default.aspx>.

(2) Questa è anche la posizione dell'Accademia della Crusca (Gruppo Incipit presso l'Accademia della Crusca 2016).

(3) Gli studi organizzativi sullo *smart working*, infatti, invitano a usare con cautela la parola «autonomia» (Sarti, Torre 2017, 5).

(4) Spinelli 2018, 43; Corso 2017, 980; così anche l'Osservatorio sullo *smart working* del Politecnico di Milano nell'articolo di Crespi 2019.

e sul controllo degli adempimenti, a un *management* basato sulla collaborazione, sulla responsabilità, sull'autonomia, sull'apertura e sulla flessibilità (5). In tale contesto, sebbene le tecnologie digitali facilitino e rendano effettivamente possibile attuare lo *smart working* (6), esse non ne costituiscono un elemento essenziale (7). Tale nuova cultura organizzativa, infatti, può essere attivata mediante l'adozione di molteplici iniziative quali: *policy* organizzative più flessibili in termini spazio-temporali e nella scelta degli strumenti di lavoro; tecnologie digitali idonee ad ampliare e rendere virtuale lo spazio di lavoro, facilitando la comunicazione, la collaborazione e la creazione di reti professionali; una diversa organizzazione fisica degli spazi di lavoro, che abbia ricadute positive sull'efficienza, l'efficacia, la flessibilità e il benessere delle persone; la modifica dei comportamenti dei lavoratori e degli stili di *leadership*, ossia della cultura del lavoro in azienda (8). Lo *smart working*, così inteso, non ha trovato spazio in alcuna normativa, se si esclude qualche contratto collettivo, prevalentemente aziendale (9).

L'espressione «lavoro agile» è invece di conio prettamente italiano (10) e, attesa l'esistenza di una specifica disciplina organica di matrice legale in materia, ossia gli artt. 18-23, l. n. 81/2017, è in essa che va ricercata la sua definizione. In particolare, ai sensi dell'art. 18 della legge citata, per lavoro agile deve intendersi quella «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», nella quale «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», con lo scopo dichiarato di «incrementare la competitività e agevolare la conciliazione dei tempi di vita e di lavoro». In altre parole, il

---

(5) Corso 2017, 980; Sarti, Torre 2017, 4.

(6) Sarti, Torre 2017.

(7) Spinelli 2018, 43.

(8) Corso 2017, 980-981.

(9) Vd., ad esempio, Accordo Barilla 12 novembre 2014 e 21 settembre 2018 o Accordo Enel 4 aprile 2017.

(10) Altra cosa ancora è infatti l'*agile working* anglosassone, il quale identifica una impostazione manageriale tesa a cambiare continuamente le routine aziendali e orientata all'aumento della produttività, ottimizzando l'incontro tra le risorse a disposizione, anche umane, e la domanda dei servizi (per una definizione più articolata, vd. Chartered Institute of Personnel and Development 2014).

lavoro agile, lungi dall'essere una tipologia contrattuale, costituisce una forma organizzativa nella quale il dipendente gode di una certa flessibilità spazio-temporale, da decidersi di accordo con il datore e da formalizzare, anche riguardo alle necessarie modifiche che vi saranno rispetto all'esercizio dei poteri datoriali, in un patto parallelo al contratto: il cd. patto di lavoro agile. Tale flessibilità, che porta il lavoratore a essere maggiormente responsabilizzato e «autonomo», rende difficile parametrare la prestazione al tempo di lavoro, da cui la possibilità di organizzare il lavoro per «fasi, cicli e obiettivi». Come nello *smart working*, l'uso della tecnologia è solo «possibile», ma facilitando la flessibilità spazio-temporale viene spesso utilizzata nella pratica, tanto da far combaciare il lavoro agile con forme di telelavoro cd. alternato (11).

Osservando, allora, il lavoro agile promosso dal legislatore dell'emergenza, può notarsi come esso non corrisponda né allo *smart working*, mai nominato dalla normativa, né al lavoro agile di cui alla l. n. 81/2017, nonostante, peraltro, quest'ultima venga espressamente richiamata nelle disposizioni «pandemiche». Piuttosto, il «lavoro agile dell'emergenza» configura una fattispecie eccezionale, differente da quella di cui alla l. n. 81/2017, dalla quale va distinta «pena il rischio di snaturare l'istituto originale» (12). E infatti, se volgiamo lo sguardo verso il lavoro agile che ha visto attuazione negli ultimi mesi, non è invero ravvisabile alcuna flessibilità spazio-temporale, attesa la segregazione domiciliare sperimentata durante il *lock-down* e la limitazione degli accessi alle aziende attuata durante l'emergenza. Il luogo di lavoro, quindi, che nelle forme organizzative sopra descritte può essere «ovunque», ha sempre finito per coincidere con il domicilio del lavoratore e neppure è stato possibile programmare rientri in azienda, così da realizzare l'alternanza tipica del lavoro agile. Quanto all'orario di lavoro, il lavoro agile dell'emergenza «mima in tutto la scansione del lavoro in ufficio» (13), poiché nella maggior parte delle esperienze è stato osservato l'orario aziendale, dovendosi anzi segnalare come spesso sia stata lamentata una permanente reperibilità dei lavoratori «remotizzati» durante la pandemia. E ancora, nel lavoro agile «da Covid-19» la tecnologia digitale, diversamente da quanto disposto nella l. n. 81/2017, costituisce quasi un elemento «genetico». Non si ragiona più in termini di facilitazione alla realizzazione del lavoro agile mediante gli strumenti informatici, i quali vengono, piuttosto, considerati gli unici mezzi tramite cui sia possibile effettuare la

---

(11) Spinelli 2020, 91-92.

(12) Alessi, Vallauri 2020, 132.

(13) Tinti 2020, 45.

prestazione, non essendovi alternative al loro uso se non la sospensione o la conclusione del rapporto di lavoro.

Le caratteristiche di questo lavoro agile emergenziale e, in particolare, la regolare esecuzione della prestazione fuori dai locali aziendali, nella specie presso il domicilio del dipendente, hanno fatto propendere per la sua assimilazione ora al telelavoro (14) ora al telelavoro a domicilio o *homeworking* (15). Con ciò non si intende dire che il legislatore abbia usato impropriamente l'espressione «lavoro agile», confondendola con «telelavoro», anche in considerazione dell'esplicito richiamo alla l. n. 81/2017 fatto dalla decretazione emergenziale. Piuttosto, sembra che il legislatore abbia voluto introdurre, come già accennato, una fattispecie eccezionale di lavoro agile, specificamente creata per l'emergenza. In tal senso depone la semplificazione nell'accesso al lavoro agile emergenziale rispetto al lavoro agile «ordinario» – eliminandosi la necessità del patto individuale (su cui vd. *infra*) –, ma anche rispetto al telelavoro, giustificata dalla necessità di rendere più veloce e «agile», appunto, il ricorso al lavoro da remoto. Un rinvio alla disciplina del telelavoro sarebbe stata infatti assai problematica, e ciò per due motivi. Da un lato, nel settore privato, salvo qualche disposizione sparsa nel nostro ordinamento (16), non esiste una disciplina organica di legge in materia, essendo la fonte più rilevante del telelavoro privato costituita dall'Accordo interconfederale sul telelavoro del 9 giugno 2004, cosicché il legislatore si sarebbe trovato a effettuare un rinvio a una fonte priva di efficacia *erga omnes*, facendo sorgere peraltro dubbi di costituzionalità per contrasto con l'art. 39 Cost. Dall'altro lato, pur esistendo una regolamentazione strutturata nel settore pubblico sul telelavoro (17), il ricorso a esso è condizionato all'attivazione di progetti di telelavoro, che hanno costituito il motivo delle difficoltà di diffusione della fattispecie nella p.a. (18) e che, di certo, non sono appropriati per fronteggiare una pandemia che richiede risposte pronte e celeri.

2. — *L'unilateralità «regolativa» del lavoro agile dell'emergenza* — Le differenze tra il lavoro agile dell'emergenza e quello «ordinario» non risiedono solamente nell'articolarsi dell'organizzazione della prestazione, che passa dal-

---

(14) Alessi, Vallauri 2020, 135.

(15) Zoppoli 2020, 4.

(16) Si pensi all'art. 3, comma 10, d.lgs. n. 81/2008, oppure agli artt. 114 e 115, d.lgs. n. 196/2003.

(17) Si fa riferimento all'art. 4, l. n. 191/1998, al d.P.R. n. 70/1999 e all'Accordo quadro sul telelavoro nella p.a. del 23 marzo 2000.

(18) Come già notavano Gaeta, Pascucci 2001.

la dinamicità del secondo alla staticità imposta dalle necessità di contenimento del contagio. Va infatti osservato come un'ulteriore differenza tra le due fattispecie si trovi «a monte» delle stesse, essendo regolate da fonti normative di diversa tipologia (19). Il lavoro agile «ordinario», infatti, è regolato principalmente dagli artt. 18-23, l. n. 81/2017, cui si aggiungono le disposizioni, legali e amministrative, dedicate al settore pubblico (art. 14, l. n. 124/2015, e direttiva P.C.m. n. 3/2017) e la contrattazione collettiva in materia (20). Il lavoro agile da Covid-19, invece, è stato disciplinato in numerose fonti a carattere emergenziale, dapprima riguardanti la sola «zona rossa» (21) e successivamente estese a tutto il territorio nazionale, di cui solo due di rango legislativo, l'art. 87 del d.l. n. 18/2020 (cd. decreto «Cura Italia»), convertito in l. n. 27/2020, e gli artt. 90, comma 4, e 263, d.l. n. 34/2020 (cd. decreto «Rilancio») (22), rimanendo per il resto regolamentato dai famigerati d.P.C.m. (23), da alcune direttive ministeriali (24), e dai protocolli conclusi tra Governo e parti sociali (25). Come emerge da tale quadro, con il lavoro agile dell'emergenza si è transitati dalla regolamentazione prevalentemente legislativa della fattispecie ordinaria, quindi frutto della discussione parlamentare – rimanendo lo strumento amministrativo confinato alla definizione delle modalità attuative del lavoro agile nel settore pubblico –, a una regolamentazione affidata quasi esclusivamente al-

---

(19) Zoppoli 2020, 2.

(20) Ciò nonostante, secondo alcuni Autori, il legislatore, con la l. n. 81/2017, abbia espresso una chiara preferenza per l'autonomia individuale, essendo regolato il lavoro agile per patto individuale, a discapito della contrattazione collettiva (Cuttone 2017). In realtà, rileva Martone (2018, 317), la valorizzazione dell'autonomia individuale non ha delegittimato la contrattazione collettiva, come dimostrato dalla stipulazione di contratti collettivi in materia di lavoro agile anche successivamente all'entrata in vigore della l. n. 81/2017.

(21) Art. 2, d.P.C.m. 25 febbraio 2020; art. 1, comma 2, lett. *a*, d.l. n. 6/2020.

(22) Si rammentano anche l'art. 18, d.l. n. 9/2020, e l'art. 87-*bis* del decreto «Cura Italia», che tuttavia riguardano, principalmente, l'incremento dei quantitativi massimi previsti dalle convenzioni quadro di Consip Spa per la fornitura di *personal computer* e *tablet*, al fine di agevolare l'applicazione del lavoro agile.

(23) Art. 1, comma 1, lett. *ll*, d.P.C.m. 11 giugno 2020; art. 1, comma 1, lett. *gg* e *ii*, lett. *a*, d.P.C.m. 26 aprile 2020; art. 1, comma 1, lett. *gg* e *ii*, d.P.C.m. 10 aprile 2020; art. 1, comma 1, lett. *c*, d.P.C.m. 22 marzo 2020; art. 1, n. 6 e n. 7, lett. *a*, d.P.C.m. 11 marzo 2020; art. 2, comma 1, lett. *r*, d.P.C.m. 8 marzo 2020; art. 1, comma 1, lett. *n*, d.P.C.m. 4 marzo 2020; art. 4, comma 1, lett. *a*, d.P.C.m. 1° marzo 2020.

(24) Direttiva P.C.m. n. 1, n. 2 e n. 3/2020. Vd anche direttiva P.C.m. 4 marzo 2020 e direttiva ministero della Giustizia 4 marzo 2020. Sono state realizzate anche alcune circolari tra le quali si segnalano le circolari n. 1 e n. 2/2020 della Funzione Pubblica.

(25) In data 14 marzo (integrato con Protocollo del 24 aprile), 3 e 8 aprile 2020.

l'Esecutivo, ora mediante d.l. ora tramite d.P.C.m. Il ruolo delle parti sociali, inoltre, che prima della pandemia era assai rilevante in materia di lavoro agile, essendo stata la contrattazione collettiva, nel settore privato, la fonte regolativa originaria dell'istituto e ispiratrice della l. n. 81/2017, è invece ora circoscritto alla stipulazione dei citati protocolli, i quali si limitano a recepire quanto già previsto dal Governo per il settore pubblico.

Questa «unilateralità» regolativa del lavoro agile è riscontrabile anche nelle modalità in cui esso è stato introdotto nei settori privato e pubblico.

Con riferimento al primo, all'inizio della pandemia il lavoro agile era semplicemente promosso o favorito, esprimendosi il legislatore in termini di facoltà del suo utilizzo da parte dei datori (26) ed essendo stato semplificato il suo accesso, potendo avvenire con atto unilaterale del datore, quindi in assenza di accordo con il dipendente (vd. *infra*), e con adempimento dell'obbligo di informativa *ex* art. 22, l. n. 81/2017, per via telematica (27). Successivamente, è stato fortemente raccomandato il «massimo utilizzo» del lavoro agile (28) dalla normativa, sino a eleggerlo a misura prevenzionistica generalizzata per tutte le attività espletabili «da remoto» nel settore privato (29), con estensione graduale del suo possibile utilizzo sino al 31 dicembre 2020 (30). Nel settore pubblico, invece, sin dai primi decreti dell'emergenza, il lavoro agile è stato definito quale «modalità ordinaria di svolgimento della prestazione lavorativa» (31) – che «opera a regime» (32) e non più in via sperimentale (33) –, da attuarsi, anch'esso in via unilaterale, secondo modalità semplificate, sia perché, laddove gli strumenti informatici non siano forniti dall'amministrazione, è possibile fare uso degli strumenti che sono nella di-

---

(26) Art. 1, comma 2, lett. *a*, d.l. n. 6/2020.

(27) Art. 2, comma 1, lett. *r*, d.P.C.m. 8 marzo 2020; art. 1, comma 1, lett. *n*, d.P.C.m. 4 marzo 2020; art. 4, comma 1, lett. *a*, d.P.C.m. 1° marzo 2020; art. 2, d.P.C.m. 25 febbraio 2020.

(28) Art. 1, comma 1, lett. *ii*, *a*, d.P.C.m. 26 aprile 2020; art. 1, comma 1, lett. *ii*, d.P.C.m. 10 aprile 2020; art. 1, n. 6 e n. 7, lett. *a*, d.P.C.m. 11 marzo 2020.

(29) Tinti 2020, 41.

(30) Art. 90, comma 4, decreto «Rilancio». L'art. 2, comma 1, d.P.C.m. 25 febbraio 2020, infatti, prevedeva il possibile utilizzo del lavoro agile emergenziale sino al 15 marzo 2020.

(31) Vd., in particolare, l'art. 87 del decreto «Cura Italia».

(32) Direttiva n. 2/2020, cit., 3.

(33) Ciò in virtù della soppressione, a opera dell'art. 18, comma 5, d.l. n. 9/2020, delle parole «per la sperimentazione» di cui all'art. 14, comma 1, l. n. 124/2015, il quale, notoriamente, aveva fissato l'obiettivo della soglia del 10% di dipendenti pubblici che avrebbero potuto lavorare in modalità agile, ove richiesto, entro tre anni dall'entrata in vigore della medesima legge.

sponibilità del dipendente, in deroga all'art. 18, comma 2, l. n. 81/2017 (34), sia in quanto le istanze di accesso all'istituto possono essere presentate al datore di lavoro pubblico in modalità che escludano appesantimenti amministrativi e favoriscano la celerità dell'autorizzazione (per esempio mediante un mero scambio di e-mail) (35).

L'atteggiamento del legislatore verso il lavoro a distanza, pertanto, è evidentemente cambiato a causa della pandemia. Nel settore privato, infatti, a quanto consta, non si erano registrate, fino al periodo emergenziale, iniziative tese a incentivare la diffusione del lavoro agile mentre, con riferimento al telelavoro, poche disposizioni sono state dedicate a promuoverne la diffusione nelle imprese, ora per facilitare la conciliazione vita-lavoro, ora per favorire l'ingresso delle categorie protette nel mercato del lavoro, ora per reinserire i lavoratori in mobilità (36). Nel settore pubblico, oltre alla predetta l. n. 124/2015 che poneva il lavoro a distanza ancora in un'ottica di sperimentazione, va osservato come già l'art. 9, comma 7, d.l. n. 179/2012, convertito in l. n. 221/2012 (cd. decreto Crescita 2.0), avesse introdotto una sorta di telelavoro *by default*, prevedendosi l'obbligo per le p.a. di attuare un Piano di telelavoro in cui specificare, oltre alle modalità di realizzazione, le attività non «telelaborabili», come se il telelavoro fosse la regola e il lavoro in presenza l'eccezione, rilevando peraltro l'adempimento di tale obbligo ai fini della misurazione e della valutazione delle *performance* dei dirigenti (37).

È evidente come questa «prima unilateralità» del lavoro agile, sotto il profilo delle fonti regolative e della considerazione dell'istituto come generale soluzione prevenzionistica, sia da ricollegare esclusivamente all'emergenza del Coronavirus, risultando difficile pensare che, in assenza di essa, la disciplina del lavoro agile sarebbe stata così profondamente modificata mediante provvedimenti straordinari di necessità e urgenza e tramite atti dell'Esecutivo, e che le sole finalità di *work-life balance* e di incremento della competitività, di cui alla l. n. 81/2017, sarebbero state sufficienti, in condizioni normali, a determinare una diffusione capillare dell'istituto. E infatti, nonostante la mancanza di dati certi sull'effettivo utilizzo del lavoro agile in Italia, sembra che, per effetto della normativa emergenziale, i lavoratori

---

(34) Art. 87, comma 2, decreto «Cura Italia».

(35) Circolare n. 1/2020, 2.

(36) Art. 22, comma 5, l. n. 183/2011; art. 9, comma 1, lett. a, l. n. 53/2000; art. 4, comma 3, e art. 13, comma 1, lett. c, l. n. 68/1999. Da ultimo, si ricorda il comma 9, lett. d, dell'unico articolo della l. n. 183/2014 e l'art. 23, d.lgs. n. 80/2015.

(37) Spinelli 2018, 77-78.

agili siano cresciuti in maniera esponenziale, sia nel settore privato sia nelle pubbliche amministrazioni (38).

3. — *La nuova funzione del lavoro agile* — Queste ultime riflessioni hanno portato ad affermare che la fattispecie avrebbe subito una vera e propria mutazione funzionale: da strumento di incremento della competitività e di conciliazione vita-lavoro, in un contesto «fisiologico», il lavoro agile si sarebbe trasformato, «nel quadro «patologico» dell'emergenza da Covid-19», in presidio prevenzionistico (39) e di «difesa» della produttività (40). Il legislatore avrebbe cioè «funzionalizzato» (41) l'impiego del lavoro agile agli interessi costituzionali travolti dalla decretazione emergenziale. Il lavoro agile, per come concepito durante la pandemia, è stato infatti ritenuto in grado di garantire, da una parte, l'interesse del datore di lavoro alla libertà di iniziativa economica privata, *ex art. 41, comma 1, Cost.*, insieme al principio di buon andamento della p.a., *ex art. 97 Cost.*, e, dall'altra, l'interesse dei lavoratori alla tutela della propria salute (art. 41, comma 2, Cost.) ma anche il loro diritto al lavoro (art. 4 Cost.), potendosi la prestazione effettuare da casa senza sospendere l'attività d'impresa, della p.a. e lavorativa, e senza perdita della retribuzione (42). L'istituto, però, è stato posto a protezione dei medesimi interessi estesi a tutta la comunità nazionale, e cioè del diritto alla salute della collettività (art. 32, comma 1, Cost.), familiare e nazionale, potendo prevenire la nascita di nuovi focolai mediante il distanziamento sociale e il contagio dei familiari e consentendo all'economia italiana, e alla p.a., di non collassare a causa del *lockdown*. A confermare tale funzionalizzazione, soprattutto nell'ottica della tutela del diritto alla salute, militano anche disposizioni dedicate a categorie di soggetti a maggior rischio, per i quali contrarre il virus potrebbe rivelarsi letale. Così, da un lato, l'art. 39, comma 1, del decreto «Cura Italia», fino alla cessazione dell'emergenza, ha accordato ai dipendenti disabili nelle condizioni di cui all'art. 3, comma 3, l. n. 104/1992, o che abbiano nel proprio nucleo familiare una persona disabile nelle condizioni di cui alla predetta legge, il diritto a lavorare in modalità agile, ferma restando la compatibilità con le loro mansioni.

---

(38) Vd., in proposito, il monitoraggio su lavoro agile nella p.a. effettuato dalla Funzione Pubblica (<http://www.funzionepubblica.gov.it/lavoro-agile-e-covid-19/monitoraggio-lavoro-agile>).

(39) O, per dirla con Zoppoli (2020, 3), in un «dispositivo di protezione individuale atipico per la sicurezza sui luoghi di lavoro».

(40) Bini 2020, 6.

(41) Pascucci 2020, 10.

(42) Alessi, Vallauri 2020, 133.

Dall'altro lato, lo stesso art. 39, al comma 2, riconosce ai lavoratori affetti da gravi e comprovate patologie con ridotta capacità lavorativa la priorità nell'accoglimento delle istanze di lavoro agile (43).

Come è stato recentemente osservato, il fatto che il lavoro agile sia stato eletto dal legislatore a strumento prevenzionistico e di tutela della continuità della produzione non ha del tutto annichilito le sue ambizioni conciliative, essendo sorte, anzi, nel corso della pandemia, nuove esigenze di *work-life balance*, dovute all'impennarsi degli impegni di cura a causa della stabilizzazione della presenza domestica dei figli, anche per l'attivazione della didattica a distanza, e alla sospensione di alcuni servizi a domicilio per le persone più fragili, nonché all'impossibilità di ricorrere all'aiuto delle abituali reti familiari di supporto (44). A fronte di tali esigenze, il legislatore ha risposto con l'art. 90, comma 1, del decreto «Rilancio», il quale conferisce ai genitori lavoratori dipendenti, che siano gli unici in famiglia a poter prendersi cura di figli minori di 14 anni, il diritto di rimanere in lavoro agile sino alla cessazione dello stato di emergenza. Si tratta, tuttavia, di una misura di per sé insufficiente, sia in quanto ancora legata alla necessità di contenere il contagio, sia poiché, sebbene essa rievochi finalità conciliative, non va oltre «la – rudimentale – garanzia della presenza domestica di un genitore», la quale non assicura la conciliazione, atteso che «chi lavora non può «contestualmente» occuparsi *davvero* dei figli» (45).

Vi è anche chi ha ipotizzato, sebbene definendola come una «esagerazione», che il lavoro agile dell'emergenza avrebbe una ulteriore funzione, in particolare nel settore pubblico, ossia quella di «ammortizzatore sociale di massa». In sostanza, attese le maggiori difficoltà di accesso agli altri istituti utilizzabili ai sensi dell'art. 87, comma 3, decreto «Cura Italia» in caso di impossibilità di impiego del lavoro agile – dovendo, ad esempio, l'esonero dal servizio essere corredata da una precisa motivazione –, nonché la minor convenienza di essi per i dipendenti rispetto al lavoro agile, in alcune circostanze le pubbliche amministrazioni avrebbero fatto ricorso al lavoro agile anche quando ciò sarebbe risultato impossibile (46).

In ogni caso, nello scenario attuale, le finalità prevenzionistiche e di continuità produttiva prevalgono nettamente su quelle conciliative e, atteso

---

(43) Ai sensi del comma 3 della medesima disposizione ciò vale anche per i lavoratori immunodepressi o che abbiano familiari conviventi in tale condizione.

(44) Tinti 2020, 46.

(45) *Ivi*, 48-49.

(46) Zoppoli (2020, 9-10), che, ad esempio, menziona il caso di giardinieri posti in lavoro agile.

il loro confinamento a situazioni circoscritte (47), su quelle di «ammortizzatore sociale». Va osservato come, in realtà, tale funzionalizzazione del lavoro agile non costituisca un'assoluta novità, atteso che già in occasione della tragedia del crollo del ponte Morandi era stato stipulato, in data 12 settembre 2018, un Accordo aziendale tra la Leonardo Spa (ex Finmeccanica) e le rappresentanze nazionali di Fim, Fiom e Uilm, mediante il quale si riconosceva a tutti i dipendenti impiegati a Genova, previa verifica della «remotizzabilità» delle loro prestazioni, di accedere al lavoro agile (nell'accordo si parla invero di «*smart working*») allo scopo di limitare i disagi da loro sofferti, dovuti alle ripercussioni sul sistema di viabilità genovese, di decongestionare il traffico urbano e di garantire la continuità dell'attività produttiva (48). Tuttavia, la sistematicità con la quale la mutazione funzionale del lavoro agile è stata proposta dalla decretazione emergenziale e lo stesso fatto che le sue fonti siano di natura legislativa e amministrativa portano a pensare che la nuova funzione dell'istituto possa aggiungersi stabilmente a quelle di cui alla l. n. 81/2017 (49). Per questa ragione, già alcuni Autori hanno ipotizzato la previsione per legge di forme «fisiologiche» di lavoro da remoto per finalità emergenziali (non solo pandemiche ma anche legate ad altri eventi imprevedibili come, appunto, il caso del ponte Morandi o in occasione di calamità naturali) (50), sebbene tale funzionalizzazione potrebbe invero essere realizzata, ad esempio laddove l'emergenza fosse confinata a precise zone geografiche, anche mediante lo strumento della contrattazione collettiva di secondo livello, potendosi trarre spunto dall'esperienza genovese.

4. — *L'unilateralità nell'accesso al lavoro agile dell'emergenza* — L'«unilateralità» nell'introduzione e nella regolamentazione del lavoro agile espressa dal legislatore trova un suo corrispettivo, come in un gioco di scatole cinesi, nel sopra accennato potere del datore di lavoro di adibire il lavoratore al lavoro agile con suo atto unilaterale (51), in deroga alla l. n. 81/2017. È questo un ulteriore elemento di differenziazione del lavoro agile emergenziale da quello «ordinario», atteso che quest'ultimo, tanto nel settore privato quanto in quello pubblico, necessita per il suo utilizzo di un accordo tra

---

(47) *Ibidem*.

(48) Il testo dell'accordo è reperibile sul sito <https://www.noicis.it/attachments/article/74/Accordo%20Leonardo%20Genova.pdf>.

(49) Senatori 2020, 4.

(50) Zoppoli (2020, 18), che avanza tale proposta relativamente al settore pubblico.

(51) Per una tesi alternativa, nel senso della conservazione della consensualità anche nel lavoro agile emergenziale, vd. Senatori 2020.

datore e lavoratore, che si sostanzia nel cd. patto di lavoro agile, ossia in un patto parallelo al contratto di lavoro, nel quale vengono definite le modalità di esecuzione della prestazione, in ordine ai tempi, ai luoghi, e agli strumenti di lavoro, nonché all'esercizio dei poteri direttivo (52), di controllo e disciplinare (53), i quali vanno ricalibrati in ragione della flessibilità spaziotemporale del lavoro agile.

Per ciò che interessa ai fini del presente lavoro, va ricordato come il patto di lavoro agile possa essere a tempo determinato o indeterminato e che vi è la facoltà per le parti di recedere dal solo patto di lavoro agile con preavviso non inferiore a trenta giorni (che si estendono a novanta per le categorie protette), sebbene, in presenza di un giustificato motivo, il recesso sia possibile in qualsiasi momento, se il patto è a termine, e senza preavviso, se è a tempo indeterminato (54). Inoltre, il patto deve essere stipulato in forma scritta *ad probationem* e ai fini della regolarità amministrativa (55), dovendosi intendere tale ultima espressione nel senso che la forma scritta sarebbe diretta ad agevolare i controlli degli organi di vigilanza ma anche, più semplicemente, finalizzata all'effettuazione della comunicazione obbligatoria al centro per l'impiego (56).

La consensualità, allora, assurge a elemento «ontologico» della fattispecie «lavoro agile» (57), avendo ritenuto il legislatore che l'unica fonte giuridica idonea a raggiungere gli obiettivi di conciliazione vita-lavoro e di incremento della competitività, nel contesto di una prestazione in cui il dipendente è maggiormente responsabilizzato (58), potesse essere il patto individuale, il quale, senza con ciò comprimere gli spazi dell'autonomia collettiva, sarebbe in grado di adattare la disciplina della prestazione alle esigenze del singolo lavoratore, come fa un sarto con un abito sartoriale (59).

Il passaggio dalla consensualità all'unilateralità incide dal punto di vista pratico, risultando sufficiente, allo stato, per accedere al lavoro agile, una comunicazione semplificata da inoltrare al ministero del Lavoro, per via telematica, mediante il portale dedicato (60), accompagnata da una comuni-

---

(52) Art. 19, comma 1, l. n. 81/2017.

(53) Art. 21, l. n. 81/2017.

(54) Art. 19, comma 2, l. n. 81/2017.

(55) Art. 19, comma 1, l. n. 81/2017.

(56) Camera, Massi 2017, 1729.

(57) Senatori 2020, 8.

(58) Cuttone 2017, 54.

(59) Martone 2018, 298.

(60) <https://servizi.lavoro.gov.it/ModalitaSemplificataComunicazioneSmartWorking/>.

cazione unilaterale al lavoratore della sua adibizione al lavoro agile (61) caratterizzata «da una rigidità semplificatoria molto spinta» e fatta sottoscrivere solo per conoscenza al dipendente (62). Tale profilo pratico, però, si riflette anche sulla regolamentazione della prestazione agile, la quale viene affidata adesso, in mancanza di un patto scritto tra le parti, alle scelte unilaterali del datore di lavoro. Così, è il datore a delineare i confini spazio-temporali della prestazione, compatibilmente con le esigenze di distanziamento sociale, a decidere quali strumenti di lavoro debbano venire utilizzati e se il lavoratore possa fare uso dei propri, ma anche come esercitare i propri poteri sul lavoratore. Quanto alla durata del lavoro agile emergenziale, essa risulta limitata ai tempi dell'emergenza (e comunque non oltre il 31 dicembre 2020), non potendosi dunque concepire un lavoro agile da Covid-19 a tempo indeterminato, mentre, riguardo al recesso, esso potrà avvenire solo in presenza di un giustificato motivo (63). Va infatti osservato come il legislatore, richiamando espressamente la disciplina di cui agli artt. 18-23, l. n. 81/2017, abbia inteso conservare, pur in assenza di accordo, i principi generali del lavoro agile a tutela del dipendente, i quali rimangono fermi in quanto compatibili con la mancanza di un accordo. In questi termini, esemplificando, pur non essendovi una pattuizione in merito alle modalità di esercizio del potere di controllo, opererà comunque l'art. 4 St. lav., per espresso rinvio dell'art. 21, comma 1, l. n. 81/2017 (64), come la normativa in materia di riservatezza del lavoratore (65), *ex* art. 115, d.lgs. n. 196/2003. Né il datore, riguardo ai tempi di lavoro, potrà derogare ai «limiti di durata massima dell'orario di lavoro giornaliero e settimanale, derivanti dalla legge e dalla contrattazione collettiva», ai sensi dell'art. 18, comma 1. Stessa considerazione vale con riferimento al principio di parità di trattamento dei lavoratori agili rispetto ai colleghi interni, *ex* art. 20, comma 1 (66), all'obbligo di sicurezza del datore di lavoro di cui all'art. 22 (la cui informativa, come sopra indicato, viene trasmessa telematicamente secondo

---

(61) Bini 2020, 4.

(62) Tinti 2020, 45.

(63) *Contra*, Tinti 2020, 43.

(64) Bini 2020, 4.

(65) Alessi, Vallauri 2020, 141.

(66) Va notato che T. Venezia 8.7.2020, decreto, in <http://www.bollettinoadapt.it/wp-content/uploads/2020/07/trib-venezia.pdf>, ha però negato che rientrino nella nozione di «trattamento economico e normativo» di cui all'art. 20, l. n. 81/2017, i buoni pasto, i quali pertanto non spetterebbero al lavoratore agile, non trattandosi né di un elemento della retribuzione, né di un trattamento conseguente necessariamente alla prestazione «ma piuttosto di un beneficio conseguente alle modalità concrete di organizzazione dell'orario di lavoro».

la disciplina emergenziale), nonché alla tutela contro gli infortuni e le malattie professionali, di cui all'art. 23. Infine, il datore di lavoro sarà tenuto a definire anche le misure necessarie ad assicurare il diritto alla disconnessione (67), *ex art.* 19, comma 1, ultimo periodo, l. n. 81/2019, in applicazione del diritto alla salute (68) e, in particolare, dell'art. 2087 c.c. (69), anche se l'effettività di tale diritto, da sempre posta in dubbio (70), è risultata particolarmente scarsa durante il *lockdown*.

