

La dignità “del” e “nel” lavoro

a cura di

Gaetano Zilio Grandi



Giappichelli

La dignità “del” e “nel” lavoro

In copertina:

Iconografia della Dignità.



La dignità “del” e “nel” lavoro

a cura di

Gaetano Zilio Grandi



Giappichelli

© Copyright 2023 - G. GIAPPICHELLI EDITORE - TORINO

VIA PO, 21 - TEL. 011-81.53.111 - FAX 011-81.25.100

<http://www.giappichelli.it>

ISBN/EAN 978-88-921-2468-4

Volume pubblicato con il contributo di Fondazione Università Ca' Foscari.



G. Giappichelli Editore



Questo libro è stato stampato su
carta certificata, riciclabile al 100%



Stampa: Stampatre s.r.l. - Torino

Le fotocopie per uso personale del lettore possono essere effettuate nei limiti del 15% di ciascun volume/fascicolo di periodico dietro pagamento alla SIAE del compenso previsto dall'art. 68, commi 4 e 5, della legge 22 aprile 1941, n. 633.

Le fotocopie effettuate per finalità di carattere professionale, economico o commerciale o comunque per uso diverso da quello personale possono essere effettuate a seguito di specifica autorizzazione rilasciata da CLEARedi, Centro Licenze e Autorizzazioni per le Riproduzioni Editoriali, Corso di Porta Romana 108, 20122 Milano, e-mail autorizzazioni@clearedi.org e sito web www.clearedi.org.

Introduzione

di *Gaetano Zilio Grandi*

L'organizzazione del Seminario di studi dal quale questi contributi hanno tratto origine ha a sua volta preso spunto, da un lato dai vorticosi cambiamenti che hanno investito il mondo del lavoro, dall'altro dalla centralità del valore qui in considerazione, non solo nel più stretto ambito giuslavoristico ma anche, come ben emerge dal saggio di Giuseppe Zaccaria, sul piano più generale del diritto costituzionale.

Tale latitudine negli obiettivi scientifici del Seminario e dunque di questo volume trova piena conferma nel contributo di Giuseppe Santoro Passarelli, che opportunamente affronta il tema della iniziativa economica, dei nuovi lavori (anche) legati all'innovazione tecnologica e, non da ultimo, delle iniziative euro-unitarie in proposito.

Già queste prime considerazioni dimostrano come il valore della dignità dell'uomo e del lavoratore (e della donna e delle lavoratrici, per essere corretti in punto di genere) in qualche modo coinvolga l'intero assetto del mondo del lavoro, oggi come ieri, come ampiamente emerge dal contributo di Elena Tassi Scandone, la quale opportunamente lega il passato, che passato non è mai, a quanto oggi investe le imprese, non solo italiane: luminosi e illuminanti i riferimenti alle prime forme di relazioni di lavoro e al loro difficile inquadramento giuridico, specie volendo tenere in qualche conto la persona del "lavoratore" e dunque la sua dignità.

Va da sé che molto, in proposito, deriva da quanto affermato nella nostra Costituzione, ed è per questo motivo che si è voluto dare un ampio e pluralista spazio ai cultori del settore giuridico rispettivo.

Nei contributi di Adriana Apostoli e Pietro Ciarlo emerge invero il profondo significato finalistico delle norme costituzionali che direttamente o meno richiamano la dignità, ma anche la tensione ordinamentale verso una piena affermazione, anche dal più ampio punto di vista politico, del principio.

Ma la dignità dell'uomo e del lavoratore, come già ricordato da entrambi gli Accademici dei Lincei, non sfugge neppure, quasi paradossalmente, al-

la disciplina e alla lettura delle norme codicistiche, certo provenienti da un diverso clima culturale e giuridico. E le risposte fornite dai colleghi Paoloefisio Corrias e Mauro Grondona riescono ad allargare la discussione dal piano storico-ricostruttivo a quello attuale e tributario della logica economica e attenta alle modifiche del mercato e dei mercati, sui quali incombe una domanda puntuale ma al tempo stesso ampia posta da Paoloefisio Corrias: il mercato, “luogo degli scambi organizzati dove si esplica l’iniziativa economica privata può e, nel caso, in che termini, essere considerato una risorsa per la dignità umana, con particolare riguardo alle esigenze delle persone vulnerabili?”.

Ma come anticipato, il Seminario, e i saggi qui raccolti, avevano e hanno particolare attenzione alle tematiche giuslavoristiche.