5. — *I limiti ai poteri datoriali e i diritti «specifici» di accesso al lavoro agile* — La regolamentazione unilaterale del lavoro agile emergenziale trova dunque i suoi limiti nei principi espressi dalla l. n. 81/2017. Tuttavia, vi è da domandarsi, a monte, se anche l'unilateralità datoriale nell'attivazione della fattispecie sia soggetta a vincoli e se possa addirittura configurarsi un diritto del lavoratore al lavoro agile, il quale non gli è riconosciuto, in via generalizzata, neppure dalla l. n. 81/2017.

Ora, il legislatore dell'emergenza, optando per l'unilateralità del lavoro agile, ha attratto la scelta del lavoro agile integralmente all'interno del perimetro del potere organizzativo del datore di lavoro. In proposito, va ricordato come sia il legislatore a disciplinare l'esercizio dei poteri necessari al perseguimento degli interessi datoriali, andando a tracciare i limiti esterni dell'azione del datore medesimo e bilanciando le esigenze costituzionalmente garantite di quest'ultimo con quelle dei lavoratori (71). Ebbene, come già si è osservato, durante la pandemia, i principali interessi costituzionali che il legislatore è stato chiamato a bilanciare nel mondo del lavoro sono stati il diritto alla salute (dei lavoratori e della collettività), di cui all'art. 32, comma 1, Cost., da una parte, e il diritto al lavoro, *ex art.* 4, comma 1, Cost., insieme alla libertà di iniziativa economica privata, *ex art.* 41, comma 1, Cost., e al principio di buon andamento della p.a., di cui all'art. 97 Cost., dall'altra. Come chiarito dalla Corte costituzionale, tale bilanciamento non deve comportare un'illimitata espansione di un diritto a danno di un altro, che così diverrebbe «tiranno» rispetto ad altri interessi costituzionalmente protetti, ma deve, piuttosto, rispondere a criteri di proporzionalità e ragionevolezza (72). Inoltre, la stessa Consulta, nel predetto

---

(67) *Ivi*.

(68) Spinelli 2018, 155.

(69) Zeppilli 2019, 315; sia consentito il rinvio anche a Calvellini, Tufo 2018, 401 ss.

(70) Spinelli 2018, 155.

(71) Sul tema, vd. Minervini 1958.

(72) C. cost. 23.3.2018, n. 58, in *GCost.*, 2018, n. 2, 592 ss., e C. cost. 9.5.2013, n. 85, *ivi*, 2013, n. 3, 1424 ss.

bilanciamento con il diritto al lavoro e con la libertà di impresa, ha dato prevalenza al diritto alla salute, limitando l'art. 41 Cost. l'iniziativa economica privata quando essa metta a rischio la salute del lavoratore (73) e avendo il diritto al lavoro un senso solo quale «diritto al lavoro sicuro» (74). È alla luce di tale operazione di bilanciamento – in cui prevale il diritto alla salute – che deve dunque leggersi il conferimento da parte dell'art. 39 del decreto «Cura Italia», fino alla cessazione dell'emergenza, di un diritto potestativo all'accesso al lavoro agile ai dipendenti disabili gravi o a quei lavoratori che abbiano nel proprio nucleo familiare un disabile grave, ferma restando la compatibilità della loro prestazione con il lavoro agile. In questi casi, il datore di lavoro, verificata la «fattibilità» del lavoro agile in relazione alla prestazione del lavoratore, è obbligato a darvi corso (75). E infatti, in questo senso ha già deciso la giurisprudenza di merito, la quale, con due pronunce, una del Tribunale di Bologna (76) e l'altra del Tribunale di Roma (77), ha riconosciuto il diritto delle ricorrenti, le quali assistevano entrambe figli con gravi disabilità, di essere adibite al lavoro agile.

Come si è visto, il legislatore ha riconosciuto al lavoratore il diritto di accedere al lavoro agile anche laddove egli abbia almeno un figlio con età inferiore ai 14 anni, quando nel nucleo familiare non vi sia altro genitore che benefici di strumenti di sostegno al reddito per cessazione o sospensione dell'attività lavorativa o nel caso in cui non vi sia un genitore non lavoratore. Anche il riconoscimento di tale diritto, invero, va ricondotto alla scelta del legislatore di risolvere il bilanciamento di interessi a favore del diritto alla salute, trattandosi di una disposizione che ha tra le sue finalità quella di continuare a garantire il distanziamento sociale. Tuttavia, come già osservato, lo scopo più evidente dell'art. 90 consiste nel venire incontro alle esigenze di *work-life balance* dei dipendenti (78). Non deve, allora, essere

---

(73) C. cost. n. 58/2018, cit.

(74) Pascucci 2013, 4.

(75) Tinti 2020, 47.

(76) T. Bologna 23.4.2020, decreto, in [https://www.lavorodirittieuropa.it/images/smart\\_working\\_decreto\\_inaudita\\_altera\\_parte\\_Cosentino\\_compressed.pdf](https://www.lavorodirittieuropa.it/images/smart_working_decreto_inaudita_altera_parte_Cosentino_compressed.pdf).

(77) T. Roma 20.6.2020, ord., in <http://www.bollettinoadapt.it/wp-content/uploads/2020/06/20200623205245677.pdf>.

(78) In proposito, vd. T. Mantova 26.6.2020, decreto, in <http://www.bollettinoadapt.it/wp-content/uploads/2020/07/Tribunale-di-Mantova-decreto-26-giugno-2020-n.-1054.pdf>, mediante il quale il giudice adito ha negato l'applicazione dell'art. 90 perché il lavoratore ricorrente, padre con figlia minore di anni 14, in quanto destinatario di un provvedimento di riduzione oraria con ricorso all'ammortizzatore sociale emergenziale, prestava attività lavorativa presso la sede aziendale per soli due giorni a settimana, rimanendo a casa gli altri giorni, e perché già sua moglie era stata collocata in lavoro agile presso la propria abitazione.

sottovalutata l'altra operazione di bilanciamento effettuata in tale circostanza dal legislatore, il quale, in ragione delle urgenti problematiche riguardanti la conciliazione vita-lavoro durante la pandemia, ha ritenuto far prevalere sugli interessi datoriali quelli del lavoratore, espressi costituzionalmente dalla combinazione degli artt. 3, comma 2, 31 e 37, comma 1, Cost. (79).

6. — *Il diritto generale di attivazione del lavoro agile emergenziale* — Al di là di tali specifiche previsioni, a una prima analisi, la legislazione dell'emergenza non sembra accordare al lavoratore ulteriori diritti di attivazione del lavoro agile: manca quindi un «diritto soggettivo perfetto» al lavoro agile nella decretazione emergenziale (80). Pare, anzi, che il legislatore abbia messo in concorrenza il lavoro agile con altri istituti, in quanto, sebbene, nel settore privato, abbia «raccomandato» «il massimo utilizzo» da parte delle imprese del lavoro agile, ha, allo stesso tempo, raccomandato l'incentivazione nel godimento di ferie e congedi retribuiti e nel ricorso agli altri strumenti previsti dalla contrattazione collettiva (81). Così, è stato affermato che «un diritto vero e proprio al lavoro agile non c'è se, pur dinanzi a un generico rischio alla salute, si può ricorrere agli altri istituti previsti dall'art. 87 del d.l. n. 18/20» (82). Tuttavia, la scelta del datore tra il lavoro agile e gli altri istituti non è del tutto libera, sia perché, con riferimento al lavoro agile, si parla di «massimo utilizzo», sia in quanto l'uso di ferie, congedi o altri istituti è consentito, ferma restando la possibilità di proseguire l'attività lavorativa in modalità agile (83). In altre parole, il legislatore ha espresso una chiara preferenza per il lavoro agile, laddove possibile nel caso concreto, rispetto ad altri istituti, in quanto strumento idoneo a coniugare l'interesse datoriale alla produttività con quello al lavoro del dipendente e con quello più generale alla salute. Vengono così tracciate le coordinate per il bilanciamento di interessi che dovrà effettuare, in prima battuta, il datore di lavoro e, in seconda, in caso di contenzioso, il giudice, il quale non può comunque estendere il proprio sindacato sulle scelte datoriali, *ex* art. 30, comma 1, l. n. 183/2010, al merito delle stesse, dovendosi limitare al controllo della loro legittimità, cosicché le decisioni del datore sono libere fino a che si

---

(79) Caponetti 2010, 52.

(80) D'Ascola 2020.

(81) Art. 1, comma 1, lett. *ll, a e b*, d.P.C.m. 11 giugno 2020; art. 1, comma 1, lett. *bb*, e lett. *ii, a e b*, d.P.C.m. 26 aprile 2020; art. 1, comma 1, lett. *bb* e *ii*, lett. *b*, d.P.C.m. 10 aprile 2020; art. 1, comma 1, lett. *b*, d.P.C.m. 11 marzo 2020.

(82) Zoppoli 2020, 5.

(83) Art. 1, comma 1, lett. *bb*, e lett. *ii, a*, d.P.C.m. 26 aprile 2020; art. 1, comma 1, lett. *bb*, d.P.C.m. 10 aprile 2020.

muovono nel perimetro dei «limiti esterni» definiti dal legislatore e dalla Costituzione.

Con riferimento al lavoro agile dell'emergenza, allora, tale giudizio di legittimità non investe tanto la sussistenza di un generale diritto del lavoratore a esservi adibito, quanto, piuttosto, la pretesa del datore verso il dipendente di continuare a svolgere la prestazione in modalità «tradizionale». Sulla scorta delle richiamate disposizioni emergenziali, tale scelta può dirsi legittima, in quanto proporzionata, quando ricorrono congiuntamente due condizioni: a) le mansioni del lavoratore, per loro natura, possono essere svolte solamente presso la sede aziendale; b) le mansioni del lavoratore risultano essenziali affinché l'attività produttiva possa proseguire durante lo stato di emergenza (84). In particolare, dirimente è quindi accertare, innanzitutto, la condizione *sub a*), ossia comprendere se la prestazione sia compatibile con il lavoro agile. Tale compatibilità può scindersi in due dimensioni: una prima, espressa da quelle disposizioni che raccomandano il «massimo utilizzo» del lavoro agile per qualsiasi attività che possa venir svolta a distanza, la quale «in ossequio alla promozione della più ampia diffusione possibile, ma anche in coerenza con lo strumento *soft* con cui tale finalità è perseguita, [...] pare alludere a un requisito di compatibilità tecnica» (85); una seconda, espressa invece dagli artt. 39 del decreto «Cura Italia» e 90 del decreto «Rilancio», che in virtù del «riferimento più ampio alle caratteristiche della prestazione sembra invece abilitare a una valutazione a tutto tondo della compatibilità, che riguarda anche le peculiarità organizzative e relazionali dell'attività lavorativa» (86). In effetti, con tale «duplice test di compatibilità» si sono già misurate le poche pronunce in materia di lavoro agile intervenute in questo periodo di emergenza, le quali, a volte, si sono limitate a riscontrare la mera compatibilità tecnica della prestazione con la modalità agile (87), mentre, in altre occasioni, hanno preso in considerazione anche i profili organizzativi dell'attività lavorativa, valutandoli in concreto (88).

---

(84) Alvino 2020, 4.

(85) Dagnino 2020.

(86) *Idem*.

(87) T. Bologna 23.4.2020, decreto.

(88) Ad esempio, T. Grosseto 23.4.2020, ord., in *LDE*, 2020, n. 2, oltre a considerare compatibili le mansioni impiegate svolte in *backoffice* dal ricorrente, ha ritenuto non sussistente l'impossibilità di fornire al lavoratore gli strumenti informatici, mentre T. Roma 20.6.2020, ord., cit., ha valutato come solamente eventuali, perché mai concretamente svolte, le attività che la ricorrente, assistente socio-sanitario, avrebbe dovuto effettuare *on site* per indagini epidemiologiche, dunque fuori dagli uffici aziendali, così affermando

Laddove, dunque, nonostante l'assenza delle due condizioni esposte, il datore rigetti la richiesta del lavoratore di essere collocato in modalità agile, il giudice dovrà verificare se tale decisione sia sorretta da una reale giustificazione – il che vincolerebbe il datore a porre in congedo o in ferie il dipendente –, configurandosi al contrario un rifiuto illegittimo, non solo in violazione del limite esterno del diritto alla salute, se si pretenda che il lavoratore continui a recarsi in azienda (89), ma anche in violazione di altri diritti costituzionalmente garantiti, quali il diritto alle ferie (90) o quello al lavoro, nel caso in cui si imponga ingiustificatamente al dipendente di optarvi. È quindi in tale evenienza che può configurarsi un diritto al lavoro agile, in applicazione dell'art. 2087 c.c., il quale costituisce la «norma di chiusura» del sistema prevenzionistico e obbliga il datore ad adottare non solo le particolari misure tassativamente imposte dalla legge in relazione al tipo di attività esercitata, ma anche tutte le altre misure che in concreto siano richieste dalla specificità del rischio (91). Se, infatti, il lavoro agile emergenziale ha la funzione di preservare la salute del lavoratore, esso assume a una «misura» che «secondo la particolarità del lavoro, l'esperienza e la tecnica» è necessaria «a tutelare l'integrità fisica e la personalità morale dei prestatori di lavoro» e che, pertanto, deve essere adottata dal datore allo scopo di salvaguardare i dipendenti dal rischio del contagio da Covid-19, e ciò non solo quando la prestazione è «convertibile» in modalità agile con conservazione della medesima efficienza e produttività, ma anche «daddove la qualità della prestazione della variante *smart* sia ridotta», dovendo l'interesse datoriale alla prestazione resa in forma tradizionale soccombere di fronte al fondamentale dovere di proteggere la salute del lavoratore (92). Peraltro, potrebbe verificarsi la situazione nella quale vi siano più lavoratori che abbiano diritto al lavoro agile.

---

l'assenza di «preminenti esigenze di servizio tali da impedire l'accoglimento della richiesta della ricorrente in quanto incompatibili con lo *smart working*». Diversamente, T. Mantova 26.6.2020, decreto, ha dichiarato l'incompatibilità della prestazione del ricorrente con il lavoro agile poiché, nel caso concreto, egli effettuava sopralluoghi periodici in trasferta che erano parte integrante della settimana lavorativa e che richiedevano la presenza fisica del dipendente.

(89) Alvino 2020, 4.

(90) E infatti, in ragione della finalità costituzionale delle ferie (vd. C. cost. 30.12.1987, n. 616, in *RIDL*, 1988, II, 297 ss., con nota di Pera), neppure il lavoratore può collocarsi autonomamente allo scopo di «prolungare» il periodo di comporto scaduto (vd. Cass. 27 marzo 2020, n. 7566, in corso di pubblicazione in *RIDL*, 2020, n. 2, II, con nota di Tufo).

(91) Vd., *ex multibus*, Cass. 30.8.2004, n. 17314, in *DeJure*.

(92) D'Ascola 2020.

In tale evenienza, laddove il datore non abbia la possibilità concreta di soddisfare tutte le richieste, e purché sussista una ragione organizzativa che escluda di poter accogliere tutte le istanze, è lo stesso legislatore emergenziale a dirci che la priorità deve essere accordata ai lavoratori «affetti da gravi e comprovate patologie con ridotta capacità lavorativa» (93), dovendosi così risolvere il bilanciamento di interessi tra i dipendenti a favore di chi corra maggiori rischi per la propria salute, atteso che il Covid-19 può essere letale per chi soffre di patologie pregresse.

Alla luce di tale analisi, sebbene il lavoro agile dell'emergenza costituisca una fattispecie peculiare e solo parzialmente sovrapponibile al lavoro agile «ordinario», risulta possibile, per mezzo del bilanciamento dei principi costituzionali e dell'applicazione dei principi generali di cui alla l. n. 18/2017, ricostruirne i confini, così evitando che l'unilateralità nella sua adozione da parte del datore di lavoro possa ledere gli interessi di protezione del lavoratore. In ogni caso, atteso che, al momento in cui si scrive, non si ha certezza di quanto ancora persisterà la pandemia, e considerato che dopo la «grande sperimentazione» (94) del lavoro agile dell'emergenza difficilmente il lavoro agile tornerà a essere un istituto di nicchia, è auspicabile un riordino della disciplina in materia di lavoro a distanza (95), la quale, allo stato, e da ultimo in ragione della decretazione emergenziale, rischia di apparire come un mosaico difficile da ricomporre per l'interprete.

### Riferimenti bibliografici

- Alessi C., Vallauri M.L. (2020), *Il lavoro agile alla prova del Covid-19*, in O. Bonardi et al. (a cura di), *Covid-19 e diritti dei lavoratori*, Ediesse, Roma, 131 ss.
- Alvino I. (2020), *È configurabile un diritto del lavoratore al lavoro agile nell'emergenza Covid-19?*, in *giustiziacivile.com*, n. 4, 4 luglio.
- Bini S. (2020), *Lo smart working al tempo del Coronavirus. Brevi osservazioni, in stato di emergenza*, in *giustiziacivile.com*, n. 3, 25 giugno.
- Calvellini G., Tufo M. (2018), *Lavoro e vita privata nel lavoro digitale: il tempo come elemento distintivo*, in *Labor*, n. 4, 403 ss.
- Camera R., Massi E. (2017), *Il lavoro agile dopo la riforma*, in *DPL*, n. 28, 1727 ss.
- Caponetti B. (2010), *La conciliazione vita/lavoro nel sistema italiano: azioni positive nazionali e sistemi regionali*, in M. Faioli, L. Rebuzzini (a cura di), *Conciliare vita e lavoro: verso un welfare plurale*, *Working Papers della Fondazione Giacomo Brodolini*, Roma, 49 ss.

---

(93) Art. 39, comma 2, decreto «Cura Italia».

(94) Alessi, Vallauri 2020, 149.

(95) Vd. Zoppoli 2020. Vd. anche Lai (2020, 4), che propone la stipulazione di un «Accordo quadro tra le parti sociali sul lavoro a distanza (comprensivo di telelavoro, lavoro agile e lavoro tramite piattaforme digitali), da supportare eventualmente con un intervento legislativo *soft*».

- Chartered Institute of Personnel and Development (2014), *HR: Getting smart about agile working*, Londra, novembre.
- Corso M. (2017), *Sfide e prospettive della rivoluzione digitale: lo smart working*, in DRI, n. 4, 978 ss.
- Crespi F. (2019), *Smart Working: cosa significa e perché è così importante?*, in [https://blog.osservatori.net/it\\_it/cos%C3%A8-lo-smart-working](https://blog.osservatori.net/it_it/cos%C3%A8-lo-smart-working), 9 gennaio.
- Cuttone M. (2017), *Oltre il paradigma dell'unità di luogo tempo e azione: la revanche dell'autonomia individuale nella nuova fattispecie di lavoro agile*, in Gruppo giovani giuslavoristi Sapienza (GggS) (a cura di), *Il lavoro agile nella disciplina legale, collettiva ed individuale. Stato dell'arte e proposte interpretative di un gruppo di giovani studiosi*, in W.P. Csdle «Massimo D'Antona», *Collective Volumes*, n. 6, 47 ss.
- D'Ascola S. (2020), *Il lavoro a distanza come diritto? Sui 700 dell'emergenza (e sulla normalizzazione del lavoro agile)*, in <https://www.questionegiustizia.it/articolo/il-lavoro-a-distanza-come-diritto-sui-700-dell-emergenza-e-sulla-normalizzazione-del-lavoro-agile>, 30 giugno.
- Dagnino E. (2020), *Prove di diritto al lavoro agile all'interno dei provvedimenti d'urgenza da Covid-19?*, in <http://www.bollettinoadapt.it/prove-di-diritto-al-lavoro-agile-all'interno-dei-provvedimenti-durgenza-da-covid-19/>, 4 luglio.
- Gaeta L., Pascucci P. (2001), *Una riflessione critica sul telelavoro*, in DML, 11 ss.
- Gruppo Incipit presso l'Accademia della Crusca (2016), *Accogliamo con piacere il «lavoro agile»*, in <https://accademiadellacrusca.it/it/contenuti/gruppo-incipit-presso-laccademia-della-crusca-accogliamo-con-piacere-il-lavoro-agile/6124>, 15 giugno.
- Lai M. (2020), *Il lavoro a distanza, quale regolamentazione?*, in LDE, n. 2.
- Martone M. (2018), *Lo smart working nell'ordinamento italiano*, in DLM, n. 2, 293 ss.
- Minervini G. (1958), *Contro la «funzionalizzazione» dell'impresa privata*, in RDC, 618 ss.
- Pascucci P. (2013), *La salvaguardia dell'occupazione nel decreto «salva Itha». Diritto alla salute vs diritto al lavoro?*, in *I Working Papers di Olympus*, n. 27.
- Pascucci P. (2020), *Sistema di prevenzione aziendale, emergenza Coronavirus ed effettività*, in [giustiziacivile.com](http://giustiziacivile.com), n. 3, 25 giugno.
- Sarti D., Torre T. (2017), *Into Smart Work practices: which challenges for HR Department?*, paper presentato al 15° Convegno internazionale in ricordo di Marco Biagi su Digital e Smart Work, 20-21 marzo 2017.
- Senatori I (2020), *Attivazione del lavoro agile e poteri datoriali nella decretazione emergenziale*, in [giustiziacivile.com](http://giustiziacivile.com), n. 3.
- Spinelli C. (2018), *Tecnologie digitali e lavoro agile*, Cacucci, Bari.
- Zeppilli V. (2019), *Disconnessione: un'occasione mancata per il legislatore?*, in RGL, n. 2, I, 305 ss.
- Zoppoli L. (2020), *Dopo la digi-demia: quale smart working per le pubbliche amministrazioni italiane?*, in W.P. Csdle «Massimo D'Antona».IT, n. 421.

## ABSTRACT

*Il presente lavoro ha lo scopo di ricostruire la disciplina del lavoro agile introdotta dalla decretazione emergenziale adottata in occasione della pandemia del Coronavirus. Definita la nuova fattispecie del lavoro agile dell'emergenza, rispetto alle figure limitrofe dello smart working, del lavoro agile «ordinario» e del telelavoro, ne viene analizzata la regolamentazione sia con riferimento alle fonti regolative sia con riguardo alla funzione, prevalentemente di tutela della salute, che l'istituto persegue. Vengono tracciati, infine, i confini dei poteri datoriali nell'accesso al lavoro agile dell'emergenza e valutata l'estensione del diritto del lavoratore di attivazione dell'istituto, nella prospettiva di un bilanciamento degli interessi costituzionali coinvolti.*

AGILE WORK: A PATCHWORK HARD TO RECOMPOSE  
BETWEEN EMPLOYERS' POWERS AND WORKERS' RIGHTS

*The present research aims at reconstructing the regulation of agile work introduced by the emergency decrees adopted during the Coronavirus pandemic. Defined the new emergency agile work compared with the neighbouring figures of smart working, «regular» agile work and telework, its regulation is analysed both with reference to the type of regulatory sources and regarding the function, that is mainly the protection of health, pursued by it. Finally, the boundaries of the employers' powers in accessing emergency agile work are drawn and the extent of the employee's right to activate agile work is assessed, in the perspective of balancing the constitutional interests involved.*

*Silvia Donà* (\*)

## L'ESTENSIONE DELL'OBBLIGO (ONERE) DI RIPESCAGGIO NEL LICENZIAMENTO PER GIUSTIFICATO MOTIVO OGGETTIVO

SOMMARIO: 1. Il licenziamento per giustificato motivo oggettivo: i tratti essenziali. — 2. L'ampiezza dell'obbligo (onere) di *repêchage*. — 3. Le mansioni cui può chiedersi la ricollocazione. — 4. Le modifiche apportate all'art. 2103 c.c. — 5. L'obbligo della formazione per il ripescaggio? — 6. L'ambito aziendale cui richiedere la verifica. — 7. L'onere della prova nel ripescaggio. — 8. Le conseguenze sanzionatorie.

1. — *Il licenziamento per giustificato motivo oggettivo: i tratti essenziali* — Secondo dati statistici abbastanza noti, la gran parte dei licenziamenti avviene per giustificato motivo oggettivo (di seguito, g.m.o.) (1). Un approfondimento dei problemi giuridici connessi a questo istituto è dunque ancora di grande rilievo. Specificamente risulta di particolare interesse lo studio di un aspetto a esso inerente ancora assai controverso in dottrina e giurisprudenza, relativo al cd. ripescaggio del lavoratore.

Con riguardo al g.m.o. in generale (2) e all'attività interpretativa che lo ha interessato, si è nel tempo – grazie soprattutto alla l. n. 300/1970 (3) – affermata una lettura dell'art. 3, seconda parte, l. n. 604/1966 («ragioni inerenti all'attività produttiva, all'organizzazione del lavoro e al regolare funzionamento di essa»), secondo la quale il licenziamento in questione è legittimo.

---

(\*) Assegnista di ricerca in Inapp (Istituto nazionale per l'analisi delle politiche pubbliche) e professore a contratto in Diritto del lavoro presso la «Sapienza» Università di Roma.

(1) Speciale (2018, 128-1291): «nel 2016, nelle imprese con oltre 15 dipendenti, i licenziamenti per g.m.o. e collettivi sono stati 341.978, a fronte di 42.418 recessi disciplinari. Nelle aziende con meno di 15 dipendenti, i licenziamenti economici sono stati 162.515 e quelli per giusta causa e giustificato motivo soggettivo 32.142». Vedi per un approfondimento Pallante 2020, 206.

(2) Sul tema: Alleva 2006, 65-86; Andreoni 2006, 87-102; Carinci 2005, 256; De Angelis 2007, 465-492; Ferraresi 2016b, 856; Natoli 1954, 281-293; Nogler 2007, 593-694; Nuzzo 2012, 101 ss.; Perulli 2005, 1-32; *Idem* (a cura di) 2017, 1 ss.; Pessi 2015, 769; Ponterio 2016, 2 ss.; *Idem* 2017, 8 ss.; Speciale 2018, 136 ss.; Varva 2015, 21 ss.

(3) Speciale 2018, 136 ss.

timo se: (a) sia determinato non da una scelta soggettiva dell'imprenditore, ma da sfavorevoli ragioni, produttive od organizzative, oggettive (4); (b) tali ragioni non risultino di modesta entità, ma di una certa consistenza; (c) tali ragioni risultino non contingenti, ma protratte per un determinato periodo di tempo; (d) sussista un nesso di causalità tra tali ragioni e il licenziamento (nel senso che il secondo è effettivamente idoneo a far fronte alle prime); (e) il datore di lavoro dimostri l'impossibilità del *repêchage* (vale a dire, l'impossibilità di destinare il lavoratore che subisce il licenziamento ad altre mansioni, eventualmente – dopo l'art. 3, l. n. 81/2015 – anche inferiori) (5).

È notorio che la legge non parla di *repêchage*, ma semplicemente riconosce la possibilità per il datore di lavoro di procedere a un licenziamento con preavviso per «ragioni inerenti all'attività produttiva, all'organizzazione del lavoro e al regolare funzionamento di essa» (art. 3 della legge n. 604/1966). È stata la giurisprudenza a elaborare concettualmente i punti sopra evidenziati in un'ottica di bilanciamento tra interessi costituzionali contrapposti: da una parte la libertà del datore di liberarsi delle risorse non più funzionali all'impresa e, dall'altra, l'interesse del dipendente alla conservazione del posto di lavoro, per garantire il più ragionevole contemperamento dei due contrapposti diritti costituzionali della libera iniziativa economica del datore e della garanzia alla conservazione del posto di lavoro per il prestatore di lavoro.

Anche l'obbligo (meglio, onere) di *repêchage* è stato, dunque, una creazione giurisprudenziale: un vincolo che la giurisprudenza ha posto in capo al datore di lavoro, ai fini della legittimità del licenziamento per giustificato motivo oggettivo. Tale vincolo si sostanzia nell'obbligo per il datore di lavoro, qualora ciò sia possibile, di reimpiegare il lavoratore da licenziare in mansioni diverse da quelle svolte in precedenza, così permettendo la prosecuzione del rapporto di lavoro e rendendo il licenziamento come una *extrema ratio*.

---

(4) Come si dirà meglio più avanti, la Corte, partendo da alcune sentenze dell'anno 2016 (Cass. 20.9.2016, n. 18409, in *DeJure*; Cass. 28.9.2016, n. 19185, in *DeJure*), è arrivata alla fine, con la sentenza 7.12.2016, n. 25201 (in *FI*, 2017, I, 123 ss., con nota di Santoro Passarelli), a superare il proprio precedente orientamento secondo cui le «ragioni inerenti all'attività produttiva, all'organizzazione del lavoro e al regolare funzionamento di essa» che giustificano il licenziamento ai sensi della l. n. 604 del 1966, art. 3, consisterebbero nella necessità di far fronte a «situazioni economiche sfavorevoli non contingenti» o a «spese straordinarie». Cfr. anche Cass. 12.6.2015, n. 12242, in *DeJure*, Cass. n. 20534/2015, in *DeJure*, e Cass. 16.3.2015, n. 5173, in *DeJure*.

(5) Cfr. Pallante 2020, 206.

Secondo l'elaborazione giurisprudenziale che ha dato vita al concetto, è inerente all'obbligo di *repêchage* il principio secondo cui il datore di lavoro non può limitarsi a dare prova dell'avvenuta soppressione del posto di lavoro, ma è tenuto anche a dimostrare di non aver potuto adibire il lavoratore ad altre mansioni. Le problematiche connesse al ripescaggio su cui ci si soffermerà sono pertanto quelle che si riferiscono: a) alla sua estensione; b) alle mansioni cui può chiedersi la ricollocazione; c) all'accertamento dell'esistenza di un obbligo di formazione o riqualificazione del lavoratore in capo al datore di lavoro per il ripescaggio; d) all'ambito aziendale cui richiedere la verifica e alla prova datoriale dell'impossibilità del ripescaggio.

Nel corso di questo articolo ci si soffermerà su questi vari aspetti.

2. — *L'ampiezza dell'obbligo (onere) di repêchage* — Per dare un confine alla libertà di iniziativa economica privata e fondare l'obbligo di *repêchage*, è necessario reperire, all'interno di una disposizione di legge ordinaria, un principio, o un valore da cui si possa far derivare una limitazione alla libertà economica, consistente, appunto, nel vincolo di considerare il licenziamento individuale economico come *extrema ratio* (6).

La presenza nel nostro ordinamento di un obbligo del ripescaggio e la sua estensione vanno ricavate da un ragionamento che si sviluppa su due livelli.

Il primo livello è costituito dalla considerazione che la libertà di iniziativa economica privata è incisa nel suo esercizio dal limite dell'utilità sociale, e dunque dal diritto al lavoro costituzionalmente protetto (7). Ciò significa che, fermo restando il principio dell'insindacabilità delle scelte dell'imprenditore poste alla base del licenziamento per g.m.o., purché effettive e non pretestuose (8), trova piena giustificazione il principio elaborato dalla giurisprudenza dell'*extrema ratio*, e del connesso onere di *repêchage* (9).

Il secondo livello del ragionamento riguarda l'ambito entro cui opera tale obbligo, e ciò in particolare alla luce dell'art. 2103 c.c., che parrebbe circoscriverne i confini. In riferimento ai contenuti dell'art. 2103 c.c., come modificato dall'art. 3 del d.lgs. n. 81/2015, va sottolineato come lo stesso abbia esteso l'ambito delle mansioni esigibili da parte datoriale nella gestione del rapporto di lavoro. Ciò detto, è necessario valutare se, ai fini del *repêchage*, siano da considerare soltanto le mansioni di cui al

---

(6) Varva 2015, 21 ss.

(7) Per una lettura di interesse sul tema, cfr. Pallante 2020, 212 ss.

(8) Marazza 2017, 61 ss.

(9) Per un'analisi sul tema, cfr. anche Carinci 2005, 256 ss.

comma 1, oppure se esso sia esteso anche a quelle indicate nel comma 2 dell'art. 2103 c.c. (10).

Quanto al primo livello di analisi, occorre partire dalla considerazione secondo cui l'art. 4, comma 1, Cost. stabilisce che «la Repubblica riconosce a tutti i cittadini il diritto al lavoro e promuove le condizioni che rendano effettivo questo diritto», affermando – secondo letture risalenti nel tempo (11) – un principio di (almeno tendenziale) stabilità del posto di lavoro. Solo il diritto al lavoro, inoltre, è inserito tra i Principi fondamentali: non anche la libertà d'iniziativa economica privata (art. 41, comma 1, Cost.) Quest'ultima, anzi, è proclamata in forma già limitata nella formulazione costituzionale (art. 41, commi 2 e 3, Cost.); non anche il diritto al lavoro, che è anzi accompagnato dalla previsione della sua doverosità (art. 4, comma 2, Cost.) (12).

Questo secondo dato merita un supplemento di riflessione, considerato quanto i limiti apposti dal dettato costituzionale alla libertà d'iniziativa economica privata siano generalmente sottaciuti: lo rilevava già Ugo Natoli, scrivendo che «è veramente singolare che [dell'art. 41 Cost.] si legga, di regola, soltanto il primo comma, quasiché il secondo non fosse stato scritto, e non avesse alcun significato sul piano del diritto», mentre «la subordinazione dell'attività privata al rispetto dei diritti, al rispetto della personalità degli altri soggetti è [...] evidente ed essa non può non riguardare anche il potere di organizzazione dell'imprenditore e, quindi, il suo diritto di recesso» (13).