Sono particolarmente legato al tema, sul quale ho maturato l’idea del Seminario anche grazie ad alcuni spunti fornitimi dall’amico Giuseppe Santoro Passarelli, giacché una delle mie prime pubblicazioni si intitolava proprio alla dignità umana, poi declinata in chiave lavoristica. Ebbene penso che oggi, trentuno anni dopo una storica sentenza della Pretura di Bologna, sulla quale ricordo anche un commento di Patrizia Tullini, sentenza che coniugava i rinascanti valori del diritto del lavoro con quelli del diritto civile, e in particolare con i profili delle responsabilità e risarcitori, il valore della dignità continui ad assumere ed anzi richieda sempre maggiore attenzione. Le cause sono note, non ultima quella di un’epocale riduzione quantitativa del lavoro subordinato, in una con una sua pauperizzazione crescente e una contestuale crescita, direi quasi inevitabile, di un lavoro autonomo avviato verso la “quarta” generazione, per il quale il numero non corrisponde tuttavia ad un aumento di tutele, e anzi.

Queste sono le sfide alle quali ci guidano i contributi dei colleghi Rosa Casillo, Stella Laforgia, Laura Foglia e Vincenzo Bavaro, e dei giudici Nicola De Marinis e Francesco Perrone, cui si sono affiancate opportunamente le considerazioni di Luciano Pero, in chiave organizzativo-economico-manageriale.

Considerazioni talmente opportune per il sistema universitario che richiamo per chiudere questa breve introduzione: “sembra di grande importanza impegnarsi a fondo per realizzare un ampio ripensamento del rapporto tra scienza e tecnica e dell’intero sistema formativo e delle conoscenze a cui ci siamo abituati ... probabilmente ci vorrà un modo completamente nuovo di sviluppare e gestire l’intero patrimonio tecnico, scientifico e giuridico per garantire il futuro dell’umanità sul nostro pianeta”.

Principi, valori costituzionali e legislativi a tutela della Dignità del lavoratore. Rapporto tra dignità del lavoro e libertà di iniziativa economica. La Rivoluzione industriale 4.0, le forme di intelligenza artificiale, il rapporto di lavoro dei rider e la proposta di direttiva europea del 9 dicembre 2021

di *Giuseppe Santoro-Passarelli*

Sommario: 1. Il lavoro è un valore fondante della Costituzione. – 2. Diversa rilevanza del lavoro nella normativa UE delle origini. – 3. La Costituzione tutela la dignità della persona che lavora attraverso una retribuzione comunque sufficiente e garantisce la percezione del reddito a chi non lavora perché disoccupato o inoccupato. – 4. Reddito di cittadinanza e reddito di inclusione contro la povertà e la riforma dei centri per l'impiego. – 5. Principi e valori costituzionali, art. 2087 c.c., norme del titolo I dello Statuto dei lavoratori e decreto dignità. – 6. Attenuazione della disciplina inderogabile del rapporto di lavoro. – 7. Il lavoro agile. – 8. Il rapporto di lavoro a tempo indeterminato non è l'unica forma di occupazione. – 9. La temporaneità dei rapporti di lavoro e la precarietà del lavoro. – 10. Dignità del lavoratore e iniziativa economica privata. – 11. La rivoluzione industriale 4.0 e le diverse forme di intelligenza artificiale. – 12. La qualificazione giuridica del rapporto di lavoro dei *rider* e la proposta di direttiva del 9 dicembre 2021. – 13. Cenni sulla giurisprudenza delle Corti Superiori di Francia, Spagna e Germania sulla qualificazione del rapporto dei *rider*. – 14. Conclusioni.

1. Il lavoro è un valore fondante della Costituzione

È incontestato che la nostra Costituzione riconosce al lavoro un valore fondante del nostro ordinamento quando sancisce all'art. 1 che l'Italia è una Repubblica democratica fondata sul lavoro. È noto a tutti che fu una formula di mediazione dell'on. Fanfani rispetto alla proposta dei comunisti e socialisti che recitava "l'Italia è una repubblica democratica di lavoratori". In ogni caso è consolidata l'interpretazione che il lavoro fosse inteso in senso ampio

e non limitato al solo lavoro manuale o salariato¹. D'altra parte, il significato del termine lavoro, come insegna Mortati, non può che essere determinato in positivo richiamando gli artt. 4 e 35 Cost. che dell'art. 1 sono diretto svolgimento². Secondo questo insegnamento “nel lavoro si realizza la sintesi tra il principio personalistico che implica la pretesa all'esercizio di un'attività lavorativa e quello solidarista che conferisce a tale attività carattere doveroso”³.