3. — *Le mansioni cui può chiedersi la ricollocazione* — Quanto al secondo livello di analisi, va detto anzitutto che, nel caso di soppressione delle mansioni svolte dal lavoratore in virtù del contratto di lavoro, il datore di lavoro ha l'onere, prima di procedere a un licenziamento per g.m.o., di verificare la sussistenza di altre mansioni cui adibire il lavoratore, che siano attualmente disponibili nell'organizzazione lavorativa, la cui struttura è comunque affidata alla insindacabile discrezionalità del datore di lavoro, salvo il rispetto dei diritti fondamentali dei lavoratori (specificamente in tema di sicurezza e discriminazione) (14).

---

(10) Vedi *infra*, par. 3.

(11) Cfr. Mancini 1975, 234 ss.

(12) Pallante 2020, 212 ss.

(13) *Ibidem*.

(14) È bene fare una breve riflessione sull'ampia problematica relativa all'obbligo di *repêchage* per i lavoratori che risultano inidonei alla mansione alla luce degli accomodamenti ragionevoli inseriti per legge dall'art. 3, comma 3-*bis*, del d.lgs. n. 216/2003,

L'onere di ripescaggio, pertanto, si manifesta come un giudizio sull'esistenza di possibilità residue di occupabilità per il lavoratore, e il suo esito negativo costituisce una condizione di legittimità del licenziamento. Tale tesi, d'altro canto, trova conferma anche nel diritto positivo, vista la differenza adottata dal legislatore tra manifesta insussistenza del fatto contestato e altre fattispecie di mancata giustificazione del licenziamento, ovvero le ragioni che sono alla base del licenziamento g.m.o. (15), da un lato, e onere di ripescaggio – un onere succedaneo sulle reali possibilità di ricollocazione del lavoratore licenziato –, dall'altro; ma su questo aspetto si tornerà più avanti.

È assai complesso stabilire se tale obbligo riguardi solo le mansioni equivalenti o anche quelle inferiori; e a questo riguardo è da ritenere che la riforma dell'art. 2103 c.c. comporti delle conseguenze significative sul ripescaggio.

Il previgente art. 2103 c.c. stabiliva il principio secondo cui il lavoratore doveva essere adibito alle mansioni per le quali era stato assunto o a quelle corrispondenti alla categoria superiore che avesse successivamente acquisito oppure a mansioni equivalenti alle ultime effettivamente svolte, senza vedersi diminuita la retribuzione. In base a questa formulazione si riteneva

---

introdotta dal d.l. n. 76/2013, art. 9, comma 4-ter. Infatti all'art. 3 del d.lgs. 9 luglio 2003, n. 216, dopo il comma 3 è inserito il seguente comma 3-bis. «Al fine di garantire il rispetto del principio della parità di trattamento delle persone con disabilità, i datori di lavoro pubblici e privati sono tenuti ad adottare accomodamenti ragionevoli, come definiti dalla Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti delle persone con disabilità, ratificata ai sensi della legge 3 marzo 2009, n. 18, nei luoghi di lavoro, per garantire alle persone con disabilità la piena eguaglianza con gli altri lavoratori. I datori di lavoro pubblici devono provvedere all'attuazione del presente comma senza nuovi o maggiori oneri per la finanza pubblica e con le risorse umane, finanziarie e strumentali disponibili a legislazione vigente». La giurisprudenza è poi ampiamente intervenuta sulla questione già con la pronuncia della Cassazione a Sezioni Unite del 7.8.1998, n. 7755, in *FI*, 1999, I, 197 ss., ritenendo che, per la specialità della materia, in caso di impossibilità sopravvenuta della prestazione lavorativa per inidoneità alla mansione del lavoratore, non possa ritenersi applicabile la risoluzione automatica del contratto. Essa può costituire soltanto un giustificato motivo oggettivo di licenziamento che presuppone l'adempimento dell'obbligo di *repêchage* da parte del datore di lavoro. Pertanto, in caso di inidoneità alla mansione, il datore di lavoro prima di procedere al licenziamento per giustificato motivo oggettivo deve verificare se il lavoratore divenuto inabile possa venire adibito a mansioni riconducibili allo stesso livello e categoria legale di inquadramento delle ultime effettivamente svolte, oppure a mansioni inferiori secondo quanto stabilito dall'art. 2103 c.c. Cfr., in tal senso, Cass. 19.3.2018, n. 6798, in *DeJure*, e Cass. 19.12.2019, n. 34132, in *DeJure*.

(15) Calcaterra 2005, 643 ss.

che «l'equivalenza era intesa in senso professionale» e l'orientamento della giurisprudenza portava a limitare l'obbligo del ripescaggio a mansioni che fossero compatibili con l'esperienza maturata dal lavoratore durante il contratto di lavoro, senza che rilevassero le competenze possedute in astratto dal lavoratore, come ad esempio quelle derivanti da un titolo di studio, ma non inerenti all'oggetto del contratto (16).

Sempre sulla base della vecchia formulazione, in dottrina e giurisprudenza già si parlava dell'ammissibilità dello spostamento del lavoratore a mansioni inferiori, in deroga all'art. 2103 c.c., nei casi in cui ciò fosse necessario per evitare il licenziamento e ci fosse il consenso delle parti. In tal senso i giudici di legittimità hanno però ritenuto che l'adibizione a mansioni inferiori fosse consentita solo per ragioni di efficienza ed economia del lavoro, o per ragioni di sicurezza; era comunque richiesta la condizione dell'*extrema ratio*, nel senso che la dequalificazione doveva risultare come la misura alternativa al licenziamento ed era necessario altresì che il lavoratore desse il proprio consenso, che poteva essere espresso anche per fatti concludenti (17).

D'altro canto, sul punto è da evidenziare che il legislatore prima del d.lgs. n. 81/2015 aveva già individuato alcune eccezioni specifiche al divieto sancito dall'art. 2103 c.c. di assegnazione a mansioni inferiori. Era infatti lecito dequalificare solo in alcune ipotesi specifiche indicate dalla legge, come ad esempio nel caso della lavoratrice madre nell'interesse della stessa e del bambino, ai sensi dell'art. 3 della l. n. 1204/1971, come modificato dall'art. 7 del d.lgs. n. 151/2001, o per la salute del lavoratore, ove dichiarato non idoneo alla mansione specifica, *ex* art. 42 del d.lgs. n. 81/2008, oppure nel caso di licenziamenti collettivi, previo accordo sindacale, *ex* art. 4, comma 11, l. n. 223/1991.

Il d.lgs. n. 81/2015 ha modificato integralmente l'art. 2103 c.c., prevedendo al comma 1 che «il lavoratore deve essere adibito a mansioni per

---

(16) Cfr., in tal senso, Cass. 19.11.2015, n. 23698, e Cass. 29.5.2015, n. 11205, in *ilgiuslavorista.it*, le quali avevano affermato che la ricollocazione del lavoratore era obbligata soltanto in riferimento a mansioni che avessero una professionalità compatibile con quella maturata dal prestatore nello svolgimento del rapporto di lavoro e non sulle competenze ipotetiche derivanti dal *curriculum* del lavoratore, e allo stesso modo le mansioni svolte in maniera saltuaria, che non rientrano nella professionalità acquisita del lavoratore, Cass. 11.3.2013, n. 5963, in *ilgiuslavorista.it*.

(17) Cass. 25.11.2010, n. 23926, consultabile in *www.dejure.it*, *in ipso iure* è lecito il patto di dequalificazione, se è l'unico modo per evitare il licenziamento, a condizione che il dipendente sia d'accordo. Il consenso del lavoratore non deve essere esplicito, ma può ben desumersi da fatti concludenti.

le quali è stato assunto ovvero a quelle corrispondenti all'inquadramento superiore che abbia successivamente acquisito ovvero a quelle mansioni riconducibili allo stesso livello e categoria di inquadramento delle ultime effettivamente svolte». Come si vede, è stato eliminato il riferimento alle mansioni equivalenti, che costituiva un limite allo *ius variandi* del datore di lavoro, consentendo in questo modo al medesimo un potere più ampio con riferimento alla possibilità di una collocazione più flessibile del prestatore nell'ambito della propria organizzazione del lavoro sia in senso orizzontale, ma anche in senso verticale, con la possibilità dell'assegnazione a mansioni inferiori.

Nel precedente testo dell'art. 2103 c.c., in ragione dei prevalenti orientamenti giurisprudenziali, la norma indicava un limite legale insormontabile, a esclusione delle eccezioni richiamate dalla legge, ovvero il rispetto del bagaglio professionale del prestatore. Il giudice doveva valutare, per decidere se vi fosse stata o meno la lesione dell'art. 2103 c.c., l'osservanza del principio dell'equivalenza e della salvaguardia della capacità professionale del lavoratore. Fino alla modifica introdotta dal d.lgs. n. 81/2015, proprio per la regola dell'equivalenza, non era permesso adibire il lavoratore a mansioni diverse da quelle svolte in precedenza, a meno che le stesse non fossero equivalenti a quelle precedentemente svolte; questo in ragione del fatto che le nuove mansioni dovevano avere, come riferimento, l'esperienza posseduta dal lavoratore, in virtù della cosiddetta capacità professionale che era stata acquisita.

Nell'ambito dello *ius variandi* in giurisprudenza si era quindi affermato il principio secondo cui le mansioni che il dipendente doveva svolgere all'interno della società che lo aveva assunto dovessero necessariamente risultare uguali o equivalenti a quelle previste nel livello di inquadramento professionale indicato nel contratto di assunzione (18). Più precisamente, la Corte di Cassazione era giunta ad affermare che l'equivalenza dovesse essere intesa «non solo nel senso di pari valore professionale delle mansioni, considerate nella loro oggettività, ma anche come attitudine delle nuove mansioni a consentire la piena utilizzazione o anche l'arricchimento

---

(18) In tal senso si veda Cass. 11.11.2009, n. 23877, consultabile in [legge-e-giustizia.it](http://legge-e-giustizia.it), ove la Suprema Corte in tema di mansioni equivalenti ha sostenuto infatti che «il divieto, recato dall'art. 2103 cod. civ. di variazione *in peius* delle mansioni del lavoratore opera anche quando al lavoratore, nella formale equivalenza delle precedenti e delle nuove mansioni, siano assegnate di fatto mansioni sostanzialmente inferiori, sicché nell'indagine circa tale equivalenza non è sufficiente il riferimento in astratto al livello di categoria, ma è necessario accertare che le nuove mansioni siano aderenti alla specifica competenza del dipendente, salvaguardandone il livello professionale acquisito e garantendo lo svolgimento e l'accrescimento delle sue capacità professionali».

del patrimonio professionale dal lavoratore acquisito nella pregressa fase del rapporto», e aveva precisato, inoltre, che il divieto di variazioni *in peius* (demansionamento) operava «anche quando al lavoratore, nella formale equivalenza delle precedenti e delle nuove mansioni, siano assegnate di fatto mansioni sostanzialmente inferiori, sicché nell'indagine circa tale equivalenza non è sufficiente il riferimento in astratto al livello di categoria, ma è necessario accertare che le nuove mansioni siano aderenti alla specifica competenza del dipendente in modo tale da salvaguardare il livello professionale acquisito e da garantire lo svolgimento e l'accrescimento delle sue capacità professionali, con le conseguenti possibilità di miglioramento professionale, in una prospettiva dinamica di valorizzazione delle capacità di arricchimento del proprio bagaglio di conoscenze ed esperienze» (19). In ragione del principio di equivalenza, insomma, il datore di lavoro aveva l'obbligo di garantire sia il mantenimento sia l'accrescimento della capacità professionale acquisita dal lavoratore persino sotto il profilo delle prospettive di carriera.

La situazione è mutata a seguito della modifica legislativa dell'art. 2103 c.c., poiché in forza della nuova norma il datore di lavoro potrà assegnare il dipendente a qualsiasi mansione, a patto che sia riconducibile allo stesso livello e categoria di inquadramento di quelle ultime effettivamente svolte, avendo quale unico riferimento quello delle declaratorie e i profili professionali descritti dal contratto collettivo, oppure, alle mansioni inferiori in base a situazioni specificatamente disciplinate. Il nuovo art. 2103, comma 2, c.c. prevede, infatti, che «in caso di modifica degli assetti organizzativi aziendali che incide sulla posizione del lavoratore, lo stesso può essere assegnato a mansioni appartenenti al livello di inquadramento inferiore purché rientranti nella medesima categoria legale».

Per completezza di analisi si deve ancora ricordare che la nuova formulazione dell'art. 2103 c.c. consente anche un ulteriore caso di dequalificazione professionale, attraverso un «patto di declassamento» il cui obiettivo è la tutela del posto di lavoro. Il nuovo comma 6 stabilisce infatti che «nelle sedi di cui all'articolo 2113, quarto comma, o avanti alle commissioni di certificazione, possono essere stipulati accordi individuali di modifica delle mansioni, della categoria legale e del livello di inquadramento e della relativa retribuzione, nell'interesse del lavoratore alla conservazione dell'occupazione, all'acquisizione di una diversa professionalità o al miglioramento delle condizioni di vita...». La norma indica dunque le tipizzazioni legali che permettono il cosiddetto «patto in deroga» alle mansioni del livello posseduto; tra le

---

(19) Cfr. Cass. 8.6.2009, n. 13173, consultabile in *legge-e-giustizia.it*.

stesse viene espressamente prevista quella della conservazione del posto di lavoro. La dottrina si è orientata affermando che con tale disposizione «il legislatore sceglie alcuni particolari interessi del lavoratore [...] e li tipizza in via tassativa: essi giustificano e rendono valida la stipulazione dei patti in deroga» (20), di modo che vi sarebbe stato il riconoscimento legislativo del cosiddetto «patto di declassamento» di elaborazione giurisprudenziale (21), il quale avrebbe trovato, quindi, una nuova fonte normativa che si aggiunge a quelle precedenti, anche sulla base del presupposto causale della conservazione dell'occupazione.

4. — *Le modifiche apportate all'art. 2103 c.c.* — Il punto è se sussista per il datore, in caso di licenziamento per giustificato motivo, un obbligo o una mera facoltà di ricercare mansioni inferiori per la tutela dell'occupazione. È necessario capire, cioè, se il datore di lavoro, in funzione della salvaguardia del posto di lavoro, prima di procedere al licenziamento abbia il dovere di verificare la possibilità di trovare per il lavoratore anche posizioni di livello inferiore. Alla domanda, proprio alla luce della nuova formulazione dell'art. 2103 c.c., sembra potersi dare risposta affermativa: le nuove disposizioni, infatti, paiono andare in questa direzione, imponendo al datore di lavoro, prima di poter procedere al licenziamento per giustificato motivo oggettivo, di effettuare una ricerca non solo di tipo orizzontale di mansioni equivalenti o riferibili alla medesima categoria o, comunque, al livello posseduto dal prestatore, ma anche un'indagine di tipo verticale verso il basso, per verificare la possibilità di ricollocare il lavoratore anche in mansioni inferiori.

Le interpretazioni della dottrina al riguardo hanno mostrato tuttavia opinioni molto contrastanti.

A parere di alcuni Autori, proprio in ragione delle nuove disposizioni dell'art. 2103 c.c., vi sarebbe per il datore di lavoro un obbligo di *repêchage* anche in mansioni inferiori (22). Altra dottrina ha sostenuto, invece, che non sarebbe rinvenibile in virtù del nuovo art. 2103 c.c. un obbligo per il datore di lavoro di esercitare lo *ius variandi in peius ex* comma 2 per evitare il recesso del lavoratore, «essendo inammissibile che il può di cui al comma 2 diventi un deve in quanto l'esercizio di quel potere rientra nella libera scelta dell'imprenditore» (23).

---

(20) Voza 2017, 10.

(21) Leone 2015, 1101.

(22) In tal senso, Brolo 2015, 42; nonché, cfr. Amendola 2015, 511. In merito si veda anche Pileggi 2016, 71 ss.

(23) Pisani 2015, 151.

In particolare, un altro Autore ha sostenuto che non si potrebbe rinvenire nella «modifica degli assetti organizzativi aziendali» che incida sulla posizione del lavoratore la tipizzazione di un caso di giustificato motivo oggettivo, trattandosi di ipotesi non riconducibile a tale fattispecie risolutoria, per integrare la quale occorrerebbe invece anche il nesso causale; aggiungendo altresì che se il legislatore «avesse voluto riferirsi al demansionamento semplicemente quale rimedio a un possibile recesso per g.m.o., lo avrebbe più chiaramente sancito». In tal senso, non sarebbe proprio configurabile un obbligo di *repêchage*, in quanto le nuove previsioni in tema di mansioni inferiori disciplinerebbero tale possibilità solo a condizione di precisi presupposti, espressamente sanciti dalle norme, mediante l'esercizio di un potere da parte del datore o di un accordo tra le parti (24).

È da sottolineare, d'altronde, che, a sostegno della lettura volta a negare l'esistenza di un obbligo di *repêchage* a mansioni inferiori, si è osservato come l'impostazione alternativa potrebbe incorrere in una pronuncia di incostituzionalità in quanto il comma 5 della norma imporrebbe al datore, in caso di adibizione del lavoratore a mansioni inferiori, di mantenere la stessa retribuzione. In tal modo, il datore di lavoro verrebbe onerato di costi aggiuntivi concedendo «al dipendente una sorta di qualifica convenzionale o un superminimo per salvargli il posto» (25).

Da ciò conseguirebbe che il *repêchage* (in realtà mero spostamento) su mansioni inferiori potrebbe derivare solo attraverso un patto (facoltativo) di dequalificazione in sede protetta, come previsto e disciplinato espressamente dal comma 6 dell'art. 2103 c.c. (26).

Va detto, tuttavia, che queste posizioni che negano la configurabilità di un obbligo di *repêchage* pure in mansioni inferiori non appaiono condivisibili, an-

---

(24) Ferraresi 2016a, 227. In senso conforme, sul punto, si veda anche Franza (2015, 663), che critica l'orientamento della Cassazione sull'ampliamento dell'obbligo di «*repêchages*» alle posizioni disponibili di livello inferiori per lo svolgimento di qualsiasi mansione, affermando che «se il demansionamento costituisce l'esercizio di un potere non è possibile ricavarne un obbligo, tantomeno a fronte del mantenimento del trattamento retributivo già goduto, nonché dell'accessorio ma eventualmente necessario impegno formativo».

(25) Pisani 2015, 152.

(26) Di questo avviso Ciucciovino 2016, 43 ss. Si veda anche Sordi (2016, 132), il quale sul punto sostiene che si tratta di situazioni differenti a cui corrispondono anche diverse discipline che non consentono «una qualche forma di influenza l'una sull'altra»: da una parte, quella della scelta datoriale di attribuzione di mansioni inferiori a seguito di una modifica di assetti organizzativi aziendali e, dall'altra, quella del licenziamento per ragioni inerenti all'attività produttiva, all'organizzazione del lavoro e al regolare funzionamento di essa.

che alla luce di una serie di osservazioni critiche effettuate da altri Autori (27), fondate sostanzialmente su due affermazioni funzionalmente collegate fra loro. Da un lato la riconducibilità dell'obbligo di *repêchage* all'art. 3, l. n. 604 del 1966, in quanto configurabile quale elemento costitutivo della fattispecie del licenziamento per giustificato motivo oggettivo (28); dall'altro, il rilievo, nell'adempimento di tale obbligo, del rispetto anche dell'obbligo di correttezza e buona fede *ex* artt. 1175 e 1375 c.c. (29). Queste due affermazioni, proprio in virtù di tale collegamento funzionale, impongono al datore di vagliare ogni soluzione possibile ai fini della conservazione del posto di lavoro, compresa quella di assegnare eventualmente il dipendente a mansioni inferiori (30).

D'altro canto, a ulteriore sostegno di questa lettura si può richiamare anche la condivisibile affermazione di fondamento costituzionale secondo cui, sebbene il giustificato motivo oggettivo determinato da ragioni tecniche, organizzative e produttive sia rimesso alla valutazione del datore di lavoro, come espressione della libertà di iniziativa economica tutelata dall'art. 41 Cost., esso tuttavia incorre nel limite della «utilità sociale» di cui al comma 2 dell'art. 41 della Cost., cui può essere ricondotto anche il rispetto del diritto al lavoro sancito nell'art. 4 Cost. (31). Sempre ai sensi del comma 2, inoltre, il recesso deve essere pur sempre contemperato con il rispetto della dignità umana, trattandosi di diritto fondamentale della persona richiamato dalla stessa norma costituzionale, nonché dalla legislazione del lavoro anche in relazione al diritto alla conservazione del posto di lavoro sul quale si fondano sia l'art. 18 St. lav. che l'art. 30 del Trattato di Lisbona del 31 dicembre 2007, entrato in vigore dal 1° gennaio 2009 (32).

---

(27) Cfr., *ex multis*, Salvagni 2017, 6 ss.

(28) Secondo l'elaborazione giurisprudenziale delle sentenze: Cass. 22.3.2016, n. 5592, e Cass. 13.6.2016, n. 12101, in *DeJure*.

(29) Sul rispetto dei principi di correttezza e buona fede si veda Cass. 15.5.2012, n. 7509, in *RIDL*, 2013, n. 3, II, 323 ss., con nota di Galardi, *Note in tema di licenziamento connesso a trasferimento di ramo d'azienda*, ove si sostiene che, in tema di licenziamento per giustificato motivo oggettivo, se il motivo consiste nella generica esigenza di riduzione di personale omogeneo e fungibile – in relazione al quale non sono utilizzabili né il normale criterio della posizione lavorativa da sopprimere, né il criterio della impossibilità di «*repêchage*» –, il datore di lavoro deve pur sempre improntare l'individuazione del soggetto (o dei soggetti) da licenziare ai principi di correttezza e buona fede, cui deve essere informato, ai sensi dell'art. 1175 c.c., ogni comportamento delle parti del rapporto obbligatorio e, quindi, anche del recesso di una di esse.

(30) Salvagni 2017, 6 ss.

(31) Pallante 2020, 203 ss.

(32) In tal senso, si veda Cass. 27.10.2010, n. 21967, in *RIDL*, 2012, n. 2, II, 86 ss.,

La Suprema Corte sembra riconoscere l'impostazione dottrinale circa l'esistenza di un obbligo di *repêchage* anche in mansioni inferiori, seguitando a fornire un'interpretazione di continuità rispetto al precedente indirizzo giurisprudenziale con riferimento a tale dovere.

In tal senso, si segnala la sentenza n. 4509 del 2016, che ha posto in capo al datore di lavoro l'onere di provare non solo «che non sussisteva alcuna posizione di lavoro analoga a quella soppressa, ma anche di aver prospettato al licenziato, senza ottenerne il consenso, la possibilità di un suo impiego in mansioni inferiori»; anche se permangono alcune decisioni di segno opposto (33).

Invero, che la richiamata tesi risulti essere la più aderente alla nuova disciplina in tema di mansioni lo dimostra anche la recente interpretazione della sentenza della Cassazione del 9.11.2016, n. 22798 (34), che, tornando a pronunciarsi sul tema dell'obbligo di *repêchage* in compiti inferiori, traccia forse un solco su quella che potrebbe essere la futura opzione interpretativa della Suprema Corte a seguito della nuova disciplina delle mansioni *ex* d.lgs. 15 giugno 2015, n. 81. Invero, la predetta decisione effettua una ricostruzione analitica del cosiddetto obbligo di *repêchage* partendo dal presupposto che la problematica più controversa appare essere proprio quella della possibilità di adibizione a mansioni inferiori (35). La Corte, pur consapevole della natura

---

con nota di Pallini, *L'utilità sociale quale limite interno al potere di licenziamento?*. Sull'utilità sociale quale limite oggettivo agli atti del potere organizzativo datoriale si veda in dottrina: Perulli 1992, 172.

(33) Sul punto si veda anche Cass. 10.5.2016, n. 9467, inedita a quanto consta, che ha ritenuto l'inesistenza di un obbligo del datore di lavoro di offrire al lavoratore tutte le mansioni, anche quelle del tutto incompatibili con quelle svolte in precedenza dal lavoratore. I giudici di legittimità affrontano il caso di una dipendente di struttura alberghiera, addetta a mansioni di segreteria e di cassa, licenziata per soppressione della sua posizione lavorativa a causa di un calo di clientela. Secondo i giudici di legittimità l'unica posizione alternativa disponibile era quella di cameriera ai piani. Tuttavia, tale mansione non solo era inferiore a quella svolta dalla lavoratrice, ma risultava del tutto avulsa dal bagaglio professionale e dalle competenze della medesima, con la conseguenza che non era ravvisabile un obbligo della società di offrire tali diverse mansioni. L'obbligo di offrire (al fine di evitare il licenziamento per giustificato motivo oggettivo) posizioni disponibili nell'ambito della organizzazione aziendale si arresta, infatti, nell'ipotesi di mansioni inferiori che non risultino compatibili con quelle svolte dal lavoratore in precedenza, non essendo il datore di lavoro tenuto a offrire alla dipendente tutte le mansioni vacanti e disponibili anche non riconducibili alla professionalità del lavoratore.

(34) Cass. 9.11.2016, n. 22798, consultabile in *ilgiuslavorista.it*, con nota di Spagnuolo, *Obbligo di repêchage per mansioni inferiori?*, del 27.1.2017.

(35) Nella ricostruzione affrontata dalla Cassazione si evince che nel corso del tempo, con riferimento al divieto inderogabile di assegnare il lavoratore a mansioni inferiori, «si so-

complessa della questione dell'ampliamento della ricollocazione del lavoratore, ritiene tuttavia che sia principio errato quello di ritenere che l'obbligo di *repêchage* gravante sul datore di lavoro «non si estenda anche alle mansioni inferiori a quelle del lavoratore licenziato». Nelle argomentazioni si legge che il datore di lavoro è tenuto a ricercare possibili soluzioni alternative ancor prima di procedere al recesso e, ove sia configurabile l'assegnazione a mansioni inferiori, prospettare al prestatore tale dequalificazione professionale; solo qualora la soluzione alternativa non venga accettata dal lavoratore allora il datore è libero di recedere dal rapporto (36).

La Corte di Cassazione, ha confermato tale interpretazione in due successive decisioni (37).

Le sentenze emesse dopo il *Jobs Act*, seppur riguardanti il vecchio testo dell'art. 2103 c.c., richiamano tuttavia nei propri passaggi motivazionali le

---

non configurate eccezioni non solo da parte della legge (ad esempio: art. 4, comma 11, l. n. 223 del 1991; art. 4, comma 4, l. n. 68 del 1999; art. 7, comma 5, l. n. 151 del 2001), ma anche a opera della giurisprudenza, sull'assunto razionale che le deroghe all'espressa previsione di nullità sono giustificate nelle sole ipotesi in cui vi è una oggettiva prevalenza dell'interesse del dipendente al mantenimento del posto di lavoro, rispetto alla salvaguardia di una professionalità che sarebbe comunque compromessa dall'estinzione del rapporto».

(36) In tal senso, si veda anche Cass. 19.11.2015 n. 23698, in *DeJure* (richiamata in motivazione sempre da Cass. 9.11.2016, n. 22798, cit.), ove in una ipotesi di soppressione, a seguito della riorganizzazione aziendale, del posto di lavoro si è statuito che «l'art. 2103 c.c. si interpreta alla stregua del bilanciamento del diritto del datore di lavoro a perseguire un'organizzazione aziendale produttiva ed efficiente e quello del lavoratore al mantenimento del posto, in coerenza con la *ratio* di numerosi interventi normativi, sicché, ove il demansionamento rappresenti l'unica alternativa al recesso datoriale, non è necessario un patto di demansionamento o una richiesta del lavoratore in tal senso anteriore o contemporanea al licenziamento, ma è onere del datore di lavoro, in attuazione del principio di correttezza e buona fede, prospettare al dipendente la possibilità di un reimpiego in mansioni inferiori compatibili con il suo bagaglio professionale».

(37) La prima è Cass. 21.12.2016, n. 26467, in *DeJure*, in cui i giudici di legittimità hanno ribadito il principio, più volte espresso in tema di licenziamento per riorganizzazione aziendale, secondo cui, fermo restando che l'eventuale patto di demansionamento deve essere anteriore o coevo al licenziamento, il «consenso del lavoratore rispetto all'assegnazione a mansioni inferiori può essere espresso in quanto il datore di lavoro, in ottemperanza al principio di buona fede nell'esecuzione del contratto, gli abbia prospettato la possibilità di un'utilizzazione in mansioni inferiori». L'altra decisione di legittimità da tenere in considerazione è Cass. 5.1.2017, n. 160, in *RGL*, 2017, n. 2, II, 245 ss., che si è attestata su principi analoghi affermando che l'onere della prova, ex art. 5, l. n. 604 del 1966, circa l'impossibilità di adibire il dipendente licenziato per ragioni oggettive in mansioni analoghe, o inferiori, a quelle svolte in precedenza, spetta al datore di lavoro «con esclusione di ogni incombenza, anche solo in via mediata, a carico del lavoratore».

nuove disposizioni del d.lgs. n. 81 del 2015 in tema di mansioni, sostenendo come la nuova disciplina risulti confermativa della sussistenza dell'obbligo di *repêchage* da estendersi quindi anche alle mansioni inferiori (38).

Dunque, in base all'orientamento giurisprudenziale sin qui esposto, se il licenziamento viene irrogato senza che sia stata previamente svolta una verifica di posizioni alternative per il lavoratore anche in compiti inferiori, il recesso, anche alla luce del nuovo testo dell'art. 2103 c.c., risulta illegittimo per violazione del cd. obbligo di *repêchage*.

In conclusione, si può affermare che il licenziamento per giustificato motivo oggettivo va inteso come *extrema ratio*, nel senso che le ragioni di ordine produttivo e organizzativo devono essere tali nella loro oggettività e senza alcun margine di arbitrarietà datoriale ed è poi da verificare conseguentemente l'inutilizzabilità della prestazione lavorativa anche in mansioni inferiori.

Le previsioni dell'art. 2103 c.c. prevedono quindi la possibilità in capo al datore di lavoro di variare anche *in peius* le mansioni del dipendente, al quale rimane tuttavia lo stesso trattamento retributivo per bilanciare l'estensione del potere del datore di lavoro con la facoltà di assegnazione a mansioni inferiori.

Merita di essere ancora ricordata la tesi secondo cui sarebbe «irrazionale» addossare al datore di lavoro l'obbligo di *repêchage* su mansioni inferiori sul presupposto che il nuovo art. 2103 c.c. non preveda un obbligo formativo, in base a quanto previsto dal comma 3. Alcuni Autori (39) sostengono, insomma, che il nuovo art. 2103 c.c. non può essere interpretato nel senso di imporre al datore l'onere di adattare la professionalità posseduta dal lavoratore a mansioni inferiori.

Anche questa tesi non pare, tuttavia, condivisibile in quanto se è proprio il legislatore a consentire la possibilità di dequalificare il prestatore nel caso di riorganizzazione aziendale (comma 2) o in quello degli appositi patti per la conservazione del posto di lavoro (comma 6), senza imporre all'imprenditore alcun obbligo formativo su tale dequalificazione, non si comprende perché al lavoratore non possa essere proposta l'adibizione a mansioni inferiori al fine della salvaguardia del posto di lavoro. Anzi, si potrebbe addirittura sostenere che è proprio la mancanza di un obbligo formativo che non impone al datore di supportare costi economici ulteriori, essendo il medesimo ora legittimato, per legge, a ricollocare il dipendente a mansioni inferiori.

Concludendo, si deve ancora ricordare che il lavoratore può essere as-

---

(38) Ferraresi 2016b, 856.

(39) Vedi, ad esempio, Ciucciiovino 2016, 43.

segnato anche a mansioni superiori e che, in questo caso, ha diritto al trattamento corrispondente all'attività svolta e l'assegnazione diviene definitiva, salva diversa volontà del lavoratore stesso, ove la medesima non abbia avuto luogo per ragioni sostitutive di altro lavoratore in servizio, dopo il periodo fissato dai contratti collettivi o, in mancanza, dopo sei mesi continuativi.

5. — *L'obbligo della formazione per il ripescaggio?* — L'art. 2103 c.c. introduce un'importante novità, prevedendo un «obbligo formativo» (40) che accompagna il mutamento di mansioni «quale naturale contrappeso al sacrificio della professionalità e alla dilatazione delle mansioni esigibili» (41). Non è semplice, tuttavia, stabilirne la portata. Se, infatti, la scelta del legislatore di prevedere tale obbligo al fine di adattare le competenze del lavoratore ai nuovi compiti è da valutare molto positivamente, la formulazione non precisa della norma lascia aperte alcune fondamentali questioni, rilevandosi inadeguata «a governare la complicazione che comporta l'inserimento di questo istituto nella relazione contrattuale» (42).

Non è chiaro in particolare l'ambito di applicazione della disposizione, in quanto non è specificato per quale tipo di mutamento di mansioni sia prevista la formazione. In effetti, proprio la collocazione, il comma 3, della previsione dell'obbligo formativo potrebbe far propendere per la tesi che questo sia previsto, oltre che per le modifiche orizzontali *ex* comma 1, soltanto nelle ipotesi di adibizione a mansioni inferiori disposte dal datore di lavoro che operano a livello individuale *ex* comma 2. Tuttavia, dall'analisi del testo, il comma 3 prevede espressamente l'assolvimento dell'«obbligo formativo» in caso di «mutamento di mansioni» e «ove necessario» sembrerebbe riferirsi a qualunque mutamento di mansioni, quindi anche alle ipotesi di adibizione a mansioni inferiori che operano a livello collettivo *ex* comma 4 e ai casi di assegnazione a mansioni superiori *ex* comma 7; d'altronde la dottrina si è orientata per l'esistenza di un obbligo di formazione generalizzato, previsto non solo per il mutamento di mansioni, ma anche per i casi di nuove assunzioni o nel caso di ripescaggio in un licenziamento per g.m.o. (43).

---

(40) Franza (2015, 663), il quale evidenzia che, seppure non esista un obbligo datoriale di formazione in caso di mutamento di mansioni tramite una transazione, tuttavia è ben possibile che in sede conciliativa le parti possano pattuire «la necessità di un'adeguata formazione, che anzi potrebbe costituire un elemento essenziale dell'accordo se motivato dall'interesse del dipendente ad acquisire una diversa professionalità».

(41) Cfr. Del Punta 2017, 45 ss.

(42) *Ibidem*.

(43) *Ibidem*.

6. — *L'ambito aziendale cui richiedere la verifica* — In riferimento all'ambito geografico e logistico da prendere in considerazione per il ripescaggio del lavoratore, onde evitare il licenziamento per g.m.o., la domanda da porsi è se tale accertamento vada fatto soltanto nell'unità produttiva di appartenenza del lavoratore licenziato, oppure in tutte le unità produttive dislocate nell'intero territorio nazionale. Un profilo di rilievo per le imprese di medie-grandi dimensioni.

La giurisprudenza non ha elaborato limiti in merito all'estensione di tale ambito, e ciò comporta che il datore di lavoro debba provare l'inutilizzabilità del lavoratore licenziato anche in posizioni presenti in unità produttive diverse da quella di appartenenza, che richiedono trasferimenti geografici anche significativi (44), ivi compreso l'intero territorio nazionale (45), laddove resta comunque minoritario l'orientamento che prende in considerazione per il ripescaggio l'assegnazione a unità produttive all'estero (46) o in altre società del gruppo (47).

A quest'ultimo riguardo va notato come la tendenza all'espansione del raggio d'azione del ripescaggio non abbia mai interessato i gruppi d'impresa. Sul punto la posizione della giurisprudenza appare solida. Già da tempo, infatti, risulta essersi affermato il principio per cui l'imprenditore non deve spingersi a provare anche l'impossibilità di riposizionare il dipendente presso altra società soggetta al medesimo gruppo, essendo quest'ultimo un istituto di rilevanza solo economica (48). La Corte di Cassazione, peraltro, ha affermato che un gruppo può venire preso in considerazione per tali scopi ove le relazioni tra le società componenti siano così strette da creare un unico centro di interessi. Il riscontro di una siffatta entità, la quale

---

(44) Cfr., in tal senso, Cass. 24.5.2011, n. 11356, in *ilgiuslavorista.it*, che si orienta dicendo che l'ambito di verifica del ripescaggio è costituito dall'intera struttura aziendale e non solo dall'ufficio di provenienza; a meno che il lavoratore non abbia espresso la volontà di essere indisponibile al trasferimento: cfr., in tal senso, Cass. 16.5.2003, n. 7717, in *ilgiuslavorista.it*. Per la non rilevanza giuridica in riferimento al gruppo di imprese, fatta eccezione nel caso in cui si realizzi un unico centro di imputazione del rapporto di lavoro, cfr. Cass. 31.3.2016, n. 6254, in *ilgiuslavorista.it*.

(45) Cfr., in tal senso, Cass. 24.5.2011, n. 11356, in *ilgiuslavorista.it*; a meno che il lavoratore sia stato indisponibile al trasferimento: Cass. 16.5.2003, n. 7717, in *OGI*, 2003, 409 ss.

(46) Cfr. Cass. 15.7.2010, n. 16579, in *RCDL*, 2010, 857 ss.

(47) In tal senso per l'irrilevanza del gruppo ai fini del ripescaggio, a meno che non ci sia un unico centro di imputazione dei rapporti di lavoro, ci sono state diverse pronunce giurisprudenziali: Cass. 31.3.2016, n. 6254; Cass. 15.5.2015, n. 10038; Cass. 16.5.2003, n. 7717, e Cass. 1.2.2003, n. 1527, in *ilgiuslavorista.it*.

(48) Cass. 3.5.2017, n. 13809, in *DeJure*.

comporta in sostanza che il rapporto di lavoro receduto intercorreva effettivamente con il gruppo unitariamente, e non solo con la società irrogante il recesso, può aversi ove ricorra una sola struttura organizzativa e produttiva, ove le attività delle diverse società siano integrate, ove la direzione tecnica, amministrativa e finanziaria sia univoca. In tale quadro, ragionando *a contrario*, da un mero collegamento economico tra aziende, si ha che la prestazione lavorativa è concretamente fornita in modo indifferenziato verso le varie società che ne fruiscono in contemporanea (49).

7. — *L'onere della prova nel ripescaggio* — L'art. 5 della l. n. 604/1966 si occupa di disciplinare l'onere della prova, stabilendo anche ai fini della sussistenza del giustificato motivo oggettivo di licenziamento che lo stesso ricade sul datore di lavoro. Diversamente, l'art. 2697 c.c. sembrerebbe andare in senso contrario, poiché secondo la ricostruzione teorica sul tema l'onere di provare un fatto ricade su colui che invoca proprio quel fatto a sostegno della propria tesi: chi vuole far valere in giudizio un diritto deve quindi dimostrare i fatti costitutivi che ne hanno determinato l'origine.

L'art. 5 ha tuttavia la sua importanza, costituendo un argine a ogni possibile interpretazione volta ad aggravare i compiti processuali del lavoratore. Ancora è stato notato come la norma esprima una valutazione normativa degli interessi in gioco, intervenendo a tutela della parte debole della vicenda processuale, ovviamente il lavoratore, che, soprattutto nel caso di g.m.o. è tendenzialmente sprovvisto del materiale conoscitivo volto a dimostrare la non ricorrenza, nel caso concreto, del medesimo. È questo il profilo più significativo del problema, rispetto al quale la Corte di Cassazione ha fornito importanti chiarimenti rispetto alla distribuzione degli oneri di allegazione e prova nell'assolvimento o meno dell'obbligo di *repêchage*.

Al riguardo, si era formato in giurisprudenza l'orientamento secondo cui graverebbe sul lavoratore che impugna il licenziamento un onere di indicare le posizioni vacanti cui avrebbe potuto essere utilmente adibito (50).

---

(49) Nel caso di specie, tuttavia, la Corte si è orientata nel senso che non adempie gli oneri di ripescaggio il datore di lavoro che si limiti a offrire il trasferimento solamente presso un'altra società del gruppo, nel caso non sia ravvisabile l'unità di centro d'imputazione sopra descritta. Nella situazione esaminata infatti la rilevanza del gruppo era stata invocata proprio dall'impresa, e se la decisione assunta dalla Suprema Corte è di certo coerente con i passati insegnamenti di quest'ultima, nondimeno essa sembra antitetica con il concetto di conservazione del posto di lavoro «a ogni costo», e anche con il peggioramento delle mansioni, recentemente indicato dalla stessa Corte.

(50) Tra le tante: Cass. 6.10.2015, n. 19923, in *DeJure*; Cass. 8.2.2011, n. 3040, in *MGC*, 2011, 198; Cass. 26.4.2012, n. 6501, in *DL*, 2012, 552 ss.

Solo l'assolvimento di tale onere di allegazione da parte del lavoratore avrebbe fatto insorgere l'onere della prova contraria in capo al datore di lavoro.

Questo orientamento realizzava, così, una scissione tra gli oneri di allegazione e quelli di prova lontana dai principi processuali classici, che era ricondotta da una parte della dottrina alla necessità di correggere le rigidità provocate dalla creazione e dalla dilatazione dell'obbligo di *repêchage*, il quale finiva per uscire sostanzialmente attenuato grazie alla distribuzione degli oneri probatori (51).

La Corte di Cassazione, tuttavia, a partire dal 2016, è tornata sui propri passi, affermando che «spetta al datore di lavoro l'allegazione e la prova dell'impossibilità di *repêchage* del lavoratore licenziato, in quanto requisito del giustificato motivo di licenziamento, con esclusione di un onere di allegazione al riguardo del secondo, essendo contraria agli ordinari principi processuali una divaricazione tra i due suddetti oneri, entrambi spettanti alla parte deducente» (52).

Tale nuovo orientamento è stato poi ribadito da numerose decisioni successive (53), sicché oggi deve ritenersi che sul lavoratore non gravi alcun onere di indicare nel ricorso le posizioni alternative cui avrebbe potuto venire adibito; il che non significa, evidentemente, che non sia utile farlo. Ne deriva che l'onere datoriale di provare l'impossibilità del *repêchage*, in quanto concernente un fatto negativo, potrà essere assolto non già sfruttando la mancata indicazione da parte del lavoratore, ma solo mediante la prova, presuntiva, che tutti i posti di lavoro erano stabilmente occupati al momento del licenziamento e che, dopo di esso e per un congruo periodo di tempo, non sono state effettuate assunzioni (54).

In tema di ripartizione dell'onere probatorio è poi condivisibile l'orientamento secondo cui «il datore ha l'onere di provare, mediante elementi presuntivi e indiziari, l'impossibilità di una differente utilizzazione del lavoratore in mansioni diverse da quelle precedentemente svolte», ma non anche l'affermazione, talora conseguente, secondo cui «tale prova non deve essere intesa in modo rigido, dovendosi esigere dallo stesso lavoratore che impugnò il licenziamento una collaborazione nell'accertamento di un possibile

---

(51) Pisani 2005, 658.

(52) Cass. 22.3.2016, n. 5592, in *DRI*, 2016, 842 ss., con nota di M. Ferraresi.

(53) Cass. 13.6.2016, n. 12101, cit.; Cass. 22.11.2017, n. 27792, in *ilgiustlavorista.it*; nonché Cass. 7.1.2019, n. 192, in *DeJure*.

(54) Oltre alle sentenze citate alle due note precedenti, tra le tante: Cass. 2.1.2013, n. 6, in *DeJure*; Cass. 18.3.2010, n. 6559, in *DeJure*.

*repêchage*, mediante l'allegazione dell'esistenza di altri posti di lavoro nei quali egli poteva essere utilmente ricollocato» (55). Trattasi di una posizione risalente nel tempo, alla quale ha fatto, più di recente, seguito una in un certo senso più ragionevole, secondo la quale, ove sia accertata, anche attraverso presunzioni gravi, precise e concordanti, l'impossibilità di un suo ricollocamento, la mancata allegazione da parte del lavoratore di una posizione lavorativa disponibile potrebbe rafforzare tale quadro probatorio indiziario (56); così come, scontando il primario onere di allegazione da parte del datore di lavoro, appare egualmente ragionevole l'affermazione secondo cui, qualora, «in un contesto di accertata e grave crisi economica e organizzativa dell'impresa, il lavoratore alleghi posizioni lavorative a suo avviso disponibili e queste risultino insussistenti, tale verifica ben può essere utilizzata, nel riferito contesto, dal giudice al fine di escludere la possibilità di *repêchage*» (57).

Soffermandoci sulla posizione datoriale, è da sottolineare come la prova della mancanza di posti disponibili sia abbastanza ardua per vari motivi. Anzitutto perché, soprattutto nel settore privato, è alquanto difficile accertare concretamente le posizioni coperte e quelle scoperte, di modo che non appare sufficiente che il datore di lavoro alleghi l'organigramma aziendale per dare la prova che tutte le posizioni siano occupate: insomma, anche se è opportuno che il datore di lavoro lo alleghi, esso non è risolutivo. Pertanto, sembra in verità che, ai fini della prova dell'impossibilità del ripescaggio, il datore di lavoro debba principalmente dimostrare di non aver proceduto a nuove assunzioni nelle posizioni di lavoro interessate (58). E al riguardo è da precisare che, se la nuova assunzione si è verificata nel posto di lavoro già occupato dal lavoratore licenziato e ufficialmente soppresso, non è bene parlare di mancanza di prova dell'inutilizzabilità, ma proprio di insussistenza della ragione determinante del licenziamento (59). Lo strumento principale di tale prova sarà, dunque, la produzione del Libro unico del lavoro, riguardante un

---

(55) Cfr. Cass. n. 3040/2011, cit.; in senso conforme Cass. n. 6559/2010, cit.; Cass. n. 4299/2013, in *DeJure*.

(56) Cfr.: Cass. n. 12794/2018, in *DeJure*; Cass. n. 5996/2019, in *DeJure*; C. App. Catania n. 57/2020, in *DeJure*.

(57) Vedi Cass. 22.11.2018, n. 30259, in *DeJure*. Vedi anche la sentenza della Corte d'Appello di Milano 23.7.2020, n. 473, in *DeJure*, che ha evidenziato anche il tema processuale del carattere manifesto, ai fini della tutela reale, della violazione del *repêchage*; infatti la Corte corregge il Tribunale nel dire che non deve per forza emergere già dagli atti di causa, ma può essere accertato anche con articolata istruttoria.

(58) Scarpelli 2015, 2 e 11.

(59) Cfr. Cass. 14.5.2012, n. 7474, in *ilgiuslavorista.it*.

arco temporale opportuno, che la prassi indica in 6 mesi dopo il licenziamento, ed eventualmente anche nei 6 mesi prima dello stesso (60).

La legge, tuttavia, non prevede espressamente un divieto di assunzione di nuovi lavoratori dopo il licenziamento per g.m.o. Secondo una recente sentenza, l'eventuale assunzione di personale con contratto a termine nello stesso periodo di tempo in cui è avvenuto il licenziamento non è di per sé sufficiente a dimostrare il mancato adempimento dell'obbligo di ripescaggio: nel caso di specie, è stata esclusa la violazione dell'obbligo di *repêchage* nel caso di un'assunzione a termine per sostituzione, in quanto «la diversità di inquadramento e la differente tipologia del contratto (se a termine) non consentono di effettuare utili raffronti per concludere su una concreta possibilità di ricollocazione» del licenziato (61).

Un aspetto di particolare importanza deriva, poi, da una recente pronuncia della Corte di Cassazione (62), secondo la quale «ben poteva parte datoriale, per la più economica gestione dell'impresa a seguito di un protratto periodo di crisi di risultati e di difficoltà di mercato, ridimensionare l'organico, ridistribuendo le mansioni in precedenza assegnate al ricorrente, al personale residuo, oppure ricorrendo, per tempi assolutamente limitati, a risorse esterne». In tal senso la Suprema Corte ha sostanzialmente inteso sostenere che l'impiego di risorse esterne all'azienda per lo svolgimento di mansioni che pur potrebbero essere affidate al dipendente licenziato non configura una violazione dell'obbligo di ripescaggio, quando ciò avvenga «per tempi limitati», e quindi la parte datoriale può avvalersi in seguito al licenziamento di nuovi lavoratori intermittenti o a termine, a patto che l'utilizzo di tali risorse sia limitato e comporti un costo inferiore a quello dovuto per il mantenimento di unità di personale con un contratto a tempo indeterminato.

---

(60) Più di recente, peraltro, la sentenza della Corte d'Appello di Milano 23.7.2020, n. 473, cit., ha affermato che il periodo in cui va valutato l'obbligo del *repêchage* non è soltanto il momento del recesso, ma da quando di fatto è emersa la necessità organizzativa che poi porta al licenziamento, quindi un momento antecedente a quello del recesso.

(61) Nel caso di specie, si era proceduto a una nuova assunzione a tempo determinato per sostituire un altro dipendente momentaneamente assente avente diritto alla conservazione del posto: Corte d'Appello 7.4.2017, n. 909, in *DeJure*. Di questo avviso anche il Tribunale di Roma che, con ordinanza del 27.10.2014, ha ritenuto non essere stato violato l'obbligo di *repêchage* nel caso di un'assunzione con contratto a tempo determinato avvenuta poco prima del licenziamento, in quanto tale tipologia contrattuale escluderebbe l'obbligo per il datore di proporre la posizione al lavoratore come valida alternativa al licenziamento.

(62) Vedi Cass. 25.7.2018, n. 19731, in *ilgiuslavorista.it*.

8. — *Le conseguenze sanzionatorie* — Si è sottolineata più sopra la netta affermazione della Corte di Cassazione, secondo la quale l'impossibilità del *repêchage* costituisce «requisito del giustificato motivo di licenziamento» (63). Si tratta di un profilo che va approfondito, in quanto evidentemente correlato a quello delle conseguenze sanzionatorie della violazione dell'obbligo di *repêchage* nel regime di cui all'art. 18 St. lav., come modificato nel 2012 dalla riforma Fornero.

Il nuovo art. 18, quale emergente dalla legge n. 92/2012 – che continua ad applicarsi per i lavoratori assunti prima del 7 marzo 2015 –, prevede che, ove venga accertata l'illegittimità del licenziamento intimato per g.m.o., il giudice possa applicare la tutela reintegratoria solo in caso di «manifesta insussistenza del fatto posto a base del licenziamento», mentre nelle «altre ipotesi» troverà applicazione la tutela economica.

All'indomani della riforma del 2012, la dottrina si è lungamente interrogata sul senso da attribuire alla nozione di «fatto posto a base del licenziamento» e, in particolare, sulla possibilità o meno di ricomprendervi anche il mancato adempimento dell'obbligo di *repêchage* (64).

Sul punto la giurisprudenza di merito si è spaccata, pronunciandosi inizialmente nel senso che la violazione del *repêchage* comporta conseguenze meramente economiche, con esclusione dunque della reintegrazione (65), e poi nel senso che la stessa può invece comportare l'applicazione della tutela reintegratoria *ex art. 18*, commi 4 e 7, St. lav. (66).

A porre fine alla *querelle* ci ha pensato la Corte di Cassazione, che in una recente pronuncia ha esplicitamente stabilito che «la verifica del requisito della “manifesta insussistenza del fatto posto a base del licenziamento” concerne entrambi i presupposti di legittimità del licenziamento per giustificato motivo oggettivo, e quindi sia le ragioni inerenti all'attività produttiva, l'organizzazione del lavoro e il regolare funzionamento di essa, sia l'impossibilità di ricollocare altrove il lavoratore» (67). Secondo l'opzione interpretativa della Corte, ribadita anche successivamente (68), pure la vio-

(63) Cfr., *ex multis*, Cass. 22.11.2017, n. 27792, cit.

(64) Per i riferimenti Carinci 2005, 256 ss.

(65) T. Milano 28.11.2012, T. Roma 8.8.2013, T. Varese 4.9.2013, tutte in *MGL*, 2013, 747 ss.; T. Torino 5.4.2016, in *DeJure*.

(66) T. Reggio Calabria 3.6.2013, in *MGL*, 2014, 229 ss.; T. Trento 18.12.2017, reperibile in [www.nikilabour.it/online/roma/1.2.2018](http://www.nikilabour.it/online/roma/1.2.2018), in *DeJure*.

(67) Cass. 2.5.2018, n. 10435, in *DRI*, 2018, 888 ss., con nota di Angeletti.

(68) Cass. 12.12.2018, n. 32513, reperibile in [www.nikilabour.it/online/roma/12.12.2018](http://www.nikilabour.it/online/roma/12.12.2018), applicato la tutela reintegratoria in un caso di mancato ripescaggio del dipendente licenziato per sopravvenuta inidoneità fisica.

lazione dell'obbligo di ricollocazione, laddove sia «manifesta», può dunque condurre alla reintegrazione nel posto di lavoro.

A questo riguardo si deve precisare che l'attuale art. 18 dello Statuto dei lavoratori prevede due differenti regimi di tutela nel caso di licenziamento per g.m.o. illegittimo. Nel caso di «manifesta insussistenza del fatto posto a base del licenziamento» – che ricomprende, come detto, il caso in cui sia evidente l'assenza di uno dei presupposti legittimanti il recesso per giustificato motivo oggettivo, ad esempio le ragioni poste a base del licenziamento e l'impossibilità di *repêchage* – si può avere la reintegra del lavoratore con un risarcimento di 12 mensilità al massimo dell'ultima retribuzione globale di fatto. In tutte le «altre ipotesi in cui non ricorrono gli estremi del giustificato motivo oggettivo», è, invece, prevista una sanzione esclusivamente risarcitoria tra un minimo di dodici e un massimo di ventiquattro mensilità dell'ultima retribuzione globale di fatto, in relazione all'anzianità del lavoratore e tenuto conto del numero dei dipendenti occupati, delle dimensioni dell'attività economica, del comportamento e delle condizioni delle parti (69).

La Corte di Cassazione ha al riguardo affermato che in considerazione del disposto normativo dell'art. 18 Fornero, secondo cui in caso di licenziamento per giustificato motivo oggettivo il giudice «può» applicare la tutela reintegratoria attenuata esclusivamente in caso di «manifesta insussistenza del fatto», deve ritenersi che l'intenzione del legislatore sia quella di riservare il ripristino del rapporto di lavoro a ipotesi residuali che fungono da eccezione alla regola della tutela indennitaria. Parrebbe pertanto doversi ritenere che, in caso di mancato assolvimento dell'onere di *repêchage*, il giudice, ove ritenga che la reintegra sia eccessivamente onerosa per il datore, può solo applicare la tutela indennitaria *ex* art. 18, comma 5, St. lav. (70). A ciò si aggiunga che, sempre secondo la Corte, la «manifesta insussistenza del fatto posto a base del licenziamento» deve intendersi come una chiara, evidente e facilmente verificabile assenza dei presupposti di legittimità del

---

(69) La sentenza della C. cost. 8.11.2018, n. 194, è una sentenza di accoglimento parziale con la quale si dichiara l'incostituzionalità dell'art. 3, c. 1, del d.lgs. n. 23/2015 limitatamente alle parole «di importo pari a due mensilità dell'ultima retribuzione di riferimento per il calcolo del trattamento di fine rapporto per ogni anno di servizio». La norma residua ora prevede la «condanna [...] al pagamento di un'indennità non assoggettata a contribuzione previdenziale in misura comunque non inferiore a quattro [ora sei: art. 3, c. 1, d.l. n. 87/18, conv. in l. n. 96/2018] e non superiore a 24 [ora 36] mensilità».

(70) Cass. 2.5.2018, n. 10435, in *DeJure*, nella specie, la Corte, avendo accertato l'effettiva sussistenza del motivo di licenziamento – ristrutturazione con esternalizzazione dell'attività –, ha confermato l'applicazione della tutela indennitaria in considerazione della carenza probatoria dell'obbligo di *repêchage*.

recesso; pertanto, nel caso in cui il datore fornisca una prova «non sufficiente» della impossibilità di impiegare il dipendente in diverse mansioni, non sembra possa parlarsi di «manifesta insussistenza del fatto», con la conseguenza che va applicata la sola tutela risarcitoria (71).

Per quanto riguarda i lavoratori assunti in regime di *Jobs Act*, infine, sembra sia assai difficile intravedere spiragli di operatività della tutela reale in caso di violazione del *repêchage*, posto che l'art. 3, comma 1, d.lgs. n. 23/2015, prevede espressamente che in ogni caso in cui non ricorrano gli estremi del g.m.o. le conseguenze sono di tipo meramente indennitario: il giudice dichiara estinto il rapporto di lavoro alla data del licenziamento e condanna il datore al pagamento di un'indennità in misura non inferiore a sei e non superiore a trentasei mensilità. Ciò non significa, però, che il *repêchage* perda di rilevanza in riferimento ai cd. «neoassunti». Nel caso in cui l'inadempimento del ripescaggio sia evidente e plateale – si pensi a un datore di lavoro che subito dopo il recesso assuma lavoratori per le stesse mansioni –, tale circostanza potrebbe, sia pure in concorso con altri elementi, essere valorizzata per sostenere che dietro il motivo economico formalmente addotto si celano altre ragioni ed eventualmente vedere accertata la «natura ritorsiva» del licenziamento, con conseguente applicazione della tutela reintegratoria (72). È chiaro che per parlare di natura ritorsiva è comunque necessario un fattore reattivo a una condotta del lavoratore e non è sufficiente che il motivo non sia giustificato o che sia stato violato l'obbligo di *repêchage*.

Ciò detto, vale ancora la pena di tornare un momento, a chiusura della trattazione, su un rilevante aspetto inerente alla tematica qui esaminata.

Al riguardo, per quanto concerne la sussistenza di una riorganizzazione aziendale incidente sulla posizione del lavoratore, potrebbe sembrare che dopo la nota sentenza n. 25201 del 2016, con cui la Cassazione è arrivata addirittura ad affermare la legittimità anche del licenziamento per g.m.o. motivato dall'intento di conseguire un mero risparmio di costi con incremento di profitti, pure in assenza di situazioni di crisi aziendale (73), i margini di sindacabilità dei licenziamenti economici si siano alquanto ridotti.

In realtà, lasciando da parte il caso estremo esaminato dalla Corte, su cui si tornerà tra breve, va detto che, in tutti gli altri casi di riorganizzazione aziendale, a parte la verifica della effettività della medesima, sembrerebbe che, grazie all'evoluzione giurisprudenziale di cui si è cercato di dare

---

(71) Cass. 19.3.2020, n. 7471, in *DeJure*; Cass. 17.10.2019, n. 26460, in *DeJure*.

(72) Per approfondimenti, Cavallini 2018, 385 ss.

(73) Cass. 7.12.2016, n. 25201, in *FI*, 2017, II, 123, con nota di Santoro Passarelli.

conto in precedenza, il margine di sindacabilità della legittimità del licenziamento per g.m.o. risulti alquanto ampliato grazie all'obbligo di *repêchage*: l'accertamento del suo (in)adempimento costituisce oggi un passaggio fondamentale nei relativi giudizi di impugnazione (74).

Al di là di questa considerazione, peraltro, la stessa posizione della Suprema Corte espressa nella sentenza citata andrebbe, in realtà, ripensata, in quanto essa non tiene in debita considerazione i principi fondamentali costituzionali del nostro diritto positivo, che si è cercato di mettere in risalto sin dall'inizio di questo saggio, e che hanno alla fine assegnato al *repêchage* la funzione strumento del bilanciamento di interessi. La sentenza ha creato un *vulnus* nel bilanciamento costituzionale predetto, ammettendo una situazione in cui non trova affatto spazio l'*extrema ratio*.

Oltre alle posizioni richiamate in precedenza, assume qui particolare rilievo la lettura stringente di quella dottrina (75) che, in tale contesto, ravvisa una visione riduttiva del diritto al lavoro (art. 4, comma 1, e art. 35 Cost.), sostenendo come la sentenza abbia di fatto reso inutile l'art. 3 della legge n. 604/1966 e spingendosi fino «alla massima esaltazione degli interessi del datore del lavoro a discapito delle esigenze del lavoratore dipendente». Secondo questa dottrina, «la posizione costituzionale del datore di lavoro è, in sé, frutto di un bilanciamento tra diritti e doveri: cosa che esclude la riconducibilità al quadro costituzionale delle posizioni che ammettono la perseguibilità, costi quel che costi, dell'obiettivo del massimo profitto. Questi due ultimi profili, più strettamente giuslavoristici, mostrano in modo incisivo la miopia costituzionale della sentenza n. 25201/2016 della Cassazione, che fa – in definitiva – prevalere l'interesse individuale di chi intende incrementare i profitti ricavabili dall'esercizio della libertà di iniziativa economica (non solo sul contrapposto interesse individuale di chi intende mantenere il posto di lavoro, ma soprattutto) sull'interesse generale alla realizzazione del progresso materiale o spirituale della società [...], quando invece dovrebbe trovare conferma la prevalenza costituzionale del diritto al lavoro (dei lavoratori dipendenti) sul diritto all'iniziativa economica privata (del datore di lavoro): un dato che non può rimanere privo di

---

(74) Cass. 3.12.2019, n. 31521, in *DeJure*, che si orienta dicendo che i principi emergenti dall'evoluzione giurisprudenziale descritta non chiedono all'imprenditore uno sforzo irragionevole, che possa comportare un'alterazione dell'organizzazione aziendale od oneri economici e organizzativi eccessivi: l'onere di *repêchage* ha comunque come limite «la ragionevolezza dell'operazione, che non deve comportare rilevanti modifiche organizzative ovvero ampliamenti di organico, o innovazioni strutturali non volute dall'imprenditore».

(75) Cfr. Pallante 2020, 203 ss.

conseguenze nel momento in cui si interpretano le disposizioni legislative del diritto del lavoro, ivi comprese quelle sui licenziamenti» (76).

Sulla base del bilanciamento dei diritti, quindi, la critica più evidente da rivolgere alla sentenza è che la tesi in essa espressa appare radicalmente appiattita su una lettura monca dell'art. 41 Cost., in quanto dimentica del bilanciamento di valori che, come si è sottolineato più volte in precedenza, è intrinseco nella formulazione della disposizione. Da ciò deriva l'esigenza di rispettare l'utilità sociale, la sicurezza, la libertà e la dignità umana, nonché, più specificamente, il diritto al lavoro di cui all'art. 4 Cost.

In effetti, la sentenza citata, nell'affermare che «spetta all'imprenditore stabilire la dimensione occupazionale dell'azienda, evidentemente al fine di perseguire il profitto che è lo scopo lecito per il quale intraprende», finisce per ammettere, come legittima causa di licenziamento, le ragioni datoriali dirette a un aumento della redditività e dunque connesse a una mera finalità di lucro. Nulla dicendo, poi, in merito all'obbligo di *repêchage*, potrebbe ipotizzarsi che tramite esso possa risolversi il bilanciamento della libertà economica con i valori sopra indicati. A ben vedere, tuttavia, questa circostanza palesa una contraddizione, perché non pare ragionevole, una volta ammessa come causa giustificativa del licenziamento una riduzione di personale per meri fini di lucro, ammettere dall'altro lato una ricollocazione del lavoratore licenziato in altre mansioni (anche inferiori, visto che è esclusa, come detto più sopra, la riduzione della retribuzione).

Se ciò è vero, pare doversi piuttosto condividere quanto sostenuto da un'Autrice, secondo la quale i diversi passaggi del controllo giudiziale altro non sono che la verifica della sussistenza del giustificato motivo oggettivo nel caso concreto: il primo passaggio, volto a valutare l'esistenza di una decisione organizzativa, quale che sia purché effettiva, vuole accertare se nel caso concreto emerga un interesse tecnico-organizzativo di quel datore di lavoro; il secondo passaggio, rivolto a indagare l'esistenza di un collegamento fra decisione organizzativa e posizione di quel singolo lavoratore, è mirato a controllare se quell'interesse organizzativo è poi perseguito in concreto dal datore proprio con quello specifico atto di esercizio delle sue prerogative; e infine il terzo passaggio, ovvero il controllo sul rispetto del cd. «obbligo di *repêchage*», altro non è che un'ulteriore verifica, questa volta in senso negativo, dell'esistenza del nesso causale fra decisione organizzativa e posizione del singolo lavoratore (77). Insomma, secondo questa lettura, attraverso l'obbligo di *repêchage* il giudice valuta che non esista, fra la

---

(76) *Ivi*, 212 ss.

(77) Carinci 2011, 11 ss.; Ponterio, 2017, 8 ss.

posizione del lavoratore e l'interesse del datore di lavoro, un collegamento differente da quello tecnico-organizzativo protetto dall'ordinamento; ecco perché si è parlato al riguardo di nesso causale in senso negativo (78).

Ove si accolga questa impostazione, dovrà dedursi allora che in realtà il bilanciamento richiesto dall'art. 41 Cost. non può limitarsi al mero rispetto dell'obbligo di *repêchage*, ma deve riguardare gli aspetti organizzativi sottesi alla decisione di licenziare quel singolo lavoratore e il nesso di collegamento tra i primi e il secondo. Insomma, un ritorno al passato, con la valorizzazione, ai fini del predetto bilanciamento, di entrambi gli aspetti appena evidenziati.

### Riferimenti bibliografici

- Alleva P. (2006), *Presente e futuro dei licenziamenti per ragioni economico-produttive*, in RGL, n. 1, I, 65 ss.
- Amendola F. (2015), *La disciplina delle mansioni nel d.lgs. del 15 giugno 2015, n. 81*, in DLM, 511 ss.
- Andreoni A. (2006), *Razionalità e proporzionalità nei licenziamenti «oggettivi»*, in RGL, n. 1, I, 87 ss.
- Ballestrero M.V. (2013), *Il giustificato motivo oggettivo di licenziamento. Una rilettura della giurisprudenza della Cassazione alla luce della riforma dell'art. 18*, in LD, 259 ss.
- Brollo M. (2015), *Disciplina delle mansioni (art. 3)*, in F. Carinci (a cura di), *Commento al d.lgs. 15 giugno 2015, n. 81: le tipologie contrattuali e lo ius variandi*, Modena, 42 ss.
- Brun S. (2012), *Il licenziamento economico tra esigenze dell'impresa e interesse alla stabilità*, Cedam, Padova.
- Buzzacchi C. (2019), *Il lavoro. Da diritto a bene*, FrancoAngeli, Milano.
- Calcaterra L. (2005), *La giustificazione causale del licenziamento per motivi oggettivi nella giurisprudenza di legittimità*, in DRI, n. 3, I, 643 ss.
- Carabelli U. (2001), *I licenziamenti per riduzione del personale in Italia*, in Aa.Vv., *I licenziamenti per riduzione del personale in Europa*, Cacucci, Bari, 111 ss.
- Carinci M.T. (2005), *Il giustificato motivo oggettivo nel rapporto di lavoro di lavoro subordinato*, in F. Galgano (diretto da), *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, Cedam, Padova, 256 ss.
- Carinci M.T. (2011), *Clausole generali, certificazione e limiti al sindacato del giudice. A proposito dell'art. 30, l. 183/2010*, in W.P. Csdle «Massimo D'Antona».IT, n. 114, 11 ss.
- Caruso B. (2017), *La fattispecie «giustificato motivo oggettivo» di licenziamento tra storie e attualità*, in A. Perulli (a cura di), *Il licenziamento per giustificato motivo oggettivo*, Giappichelli, Torino, 3 ss.
- Cavallini G. (2018), *L'insussistenza della giusta causa o del giustificato motivo come «indice presuntivo» della ritorsività del licenziamento*, in RGL, n. 3, II, 385 ss.
- Cerri A. (2016), *Spunti e riflessioni sulla ragionevolezza del diritto*, in *Diritto pubblico*, 650 ss.
- Cester C. (2015), *Il licenziamento per giustificato motivo*, in F. Carinci, C. Cester (a cura di), *Il li-*

---

(78) *Ibidem*.