2. Diversa rilevanza del lavoro nella normativa UE delle origini

Dal riconoscimento di questo principio discendono due corollari⁴: il primo consente di considerare la tutela del lavoro un valore fondante e non ancillare alle ragioni dell'impresa come invece è avvenuto, all'origine per la legislazione dell'Unione Europea, che per molto tempo ha concepito la tutela del lavoro strumentale alle ragioni dell'impresa e del mercato e solo agli inizi di questo secolo ha equiparato i diritti sociali ai diritti dell'impresa. Mi riferisco al Trattato di Lisbona che ha incorporato la Carta di Nizza. E da quel momento anche l'Unione Europea ha progressivamente tutelato i diritti dei lavoratori. Il titolo I della Carta di Nizza, non a caso è intitolato alla dignità e, precisamente, l'art. 1 alla dignità umana. In questo scritto si darà conto della proposta di direttiva che regola il rapporto di lavoro dei *riders*.

3. La Costituzione tutela la dignità della persona che lavora attraverso una retribuzione comunque sufficiente e garantisce la percezione del reddito a chi non lavora perché disoccupato o inoccupato

Il secondo corollario che discende dal primo consente di considerare la Costituzione programmaticamente orientata a tutelare il lavoratore come soggetto debole del rapporto di lavoro (artt. 4, 35, 36) e in particolare sulla base degli artt. 3, comma 2, 4, 36 e 38 Cost. implica e sta a significare che

¹ V. in questo senso C. MORTATI, *Il lavoro nella costituzione*, in *Dir. lav.*, I, 1954, p. 159 ss.

² C. MORTATI, *Sub art. 1*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario alla Costituzione: Principi Fondamentali: art. 1-12*, Zanichelli-Il Foro Italiano, Bologna-Roma, 1975, 11.

³ Così C. MORTATI, *op. ult. cit.*, p. 12.

⁴ Su questi argomenti v. già G. SANTORO-PASSARELLI, *La funzione del diritto del lavoro*, in *Riv. it. dir. lav.*, I, 2018, p. 342 ss.

deve essere garantita, prima di tutto, la dignità della persona⁵ che lavora con o senza vincolo di subordinazione, e di conseguenza, deve essere garantito a chi lavora un corrispettivo proporzionato alla quantità e qualità del lavoro.

Ma in modo ancora più incisivo il combinato disposto dell'art. 1 e dell'art. 36 Cost. individua nel lavoro la precondizione di un'esistenza libera e dignitosa che deve essere garantita al lavoratore nel momento in cui l'art. 36 sottrae la retribuzione alle logiche di mercato perché deve essere comunque sufficiente.

E l'art. 38, comma 2, Cost. garantisce ai lavoratori che siano preveduti e assicurati mezzi adeguati alle loro esigenze di vita, in caso di infortunio malattia invalidità e vecchiaia e disoccupazione involontaria e quindi un reddito a chi ha perso il posto di lavoro o non ha trovato un posto di lavoro.

4. Reddito di cittadinanza e reddito di inclusione contro la povertà e la riforma dei centri per l'impiego

A questo proposito è dato riscontrare nell'ordinamento italiano l'ampliamento della platea dei destinatari delle tutele contro la disoccupazione. Va subito sottolineato che questa è superiore al 40% nel Mezzogiorno. Il problema occupazionale non sembra risolto anche se tutti i programmi dei partiti hanno previsto forme di erogazione del reddito⁶, dal reddito di inclusione a quello di cittadinanza, pur diversi per presupposti e obiettivi.

Negli ultimi anni, e ancor più durante la pandemia, è agevole riscontrare un aumento vistoso delle diseguaglianze sociali tra lavoratori nonostante le politiche di sostegno del reddito praticate dal Governo. A cominciare dalla stabilità del posto di lavoro garantita ai lavoratori pubblici mentre rispetto ai lavoratori privati la prospettiva del licenziamento, anche se sospeso con diverse modalità, incombe perché molte imprese o non hanno riaperto o riaprono con enormi difficoltà.