- licenziamento all'indomani del d.lgs. n. 23/2015 (contratto di lavoro a tempo indeterminato a tutele crescenti)*, Adapt labour studies, e-book series, n. 46, Adapt University Press, 96 ss.
- Ciucciiovino S. (2016), *Giustificato motivo di licenziamento e repêchage dopo il Jobs Act*, in *MGL*, 43 ss.
- De Angelis L. (2007), *Licenziamento per motivi economici e controllo giudiziario*, in *LD*, n. 3, 465 ss.
- De Luca Tamajo R. et al. (2014), *Sul reclamo presentato dall'Oil da due Confederazioni sindacali avverso la legge spagnola n. 3/2012 in tema di licenziamento*, in *RIDL*, III, 115 ss.
- Del Punta R. (2012), *Il giudice del lavoro tra pressioni legislative e aperture di sistema*, in *RIDL*, I, 475 ss.
- Del Punta R. (2017), *Sulla prova dell'impossibilità del ripescaggio nel licenziamento economico*, in A. Perulli (a cura di), *Il licenziamento per giustificato motivo oggettivo*, Giappichelli, Torino, 45 ss.
- Ferraresi M. (2016a), *Il giustificato motivo di licenziamento. Dalla legge 604 del 1966 al contratto a tutele crescenti*, Giappichelli, Torino.
- Ferraresi M. (2016b), *L'obbligo di repêchage tra riforme della disciplina dei licenziamenti e recenti pronunce di legittimità*, in *VTDL*, n. 4, 856 ss.
- Franza G. (2015), *Prime considerazioni e alcuni dubbi di costituzionalità sulla nuova disciplina delle mansioni*, in *MGL*, n. 10, 663 ss.
- Galantino L. (1984), *I licenziamenti collettivi*, Giuffrè, Milano.
- Galantino L. (2012), *La riforma del regime sanzionatorio dei licenziamenti individuali illegittimi: le modifiche all'art. 18 dello Statuto dei lavoratori*, in G. Pellicani (a cura di), *Riforma del lavoro - Tutte le novità introdotte dalla legge 28 giugno 2012, n. 92*, Giuffrè, Milano, 248 ss.
- Leone G. (2015), *La nuova disciplina delle mansioni: il sacrificio della professionalità «a misura d'uomo»*, in *LG*, 1101 ss.
- Magnani M. (2016), *Autonomia, subordinazione, coordinazione (artt. 1, 2, 52, d.lgs. n. 81/2015)*, in M. Magnani et al. (a cura di), *I contratti di lavoro*, Giappichelli, Torino, 21 ss.
- Mancini F. (1972), *Commento all'art. 18*, in *Commentario allo Statuto dei diritti dei lavoratori*, Zanichelli-II Foro Italiano, Bologna-Roma, 538 ss.
- Mancini F. (1975), *Sub art. 4*, in G. Branca (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Bologna-Roma, 234 ss.
- Marazza M. (2017), *Giustificato motivo oggettivo di licenziamento e «controllo di pretestuosità»*, in A. Perulli (a cura di), *Il licenziamento per giustificato motivo oggettivo*, Giappichelli, Torino, 49 ss.
- Maresca A. (2017), *Il giustificato motivo oggettivo di licenziamento: il prius, il posterius ed il nesso causale*, in A. Perulli (a cura di), *Il licenziamento per giustificato motivo oggettivo*, Giappichelli, Torino, 61 ss.
- Mattarolo M.G. (2015), *Le conseguenze risarcitorie ed indennitarie del licenziamento illegittimo*, in F. Carinci, C. Cester (a cura di), *Il Licenziamento all'indomani del d.lgs. n. 23/2015 (contratto di lavoro a tempo indeterminato a tutele crescenti)*, Adapt labour studies, e-book series, n. 46, Adapt University Press, 122 ss.
- Mazzotta O. (2013), *I molti nodi irrisolti nel nuovo art. 18 dello Statuto dei lavoratori*, in M. Cinnelli et al. (a cura di), *Il nuovo mercato del lavoro dalla Riforma Fornero alla legge di stabilità 2013*, Giappichelli, Torino, 252 ss.
- Napoli M. (1980), *La stabilità reale nel rapporto di lavoro*, FrancoAngeli, Milano.
- Natoli U. (1954), *Sui limiti legali e convenzionali della facoltà di recesso «ad nutum» dell'imprenditore*, in *RGL*, n. 1, I, 281 ss.

- Nogler L. (2007), *La disciplina dei licenziamenti individuali nell'epoca del bilanciamento tra i «principi» costituzionali*, in DLRI, n. 4, 593 ss.
- Nuzzo V. (2012), *La norma oltre la legge: causali e forma del licenziamento nell'interpretazione del giudice*, Satura, Napoli.
- Pallante F. (2020), *Il licenziamento per giustificato motivo oggettivo alla luce del dettato costituzionale*, in RGL, n. 2, I, 206 ss.
- Persiani M. (1971), *La tutela dell'interesse del lavoratore alla conservazione del posto di lavoro*, in G. Mazzoni, L. Riva Severino (diretto da), *Nuovo trattato di diritto del lavoro*, vol. II, Cedam, Padova, 593 ss.
- Persiani M. (2013), *Il fatto rilevante per la reintegrazione del lavoratore legittimamente licenziato*, in ADL, 18 ss.
- Perulli A. (1992), *Il potere direttivo dell'imprenditore*, Giuffrè, Milano.
- Perulli A. (2005), *Razionalità e proporzionalità nel diritto del lavoro*, in DLRI, n. 1, 1 ss.
- Perulli A. (a cura di) (2017), *Il licenziamento per g.m.o.*, Giappichelli, Torino.
- Pessi R. (2014), *Il licenziamento per motivo oggettivo*, in GI, 236 ss.
- Pessi R. (2015), *I licenziamenti individuali per motivi economici*, in Aa.Vv., *Studi in memoria di Mario Giovanni Garofalo*, t. II, Cacucci, Bari, 769 ss.
- Pileggi A. (2016), *L'assegnazione a mansioni inferiori*, in I. Piccinini et al. (a cura di), *La nuova disciplina delle mansioni dopo il Jobs Act*, Iuridica Edizioni Distribuzioni, Roma, 71 ss.
- Pisani C. (2013), *Il repêchage nel licenziamento per motivi oggettivi*, in MGL, 191 ss.
- Pisani C. (2015), *La nuova disciplina del mutamento delle mansioni*, Giappichelli, Torino.
- Ponterio C. (2016), *La valutazione del giudice e il licenziamento per g.m.o.*, in QG, 20 settembre.
- Ponterio C. (2017), *Il nuovo orientamento della Cassazione sul licenziamento per g.m.o.*, in QG, 8 febbraio.
- Raffi A. (2020), *Il nuovo contesto normativo dei licenziamenti illegittimi e i «tormenti» giurisprudenziali (Parte I)*, in RGL, n. 1, II, 49 ss.
- Romei R. (2017), *Natura e struttura dell'obbligo di repêchage*, in A. Perulli (a cura di), *Il licenziamento per giustificato motivo oggettivo*, Giappichelli, Torino, 97 ss.
- Rosselli F. (2020), *Funzione riparatoria e funzione sanzionatoria della condanna conseguente al licenziamento illegittimo*, in RGL, n. 1, II, 3 ss.
- Salvagni M. (2017), *Il licenziamento per giustificato motivo oggettivo e l'obbligo di repêchage anche in mansioni inferiori nell'interpretazione dottrinale e giurisprudenziale prima e dopo il Jobs Act*, in LPO, n. 5-6, 6 ss.
- Scarpelli F. (2015), *La disciplina dei licenziamenti per i nuovi assunti: impianto ed effetti di sistema del d.lgs. n. 23/2015*, in W.P. Csdle «Massimo D'Antona».IT, n. 252, 2 ss.
- Sordi P. (2016), *Il nuovo art. 2103 e il licenziamento per giustificato motivo oggettivo*, in I. Piccinini et al. (a cura di), *La nuova disciplina delle mansioni dopo il Jobs Act*, Iuridica Edizioni Distribuzioni, Roma, 132 ss.
- Speziale V. (2012), *Giusta causa e giustificato motivo dopo la riforma dell'art. 18 dello Statuto dei lavoratori*, in W.P. Csdle «Massimo D'Antona».IT, n. 165, 45 ss.
- Speziale V. (2017), *Il giustificato motivo oggettivo: extrema ratio o «normale» licenziamento economico?*, in A. Perulli (a cura di), *Il licenziamento per giustificato motivo oggettivo*, Giappichelli, Torino, 119 ss.
- Speziale V. (2018), *Il g.m.o. di licenziamento tra «clausole generali», principi costituzionali e giurisprudenza della Cassazione*, in DLRI, n. 1, 127 ss.
- Tullini P. (2013), *Riforma della disciplina dei licenziamenti e nuovo modello giudiziale di controllo*, in RIDL, n. 1, I, 168 ss.

- Varva S. (2015), *Il licenziamento economico. Pretese del legislatore e tecnica di giudizio*, Giappichelli, Torino.
- Voza R. (2017), *L'adibizione a mansioni inferiori mediante patti in deroga nel riformato art. 2103 c.c.*, in RGL, n. 1, I, 10 ss.

## ABSTRACT

*Il saggio vuole analizzare l'obbligo (onere di ripescaggio) a seguito del licenziamento per g.m.o. alla luce delle ultime riforme legislative.*

*Le problematiche connesse al ripescaggio oggetto di analisi sono quelle che si riferiscono alla sua estensione: alle mansioni cui può richiedersi la ricollocazione, all'ambito aziendale cui richiedere la verifica, all'accertamento dell'esistenza di un obbligo di formazione o riqualificazione del lavoratore in capo al datore di lavoro per il ripescaggio e alla prova datoriale dell'impossibilità del ripescaggio nel licenziamento per g.m.o.*

*Dall'analisi effettuata si constata che, di fatto, con le ultime riforme legislative, si è verificata un'estensione dell'obbligo (onere) di ripescaggio a seguito di un licenziamento per g.m.o.*

THE EXTENSION OF THE DUTY TO REHIRE IN THE CASE OF REDUNDANCY  
FOLLOWING JUSTIFIED DISMISSAL

*This essay analyses the obligation to rehire following the dismissal for justified reasons in the light of the latest legislative reforms.*

*The problems connected to the rehiring refer to its extension: with respect to the tasks to which workers are reassigned; with respect to the business which requests the verification, the determination of the existence of an obligation to train or retrain the worker for the rehiring and to the demonstration by the employer of the impossibility of the rehiring of the worker after the dismissal for justified objective reasons.*

*The analysis carried out shows that, in fact, with the most recent legislative reforms, there has been an extension of the obligation to rehire following a dismissal for a justified reason.*



## NOTE E COMMENTI

---

*Beppe De Sario, Daniele Di Nunzio, Salvo Leonardi* (\*)

### **AZIONE SINDACALE E CONTRATTAZIONE COLLETTIVA PER LA TUTELA DELLA SALUTE E SICUREZZA SUL LAVORO NELLA FASE 1 DELL'EMERGENZA DA PANDEMIA DI COVID-19**

SOMMARIO: Premessa. — 1. La Fase 1: dall'emergenza ai primi interventi. — 2. Le mobilitazioni per la tutela della salute: le richieste, l'organizzazione, i conflitti. — 3. La contrattazione a livello settoriale, intersettoriale e territoriale. — 4. La contrattazione a livello aziendale o di gruppo. — 5. Conclusioni.

— *Premessa* — La pandemia di Covid-19 ha comportato, per la tutela delle lavoratrici e dei lavoratori, delle sfide del tutto inedite, che hanno imposto non solo l'adozione di nuove protezioni per la riduzione dei rischi da contagio nei luoghi di lavoro, ma anche un forte consolidamento dei sistemi di prevenzione, al fine di rispondere in tempi brevi all'avanzare di una minaccia finora sconosciuta, la cui evoluzione era, e in gran parte rimane ancora, incerta e molto preoccupante.

Le organizzazioni sindacali, così come tutti gli attori del sistema economico e istituzionale, si sono trovate ad affrontare un rischio nuovo per la salute, anche per la scala e la pericolosità del contagio, in un contesto in cui i luoghi di lavoro e i processi produttivi sono stati sottoposti a una radicale e veloce trasformazione, con la definizione delle attività essenziali, il diffondersi di zone «rosse», la chiusura di alcune produzioni di beni e servizi, l'introduzione di forme di lavoro da casa e di pratiche di distanziamento fisico nei contesti di lavoro. Allo stesso tempo, sono cambiate le condizioni per esprimere l'attività sindacale, con l'impossibilità di incontrarsi in presenza, sia con i lavoratori sia tra le parti sociali e le istituzioni, e ci si è confrontati con la difficoltà di organizzare mobilitazioni viste le restrizioni per l'utilizzo degli spazi pubblici.

D'altra parte, come è stato autorevolmente evidenziato (1), la situazione eccezionale dal punto di vista preventivo nei luoghi di lavoro determinata dalla pandemia di Covid-19 si è confrontata con un solido impianto nor-

---

(\*) Ricercatori presso la Fondazione Di Vittorio.

(1) Cfr.: Bonardi *et al.* (a cura di) 2020; Guariniello 2020a.

mativo (2) e gli interventi legislativi sono stati attuati nell'ambito della normativa vigente, a partire dal d.lgs. n. 81/2008, che, prevedendo la tutela per tutte le attività produttive e per ogni tipologia di rischio, include anche quelli nuovi ed emergenti.

L'Inail, alla data del 31 luglio 2020, aveva registrato 51.363 casi di contagio sul lavoro da Covid-19 con 276 casi mortali (3). I contagi contratti nei luoghi di lavoro rappresentavano il 19,4% dei casi totali e si concentravano in ambito sanitario e socio-assistenziale (in particolare tra gli infermieri) mentre, tra le altre professioni, quelle con un'incidenza maggiore avevano riguardato gli addetti alla lavorazione della carne e del pollame, i commessi di negozio, i postali, i farmacisti e gli addetti alle pulizie (4). L'alto rischio in ambito sanitario è testimoniato da una quota crescente di studi in ambito internazionale, che evidenziano il duplice ruolo di queste professioni come vittime e vettori di contagio (5).

Gli studi condotti sulle relazioni tra lavoro e rischio da contagio da Covid-19 sono però ancora limitati, per lo più volti a inquadrare quanto prodotto in ambito normativo nella fase di emergenza nei più ampi scenari regolativi, pur sottolineando le specificità proprie di una fase emergenziale (6); mentre rari sono gli approfondimenti sulle esperienze concrete di intervento delle organizzazioni sindacali per favorire la prevenzione. Tra i temi maggiormente considerati, la letteratura ha analizzato il rapporto tra il *lockdown* e le forme di lavoro agile che sono state introdotte, rimarcando le criticità proprie di una fase emergenziale in cui si è operato sia con accordi collettivi che individuali (7); le specificità di alcuni settori in cui la digitalizzazione è stata accelerata ristrutturando le modalità di lavoro che erano principalmente in presenza, come ad esempio per la pubblica amministrazione (8); le difficoltà per le lavoratrici causate da interventi istituzionali che non tengono adeguatamente conto delle differenze di genere (9); gli impatti economici e occupazionali determinati dalla crisi e le misure di contrasto alla povertà (10); le criticità proprie di alcune figure professionali,

---

(2) Vedi, al riguardo: Smuraglia 2007; Natullo 2015; Lai 2017; Guariniello 2017.

(3) Inail 2020.

(4) Marinaccio *et al.* 2020a; Marinaccio *et al.* 2020b.

(5) Sim 2020.

(6) Pileggi 2020.

(7) Allamprese, Pascucci 2017; Peruzzi 2017; Cairoli 2020.

(8) Pascucci, Delogu 2020; Tripi, Mattei 2020.

(9) Maglia 2020.

(10) Inapp 2020; Busilacchi 2020.

come quelle del lavoro non standard (11); le relazioni tra l'epidemia, le grandi trasformazioni in atto sotto la spinta delle tecnologie digitali e le opportunità di tutela (12). Rispetto alle organizzazioni sindacali, è stata approfondita la relazione tra provvedimenti per il contrasto del contagio da Covid-19 e il ruolo delle parti sociali per la definizione degli accordi nazionali e di secondo livello (13); la relazione tra tutela della salute e diritto di sciopero (14); con alcuni approfondimenti settoriali, come nel caso della filiera della moda (15).

In questo articolo, presentiamo i risultati di un'analisi, condotta come Fondazione Di Vittorio (16), relativa al ruolo delle organizzazioni sindacali nell'affrontare in Italia l'epidemia di Covid-19 nella cosiddetta Fase 1, tra l'inizio di febbraio e la fine di maggio 2020, esaminando la molteplicità di interventi messi in atto per la tutela dei lavoratori, sul terreno delle mobilitazioni, della negoziazione collettiva, del coinvolgimento partecipativo. L'obiettivo è stato quello di ricavare una lettura ampia e articolata delle dinamiche che caratterizzano la struttura multilivello delle relazioni industriali italiane, in presenza di una sfida inedita e drammatica come quella tuttora in corso.

Nel primo paragrafo è descritto lo scenario emergenziale determinato dall'epidemia, nel quale sono maturati gli interventi governativi e le pratiche di negoziazione tra le parti sociali che hanno interessato tutti gli ambiti della vita socio-economica del paese. Nel secondo paragrafo sono analizzati le proteste, campagne, mobilitazioni, scioperi che sono maturati in un contesto emergenziale dove le pratiche conflittuali hanno accompagnato la ricerca di percorsi negoziali per rivendicare il diritto fondamentale alla salute e affrontare in maniera partecipativa le grandi sfide emergenti determinate dalla pandemia. Nel terzo paragrafo è presentata l'analisi della contrattazione di livello settoriale, intersettoriale e territoriale, determinante per l'applicazione e l'implementazione delle linee guida dei protocolli nazionali. Nel quarto sono presentati i risultati relativi all'analisi di circa 350 testi di contrattazione aziendale e di gruppo: i comitati paritetici e il monitoraggio congiunto, i comportamenti e obblighi per la prevenzione del contagio, l'organizzazione del lavoro, gli orari, lo *smart working*, gli ammortizzatori

---

(11) Filippi *et al.* 2020.

(12) Pianigiani *et al.* 2020.

(13) Pascucci 2020; Di Noia 2020; Bologna, Faioli 2020; Rainone 2020.

(14) Ingraio 2020.

(15) Masiero 2020.

(16) De Sario *et al.* 2020.

sociali e il *welfare* aziendale. Nelle conclusioni riassumiamo l'interpretazione che abbiamo ricavato dal monitoraggio e dall'analisi dei processi e degli accordi descritti.

1. — *La Fase 1: dall'emergenza ai primi interventi* — Durante la Fase 1 dell'emergenza – arco temporale su cui si concentra l'analisi ospitata in questo articolo –, le organizzazioni sindacali, all'interno dei percorsi di dialogo sociale e di relazioni industriali con le parti datoriali e le istituzioni, hanno dovuto affrontare una duplice sfida: da un lato, quella di determinare le attività più a rischio e, in generale, quelle essenziali per il funzionamento dell'economia nazionale e dei servizi ai cittadini; dall'altro, quella di garantire delle tutele efficaci per tutti i lavoratori, demandando alla contrattazione nazionale, territoriale e aziendale, il compito di definire i sistemi di prevenzione più efficaci per rispondere alle specificità dei rischi da contagio.

Nella Fase 1 dell'epidemia, il Governo ha mirato a un graduale *lockdown* delle attività produttive e sociali intervenendo prima a livello territoriale (prioritariamente nelle regioni del Nord Italia più colpite dall'epidemia), e in seguito in ambito nazionale, con un'estensione delle misure restrittive attraverso la chiusura delle attività lavorative che ha interessato in maniera progressiva tutti i settori, fino ad arrivare all'individuazione di quelli ritenuti «essenziali» che potevano restare aperti nel rispetto di norme di prevenzione definite attraverso decreti e protocolli.

Il decreto del Presidente del Consiglio (d.P.C.m.) dell'11 marzo 2020, con riguardo sia alle attività produttive che professionali, aveva previsto la sospensione delle «attività dei reparti non essenziali alla produzione», insieme alla stipula di «protocolli di sicurezza anticontagio» e alla limitazione degli «spostamenti all'interno dei siti». In seguito al manifestarsi dei primi contagi da Covid-19, registrati in Italia a fine gennaio, il Governo ha predisposto le prime regolamentazioni per il contenimento dei contagi intervenendo nelle aree focolaio del Nord Italia, attraverso il decreto legge 23 febbraio 2020, n. 6, recante «Misure urgenti in materia di contenimento e gestione dell'emergenza epidemiologica da Covid-19». A questo decreto hanno fatto seguito altri provvedimenti (25 febbraio, 1° marzo, 4 marzo, 8 marzo, 9 marzo, 11 marzo) che hanno imposto la chiusura delle attività commerciali al dettaglio (fatta eccezione per le attività di vendita di generi alimentari e di prima necessità), i servizi di ristorazione e i servizi alla persona, incentivando l'utilizzo da parte delle imprese di modalità di lavoro agile (17).

---

(17) Guariniello 2020b.

Le organizzazioni sindacali hanno negoziato con il Governo l'identificazione di questi settori proponendo attraverso una nota unitaria di Cgil, Cisl e Uil la revisione dell'allegato 1 al d.P.C.m. del 22 marzo 2020, che definiva un elenco di settori più esteso rispetto a quello precedentemente presentato alle parti sociali, riuscendo a ottenere delle modifiche il 25 marzo 2020, dopo un confronto con il Governo. In questa fase, le organizzazioni sindacali hanno condiviso l'ipotesi governativa di utilizzare i settori Ateco per l'identificazione delle attività, riuscendo a ottenere una riduzione del numero di quelli definiti come essenziali, per adottare misure più rigorose di sospensione della produzione e servizi non indispensabili alla luce della consistente progressione dei contagi. Inoltre, i sindacati hanno contrastato l'adozione di ampi margini di discrezionalità per le deroghe alle aperture tramite le prefetture, affermando la necessità del coinvolgimento delle organizzazioni territoriali per l'autocertificazione delle attività delle imprese che svolgono attività funzionali ad assicurare la continuità delle filiere essenziali.

L'adozione di tutti questi provvedimenti è stata accompagnata, da un lato, dalla definizione di ulteriori protocolli di livello settoriale, attraverso un ascolto delle posizioni delle parti sociali e, dall'altro, dalle rivendicazioni dei sindacati e dei lavoratori che hanno chiesto maggiori garanzie per la tutela della salute e sicurezza, sia attraverso forme non conflittuali di ricerca di una interlocuzione con il Governo e la comunità scientifica, sia attraverso scioperi e altre iniziative di mobilitazione.

2. — *Le mobilitazioni per la tutela della salute: le richieste, l'organizzazione, i conflitti* — La prima fase di gestione dell'epidemia, in particolare in seguito al d.P.C.m. 11 marzo 2020, è stata segnata da numerosi scioperi e azioni conflittuali per ottenere maggiori garanzie di tutela della salute, un'estensione delle misure di chiusura delle attività produttive e sostegni al reddito (18). Queste mobilitazioni in una prima fase intensa si sono concentrate nelle regioni del Nord Italia per reclamare la chiusura delle attività non essenziali e sono proseguite in seguito all'emanazione dei protocolli con le parti sociali per richiedere una loro applicazione integrale. Le mobilitazioni hanno interessato ogni ambito produttivo dell'economia pubblica e privata, estendendosi anche a settori nei quali era difficile organizzare i lavoratori, come nel caso degli scioperi nel magazzino Amazon di Castel San Giovanni, in provincia di Piacenza, il 16 marzo 2020 (19) o nelle piat-

---

(18) Tartaglia 2020.

(19) <https://www.internazionale.it/reportage/annalisa-camilli/2020/03/18/lavoratori-sciopero-amazon-fca/>.

taforme per la consegna a domicilio, dove, ad esempio, NidiL, Filcams e Filt, fin dall'inizio dell'emergenza Covid-19, hanno denunciato l'assenza di garanzie per la sicurezza dei *rider*, e il Tribunale di Firenze, con una sentenza del 1.4.2020, in risposta a una causa di un lavoratore supportata dalla Cgil, ha riconosciuto gli obblighi di tutela della salute del lavoratore da parte della piattaforma committente (20). Nel settore pubblico, è soprattutto nell'ambito sanitario, drammaticamente colpito dall'epidemia, che si sono concentrate le mobilitazioni e i sindacati hanno rivendicato la necessità di un investimento in termini occupazionali e strutturali, come nella proposta unitaria di Cgil, Cisl e Uil del 20 aprile 2020 (21), con una particolare attenzione per le Rsa e le cliniche private in ritardo anche nel rinnovo del contratto nazionale (22).

I protocolli e gli accordi, così come gli interventi per la loro applicazione, sono stati accompagnati da numerose iniziative di informazione e formazione sui temi della salute e sicurezza condotte attraverso l'utilizzo di tecnologie digitali, per rispondere a molteplici esigenze da parte dei delegati e lavoratori: seminari *online* e corsi di formazione a distanza con delegati e lavoratori; *fact-sheet* e documenti sintetici riguardo ai decreti, protocolli e raccomandazioni sanitarie; campagne di comunicazione *online*; sezioni specifiche sulle tematiche inerenti il Covid-19 nei siti delle organizzazioni sindacali; produzione di guide, *check-list* e moduli per i delegati sindacali.

Numerose sono state le iniziative settoriali e territoriali, di formazione e informazione *online*, con un generale riorientamento dei siti *web*, la creazione di sezioni tematiche *online* sul Covid-19 e, anche, di nuovi servizi specializzati per i lavoratori per la tutela individuale e collettiva.

Le organizzazioni sindacali hanno anche cercato di produrre e condividere materiali utili per lavoratori e delegati a orientarsi in uno scenario complesso e in continua evoluzione. Numerosi sono stati i kit per affron-

---

(20) «Il rapporto di lavoro *de quo* pare ricondursi a quelli disciplinati dall'art. 2, d.lgs. n. 81/2015, per i quali, “in un'ottica sia di prevenzione sia ‘rimediale’, si applica la disciplina del rapporto di lavoro subordinato quando la prestazione del collaboratore sia esclusivamente personale, venga svolta in maniera continuativa nel tempo e le modalità di esecuzione della prestazione, anche in relazione ai tempi e al luogo di lavoro, siano organizzate dal committente” (Cass. n. 1663/2020)». Tribunale di Firenze 1.4.2020, n. 886 – Attività di «*rider*» e obbligo di consegna di dispositivi individuali di protezione contro il rischio Covid-19, in [https://olympus.uniurb.it/index.php?option=com\\_content&view=article&id=22125:tribunale-di-firenze,-sez-lav,-01-aprile-2020,-n-886-attivi%03%A0-di-rider-e-obbligo-di-consegna-di-dispositivi-individuali-di-protezione-contro-il-rischio-covid-19&catid=72&Itemid=138](https://olympus.uniurb.it/index.php?option=com_content&view=article&id=22125:tribunale-di-firenze,-sez-lav,-01-aprile-2020,-n-886-attivi%03%A0-di-rider-e-obbligo-di-consegna-di-dispositivi-individuali-di-protezione-contro-il-rischio-covid-19&catid=72&Itemid=138).

(21) [https://www.fpcgil.it/wp-content/uploads/2020/04/Coronavirus\\_PropostaUnitariaSanita\\_20042020.pdf](https://www.fpcgil.it/wp-content/uploads/2020/04/Coronavirus_PropostaUnitariaSanita_20042020.pdf).

(22) <https://www.fpcgil.it/2020/05/16/rinnovo-contratti-18-giugno-sciopero-sanita-privata-rsa/>.

tare le problematiche del Covid-19, i *fact-sheet* di sintesi di protocolli e pratiche, le *check-list* di controllo per la gestione dei rischi per la salute in ambito aziendale e territoriale. Tra i vari materiali: la CdL Cgil di Genova ha prodotto una *check-list* per i Rls (23); Cgil, Cisl e Uil Lombardia hanno promosso una *check-list* per Rls e Rlst (24); la Commissione nazionale di coordinamento dei Comitati paritetici territoriali (Cncpt) ha predisposto una *check-list* per la verifica e attuazione del Protocollo Edilizia (25); il Comitato paritetico regionale bilaterale per la sicurezza (Cobis) del Veneto ha definito delle nuove procedure di consultazione dei Rlst tramite gli sportelli locali (26); Cisl nazionale ha predisposto una guida operativa per facilitare nelle aziende l'elaborazione dei protocolli di sicurezza anticontagio (27).

Nel complesso, è opportuno evidenziare il forte utilizzo delle tecnologie Ict da parte del sindacato per organizzare i percorsi di contrattazione e negoziazione: per l'organizzazione dei lavoratori e delegati, per la convocazione di assemblee *online*, per la stesura degli accordi e dei protocolli, di livello territoriale e aziendale, con incontri tra le parti sindacali e datoriali condotti attraverso piattaforme informatiche di comunicazione. Tutti gli accordi e protocolli hanno previsto forme diverse di contrattazione *online* tra le parti datoriali e sindacali così come con le istituzioni. Inoltre, numerose sono state anche le assemblee condotte con i lavoratori, in tutti i settori. Ad esempio, nei comparti istruzione e ricerca, sono state circa duecento le assemblee sindacali organizzate il 13 maggio 2020 in modalità *online* (28), promosse da Flc-Cgil, Cisl-Scuola, Uil-Scuola, Snals-Confasal e Gil- da Unams per confrontarsi sull'emergenza Covid-19 e sui problemi strutturali determinati dalla mancanza di organici, di risorse, di edifici (29).

3. — *La contrattazione a livello settoriale, intersettoriale e territoriale* — Gli interventi di prevenzione e contrasto di Covid-19 nei luoghi di lavoro si sono sviluppati lungo la struttura multilivello delle relazioni industriali italiane (dagli

---

(23) <https://drive.google.com/file/d/1zvpFPImz44FQWtQzNegQ0TAIQ--IGo6Y7/view?fbclid=IwAR0pAEa3AQoix98K6pugl0iRh9xyNijA1ouHQgCNCjxWRkynpnRbUuo1Zkl>.

(24) <https://www.diario-prevenzione.it/?p=16666>.

(25) <https://www.cncpt.it/check-list-verifica-attuazione-protocollo-edilizia-covid-19-del-24-marzo-2020/>.

(26) <https://www.cobis.it/news/item/265-emergenza-coronavirus-approfondimenti-utili-aziende-e-rlst-cobis-cpr-head-up-lista-applicativa-di-riscontro-ed-elaborato-informativo.html>.

(27) <http://lombardia.cisl.it/notizie/coronavirus-una-guida-della-Cisl-alla-stipula-del-protocollo-aziendale-anti-contagio/>.

(28) [https://www.collettiva.it/copertine/italia/2020/05/13/news/scuola\\_la\\_mobilizzazione\\_si\\_fa\\_online-46059/](https://www.collettiva.it/copertine/italia/2020/05/13/news/scuola_la_mobilizzazione_si_fa_online-46059/).

(29) [http://www.cislscuola.it/uploads/media/SLIDE\\_ASSEMBLEE\\_13052020.pdf](http://www.cislscuola.it/uploads/media/SLIDE_ASSEMBLEE_13052020.pdf).

accordi interconfederali a quelli aziendali), applicandola in un arco di tempo molto stretto e sotto la pressione drammatica degli eventi. Il principale testo di riferimento è stato l'Accordo tripartito del 14 marzo 2020, successivamente integrato il 24 aprile. Questi documenti hanno definito, a livello nazionale e intersettoriale, le principali linee guida per riorganizzare il lavoro nelle aziende dove si è proseguito a lavorare. Peraltro, l'Accordo del 24 aprile è stato integralmente riportato nell'allegato 6 del d.P.C.m. del 26 aprile 2020, sottolineandone in tal modo la stretta relazione con le disposizioni di legge.

È tuttavia a livello settoriale, attraverso la relazione tra parti datoriali e organizzazioni sindacali di categoria, che le linee guida dei protocolli nazionali hanno trovato una più incisiva capacità di orientamento della prevenzione nei luoghi di lavoro. Pressoché tutti i settori e comparti produttivi hanno stipulato intese di recepimento e integrazione del Protocollo del 14 marzo: banche, assicurazioni, chimico, farmaceutico, energia, gas, vetro, concia, moda, costruzioni, manifattura, industria alimentare, lapidei, commercio al dettaglio, trasporti e altri ancora.

Ciascun protocollo settoriale si è basato sugli obiettivi fondamentali definiti nei protocolli condivisi nazionali: tutti i lavoratori devono avere in dotazione i dispositivi di protezione individuali (Dpi), si deve mantenere il distanziamento fisico, dedicare accessi distinti per l'entrata e per l'uscita, favorire orari desincronizzati, pause scaglionate, limitare al minimo gli spostamenti all'interno del sito aziendale, favorire il collegamento a distanza per incontri e riunioni ecc. Dovunque, nei luoghi di lavoro, è disposta una rinnovata responsabilizzazione dei rappresentanti sindacali per la sicurezza (di seguito, Rls) nel controllo del rispetto delle procedure concordate.

Entro la cornice generale definita dai protocolli nazionali, gli accordi settoriali hanno introdotto diverse specificità, connesse alla particolare organizzazione del lavoro ma anche orientate alla tenuta degli ambiti produttivi ritenuti «essenziali» nella prima fase della pandemia. Il 14 marzo, il settore sanitario, socio-sanitario e socio-assistenziale è stato uno dei primi oggetti di attenzione. Il protocollo prevede tutele per tutto il personale che opera nei servizi, quali la fornitura dei Dpi, anche superiore al livello ritenuto adeguato dagli organismi tecnico-scientifici; si definisce una procedura omogenea per i percorsi di sorveglianza a cui devono essere sottoposti i lavoratori; la necessità di un piano straordinario di assunzioni a tempo indeterminato garantendo la proroga dei contratti in scadenza e la stabilizzazione del personale sanitario e tecnico impiegato nell'emergenza.

Rilevante per l'importanza del commercio al dettaglio alimentare nelle settimane di *lockdown* è il Protocollo siglato in ambito Confcommercio, il 26 marzo. Ai fini della tutela dei lavoratori e della tenuta dell'intera filiera,

L'accordo prevede l'applicazione del Protocollo del 14 marzo 2020 anche ai dipendenti di aziende terze che operano in servizio o in appalto all'interno delle unità produttive. Analoga attenzione si ritrova nel Protocollo del 19 marzo per i lavoratori dei cantieri rispetto a subappalti e fornitori.

Il Protocollo del settore trasporti e logistica, oltre alle disposizioni comuni, prevede un'articolazione differenziata dell'orario con finestre di inizio e fine attività lavorativa per distribuire la concentrazione dei lavoratori come misura di prevenzione, oltre a incoraggiare forme di mobilità sostenibile.

Gli accordi settoriali mettono in luce la necessità di ulteriori raccordi tra la contrattazione e il più ampio contesto dei servizi territoriali (una dimensione peraltro presidiata dalla contrattazione sociale territoriale). Ad esempio, nel settore moda l'accordo invita le aziende a coordinarsi con le autorità locali per individuare ogni misura idonea a ridurre le occasioni di contagio per i lavoratori che utilizzano i mezzi pubblici nel tragitto casa-lavoro (aumento degli spazi e dei posti disponibili, incremento delle corse ecc.).

In diversi settori (tra i quali la ceramica, ma anche il commercio, distribuzione e servizi) si è intervenuto per potenziare i fondi sanitari integrativi a copertura del rischio Covid-19 o stipulare specifiche nuove assicurazioni.

A livello settoriale si tenta anche di aumentare il repertorio di conoscenze e soluzioni: ad esempio, il Protocollo per il settore lapidei e cemento, del 16 aprile, prevede la creazione di un Comitato tecnico scientifico nazionale con il compito di indirizzo e controllo dell'applicazione delle linee guida e per la diffusione delle buone pratiche. L'accordo prevede anche la costituzione di «Comitati aziendali per la ripartenza» sulle modalità della ripresa dell'attività industriale. Comitati aziendali misti, finalizzati alla riapertura delle attività produttive, si stanno costituendo in ogni settore, grazie ad accordi aziendali fra le parti sociali.

Anche lo *smart working* è stato oggetto di attenzione nel rapporto con la tutela della salute e sicurezza, e le categorie hanno cercato di indirizzare i percorsi di negoziazione al fine di superare una prima tendenza delle parti datoriali di introdurre queste forme di lavoro a distanza senza regolamenti certi e superando di fatto i percorsi negoziali.

Numerosi sono stati i protocolli attuativi e i comitati territoriali istituiti come previsto dal Protocollo sottoscritto il 24 aprile, di livello regionale e locale, in particolare nel Nord Italia. Nella maggior parte dei casi, protocolli integrativi e comitati territoriali sono istituiti, da un lato, per garantire l'applicazione e la verifica delle regole sulla sicurezza dei lavoratori, per favorire l'implementazione delle misure di prevenzione (anche in connesio-

ne con le aziende sanitarie e le strutture del *welfare* territoriale), proponendosi anche come un punto di riferimento per l'introduzione di interventi per favorire la riapertura delle attività nella Fase 2 (modalità alternative di organizzazione del lavoro, in particolare per la gestione di nuove turnazioni, di cambiamenti negli orari di lavoro, del lavoro da casa per limitare gli spostamenti).

Sono stati inoltre siglati protocolli di settore territoriali, alcuni attuativi di norme nazionali (come l'art. 48 del decreto Cura Italia, ad esempio nel Lazio il Protocollo regionale su servizi educativi, sociali e socio-sanitari del 7 aprile 2020) (30); altri per corrispondere alle specificità del tessuto produttivo distrettuale o di filiera (vd. il Patto d'intesa per il contrasto e il contenimento del contagio Covid-19 nel distretto tessile-abbigliamento pratese) (31); altri ancora per mobilitare le risorse del sistema della bilateralità (in Veneto l'Accordo interconfederale che istituisce interventi a sostegno di imprese e lavoratori dell'artigianato) (32).

4. — *La contrattazione a livello aziendale o di gruppo* (33) — L'irruzione dell'emergenza pandemica da Covid-19 ha enormemente condizionato – insieme alla vita civile e sociale del paese – anche le condizioni di vita e di lavoro nei vari territori e nelle singole aziende o sedi lavorative, assorbendo quasi per intero la tradizionale dinamica negoziale, intorno alla comprensibile ansia di scongiurare con ogni mezzo possibile i pericoli di contagio, in luoghi per definizione raggiunti e vissuti quotidianamente a stretto contatto da moltitudini di lavoratrici e lavoratori. Di questo sforzo, i dati che abbiamo raccolto nell'ambito della consueta attività di monitoraggio della contrattazione di secondo livello recano ampie e articolate testimonianze. Per i soli primi sei mesi di quest'anno, come Osservatorio Fdv-Cgil, abbiamo già acquisito ed esaminato circa 350 testi, redatti nei diversi settori, perlopiù nel corso della prima e più acuta fase dell'emergenza (marzo-aprile), ma anche con un primo gruppo di accordi sottoscritti nella fase successiva (maggio-giugno), per un graduale ritorno alla «normalità», quan-

---

(30) [Http://lazio.cgil.it/wp-content/uploads/2020/04/dgr-171-del-7-aprile-2020-protocollo-su-art-48.pdf](http://lazio.cgil.it/wp-content/uploads/2020/04/dgr-171-del-7-aprile-2020-protocollo-su-art-48.pdf).

(31) [Http://www.filctemcgil.it/images/stories/flexicontent/news/tessile\\_abbigliamento\\_smi/200423\\_893\\_Protocollo\\_Sicurezza\\_Covid19\\_Distretto\\_Tessile\\_Prato.pdf](http://www.filctemcgil.it/images/stories/flexicontent/news/tessile_abbigliamento_smi/200423_893_Protocollo_Sicurezza_Covid19_Distretto_Tessile_Prato.pdf).

(32) [Https://olympus.uniurb.it/index.php?option=com\\_content&view=article&id=22577:ven-art-252020&catid=242&Itemid=139](https://olympus.uniurb.it/index.php?option=com_content&view=article&id=22577:ven-art-252020&catid=242&Itemid=139).

(33) Questo paragrafo, frutto della nostra ricerca, ha concorso – insieme ad altri contributi empirici – alla redazione di un analogo *focus*, per il Rapporto Cnel su mercato del lavoro e relazioni industriali, 2020.

to meno sotto il profilo della presenza in sede e nei luoghi di lavoro. La stragrande maggioranza di questi testi è costituita da veri e propri accordi sindacali, stipulati dalle aziende con le rappresentanze aziendali e/o di categoria di Cgil, Cisl e Uil, ma anche da un certo numero di regolamenti aziendali, ugualmente ispirati alle linee guida dettate a livello nazionale e interconfederale, ma privi della sigla sindacale, per le tensioni insorte sulle misure specifiche da adottare nella gestione della fase più acuta dell'emergenza.

In ognuno di questi accordi o regolamenti aziendali, le misure antiCovid-19 si dispiegano su una gamma di interventi, al cui centro si pongono le diverse linee guida in materia di salute e sicurezza, che come tali ricorrono in circa i due terzi dei testi stipulati. I restanti documenti sono costituiti da accordi su ammortizzatori sociali e misure di sostegno al reddito e da intese inerenti all'organizzazione del lavoro, e in special modo, per quanto riguarda il ricorso al lavoro da casa o da remoto, secondo gli schemi normativi e regolamentari del lavoro cd. «agile», o anche «*smart working*».

Si tratta di testi nei quali vengono per lo più precisati, e finalizzati alla piena attuazione, i protocolli interconfederali – a partire da quello del 14 marzo 2020 – e settoriali, implementati e successivamente integrati nei d.P.C.m. del 22 marzo e del 24 aprile. Dinanzi al proliferare e sovrapporsi, anche molto serrato e complesso, degli interventi sia di diritto pubblico che di ordine contrattuale, vari accordi hanno richiamato in premessa una puntuale elencazione di suddetti testi, evocati e assunti a fondamento del proprio articolato e delle proprie linee guida. Come si legge nella premessa di uno di questi accordi, le parti – nel recepire le suddette linee guida – «intendono conseguire il massimo grado possibile di sicurezza per tutte le persone, dipendenti ed esterni, che riprenderanno l'attività lavorativa nel corso dell'attuale fase di emergenza sanitaria» (Fca). E che le parti firmatarie: «pur convenendo sul primario obiettivo della tutela e salvaguardia della salute di tutti i lavoratori, ritengono opportuno evitare la completa interruzione delle attività industriali, anche con riferimento alle disposizioni del d.P.C.m. in materia» (Hitachi Rail). Ma anche che il mantenimento in vita delle attività durante l'emergenza: «non debba seguire logiche di efficienza o profitto ma risponde(re) al senso di responsabilità di una società [...] verso le persone, il paese e un indotto di piccole e medie imprese che potrebbero subire le conseguenze più drammatiche da un blocco produttivo esteso e prolungato» (Luxottica).

Sulla base della nostra disamina, abbiamo ritenuto di poter suddividere i temi e gli istituti trattati in quattro principali macroaree, relative rispettivamente a:

a) ruolo del sindacato e delle rappresentanze dei lavoratori (Rsu/Rls) – nell’ambito di comitati paritetici – per il monitoraggio congiunto e continuativo delle misure poste in essere e della loro effettiva efficacia;

b) sfera dei comportamenti e degli obblighi individuali – sia del personale che soprattutto del datore di lavoro – relativamente alla massima prevenzione possibile del contagio;

c) modifiche dell’organizzazione collettiva del lavoro, sul terreno della gestione degli orari, dei turni e dell’organizzazione del lavoro a distanza (lavoro agile o *smart working*);

d) misure variamente ascrivibili nell’alveo del sostegno al reddito e del *welfare* aziendale.

Interessante segnalare come alcuni accordi siano stati negoziati e sottoscritti mediante teleconferenza (Lamborghini; Enel).

a) I comitati paritetici e il monitoraggio congiunto

La prima macroarea interessa la definizione del ruolo degli attori nei sistemi di prevenzione, in particolare dei comitati paritetici, variamente composti (responsabile risorse umane, Rspg, Rls/Rsu, in qualche caso medico competente o persino virologi esperti di situazioni pandemiche) e articolati per livelli (nazionale, di gruppo, territoriale, di singola unità lavorativa), per l’aggiornamento dei Documenti di valutazione dei rischi (di seguito, Dvr) e delle procedure da seguire, relativamente ai rischi da Covid-19, con un rinnovato ed esteso ruolo dei Rls, ma anche delle Rsu (Thales). Gli accordi di livello aziendale o di gruppo, che su questo punto in particolare recepiscono un indirizzo fondamentale dei protocolli interconfederali, sono la maggior parte e mostrano un insieme di pratiche che puntano a rafforzare i sistemi di informazione, consultazione e monitoraggio congiunto per la piena applicazione di quanto previsto dagli accordi all’interno dei vari contesti aziendali o di gruppo. Fra i tanti: Leonardo, Ferrovie dello Stato, Eni, Italgas, Fca, Amazon, Nuovo Pignone, Marelli, Axa Assicurazioni, Carrefour, Natuzzi, Gammastamp, Levoni, Axa Assicurazioni, Thales, Garc.

Da sottolineare l’attenzione, particolarmente enfatizzata in alcuni testi, rivolta alla formazione *ad hoc* e in *e-learning* del personale e degli Rls, mediante la previsione di ore aggiuntive rispetto al monte ore annuo previsto dal Ccnl (Toyota, Italgas, Lamborghini, Electrolux, Azimut Benetti). Ma anche, nella fase più acuta dell’emergenza, a ridurre al minimo indispensabile tutte le altre normali attività di formazione (Italicementi), laddove in altre situazioni si è previsto di proseguire le attività formative, purché mediante *e-learning* a distanza (Ferrovie dello Stato).

b) Comportamenti e obblighi per la prevenzione del contagio

La seconda macroarea che possiamo individuare negli accordi interessa la definizione degli obblighi di prevenzione (in termini di Dpi, strumenti e procedure), che in maniera dettagliata introducono nuove misure per la tutela da rischio di contagio e anche – in taluni casi – la tutela del rischio da stress lavoro correlato determinato dalle mutate condizioni di lavoro. Pressoché tutti gli accordi sindacali a livello aziendale o di gruppo, o in qualche caso i regolamenti aziendali, contengono nel testo, o allegano a esso *check-list* o linee guida molto circostanziate, in cui, una volta definiti scopi e finalità, si stabilisce – a titolo qui esemplificativo – l’obbligo:

– del dipendente, di rimanere a casa in caso di sintomi influenzali, con febbre oltre i 37,5°; di comunicare, mediante appositi moduli di autocertificazione, l’attestazione di non avere avuto contatti con persone positive al virus nei 14 giorni precedenti o la provenienza da zone a rischio (Azimut Benetti); di informare tempestivamente il datore di lavoro di eventuali prescrizioni imposte dalle autorità sanitarie (autoisolamento, richiesta tampone ecc.) (Isa Legno); o ancora, raro, di sottoporsi su base volontaria a *screening*, con analisi sierologiche e molecolari (Electrolux); di utilizzare la mascherina chirurgica monouso o del tipo FFP2 o FFP3, coprendo naso e bocca, all’interno dei siti aziendali; di provvedere all’autosanificazione, con lavaggio frequente delle mani, e comunque dopo essersi soffiati il naso, prima e dopo aver mangiato o utilizzato i servizi igienici; di limitare al massimo l’uso promiscuo di oggetti personali, in particolare dei telefoni. Nell’Accordo Hitachi Rail si sottolinea come il rispetto e l’osservanza dei regolamenti aziendali, e del coinvolgimento dei lavoratori tutti, configuri un’assunzione di «responsabilità civile»;

– del datore di lavoro, di informazione, coinvolgimento e formazione di tutto il personale, con «pacchetti» di raccomandazioni prima della riapertura e nella fase immediatamente successiva (Fca; Piaggio; Electrolux); di estrema gradualità e sperimentality nella ripresa delle attività, per verificare l’efficacia delle prime misure messe in campo (Toyota); adozione di modalità appropriate di ingresso, transito e uscita, sia del personale che dei fornitori esterni; rilevazione obbligatoria e sempre anonima (in qualche caso, come alla Piaggio, volontaria) della temperatura dei lavoratori in entrata (anche con l’ausilio esterno della Croce Rossa, alla Whirlpool); sperimentazione di test rapidi miranti a definire lo stato sanitario della popolazione aziendale analizzata, anche mediante app per ricevere un supporto medico tempestivo (Ferrari; Electrolux); informazione del personale, mediante apposita segnaletica, cartellonistica, *dépliant* informativi, disegni e allegati visivi; di dotazione/consegna giornaliera di Dpi, come mascherine (l’Accordo

Gucci precisa 3 mascherine al giorno, da cambiare ogni 4 ore), guanti monouso, prodotti igienizzanti; distanziamento fisico/sociale minimo (di norma ricompreso fra uno e due metri), sia tra i singoli lavoratori che fra questi e i fornitori o i clienti; *front office* predisposto con barriere protettive in plexiglas (tutte le realtà del settore bancario e delle amministrazioni pubbliche a contatto con pubblico); divieto di sostare in aree diverse da quelle dedicate; pulizia, igienizzazione e sanificazione giornaliera degli ambienti di lavoro (postazioni di lavoro, sale riunioni, uffici, spogliatoi, servizi igienici, mense, condizionatori d'aria e termoventilatori, altri spazi comuni come tornelli, aree break, sale mediche); visite mediche periodiche; riunioni in massima sicurezza, anche attraverso forme di teleconferenza; abrogazione della pausa mensa, con uscita mezz'ora prima senza effetti sulla retribuzione; previsione di *audit* e reportistica giornaliera o di autovalutazione da parte dei lavoratori; cambio degli abiti da lavoro, per evitare di portare sui mezzi di trasporto pubblico eventuali agenti di contagio; raccomandazioni specifiche per personale a rischio (Electrolux), o che presenta sintomi assimilabili al Covid-19 (qui molto dettagliato il testo Azimut Benetti), per quello viaggiante (Fca), per le ditte in appalto (Alstom; Piaggio), subappalto (Ferretti), inclusi gli addetti alle pulizie; i visitatori; per gli autisti esterni che – se possibile – dovranno rimanere a bordo dei propri mezzi (Piaggio).

Lo svolgimento dell'attività sindacale non è trattato in tutti gli accordi. Dove lo è (ad esempio, all'Azimut Benetti), dovrà svolgersi nel rispetto delle norme di sicurezza (distanziamento, mascherina, teleconferenza). Le assemblee potranno essere tenute nei locali abitualmente dedicati, ma con la presenza di un numero massimo di lavoratori e, ovviamente, nel rispetto di tutte le misure di igienizzazione e pulizia fra un'assemblea e un'altra.

c) L'organizzazione del lavoro, gli orari, lo smart working

La terza macroarea riguarda la ridefinizione dell'organizzazione del lavoro e degli orari, per la tutela dei rischi da contagio, attraverso la riduzione temporanea della presenza nei luoghi di lavoro, operando sulle flessibilità di orari e favorendo lo svolgimento «a distanza», attraverso l'uso delle tecnologie digitali. Rientrano in questa categoria gli accordi che dispongono:

– la sospensione delle «fasce rigide» di presenza relative all'orario giornaliero di lavoro per tutta la durata dell'emergenza (Ferrovie dello Stato), con l'individuazione delle mansioni/attività «essenziali» che non possono essere remotizzate (Enel) e che dunque necessitano la presenza fisica nelle aziende;

– nuove modulazioni dell'orario di lavoro (Thales), tramite banca ore (Ducati; Lamborghini), alternanza, rotazione (Agenzia delle Entrate), scaglionamento fra gruppi o squadre di lavoro e turnazione non consecutiva

(Electrolux), sfalsata (Piaggio), su base settimanale (Terna; Barilla; Amazon) od ogni 14 giorni (Enel), al fine di ridurre in ogni caso la presenza nelle aree comuni;

– l'introduzione di forme estensive di «lavoro agile» (cd. *smart working*), al fine di limitare la presenza di personale all'interno dei locali aziendali e per attività che possono essere svolte presso il domicilio o da remoto (Istat; Fca; Ducati; Ferrero Management Services; Leonardo; Eni; Enel; Italgas; Luxottica; Gucci; Natuzzi; Garc, solo per citarne alcuni), a volte con la distribuzione di PC e precisazione del totale del personale in *smart working* (20% in Ferrovie dello Stato; 30% in Leonardo; fra il 30 e il 40%, dall'autunno, in Reale Mutua Assicurazioni; 3000 per le società controllate da Iren Spa), orari, pause, postazione, mezzi e sicurezza, formazione specifica, diritto alla disconnessione (Whirlpool). E ciò anche in deroga a quanto eventualmente previsto da precedenti regolamenti, senza limiti al numero di giorni mensili di lavoro agile (Politecnico di Torino). Da segnalare il caso dell'Enel, dove – valutata molto positivamente l'esperienza di *smart working* «emergenziale» introdotto con Accordo del 27 marzo – lo si è voluto confermare con nuovo Accordo del 9 giugno 2020, redigendo quello che al momento risulta uno dei testi più circostanziati sull'argomento (modalità; scelta del luogo di svolgimento e strumenti di lavoro; ticket pranzo; prestazione e conciliazione; misure organizzative; inclusione e aggiornamento; formazione; comitati bilaterali; diritti sindacali). Molto dettagliata anche la disciplina disposta dall'Accordo Istat del 9 giugno («Lavoro agile per calamità», codice 602).

#### d) Gli ammortizzatori sociali e il welfare aziendale

Da segnalare infine – *last but not least* – quegli accordi che hanno accompagnato le suddette misure con ulteriori interventi, nella sfera degli ammortizzatori sociali e del *welfare* contrattuale aziendale. A titolo puramente esemplificativo, ci limitiamo a segnalare:

– gli accordi che deliberano la sospensione delle attività lavorative e, con essa, l'utilizzo della Cassa integrazione ordinaria per «emergenza Covid-19», ex art. 19, Titolo II, Capo I, del d.l. 17 marzo 2020, n. 18 (cd. decreto «Cura Italia»). Ciò dopo l'utilizzo prioritario – senza perdita della retribuzione – di fondi ore (Barilla) o ferie «solidali» (Iren; Enel) e Par residue, permessi *ex lege* n. 104/1992 o per allattamento, congedi parentali, riposi compensativi maturati e non ancora fruiti (Luxottica, Ducati, Lamborghini, Thales), la possibilità di alternare il ricorso alla Cigo con l'attivazione collettiva, in determinate giornate e a seguito di confronto con la Rsu (Lamborghini);

– gli accordi che hanno disposto forme articolate di conciliazione lavoro-famiglia (Electrolux) e assistenza a domicilio per bambini e anziani, mediante apposite piattaforme di *welfare* aziendale (Ducati);

– gli accordi, pochi, che hanno previsto coperture assicurative specifiche, oltre a un alloggio adatto all'eventuale autoisolamento, con assistenza medica e infermieristica a domicilio e supporto di materiale sanitario (medicinali, ossimetro e, nel caso di emergenze, ossigeno). Un impianto particolarmente dettagliato, a riguardo, nel caso dell'Accordo Ducati e del regolamento aziendale Ferrari;

– gli accordi che infine hanno riconosciuto dei *bonus* salariali, come previsto dal d.l. n. 18 del 17 marzo 2020, come nel caso di Toyota (100 euro e incremento del consolidamento salariale previsto dalla contrattazione aziendale di ulteriori 200 euro annui, suddivisi su 13 mensilità), della Nestlé (massimo di 500 euro lordi su base mensile agli addetti ai reparti produttivi essenziali, le cui attività non possono tecnicamente essere svolte da remoto).

5. — *Conclusioni* — L'analisi dell'azione sindacale nella Fase 1 dell'epidemia da Covid-19 mostra, da un lato, la solidità dell'impianto normativo per la tutela della salute e sicurezza e degli accordi che regolamentano le relazioni industriali in Italia e, dall'altro, la capacità di reazione delle istituzioni e delle parti sociali in una logica a matrice multilivello (nazionale, territoriale e aziendale) che caratterizza le dinamiche negoziali.

In particolare, nella Fase 1 dell'emergenza da epidemia di Covid-19, le organizzazioni sindacali sono state determinanti nel definire e attualizzare le norme e i diritti per la tutela dei lavoratori, attraverso mobilitazioni, protocolli e accordi, anche in un contesto fortemente disciplinato in ambito legislativo, come nel caso della tutela della salute e sicurezza e, nello specifico, dei rischi da contagio. Le rappresentanze sindacali hanno assunto un ruolo fondamentale sia a livello nazionale e settoriale (di indirizzo per la definizione dei protocolli) sia a livello territoriale e, soprattutto, aziendale, per la traduzione in accordi e in pratiche concrete, favorendo non solo i processi di rappresentanza ma anche quelli di trasposizione delle normative, mostrando la rilevanza delle parti sociali per il funzionamento complessivo dei sistemi di prevenzione.

Questo è avvenuto in un contesto che metteva – e mette tutt'oggi su spinta di una crisi crescente – sotto tensione le esigenze occupazionali e di reddito coi bisogni di tutela della salute. Dal punto di vista culturale, le organizzazioni sindacali hanno rivendicato con forza la non subordinazione della tutela della Ssl rispetto alle esigenze, pure importanti, di tutela dell'occupazione e dei redditi. Questo si è tradotto nella ricerca di un'af-

fermazione del diritto fondamentale alla salute dei lavoratori prima di qualsiasi altra esigenza, segnando in maniera positiva una fase di emergenza che altrimenti avrebbe provocato conseguenze molto più drammatiche nel numero di contagiati e morti.

L'azione sindacale è stata molto diversificata per fronteggiare le tante sfide in atto: da un lato, ha esercitato forme conflittuali d'intervento, per denunciare le condizioni di esposizione al rischio dei lavoratori; dall'altro, ha perseguito dei percorsi di negoziazione e partecipazione, al fine di trovare soluzioni congiunte con le parti datoriali e con le istituzioni.

Le pratiche introdotte nei protocolli e negli accordi hanno rivendicato, per un verso, l'applicazione di tutte le misure di prevenzione e, per altro verso, il ruolo delle rappresentanze sindacali (in particolare dei Rls) per la definizione delle pratiche di prevenzione, per favorire la loro traduzione e applicazione nei contesti aziendali, per il monitoraggio e la gestione dei rischi.

In particolare, i contenuti degli accordi aziendali riguardano tre macroaree: il ruolo del sindacato e delle rappresentanze dei lavoratori (Rsu/Rls) – nell'ambito di comitati paritetici – per il monitoraggio congiunto e continuativo delle misure poste in essere e della loro effettiva efficacia; la sfera dei comportamenti e degli obblighi per la prevenzione – sia del personale che soprattutto del datore di lavoro – relativamente alla massima tutela possibile dal rischio di contagio; le modifiche dell'organizzazione collettiva del lavoro, sul terreno della gestione degli orari, dei turni e dell'organizzazione del lavoro a distanza (lavoro agile o *smart working*); le misure variamente ascrivibili nell'alveo del sostegno al reddito e del *welfare* aziendale.

Da quanto descritto, appare evidente che la gestione del rischio biologico da contagio non è stata vista in maniera parcellizzata e isolata, ma le organizzazioni sindacali hanno cercato, quanto più possibile, di mettere in relazione il rischio da Covid-19 con altri rischi psico-fisici, come lo stress lavoro correlato, e, in generale, con l'organizzazione complessiva del lavoro (ad esempio, per la gestione dei turni, del personale «essenziale», dello *smart working* ecc.), per integrare le problematiche determinate dal rischio Covid-19 con il monitoraggio, valutazione e gestione di tutti i rischi come previsto dalla normativa.

L'azione sindacale è stata profondamente rinnovata non solo nei contenuti della contrattazione ma anche nelle modalità di intervento, con l'adozione di modalità *online* praticamente per ogni azione e a ogni livello (nazionale, territoriale, aziendale): assemblee, gruppi di lavoro, riunioni, corsi di formazione, comunicazione e informazione, denuncia e mobilitazione, stipula dei protocolli e degli accordi.

Infine, l'analisi mostra che l'integrazione delle agende della contrattazione collettiva e di quella sociale territoriale ha conseguenti risvolti organizzativi. Prima del Covid-19, gli esperimenti più avanzati di contrattazione sociale si collocavano in un ambito territoriale sovracomunale, quindi potenzialmente aperto alla dimensione produttiva ed economica, che non conosce stretti confini amministrativi. Ciò si è realizzato anche con il coinvolgimento di funzionari delle categorie degli attivi e rappresentanti dei luoghi di lavoro, mediante un processo decisionale e progettuale aperto, assemblee di verifica e confronto con lavoratori e cittadini. Finora si è trattato di pochi casi pilota, mentre, proprio nella fase che ora si apre, l'interconnessione dei bisogni di lavoratori/trici e cittadini reclama una generalizzazione di esperienze del genere, anche per mettere a frutto le «competenze sociali» dei lavoratori stessi (impegnati nei servizi sanitari, in quelli sociali, ma anche nei trasporti, nel commercio, nella comunicazione ecc.) e delle loro rappresentanze, le quali oggi più che mai esprimono un tangibile valore sociale, da rendere domanda sociale e sindacale. D'altra parte, l'analisi mostra anche alcune criticità sia di tipo contrattuale che interaziendale, in particolare riferibili alle difficoltà di intervenire nei contesti aziendali più piccoli e dove è alta la frammentazione delle catene del valore, per cui i problemi strutturali per la tutela della salute e sicurezza si presentano anche nella fase emergenziale. Inoltre, l'analisi qui presentata non è in grado di approfondire gli impatti dei tanti accordi collettivi e interventi sindacali che sono stati analizzati, e queste valutazioni sono necessariamente oggetto di ricerche future che sono indispensabili per comprendere sia l'evoluzione dell'azione sindacale nella fase pandemica e postpandemica che le conseguenze delle pratiche adottate.

#### Riferimenti bibliografici

- Allamprese A., Pascucci F. (2017), *La tutela della salute e della sicurezza del lavoratore «agile»*, in RGL, n. 2, I, 307 ss.
- Bologna S., Faioli M. (2020), *Covid-19 e salute e sicurezza nei luoghi di lavoro: la prospettiva intersindacale*, in RDS, n. 2, 376 ss.
- Bonardi O. et al. (a cura di) (2020), *Covid-19 e diritti dei lavoratori*, Ediesse, Roma.
- Busilacchi G. (2020), *Le misure di contrasto alla povertà durante l'emergenza Covid-19*, in *Politiche Sociali, Social Policies*, n. 2, 325 ss.
- Cairolì S. (2020), *L'incentivo del lavoro agile nelle misure emergenziali di contrasto al Covid-19: prime osservazioni*, in GC, n. 1, 87 ss.
- De Sario B. et al. (2020), *Azione sindacale e contrattazione collettiva per la salute e sicurezza nei luoghi di lavoro al tempo del Covid-19*, Working Paper Fondazione Di Vittorio, n. 1, Fondazione Di Vittorio.

- Di Noia F. (2020), *Covid-19 e relazioni industriali: il Protocollo del 14 marzo 2020 e oltre*, in *GC*, n. 2, 25 ss.
- Filippi M. et al. (2020), *Emergenza Covid-19 e tutela dell'occupazione non standard*, Roma, Inapp, *Working Papers*, n. 47.
- Guariniello R. (2017), *Il Testo Unico sicurezza sul lavoro commentato con la giurisprudenza*, Wolters Kluwer, Milano.
- Guariniello R. (2020a), *La sicurezza sul lavoro al tempo del coronavirus*, Wolters Kluwer, Milano.
- Guariniello R. (2020b), *Coronavirus tra Tusi e Codice penale*, in *DPL*, n. 16, 1022 ss.
- Inail (2020), *I dati sulle denunce da Covid-19 (monitoraggio al 31 luglio 2020)*.
- Inapp (2020), *Covid-19: misure di contenimento dell'epidemia e impatto sull'occupazione*, in *Inapp, Policy Brief*, n. 17.
- Ingrao A. (2020), *C'è il Covid19, ma non adeguati dispositivi di prevenzione: sciopero o mi astengo?*, in *GC*, n. 1, 107 ss.
- Lai M. (2017), *Il diritto della sicurezza sul lavoro tra conferme e sviluppi*, Giappichelli, Torino.
- Maglia E. (2020), *Covid-19, decreti governativi ed effetti di genere*, in *Politiche Sociali, Social Policies*, n. 2, 315 ss.
- Marinaccio A. et al. (2020a), *Occupational factors in the Covid-19 pandemic in Italy: compensation claims applications support establishing an occupational surveillance system*, in *Occupational and Environmental Medicine*, pubblicato online dal 23 settembre.
- Marinaccio A. et al. (2020b), *Work a key determinant in Covid-19 risk*, in *The Lancet, Global Health*, disponibile online dal 25 settembre.
- Masiero N. (2020), *Accordo globale per limitare gli effetti del Covid-19 nelle catene di produzione del settore della moda*, in *DLRI*, n. 166, 447 ss.
- Natullo G. (a cura di) (2015), *Salute e sicurezza sul lavoro*, Utet, Torino.
- Pascucci P. (2020), *Sistema di prevenzione aziendale, emergenza coronavirus ed effettività*, in *GC*, n. 1, 73 ss.
- Pascucci P., Delogu A. (2020), *Sicurezza sul lavoro nella p.a. nell'emergenza da Covid-19, Sinapsi*, vol. X, n. 1, 131 ss.
- Peruzzi M. (2017), *Sicurezza e agilità: quale tutela per lo smart worker?*, in *DSL*, vol. 1, 1 ss.
- Pianigiani G. et al. (2020), *Il Covid-19 come acceleratore della trasformazione digitale nel mondo del lavoro. Sistemi di event-detection per la sicurezza nei luoghi di lavoro*, *Working Papers della Fondazione Giacomo Brodolini*, n. 18.
- Pileggi A. (2020), *Una riflessione sul diritto del lavoro alla prova dell'emergenza epidemiologica*, in A. Pileggi (a cura di), *Il Diritto del lavoro dell'emergenza epidemiologica*, in *LPO*, supplemento al n. 3-4, 1 ss.
- Rainone R. (2020), *La tutela della salute e della sicurezza nella contrattazione collettiva dell'emergenza*, in *DSL*, n. 2, 71 ss.
- Sim M.R. (2020), *The Covid-19 pandemic: major risks to healthcare and other workers on the front line*, *Occupational and Environmental Medicine*, n. 77, 281 ss.
- Smuraglia C. (2007), *Quadro attuativo ed esperienze normative in tema di sicurezza e igiene del lavoro: nuove prospettive di coordinamento ed interventi urgenti*, in *RGL*, supplemento al n. 2, aprile-giugno, 5 ss.
- Tartaglia L. (2020), *Dispatch from Italy: Class Struggle in the Time of Coronavirus*, in <https://www.labornotes.org/2020/03/dispatch-italy-class-struggle-time-coronavirus>, 20 marzo.
- Tripi S., Mattei G. (2020), *Covid-19 e pubblica amministrazione: implicazioni dello smart working per il management e per la salute mentale dei lavoratori*, in *Demb Working Paper Series*, n. 171.

## ABSTRACT

*L'articolo approfondisce il ruolo delle organizzazioni sindacali in Italia nell'affrontare l'epidemia da contagio di Covid-19, in particolare nella cosiddetta Fase 1, tra l'inizio di febbraio e la fine di maggio 2020, considerando la molteplicità di interventi messi in atto per la tutela della salute e sicurezza dei lavoratori: a) proteste, campagne, scioperi e nuove sfide per l'organizzazione sindacale nell'uso delle tecnologie digitali; b) protocolli e accordi sui temi della sicurezza sul lavoro che hanno orientato la produzione normativa e introdotto numerose attualizzazioni dei decreti legislativi a livello settoriale, intersettoriale e territoriale; c) contenuti degli accordi aziendali e di gruppo. L'analisi mostra il ruolo determinante delle organizzazioni sindacali nella gestione dell'epidemia di Covid-19, sia attraverso azioni di conflitto sia nell'elaborazione e attuazione dei protocolli, attraverso una logica multilivello (nazionale, territoriale e aziendale).*

TRADE UNION ACTION AND COLLECTIVE BARGAINING  
FOR THE PROTECTION OF HEALTH AND SAFETY AT WORK  
IN PHASE 1 OF THE COVID-19 PANDEMIC EMERGENCY

*This paper explores the role of Trade Unions in Italy in addressing the Covid-19 contagion epidemic, specifically during the so-called «Phase 1», between the end of February and the beginning of May 2020, considering the multiplicity of interventions implemented for the protection of the occupational health and safety (OHS): a) protests, campaigns and mobilizations, strikes, and new challenges for Trade Union organizing in the use of ICT; b) protocols and agreements on the issues of the OHS that have guided the regulatory production and introduced numerous updates of the legislative decrees at sectoral, intersectoral and territorial level; c) contents of the company and group agreements. The analysis shows the crucial role of Trade Unions in the management of the Covid-19 epidemic, both through conflict actions and the development and implementation of protocols, through a multilevel logic (national, territorial and corporate level).*

*Vincenzo Bavaro, Silvia Borelli, Giovanni Orlandini (\*)*

## LA PROPOSTA DI DIRETTIVA UE SUL SALARIO MINIMO ADEGUATO

SOMMARIO: 1. La proposta di direttiva e il contesto economico-politico dell'Ue. — 2. Il modello di direttiva e il problema della base giuridica. — 3. La finalità e il campo di applicazione della direttiva. — 4. L'adeguatezza del salario. — 4.1. Adeguatezza e copertura del salario minimo per legge. — 4.2. Adeguatezza e copertura del salario minimo contrattuale. — 5. L'obbligo di trasparenza. — 6. Le clausole di equo trattamento negli appalti pubblici.

1. — *La proposta di direttiva e il contesto economico-politico dell'Ue* — La proposta di direttiva della Commissione Ue è un testo dalla significativa valenza politica, prima e più ancora che giuridica. La Commissione con questa proposta intende dare un forte segnale di «correzione» delle politiche perseguite e sostenute dall'Ue quantomeno negli ultimi tre decenni, specialmente durante la stagione dell'*Austerity* (1). D'altra parte, questa proposta si iscrive in un generale mutamento di clima «politico», iniziato già con Junker con l'adozione del Pilastro europeo dei diritti sociali, sul quale si è innestato l'attivismo della Commissione nello scorcio finale dell'ultima legislatura (2). La proposta sul salario minimo si raccorda esplicitamente col Pilastro europeo dei diritti sociali (in particolare, al principio 6 relativo all'equa retribuzione), richiamato sia nella relazione introduttiva che nel Considerando n. 4.

Rispetto alle precedenti iniziative legislative della Commissione, questa

---

(\*) Rispettivamente, professore associato di Diritto del lavoro presso l'Università di Bari «Aldo Moro», professoressa associata di Diritto del lavoro presso l'Università di Ferrara, professore associato di Diritto del lavoro presso l'Università di Siena.

(1) Tra le tante pubblicazioni in materia, vd. il fascicolo del *European Journal of Social Law*, 2014, n. 1.

(2) Si pensi all'istituzione dell'Autorità europea del lavoro (Regolamento n. 1149/2019) oppure all'adozione delle Direttive sul distacco transnazionale (n. 2018/957), sulle condizioni di lavoro trasparenti e prevedibili (n. 2019/1152) e sull'equilibrio tra attività professionale e vita familiare per i genitori e i prestatori di assistenza (n. 2019/1158).

proposta di direttiva rappresenta un ulteriore salto di qualità perché tocca il cuore delle politiche di austerità che, sino a oggi, sono state fondate sull'*internal devaluation*, ovvero sulla compressione delle dinamiche salariali e sul ridimensionamento della funzione attribuita ai sistemi nazionali di contrattazione collettiva (3). Il cambio di prospettiva rispetto alla stagione di austerità si coglie poi nella maniera più esplicita nel Considerando 13, dove la Commissione riconosce che per «assicurare una tutela garantita dal salario minimo adeguato» è necessario avere una «solida contrattazione a livello settoriale o intersettoriale». L'affermazione è tanto più rilevante se teniamo conto che, nella stessa considerazione, la proposta di direttiva riconosce che «negli ultimi decenni le strutture tradizionali della contrattazione si sono indebolite» (4).

Nella relazione introduttiva, la Commissione ribadisce che i due problemi a cui la proposta di direttiva intende dare risposta sono la «diminuzione strutturale della contrattazione collettiva» e la «crescente polarizzazione dei mercati del lavoro»: Com(2020)682, 8.

Queste affermazioni meritano attenzione visto che l'indebolimento della contrattazione nazionale di categoria è imputabile anche alla stessa Commissione Ue (oltre che alla Bce e al Fmi), la quale negli ultimi 10/15 anni, nelle Raccomandazioni specifiche agli Stati membri adottate nell'ambito del Semestre europeo, ha ripetutamente invitato gli Stati membri a sostenere politiche di «decentramento contrattuale», in particolare in materia salariale, e ad accrescere il collegamento della dinamica salariale alla produttività (5).

A partire dalla metà degli anni novanta, la Germania – per affrontare il problema del divario di produttività fra la sua parte Ovest ed Est – ha sperimentato politiche di decentramento dei sistemi di contrattazione collettiva nazionale in materia salariale. A partire dalla prima metà degli anni duemila l'ha seguita la Francia e – con la crisi del 2007-2008 – le politiche di austerità richieste ai paesi in crisi per debito pubblico si sono tutte fondate anche su misure di decentramento dei sistemi contrattuali in materia salariale. Vorremmo ricordare che nella lettera indirizzata al Governo italiano dai due presidenti della Bce, Trichet (uscente) e Draghi (entrante), nell'estate del 2011, fra le prime misure urgenti da adottare che essi sugge-

---

(3) Vd., ad es., International Monetary Fund, Research Department, *Labor Market Policies and IMF Advice in Advanced Economies During the Great Recession* (preparato da), O. Blanchard *et al.*, 29 marzo 2013).

(4) Jacobs 2014.

(5) Cfr.: Keune 2011; Schulten 2012; Muller, Schulten 2013.

rivano all'Italia c'era proprio il maggiore decentramento del sistema nazionale di contrattazione sul salario (6).

Insomma, il decentramento contrattuale – ritenuto essenziale per la competitività dell'Unione europea – si è fatto in quasi tutti i paesi europei, incluso l'Italia.

Oggi, in Europa ci si è accorti che esiste una grossa questione da affrontare: la questione salariale. Non a caso, proprio la Germania, il paese che aveva un elevato tasso di copertura della contrattazione collettiva nazionale, a partire da quelle riforme di metà anni novanta sul decentramento contrattuale, ha dovuto fare i conti con una oggettiva riduzione dei salari reali medi nazionali, fino al punto di ritenere necessario intervenire con una legge sul salario minimo (7). Ebbene, proprio il caso della Germania – analogamente ad altri paesi – dimostra l'esistenza di una correlazione fra politiche di decentramento della contrattazione nazionale e questione salariale (8).

La Commissione Ue, con questa proposta, sembra aver assunto una nuova consapevolezza, quantomeno sulla questione salariale, facendone oggetto di importanti affermazioni. Essa richiama espressamente, oltre alla Carta sociale europea (su cui vd. *infra*), anche la Convenzione Oit n. 131 del 1970 (sul salario minimo) per affermare che «i salari minimi [se “adeguati”] contribuiscono a sostenere la domanda interna, rafforzano gli incentivi al lavoro e riducono la povertà lavorativa» (Considerando 7). Da questo punto di vista, la parte più interessante della proposta (e anche favorevolmente sorprendente) sta proprio nei considerando e nella relazione introduttiva. In questa sono enunciate le diverse finalità che s'intende perseguire con questa iniziativa legislativa. E si tratta senz'altro di finalità ambiziose, dal cui effettivo perseguimento dipende buona parte del futuro dell'integrazione europea: dal contrasto al *dumping* salariale, all'interno degli

---

(6) Cfr.: Bavaro 2014; Leonardi 2014. L'Italia, com'è noto, accolse quell'invito con l'istituzione dei contratti di prossimità ai sensi dell'art. 8 del d.l. n. 138/2011 attraverso cui derogare la legge e (per quel che qui interessa) la contrattazione nazionale di categoria. Pur essendo dell'avviso che questa norma escluda la retribuzione dalle materie derogabili, sappiamo anche che la materia retributiva globale di fatto potrebbe subire deroghe aziendali o territoriali (come in effetti sovente è accaduto), pur rispettando i minimi costituzionali *ex* art. 36 Cost. così come configurati dalla giurisprudenza italiana, la quale richiama soltanto i cd. minimi tabellari e non tutti gli elementi che compongono la retribuzione. Sul punto, cfr.: Ales 2012; Bavaro 2012; Leccese 2012; da ultimo, cfr. Martone 2019.

(7) Corti 2014.

(8) Da ultimo, Lassandari 2019.

Stati e – soprattutto – tra gli Stati; dalla riduzione delle disuguaglianze e delle disparità retributive (specie di genere); dal contrasto al lavoro povero; dalla necessità di garantire più trasparenza nel mercato; dalla lotta ai comportamenti elusivi e fraudolenti delle imprese.

Naturalmente si tratta di capire se a queste affermazioni seguirà una radicale svolta anche nella *governance* economica dell'Ue. Alcuni segnali in tal senso, seppur deboli, si colgono; per esempio, negli ultimi cicli del Semestre europeo ove gli inviti a destrutturare i sistemi centralizzati di contrattazione sono venuti meno (9). Non è detto, tuttavia, che le raccomandazioni all'*internal devaluation* non ricompiano in futuro, condizionando anche i Piani per la ripresa e la resilienza (10). Va ricordato, inoltre, che rimane pressoché inalterata l'architettura della *governance* economica europea, la quale, secondo alcuni, sarebbe del tutto incompatibile con la realizzazione degli obiettivi sociali indicati in Costituzione (11).

Senza potersi qui soffermare sulle tante riflessioni critiche che hanno riguardato il processo di integrazione europea e l'Unione monetaria, basti ricordare che la necessità dell'*internal devaluation* è una conseguenza dell'impossibilità di praticare la politica monetaria a livello nazionale, a fronte delle forti asimmetrie tra le economie degli Stati membri. Posti di fronte alla *regime competition* promossa dal modo in cui la Corte di Giustizia ha interpretato i Trattati, gli Stati sono stati forzati ad attrarre imprese e capitali intervenendo sulle «rigidità» del mercato del lavoro, quali il salario e il sistema di contrattazione collettiva (12). In questa prospettiva, il costo unitario del lavoro (*unit labour cost*) era e rimane uno degli indicatori del *macroeconomic imbalance procedure scoreboard* diretto a identificare, prevenire e affrontare l'emergere di squilibri macroeconomici che potrebbero influire negativamente sulla stabilità economica di un particolare Stato membro, della zona euro o dell'Unione europea nel suo complesso: *Commission Staff Working Document, Guidance to Member States Recovery and Resilience Plans*, Swd(2021)12.

Del pari, il blocco della contrattazione collettiva nel settore pubblico è connesso all'esigenza di contenimento della spesa pubblica, cioè al problema del debito pubblico generato dal modo in cui è stata creata la Banca centrale euro-

---

(9) Dal 2018 nelle Raccomandazioni sul programma nazionale di riforma e sul programma di stabilità dell'Italia gli inviti al decentramento contrattuale figurano solo nei considerando.

(10) Le misure del Piano per la ripresa e la resilienza devono perseguire gli obiettivi indicati dalla Commissione nel Semestre europeo: *Commission Staff Working Document, Guidance to Member States Recovery and Resilience Plans*, Swd (2021)12.

(11) Chessa 2020; Dani 2018.

(12) Cruces *et al.* 2015.

pea e dalla conseguente impossibilità di monetizzare il debito. Di conseguenza, se e quando tornerà in vigore il patto di stabilità e crescita (ora temporaneamente sospeso, in virtù della clausola di salvaguardia generale) (13), i difetti strutturali della costituzione socio-economica dell'Unione europea saranno così evidenti che sarà difficile negarne la contraddittorietà con il sostegno all'adeguatezza dei salari mediante la promozione della contrattazione collettiva settoriale e intersettoriale perseguito dalla direttiva in commento. Qualcuno, in quel momento, dovrà scegliere quale ideologia fare prevalere (14) e, allo stato attuale, non è chiara quale direzione politica verrà intrapresa (15).

2. — *Il modello di direttiva e il problema della base giuridica* — Come detto, c'è il rischio che la proposta resti solamente un manifesto politico, tenuto conto degli ostacoli di diversa natura che si frappongono alla sua definitiva adozione. Gli ostacoli sono non solo di carattere politico e «sindacale» (16), ma anche strettamente tecnico-giuridico, con particolare riferimento alla base giuridica su cui si fonda la proposta di direttiva. L'ostacolo che appare insormontabile a una prima lettura è dato dall'art. 153, par. 5, del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (TfUE), ossia dalla «clausola di riserva» per gli Stati membri in base alla quale l'Ue non ha competenza legislativa in materia di «retribuzione, diritto di associazione e diritto di sciopero». In tal senso – secondo l'interpretazione prevalente –, è esclusa dalla sfera di intervento dell'Ue non solo la «retribuzione», ma anche la contrattazione collettiva, dal momento che questa costituisce espressione del «diritto di associazione» (17).

(13) *Communication from the Commission to the Council* del 20.3.2020: Com(2020)123.

(14) Sulle ideologie che hanno ispirato la costruzione dell'Unione monetaria e la *governance* economica, vd., da ultimo, Stirati 2020.

(15) L'esigenza di ripristinare le politiche di rigore finanziario riecheggia nelle Raccomandazioni sul programma nazionale di riforma e sul programma di stabilità 2020 dell'Italia, in cui si segnala che, «quando le condizioni economiche lo consentano», il nostro paese dovrà «perseguire politiche di bilancio volte a conseguire posizioni di bilancio a medio termine prudenti e ad assicurare la sostenibilità del debito» (n. 1). In senso analogo, vd. la *Strategia annuale per la crescita sostenibile 2021*: Com(2020)575. D'altro canto, la clausola di salvaguardia generale è strettamente temporanea. Sul punto, vd. Guazzarotti 2020, 38.

(16) In particolare, tutte le organizzazioni datoriali si sono opposte a un intervento vincolante in materia di salari minimi, chiedendo alla Commissione di optare per una raccomandazione. Quanto ai sindacati, le organizzazioni sindacali di Svezia, Norvegia, Danimarca e Islanda hanno assunto una posizione apertamente contraria in seno alla Ces con una lettera del 25 febbraio 2020.

(17) Così la Corte Edu nella nota sentenza *Demir e Baykara c. Turchia*, 8.11.2008 (app. n. 34503/97).

In effetti, questa norma fu concepita e voluta dalle parti sociali europee nell'Accordo sulle politiche sociali del 1991 (precedente il Trattato di Maastricht) proprio al fine di «preservare» i sistemi nazionali di relazioni sindacali da intrusioni del legislatore europeo.

Tuttavia, l'art. 153, par. 5, TfUe non esclude, in assoluto, la possibilità che il diritto dell'Ue possa incidere anche sugli ambiti riservati agli ordinamenti nazionali. D'altronde, intrusioni sulle materie elencate dalla «clausola di riserva» ci sono già state, sia da parte del legislatore sia da parte della Corte di Giustizia. La nota sentenza *Laval* del dicembre 2007 ne è un clamoroso esempio: i giudici europei sono intervenuti di fatto modificando l'interpretazione delle regole nazionali svedesi su diritto di sciopero, contrattazione collettiva e retribuzione. Ciò è stato possibile in virtù di un principio cardine del diritto dell'Ue, per il quale la riserva di competenza su determinate materie garantita agli Stati membri dal Trattato non può esimere gli stessi Stati dal rispettare gli obblighi derivanti da altre norme del diritto dell'Ue (18).

In virtù di questo principio (fondamento del modello funzionalista di integrazione europea) è stato possibile estendere l'applicazione del principio di non discriminazione anche in ambito salariale, nonostante, appunto, il «veto» posto dall'art. 153, par. 5, TfUe. D'altra parte, il principio della parità di trattamento retributivo tra uomo e donna è sancito dalle fonti primarie comunitarie sin dal Trattato di Roma (*ex art.* 119 TCee, ora art. 157, TfUe): il che è di per sé la prova del carattere non assoluto della riserva di competenza statale in materia.

I termini della possibile ingerenza dell'Ue in ambito salariale sono stati precisati dalla Corte di Giustizia in particolare nella sua giurisprudenza relativa alla Direttiva n. 1999/70 sul contratto a termine. Di nuovo, la questione si è posta in relazione al principio di non discriminazione che la direttiva afferma, ma non estende esplicitamente al trattamento salariale. In questa giurisprudenza la Corte ha riconosciuto che nella nozione di «condizioni di lavoro» di cui all'art. 137, par. 1, lett. *b*, TCe (attuale 153, par. 1, lett. *b*, TfUe) possano farsi rientrare anche i trattamenti salariali (19); d'altra parte, la Corte ha chiarito che la clausola di riserva di cui all'attuale art. 153, par. 5, TfUe non impedisce di applicare alla materia retributiva il principio di non discriminazione sancito alla direttiva. Nell'affermare ciò, i giudici di

---

(18) C. Giust. 18.12.2007, C-341/05, *Laval un Partneri Ltd c. Svenska Byggnadsarbetareförbundet et al.*, punto 87.

(19) C. Giust. 15.4.2008, C-268/06, *Impact c. Minister for Agriculture and Food et al.*, punto 108.

Lussemburgo enunciano principi che, come premesso, valgono a delimitare l'ambito di intervento possibile del legislatore europeo: non sono ammissibili «misure che, come un'uniformizzazione di tutti o parte degli elementi costitutivi dei salari e/o del loro livello negli Stati membri o ancora l'istituzione di un salario minimo comunitario, implicherebbero un'ingerenza diretta del diritto comunitario nella determinazione delle retribuzioni in seno alla comunità»; inoltre, l'eccezione di competenza «non può essere estesa a ogni questione avente un nesso qualsiasi con la retribuzione, a pena di svuotare taluni settori contemplati dall'art. 137, n. 1, TCe [ora art. 153, par. 1] di gran parte dei loro contenuti» (20). È, dunque, esclusa l'ingerenza «diretta» sui meccanismi nazionali di determinazione dei salari; ma nulla vieta che ci siano interventi dell'Unione che incidano «indirettamente» sulla materia.

Ben consapevole di questo *background* di principi, la Commissione da una parte ha individuato la base giuridica della proposta proprio nella lett. *b* dell'art. 153, par. 1, facendo così rientrare la «retribuzione» nella materia più generale delle «condizioni di lavoro» (il che, come detto, è in linea di principio giustificato dalla pregressa giurisprudenza della Corte); dall'altra ha confezionato una direttiva che «non contiene misure che hanno un'incidenza diretta sul livello delle retribuzioni» (21), come di nuovo richiedono i giudici di Lussemburgo. Buona parte dell'art. 1 della proposta serve non a caso a ribadire cosa «non si intende fare» attraverso questa direttiva: non si intende incidere sull'autonomia delle parti sociali (par. 1); non si intende imporre un salario minimo legale nei paesi che non ce l'hanno, né indurre chi lo prevede a eliminarlo (par. 2); e neppure si intende influire sulla natura e l'efficacia giuridica dei contratti collettivi (par. 3).

Tuttavia, proprio una simile insistenza della Commissione sul carattere meramente «indiretto» dell'intervento del (futuro) legislatore europeo rivela come l'organo di governo dell'Unione sia ben consapevole che il problema della base giuridica non è affatto di agevole soluzione. Non si può ignorare infatti che i principi giurisprudenziali sopra richiamati riguardino disposizioni di tutt'altro tenore rispetto a quelle contenute nella proposta in esame, giacché con questa non si tratta di incidere sulla materia retributiva in virtù di norme adottate in forza di una diversa (e certa) base legale prevista dai Trattati, ma di intervenire proprio sulla materia oggetto della riserva di cui all'art. 153, par. 5.

Pur raccordandosi alla pregressa giurisprudenza della Corte di Giustizia,

(20) *Ivi*, punti 124-125, e 13.9.2007, C-307/05, *Del Cerro Alonso*, punto 41.

(21) Commissione europea, *Relazione introduttiva*, Com(2020)682, final, 6.

la Commissione si inoltra su terreni fino a oggi inesplorati, avallando una inedita lettura della portata dell'art. 153, par. 5, nient'affatto scontata: si tratta infatti di riconoscere non soltanto che questa disposizione permette all'Ue di incidere sulla materia salariale in virtù di interventi legislativi relativi ad «altre» materie di sua competenza (il che è pacifico), ma anche di adottare direttive relative alla stessa materia salariale, purché ciò avvenga con disposizioni che su di essa incidano solo «indirettamente», cioè nel rispetto delle caratteristiche dei sistemi nazionali di determinazione dei salari (il che, evidentemente, è questione di tutt'altro tenore).

In un simile quadro di incertezza, è opportuno chiedersi se, a rafforzare la base giuridica della proposta, potrebbe concorrere un altro argomento, riguardante la regolazione del mercato interno e il contrasto alle pratiche di *dumping*.

Come noto, appartiene alla competenza del diritto Ue la regolazione del mercato interno, fra cui la regolazione delle «condizioni di lavoro» che possano quantomeno mitigare gli effetti più gravi dei differenziali regolativi fra gli Stati membri (il *dumping* salariale, per esempio). Il contrasto al *dumping* non si configura dunque come un mero obiettivo politico, ma diventa anche vincolo giuridico per le istituzioni europee chiamate a regolare il mercato interno.

Conferma di ciò giunge dalle recenti coeve sentenze con le quali la Corte di Giustizia ha respinto i ricorsi di Polonia e Ungheria avverso la Direttiva n. 2018/957 di riforma della Direttiva n. 1996/71 sul distacco transnazionale (22). L'importanza di questi arresti si coglie nel modo con cui la Corte declina i principi del mercato interno, alla luce della cd. clausola sociale orizzontale prevista dall'art. 9 TfUe: le misure adottate dal legislatore europeo sulla base degli artt. 53 e 62 TfUe (relativi al mercato dei servizi), affermano i giudici europei, «devono non soltanto avere l'obiettivo di facilitare l'esercizio della libertà di prestazione dei servizi, ma anche di garantire, eventualmente, la tutela di altri interessi fondamentali che tale libertà può pregiudicare» (23), tra i quali, appunto, rientrano le condizioni salariali dei lavoratori. Da ciò la conclusione della piena legittimità di una direttiva (come la n. 2018/957) «idonea a rafforzare la libera prestazione dei servizi su base equa» (24).

---

(22) C. Giust. 8.12.2020, C-620/18, *Ungheria c. Parlamento europeo e Consiglio dell'Unione europea*, e C-626/18, *Repubblica di Polonia c. Parlamento europeo e Consiglio dell'Unione europea*.

(23) *Ivi*, punto 48.

(24) *Ivi*, punto 57.

Ne esce indubbiamente rafforzata l'opinione espressa da chi, prima dell'adozione della proposta di direttiva, ha suggerito di individuare la base giuridica della direttiva sul salario minimo proprio nelle norme del Trattato relative alla libera prestazione dei servizi (25).

Anche in questo caso però, la prudenza è d'obbligo e induce a ritenere difficilmente praticabile questa strada: è evidente, infatti, la sostanziale diversità delle norme che regolano la mobilità transnazionale del lavoro (come sono quelle relative al distacco transnazionale) rispetto a quelle di una direttiva che intende promuovere dinamiche salariali «virtuose» negli Stati membri. Il rapporto tra materia salariale e regole di mercato si configura in termini inversi nei due casi: la Direttiva sul distacco, nel regolare la prestazione dei servizi, incide «indirettamente» sulla materia salariale; mentre invece la proposta di direttiva sui salari, nell'intervenire su questi, inciderebbe «indirettamente» sulle dinamiche di mercato.

D'altra parte, la stessa Corte di Giustizia, nel respingere la questione sollevata in merito all'art. 153, par. 5, rileva come la Direttiva «distacchi» non possa assimilarsi alle Direttive di armonizzazione in materia di lavoro, perché «si limita a coordinare le normative degli Stati membri in caso di distacco di lavoratori [...] comprese quelle relative alle retribuzioni da versare» (26); da cui l'irrilevanza della riserva di competenza statale, che riguarda invece direttive adottate ai sensi dell'art. 153 TfUe. In altre parole, per la Corte le norme sulla libera prestazione dei servizi giustificerebbero solo interventi di mero coordinamento dei regimi salariali, e in genere delle condizioni di lavoro (di nuovo, sulla base del principio della parità di trattamento), mentre interventi tesi a dettare regole comuni tra Stati membri (siano anche solo di carattere «procedurale», come nel caso in esame) troverebbero nell'art. 153 la propria esclusiva base giuridica. Non sorprende allora che la Commissione, nonostante i ripetuti riferimenti alle finalità *anti-dumping* della proposta contenuti nella sua relazione introduttiva, non abbia indicato nelle norme di funzionamento del mercato interno la base giuridica sulla quale fondare la direttiva.

I problemi relativi alla base giuridica sin qui evidenziati non portano però a una prognosi infausta in merito al futuro della proposta. Se è vero infatti che essa non trova un granitico fondamento nel Trattato, è però ipotizzabile (oltre che auspicabile) che la direttiva (se approvata) possa superare il vaglio dei giudici europei, qualora mai la Corte di Giustizia venisse investita della questione. Come detto, la Corte si troverebbe a confrontarsi

---

(25) Lo Faro 2020, 548.

(26) C. Giust. C-626/18, cit., punto 79.

con uno scenario affatto inedito; ma proprio per questo è difficile pensare che non sfrutti i margini (che pur esistono) per declinare i propri principi in modo da far salva una direttiva dall'evidente importanza «politica». Ed è ben noto che i giudici europei (come tutte le giurisdizioni superiori) siano tutt'altro che insensibili rispetto al contesto politico sul quale le loro decisioni vanno a incidere; e tanto più ciò è vero quando le questioni che sono chiamati a dirimere consentono, com'è in questo caso, significativi margini di discrezionalità.

3. — *La finalità e il campo di applicazione della direttiva* — La finalità della direttiva è la «promozione» di salari minimi che siano adeguati e che siano applicati alla totalità dei lavoratori impiegati in ciascuno Stato membro (art. 1).

Richiamando quanto detto in precedenza a proposito del rapporto fra struttura della contrattazione collettiva e salari, può apparire una sorta di paradosso normativo quello di voler affrontare il problema dell'«adeguatezza» e della «copertura» dei salari minimi in Europa senza intervenire né sulla composizione dei salari né sui sistemi di contrattazione. Questa proposta deve tuttavia essere letta come sollecitazione a ciascuno Stato membro a promuovere iniziative finalizzate a migliorare l'adeguatezza dei salari minimi e la sua copertura riguardo alla forza lavoro nazionale, mediante la promozione della contrattazione collettiva e il coinvolgimento delle parti sociali.

Quanto al problema della «copertura», la Commissione è chiara nell'individuare il problema consistente nella constatazione che c'è una parte della forza lavoro impiegata negli Stati membri che, per questioni «di fatto» o per questioni «di diritto», non gode della tutela di un salario minimo.

La distinzione fra questioni di fatto e di diritto non è di poco conto. Nel primo caso, si tratta di disapplicazione di una norma che è vigente; nel secondo caso si tratta di applicazione della norma sul salario minimo solo a una parte di lavoratori. Nel primo caso, allora, il problema è come garantire l'applicazione di norme esistenti (27); nel secondo caso il problema è come estendere a tutti i lavoratori le norme valide solo per una parte.

---

(27) A tal fine, la proposta di direttiva prevede una disposizione relativa all'«Accesso effettivo dei lavoratori» ai salari minimi, che impone agli Stati membri di rafforzare i controlli e le ispezioni, di perseguire le imprese non conformi e di garantire che le informazioni sui salari minimi siano messe a disposizione del pubblico in maniera chiara, completa e accessibile. Attualmente, però, tale disposizione è contenuta nella parte relativa ai salari minimi legali, vincolando dunque solo gli Stati che li prevedono (art. 8).

A tal proposito, si tenga conto che nell'ambito di applicazione della direttiva è incluso qualsiasi titolare di un contratto di lavoro (*employment contract*) o di una relazione di lavoro (*employment relationship*) come definita dal diritto nazionale, tenendo conto però della giurisprudenza della Corte di Giustizia sulla nozione di «lavoratore» (art. 2 della proposta di direttiva). Una nozione, questa, per la verità dai confini non ancora esattamente delineati, considerando che le indicazioni dei giudici europei in merito non sono univoche (28).

Va tuttavia evidenziato che la proposta di direttiva in commento riprende la formula utilizzata nella Direttiva n. 2019/1152 (relativa al diritto a condizioni di lavoro trasparenti e prevedibili), la quale specifica che lavoratori domestici, intermittenti, occasionali, pseudoautonomi, tirocinanti e apprendisti rientrano nel suo campo di applicazione qualora rispettino i criteri stabiliti dalla Corte di Giustizia riguardo alla definizione di «lavoratore» (29). Di conseguenza, per stare all'Italia, nella nozione di «lavoratore» rientrano senz'altro anche i lavoratori etero-organizzati *ex* art. 2, d.lgs. n. 81/15, compresi quelli che lavorano tramite piattaforme digitali, come conferma la stessa proposta nel Considerando 17.

Da quest'elenco si ricava anche che la scelta di escludere il lavoro domestico dall'ambito di applicazione dei minimi salariali (siano essi legali o contrattuali) non sarebbe compatibile con la direttiva. Va peraltro ricordato che la Convenzione Oil sul lavoro domestico (n. 189 del 2011, ratificata e dunque vincolante per l'Italia) impone di applicare a chi presta tale attività il «sistema di salario minimo, ove tale sistema esista» (art. 11).

4. — *L'adeguatezza del salario* — Il fine principale della proposta di direttiva riguarda – come detto – l'assicurazione di una retribuzione adeguata a tutti i lavoratori dell'Unione europea.

Riguardo all'«adeguatezza» del salario, è bene precisare che si tratta di

(28) Si vd., ad esempio, l'ordinanza *Yodel*, 22.4.2020, C-692/19.

(29) Fra gli elementi considerati nella giurisprudenza della Corte di Giustizia, assumono un particolare rilievo la soggezione al potere direttivo (sentenza 11.4.2019, *Bosworth and Hurley*, C-603/17, par. 29 ss.) e l'inserzione della prestazione lavorativa nell'organizzazione del datore di lavoro (sentenza 15.1.1987, *Shenavai*, C-266/85, par. 16; sentenza 10.9.2015, *Holterman Ferbo Exploitatie*, C-47/14, par. 39). Altri elementi, quale l'obbligo o meno di rispondere alla chiamata del datore di lavoro, sono invece irrilevanti. Ciò trova conferma nella Direttiva n. 2019/1152, che si applica anche nei casi in cui l'organizzazione del lavoro è «imprevedibile» (art. 4, par. 2, lett. *m*) e assicura al lavoratore il diritto a non rispondere alla chiamata, senza che ciò incida sulla qualificazione del rapporto di lavoro (vd. Borelli, Orlandini 2019).

un concetto «aperto» che non indica una precisa entità monetaria, al pari di come è sancito in tutte le fonti relative al salario. Che si tratti di giusta retribuzione (come nelle convenzioni Oil) oppure di retribuzione proporzionata e sufficiente (come nella Costituzione italiana) oppure adeguata (come in questa proposta), il problema sorge nel momento in cui si deve tradurre questa «qualità» giuridica in «quantità» di salario. Il problema è cioè l'entità monetaria e – quindi – le modalità di determinazione quantitativa di questo principio. Pertanto, un ordinamento giuridico deve necessariamente porsi il problema delle modalità di determinazione del salario (il *quomodo*) perché è l'unica condizione che può essere disciplinata dal diritto. Quand'anche la legge stabilisse una quantità monetaria corrispondente al principio di adeguatezza, essa dovrebbe stabilire modalità e soggetti legittimati a fissare il prezzo del lavoro in un sistema a economia di mercato.

«Promuovere» (o finanche «imporre») l'adeguatezza del salario minimo implica cioè la «promozione» di modalità di determinazione del salario tali da farne presumere che il «prezzo del lavoro» sia adeguato a remunerare il lavoro in modo giusto ma tenendo conto dei diversi mercati del lavoro. Insomma, anche l'adeguatezza del salario, nell'ottica della Commissione, non si risolve stabilendo una certa somma di denaro bensì prevedendo procedure e modalità di determinazione del salario.

Un primo effetto da trarre dalla proposta di direttiva in fase di eventuale attuazione da parte degli Stati membri riguarda questa connessione coi mercati del lavoro. Sebbene la Commissione non intende fissare un salario minimo adeguato unico in tutta l'Ue proprio in considerazione dei diversi mercati del lavoro nazionali, la proposta sembra escludere del tutto la possibilità che ciascuno Stato membro possa prevedere diversi livelli minimi di salario adeguato all'interno dei mercati del lavoro nazionali (30). Tanto più che la Commissione, pur prendendo atto dei diversi mercati del lavoro all'interno dell'Ue, si pone comunque il problema di predisporre sistemi che assicurino l'adeguatezza del processo decisionale nella prospettiva di un effettivo coordinamento dei sistemi nazionali. Non a caso, con riferimento ai salari di origine contrattuale, nella proposta di direttiva si fa riferimento al contratto collettivo nazionale di categoria, e non di livelli inferiori.

Ciò detto, la proposta non sceglie neanche quale modalità adottare per addivenire a un salario adeguato. Infatti, l'art. 1 della proposta, in cui si indicano le finalità, si preoccupa di salvaguardare le attuali situazioni nazionali in cui vigono due differenti modelli di determinazione del salario adeguato,

---

(30) Diversamente da come propongono alcuni Autori italiani con riferimento all'Italia: cfr. Garnerò, Lucifora 2020.

senza obbligare gli Stati membri a sceglierne uno. Ciascuno Stato membro può conservare il proprio modello regolativo purché se ne migliori il funzionamento al fine di migliorare l'adeguatezza dei salari oggi vigenti nei paesi Ue e si ampli la percentuale di lavoratori coperti da questi salari adeguati.

Per questa ragione, sotto questo profilo, possiamo suddividere l'analisi della proposta di direttiva in due parti: in una, ci sono le norme destinate ai paesi in cui il salario minimo è stabilito direttamente per legge o comunque da un'autorità pubblica (*Statutory Minimum Wage*) (attualmente, sono 21 Stati membri); nell'altra parte, le norme di portata generale, riguardanti perciò anche quei paesi (6, fra cui l'Italia) in cui il salario minimo è stabilito dalla contrattazione collettiva (*Collective Bargaining Wage*) (31).

4.1. — *Adeguatezza e copertura del salario minimo per legge* — Nelle disposizioni relative al salario minimo legale (Capo II della proposta di direttiva) la Commissione indica solo «implicitamente» i criteri da rispettare per rendere «adeguato» il salario minimo, facendo riferimento a «quelli comunemente indicati a livello internazionale» (art. 5.3). Il riferimento agli indici internazionali è esplicitato nel Considerando 4 e (soprattutto) nelle note 4 e 33 della relazione introduttiva alla proposta. In tal modo si invitano gli Stati membri a utilizzare l'indice Kaitz (60% del salario lordo mediano nazionale) oppure, in alternativa, l'indice utilizzato dal Consiglio d'Europa (50% del salario medio netto) affinché si possa dire garantito il rispetto del diritto all'equa retribuzione, già sancito nell'art. 4 della Carta sociale europea (di seguito, Cse).

Va precisato che il Comitato europeo dei diritti sociali (l'organismo deputato a vigilare sul rispetto della Cse) fissa al 60 % del salario medio netto il livello dei minimi salariali che vogliono dirsi rispettosi degli standard internazionali, potendosi giustificare salari compresi tra il 50% e il 60% solo se uno Stato dimostrasse che tali livelli garantiscono comunque standard di vita decenti (in relazione al costo della vita) oppure se tali minimi salariali sono integrati da adeguati vantaggi fiscali o socio-previdenziali (32). In-

(31) Vd. tutte le ricerche europee sul salario minimo che analizzano congiuntamente sia i paesi con *statutory minimum wage* sia quelli con *collective bargaining wage*: per esempio vd., da ultimo, Schulten, Muller 2020 ed Eurofound 2020.

(32) Comitato europeo dei diritti sociali, *Greek General Confederation of Labour (GSEE) v. Greece*, reclamo n. 111/2014, decisione nel merito del 23.3.2017, par. 187, in *Digest of the case law of the ECJR*, dicembre 2018, 85 ss. Sottolineiamo che l'indice preso a riferimento dal Consiglio d'Europa assume come parametro il «salario medio netto» e non quello «medio lordo»: il che costituisce un incentivo ad adottare politiche fiscali più incentrate sul principio della «progressività», incidendo sui salari più alti.

somma, i due criteri non sono equivalenti, tant'è che alcuni paesi che rispettano l'indice Kaitz sono stati comunque censurati dal Comitato europeo dei diritti sociali per mancato rispetto del diritto all'equa retribuzione di cui all'art. 4 Cse (disposizione ratificata dall'Italia, dunque vincolante per il nostro paese). La scelta da parte di uno Stato di riferirsi all'uno o all'altro può dunque determinare sperequazioni e incongruenze nei meccanismi di monitoraggio sulle dinamiche salariali previsti dalla stessa proposta.

Va detto che questa parte della proposta non riguarda l'Italia, che come detto rientra fra i 6 Stati membri privi di salario minimo fissato per legge.

Se però teniamo conto di alcune proposte di legge presentate nei due rami del Parlamento, in quasi tutte viene stabilito un salario minimo inderogabile per legge valido «per i casi non coperti da contrattazione collettiva» (questa in genere la formula utilizzata). Nel d.d.l. n. 658 (a prima firma Catalfo), in particolare, lo standard minimo legale è individuato in 9 euro lordi.

Tanto per cominciare, occorrerebbe allora raccordare i 9 euro agli indici prima richiamati. In secondo luogo, non basterebbe prevedere semplicemente l'indicazione di questa soglia monetaria ma occorrerebbe prevedere formalmente una procedura di coinvolgimento delle parti sociali che è ritenuta essenziale per garantire comunque l'adeguatezza del salario minimo legale (vd. art. 7 della proposta di direttiva). Senza contare che sarebbero legittime anche deroghe ed eccezioni all'applicazione di questo salario minimo unico stabilito per legge, rispettando anche in questo caso i criteri di necessità, giustificazione e proporzionalità (art. 6 della proposta di direttiva).

Ovviamente, in questi casi resterebbe sullo sfondo la questione del rapporto fra questa soglia di salario minimo legale e quella prevista dai contratti collettivi nazionali, che normalmente è più alta. Si tratta di un problema che si pone in tutti i paesi dove è stabilito per legge il salario minimo, e consiste nel fatto che l'«adeguatezza» (secondo la proposta di direttiva), ossia l'«equità» (secondo la Carta sociale europea), la «sufficienza» (secondo la Costituzione italiana) finiscono per coincidere necessariamente con il livello monetario più basso rispetto a quello riferibile al salario previsto dai contratti collettivi nazionali. Si tratta di un dato incontrovertibile riguardante tutti gli Stati dove il salario minimo è fissato per legge; dato confermato anche dalla Commissione nel Considerando 19 della proposta di direttiva, nella Relazione introduttiva e nell'*Impact Assessment* – Swd(2020)245 – che hanno accompagnato la stessa.

Sul punto va osservato che il salario adeguato non può che essere uno solo: o quello fissato dal contratto collettivo, se è solo questa la fonte deputata a stabilirlo, oppure quello fissato dalla legge.

La questione è ben chiara in dottrina a chi ha riconosciuto che il salario

minimo determinato per legge diverrebbe «punto di riferimento obbligato per la giurisprudenza» (33). Se, fino a ora, l'integrazione dei contratti di lavoro a opera della giurisprudenza è avvenuta tenendo a riferimento i salari minimi previsti dai contratti collettivi applicabili (pur con le diverse sfumature di decisione) (34), la previsione per legge di un salario minimo determinerebbe oggettivamente un nuovo riferimento, finanche più vincolante perché posto da una fonte legale (35).

Peraltro, un sistema a doppio binario può provocare effetti depressivi sui sistemi di relazioni industriali nei paesi che ancora mantengono l'autorità salariale in capo alla contrattazione collettiva consistenti in perdita di autorità salariale, soprattutto nei paesi – come l'Italia – in cui i contratti collettivi non hanno efficacia generale (36).

Pertanto, bisognerebbe valutare con molta attenzione e prudenza l'effetto paradossale che potrebbe provocare una legge italiana sul salario minimo che, adottata anche per essere conforme allo spirito della proposta di direttiva e cioè migliorare l'adeguatezza dei salari minimi, finisse per provocare – al contrario – un indebolimento dell'autorità salariale contrattuale che, oggi, determina salari a un livello monetario ben superiore, quindi superiore proprio in «adeguatezza».

Diverso è il discorso nel caso di un diverso modello nel rapporto fra legge e contratto collettivo, come quello del disegno di legge n. 658, depositato in Senato e avente come prima firmataria la senatrice Catalfo. Si tratta di una proposta che ha una impostazione differente perché prevede una indicazione salariale precisa (c'è un riferimento a 9 euro orari) ma che costituisce un limite minimo inderogabile per gli stessi contratti collettivi. In altre parole, in questa impostazione non vi sono due diverse e alternative fonti di determinazione del salario (legge e contratto collettivo) ma una sola, cioè il contratto collettivo, pur essendo vincolata a un limite salariale minimo (37). In tal caso, si tratta di stabilire se la fissazione per legge di questa soglia minima salariale farebbe rientrare il sistema italiano in quelli in cui il salario minimo è fissato per legge, oppure se questo modello lascerebbe il sistema italiano nel novero dei paesi in cui il salario adeguato è fissato dai contratti collettivi.

L'indicazione di una soglia minima salariale come quella indicata nel d.d.l.

---

(33) Magnani 2010, 792.

(34) Per tutti, cfr.: Bellomo 2002; Ricci 2012; Pascucci 2018.

(35) Cfr. Ballestrero 2019; sul punto, vd. anche: Delfino 2019; Menegatti 2017.

(36) Biasi 2015; Bellavista 2014; Speciale 2015.

(37) Cfr. Bavaro 2019.

n. 658 potrebbe indurre a ritenere che in tal modo, ove approvata una legge così fatta, costringerebbe l'Italia a osservare i vincoli previsti nella direttiva (qualora approvata anch'essa), a cominciare dal 60% del valore medio nazionale (secondo l'indice Kaitz). Tuttavia, già su questo piano si può dire che la soglia dei 9 euro (comunque la si intenda) è ben superiore alla soglia minima. Nondimeno, appare plausibile ritenere che questo modello di legislazione sul salario minimo, poiché indica una sola ed esclusiva fonte di determinazione del salario, cioè il contratto collettivo, lascerebbe l'Italia fra i paesi che affidano alla contrattazione collettiva la determinazione del salario, pur apponendo un limite minimo inderogabile alla contrattazione stessa.

4.2. — *Adeguatezza e copertura del salario minimo contrattuale* — Resta da chiedersi, allora, quali effetti potrebbe produrre la proposta di direttiva negli Stati membri in cui il salario minimo è stabilito esclusivamente dalla contrattazione collettiva, com'è appunto l'Italia.

Innanzitutto, ci pare opportuno segnalare che proprio la formulazione dell'art. 4 della proposta ci fa dire che l'adeguatezza del salario deve essere data per acquisita per il semplice fatto di essere espressione dell'autonomia collettiva. Ciò trova conferma proprio nel fatto che nell'art. 4 non si fa alcun cenno al problema dell'adeguatezza da affrontare mediante procedure e indicizzazioni quanto, piuttosto, al problema della copertura dell'intera forza lavoro nazionale, dovendo assicurare l'applicazione dei minimi salariali di origine contrattuale alla totalità dei lavoratori, proprio per garantire a tutti l'adeguatezza dei minimi salariali.

Quindi, nei casi di salario adeguato contrattuale la proposta di direttiva intende imporre agli Stati di adottare misure non per migliorare l'adeguatezza, bensì per aumentare la copertura contrattuale. Infatti, nel caso in cui la copertura risultasse inferiore al 70%, si aggiunge un obbligo di adottare un «piano d'azione» da rendere pubblico e notificare alla Commissione.

Si tratta di disposizioni la cui portata precettiva è «promozionale» e perciò con elementi di vaghezza. Già la nozione di «copertura contrattuale» non è ben definita, come dimostra proprio il caso italiano: sebbene tutti gli studi europei (come pure la Commissione) accreditino all'Italia una copertura dell'80% della forza lavoro (il che ci escluderebbe dall'obbligo di attivare «piani d'azione») appaiono del tutto incerti i dati su cui fare affidamento. Per esempio, se prendiamo a riferimento gli ambiti di applicazione dei contratti nazionali, possiamo ritenere che essi sono in grado di coprire l'intero panorama produttivo nazionale (38).

---

(38) Già Lassandari 1997; da ultimo, Centamore 2020 e Ferraresi 2020.

In effetti, il problema italiano non è tanto la «copertura» contrattuale, almeno in senso potenziale, quanto il *dumping* salariale operato attraverso Ccnl firmati da sindacati privi di un significativo grado di rappresentatività. Il problema italiano riguarda la definizione dei perimetri contrattuali e – in questi ambiti – la legittimazione a stipulare contratti collettivi in materia salariale. Com'è noto al dibattito nazionale italiano, il problema della copertura presuppone di dover affrontare il nodo della rappresentatività sindacale, attribuendo titolarità a stabilire i salari minimi adeguati solo alle parti sociali dotate di maggiore rappresentatività (39).

Di questo problema la proposta della Commissione non si occupa (mentre invece – pur con alcuni limiti – se ne occupano i disegni di legge italiani). Resta il fatto, però, che se la proposta di direttiva sostiene il rafforzamento della copertura contrattuale in materia di salario minimo adeguato e il salario minimo adeguato, almeno in Italia, è quello previsto dalla contrattazione collettiva con maggiore rappresentatività, è logico auspicare che il rafforzamento della copertura contrattuale promosso dalla direttiva riguardi soltanto il salario minimo contrattuale stabilito dai contratti collettivi sottoscritti dalle parti sociali maggiormente rappresentative.

A bene vedere, si potrebbero considerare in contrasto con la direttiva proprio i comportamenti «omissivi» degli Stati, come quelli nel nostro paese, che finiscono per rendere possibile il *dumping* salariale attraverso lo *shopping* contrattuale, operato dalle imprese sulla base di una «offerta» contrattuale proveniente da associazioni di imprese e sindacati di dubbia o nulla rappresentatività.

Certamente, una norma come l'art. 4 renderebbe illegittimi interventi legislativi che limitano o indeboliscono la contrattazione collettiva e, in particolare, la contrattazione collettiva di «livello settoriale o intersettoriale» deputata a stabilire i minimi salariali adeguati. In tal senso, andrebbero ridimensionati anche tutti i tentativi di legittimare a livello decentrato deroghe peggiorative al salario fissato al livello nazionale oppure misure finalizzate a limitare la contrattazione collettiva salariale nel pubblico impiego.

5. — *L'obbligo di trasparenza* — Le disposizioni contenute nell'art. 4 (che sta tra le «Disposizioni generali» del Capo I) si raccordano con quelle del Capo III (rubricato «Disposizioni orizzontali»). Tra queste disposizioni meritano attenzione in particolare le norme attinenti al monitoraggio e alla raccolta dei dati relativi alle dinamiche salariali (che vanno comunicati periodicamente alla Commissione). Di nuovo si distingue tra sistemi con sa-

---

(39) Cfr. Orlandini 2018.

lario legale e quelli «contrattuali». Con riferimento a questi ultimi la proposta impone obblighi di informazione e di trasparenza sulla composizione della retribuzione (e anche sulla sua «distribuzione», per genere, fascia di età, disabilità, dimensioni d'impresa e settore). Si tratta di obblighi che, di per sé, avrebbero un impatto indubbiamente rilevante su un sistema sregolato come il nostro, dove il problema principale (anche in relazione alla questione salariale) è proprio la mancanza di certezza sui Ccnl applicabili nei diversi settori e nelle singole aziende.

Peraltro, simili disposizioni imporrebbero di far chiarezza anche in merito alla composizione della retribuzione: ovvero in merito alla riconducibilità delle varie voci salariali nella componente minima di generale applicazione in un settore (il cd. Tem, come definito dal cd. Patto della fabbrica del 9 marzo 2018). In tal senso, appare quanto mai opportuno affidare proprio alla contrattazione collettiva la definizione di ciò che deve essere inteso come trattamento economico minimo (40).

L'incertezza in merito alla composizione del salario minimo «contrattuale» è un problema per altro già emerso in sede di attuazione delle Direttive sul distacco transnazionale (n. 1996/71, n. 2014/67 e n. 2018/957). Il ministero del Lavoro, infatti, dovrà fornire informazioni dettagliate e precise alle imprese straniere che operano sul territorio italiano in merito agli elementi costitutivi della retribuzione da applicare ai lavoratori stranieri distaccati in Italia. Questi obblighi, con l'adozione della proposta di direttiva in esame, si estenderebbero all'intero sistema di contrattazione: l'art. 10.3 della proposta di direttiva impone agli Stati membri di assicurare che «le informazioni relative alla tutela garantita dal salario minimo, compresi i contratti collettivi e le disposizioni relative ai salari ivi contenute, siano trasparenti e accessibili al pubblico». Di conseguenza, senza una legge che faccia ordine nell'attuale *far west* contrattuale, l'Italia resterebbe esposta al rischio di una procedura di infrazione del diritto dell'Ue davanti alla Corte di Giustizia (rischio, al momento, limitato all'ambito del distacco transnazionale).

6. — *Le clausole di equo trattamento negli appalti pubblici* — Un impatto sul nostro sistema potrebbe avere anche la norma relativa agli appalti pubblici (art. 9), che prevede l'obbligo di rispettare «i salari stabiliti dai contratti collettivi per il settore e l'area geografica pertinenti». Si tratta di una norma di

---

(40) Va peraltro ricordato che la Direttiva n. 2019/1152 riconosce a ciascun lavoratore il diritto di essere informato circa la retribuzione, il suo importo di base iniziale e ogni altro elemento costitutivo, la sua periodicità e le sue modalità di pagamento (art. 4, par. 2, lett. €).

grande rilievo sistematico, perché tocca una questione ancora aperta di diritto dell'Ue: quella dei limiti di legittimità delle cd. clausole di equo trattamento, per gli effetti che queste producono sulla concorrenza. Come noto la questione è sorta nell'ambito della giurisprudenza relativa al distacco transnazionale, in ragione del fatto che la Corte di Giustizia, nella celebre sentenza *Riiffert*, ha dichiarato non compatibile con la Direttiva n. 96/71 e con l'art. 56 TfUe l'obbligo imposto a una impresa aggiudicataria di appalto pubblico di rispettare integralmente la parte economica di un contratto collettivo privo di efficacia *erga omnes* (41). Nella successiva giurisprudenza la Corte di Giustizia ha mostrato maggior apertura verso le clausole sociali, riconoscendone la legittimità nel caso in cui gli standard salariali al cui rispetto vincolare le imprese aggiudicatarie siano fissati direttamente dalla legge (42). Dal canto suo, il legislatore europeo del 2014, nel riformare organicamente la materia degli appalti e delle concessioni pubbliche, ha introdotto l'obbligo per gli Stati di «adottare misure adeguate per garantire che gli operatori economici, nell'esecuzione di appalti pubblici, rispettino gli obblighi [anche] derivanti da contratti collettivi» (art. 18, par. 2, Direttiva n. 2014/24 sugli appalti pubblici; analogamente art. 30, par. 3, Direttiva n. 2014/23 sui contratti di concessione). Il quadro dei principi unionali in materia resta però incerto, perché né dai *dicta* della Corte né dalla lettera delle direttive si ricava che la dottrina *Riiffert* possa ritenersi superata in caso di clausole sociali che impongano il rispetto dell'intera parte economica di contratti collettivi privi di efficacia generale (43). Ecco allora che l'art. 9 sembra essere stato inserito nel corpo della proposta proprio al fine di fugare i residui dubbi in merito: con tale norma infatti si fornirebbe una espressa legittimazione a tali clausole, grazie al duplice riferimento sia ai «salari stabiliti dai contratti collettivi per il settore e l'area geografica pertinente» sia ai «salari minimi legali».

Si potrebbe obiettare come neppure in questo caso il legislatore riconosca *claris verbis* che tra i contratti collettivi richiamati dalla norma debbano includersi anche quelli privi di efficacia generale. Ma in questo senso depo-

(41) C. Giust. 3.4.2008, C-346/05, *Dirk Riiffert c. Land Niedersachsen*.

(42) C. Giust. 17.11.2015, C-115/14, *RegioPost GmbH & Co. KG c. Stadt Landau in der Pfalz*, che ha avuto ampia eco nella dottrina europea: cfr. i saggi raccolti in Sánchez-Graells (a cura di) 2018; vd. anche Brino 2016.

(43) In relazione alla Direttiva sugli appalti, i dubbi sono alimentati da quanto precisato nei considerando delle direttive, dove si legge che «i criteri [di aggiudicazione] dovrebbero inoltre essere applicati conformemente alla Direttiva n. 96/71/Ce, quale interpretata dalla Corte di Giustizia dell'Unione europea» (Considerando 98, Direttiva n. 2014/24).

ne una interpretazione che dell'art. 9 voglia preservare l'effetto utile; una lettura condotta alla luce della *ratio* complessiva della proposta che (come detto) è intesa a promuovere il più possibile la copertura contrattuale nei vari Stati membri, *a fortiori* in quelli dove il contratto collettivo è privo di efficacia generale. Conferma di ciò si ricava dalla relazione introduttiva della Commissione, nella quale si precisa che i riferimenti alle disposizioni delle Direttive n. 2014/24 e n. 2014/23 contenuti nella norma in esame si debbano intendere come «intesi a sostenerne e rafforzarne l'attuazione nell'ambito dei salari minimi» (44).

Grazie all'art. 9 troverebbe dunque più solido fondamento nell'ordinamento dell'Ue l'obbligo imposto all'aggiudicatario di rispettare il contratto collettivo stipulato dalle organizzazioni datoriali e sindacali più rappresentative sul piano nazionale, previsto dall'art. 30, comma 4, d.lgs. n. 50/2016. Non per questo però sarebbero del tutto risolti i problemi di coerenza della disciplina nazionale con il diritto materiale dell'Ue, almeno finché perdura la situazione di *far west* contrattuale che caratterizza il nostro sistema di relazioni industriali. È tale situazione infatti ad alimentare le residue incertezze della giurisprudenza amministrativa in merito alla possibilità per gli aggiudicatari di appalti pubblici di giustificare scostamenti rispetto ai minimi salariali deducibili dal cd. Ccnl *leader* (45); e d'altra parte tale Ccnl resta comunque un mero parametro esterno per valutare la congruità dell'offerta, mantenendo l'impresa aggiudicataria la libertà di applicarne uno diverso (46).

L'incertezza in merito all'esatto onere retributivo gravante sulle imprese aggiudicatarie nazionali si riverbera sul piano transnazionale (in cui si proietta necessariamente la *lex specialis* di gara) rendendo ingiustificata (perché potenzialmente discriminatoria) l'imposizione di standard salariali rigidi (soltanto) alle imprese straniere (47). Da ciò i suddetti perduranti problemi di compatibilità con le regole del mercato interno, anche qualora venisse adottata la proposta di direttiva (e con essa il suo art. 9): problemi che sarebbero dunque da imputare non tanto al diritto dell'Ue quanto al diritto interno, ovvero all'assenza di norme nazionali che diano ordine al sistema contrattuale.

---

(44) Commissione europea, *Relazione introduttiva*, Com(682)2020, 15.

(45) Sulla non univoca giurisprudenza amministrativa in materia, diffusamente Caffio 2017.

(46) Così anche l'Anac nelle linee guida n. 13 recanti «La disciplina delle clausole sociali», del 13.2.2019.

(47) Vd. Orlandini 2020.

## Riferimenti bibliografici

- Ales E. (2012), *Dal «caso Fiat» al «caso Italia». Il diritto del lavoro di prossimità, le sue scaturigini ed i suoi limiti costituzionali*, in DLRI, 161 ss.
- Ballestrero M.V. (2019), *Retribuzione sufficiente e salario minimo legale*, in RGL, I, 235 ss.
- Bavaro V. (2012), *Azienda, Contratto e Sindacato*, Cacucci, Bari.
- Bavaro V. (2014), *Il salario minimo legale fra Jobs Act e dottrina dell'austerità*, in QRS, n. 4, 61 ss.
- Bavaro V. (2019), *Note sul salario minimo legale nel disegno di legge n. 658 del 2018*, in *Il Diario del Lavoro*, [www.ildiariodellavoro.it](http://www.ildiariodellavoro.it) e [www.ildiariodellavoro.it](http://www.ildiariodellavoro.it)
- Bellavista A. (2014), *Il salario minimo legale*, in DRI, 741 ss.
- Bellomo S. (2002), *Retribuzione sufficiente e autonomia collettiva*, Giappichelli, Torino.
- Biasi M. (2015), *Il salario minimo legale nel «Jobs Act»: promozione o svuotamento dell'azione contrattuale collettiva?*, in ADL, 371 ss.
- Borelli S., Orlandini G. (2019), *Appunti sulla nuova legislazione sociale europea. La Direttiva sul distacco transnazionale e la Direttiva sulla trasparenza*, in QG, n. 4, 54 ss.
- Brino V. (2016), *Salario minimo legale e appalti pubblici: il caso Regio Post*, in RGL, II, 135 ss.
- Caffio S. (2017), *Appalto, costo del lavoro e contratto collettivo di riferimento*, in D. Garfalo, *Appalti e lavoro. Disciplina pubblicistica*, Giappichelli, Torino.
- Centamore G. (2020), *Contrattazione collettiva e pluralità di categorie*, Bononia University Press.
- Chessa O. (2020), *La governance economica europea dalla moneta unica all'emergenza pandemica*, in LD, n. 2, 393 ss.
- Corti M. (2014), *La nuova legge sul salario minimo in Germania: declino o rinascita della contrattazione collettiva?*, in DLM, n. 3.
- Cruces J. et al. (2015), *Impact of the euro crisis on wages and collective bargaining in southern Europe – a comparison of Italy, Portugal and Spain*, in T. Schulten, G. Van Gyes (a cura di), *Wage bargaining under the new European Economic Governance. Alternative strategies for inclusive growth*, European Trade Union Institute (Etui), Bruxelles.
- Dani M. (2018), *The EU transformation of the social state*, in D. Ferri, F. Cortese (a cura di), *The EU Social Market Economy and the Law*, Routledge, Londra, 31 ss.
- Delfino M. (2019), *Salario legale contrattazione collettiva e concorrenza*, Editoriale Scientifica, Napoli.
- Eurofound (2020), *Minimum Wages in 2020: Annual Review*, Luxembourg.
- Ferraresi M. (2020), *La categoria contrattuale nel diritto sindacale italiano*, Wolter Kluwer, Milano.
- Garnero A., Lucifora C. (2020), *L'erosione della contrattazione collettiva in Italia e il dibattito sul salario minimo legale*, in DLRI, 297 ss.
- Guazzarotti A. (2020), *Integrazione europea e riduzionismo politico*, in <https://www.constituzionalismo.it>, n. 3.
- Jacobs A. (2014), *Decentralisation of collective bargaining and the financial crisis*, in J. Gorelli Hernández (coordinato da), *El derecho a la negociación colectiva. Liber amicorum Professor Antonio Ojeda Avilés*, Monografías de Temas Laborales, 265 ss.
- Keune M. (2011), *Decentramento salariale: la regolamentazione e l'uso di clausole di deroga sui salari in sette paesi europei*, in DRI, 333 ss.
- Lassandari A. (1997), *Pluralità di contratti collettivi nazionali per la medesima categoria*, in LD, n. 2, 261 ss.
- Lassandari A. (2019), *Retribuzione e contrattazione collettiva*, in RGL, I, 210 ss.
- Leccese V. (2012), *Il diritto sindacale al tempo della crisi. Intervento eteronomo e profili di legittimità costituzionale*, in DLRI, 479 ss.

- Leonardi S. (2014), *Salario minimo e ruolo del sindacato: il quadro europeo fra legge e contrattazione*, in *LD*, n. 1, 185 ss.
- Lo Faro A. (2020), *L'iniziativa della Commissione per il salario minimo europeo tra coraggio e temerarietà*, in *LD*, n. 3, 2539 ss.
- Magnani M. (2010), *Il salario minimo legale*, in *RIDL*, I, 769 ss.
- Martone M. (2019), *A che prezzo. L'emergenza retributiva tra riforma della contrattazione collettiva e salario minimo legale*, Luiss University Press, Roma.
- Menegatti E. (2017), *Il salario minimo legale. Aspettative e prospettive*, Giappichelli, Torino.
- Muller T., Schulten T. (2013), *L'impatto della governance europea sui salari e sulla contrattazione collettiva*, in *QRS*, n. 3, 57 ss.
- Orlandini G. (2018), *Legge, contrattazione collettiva e giusta retribuzione dopo le sentenze 51/2015 e 78/2015*, in *LD*, n. 1, 9 ss.
- Orlandini G. (2020), *Salari e contrattazione alla prova dei vincoli del mercato interno*, in *LD*, n. 2, 285 ss.
- Pascucci P. (2018), *Giusta retribuzione e contratti di lavoro*, FrancoAngeli, Milano.
- Ricci G. (2012), *Il diritto alla retribuzione adeguata. Tutele costituzionali e crisi economica*, Giappichelli, Torino.
- Sánchez-Graells A. (a cura di) (2018), *Smart Public Procurement and Labour Standards. Pushing the Discussion after Regiopost*, Hart Publishing, Oxford and Portland-Oregon.
- Schulten T. (2012), *Minimum wages in Europe under austerity. WSI Minimum Wage Report 2012*, Etui Policy Brief, n. 5.
- Schulten T., Muller T. (2020), *Between Poverty Wages and Living Wages. Minimum wage regimes in the European Union*, European Studies for Social and Labour Market Policy, n. 1.
- Speciale V. (2015), *Il salario minimo legale*, in *W.P. Csde «Massimo D'Antona»*, II, n. 244, 1 ss.
- Stirati A. (2020), *Lavoro e salari*, L'Asino d'oro, Roma.

#### ABSTRACT

*Il 28 ottobre 2020, la Commissione europea ha pubblicato la proposta di direttiva relativa a salari minimi adeguati nell'Unione europea: Com(2020)682. Il saggio si sofferma sul contesto in cui tale proposta viene adottata, sulle difficoltà che potrebbero sorgere nell'iter legislativo e sul suo contenuto. In particolare, gli Autori evidenziano come la proposta di direttiva in esame corregga le politiche di austerità perseguite dalla Commissione e sia diretta a sostenere la contrattazione collettiva settoriale o intersettoriale al fine di garantire salari adeguati a tutti i lavoratori. L'impatto della proposta di direttiva all'interno del nostro paese e sui recenti progetti di legge sul salario minimo viene altresì attentamente esaminato.*

#### THE PROPOSAL OF EU DIRECTIVE ON ADEQUATE MINIMUM WAGE

*On 28 October 2020, the EU Commission has published the proposal of the directive on adequate minimum wages: Com(2020)682. The essay examines the context in which the proposal has been adopted, the difficulties that could arise during the legal procedure for its approval and its content. In particular, the Authors highlight that the proposal corrects the austerity policies pursued by the Commission, and aims at supporting collective bargaining at sectoral and inter-sectoral level in order to guarantee adequate wages to all workers. The impact of the proposal of directive in our country and on the recent law proposal on minimum wage is also carefully examined.*