⁵ Per una successione storica dei singoli provvedimenti di tutela della persona, si rinvia a P. RESCIGNO, *Personalità (diritti della)*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. XXIV, 1991, p. 2; M. GRANDI, *Persona e contratto di lavoro. Riflessioni storico critiche sul lavoro come oggetto del contratto di lavoro*, in *Arg. dir. lav.*, I, 1999, p. 232 ss. Il riferimento nell'art. 3, comma 2 ai lavoratori non deve essere inteso come riserva esclusiva ad essi di partecipare all'organizzazione politica e sociale del Paese ma significa che sono i lavoratori che incontrano maggiori difficoltà a partecipare, v. in questo senso R. SCOGNAMIGLIO, *Lavoro, disciplina costituzionale*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. XVIII, 1990, p. 4.

⁶ V. già G. SANTORO-PASSARELLI, *La funzione*, cit., p. 343.

Dalle statistiche ufficiali risultano almeno 5 milioni di persone al di sotto della soglia di povertà. E questa situazione legittima la preoccupazione per le condizioni di vita immediate e nello stesso tempo contribuisce ad accrescere le ansie per il futuro.

La precarietà non colpisce solo chi ha perso il lavoro o non lo ha mai avuto ma i lavoratori temporanei, e la percezione dell'insicurezza del posto investe anche larga parte dei lavoratori standard. Il quadro dei disagi è dovuto alla somma di diverse componenti: i bassi salari (in alcuni casi bassissimi), il lavoro povero, e poi le tutele percepite come decrescenti da pezzi importanti di ceto medio, tanto nel lavoro autonomo che in quello dipendente. Emerge una nuova gamma di bisogni che non si rivelano come adeguatamente coperti e radicalizzano la percezione di *flex-insecurity* come carattere di fondo del mercato del lavoro. Questi bisogni vanno dalla tenuta dei redditi, non solo in caso di perdita del lavoro, fino alla necessità della ricalibratura di un sistema di *welfare* che lascia al momento sguarniti troppi gruppi e troppe domande⁷.

Nella nuova organizzazione dell'impresa la prospettiva del contratto di lavoro che dura per tutto l'arco della vita lavorativa presso la stessa azienda diventa sempre più evanescente.

Ma è altrettanto evidente che per soddisfare il bisogno di sicurezza di chi ha un lavoro temporaneo o non ha alcun lavoro, è indispensabile una riforma dei centri per l'impiego che consenta un migliore e più efficiente incontro tra domanda e offerta di lavoro e per realizzare questo obiettivo bisogna altresì formare i cosiddetti *navigator* e fornire ad essi una serie di *data base* indispensabili per realizzare l'incontro tra domanda e offerta di lavoro.

5. Principi e valori costituzionali, art. 2087 c.c., norme del titolo I dello Statuto dei lavoratori e decreto dignità

Sarebbe comunque riduttivo e fuorviante ancorare la dignità del lavoratore ad un valore esclusivamente economico. Come si è detto nella nostra Costituzione sono codificati principi e valori come diritti fondamentali che certamente attengono alla dignità di chi lavora a cominciare dagli artt. 2, 3 comma 2, 4, 32 per non parlare dell'art. 2087 c.c., e delle norme del Titolo I dello statuto dei lavoratori e del decreto dignità del 2018.

Infatti, vanno segnalate norme importanti come l'art. 2087 c.c. e cioè

⁷ Così M. CARRIERI, *Introduzione, I lavoratori italiani tra insicurezze crescenti e riforme possibili*, in M. CARRIERI-C. DAMIANO (a cura di), *Il lavoro che cambia verso l'era digitale. Terza indagine sui lavoratori italiani*, Futura, Roma, 2019, pp. 53-54.

prima della Costituzione che tutela l'integrità fisica e la personalità morale del lavoratore e costituisce la base normativa del c.d. obbligo generale di sicurezza. Questa disposizione, pur essendo del codice del 1942, è modernissima e può considerarsi il fondamento normativo della tutela della dignità del lavoratore (il richiamo alla personalità morale del lavoratore altro non è che la dignità del lavoratore), su cui la giurisprudenza della Cassazione⁸, al termine di un percorso piuttosto variegato, ha stabilito che il danno non patrimoniale è una fattispecie tipica rispetto all'atipicità del danno patrimoniale e deve essere considerato una categoria unitaria e non tollera la tripartizione in danno morale, danno biologico ed esistenziale.

A proposito della tutela della salute un recente accordo tra Governo e parti sociali firmato il 14 marzo 2020 in occasione della epidemia da coronavirus riconosce che prima di ogni altra cosa la salute di chi lavora è un'assoluta priorità che deve precedere qualunque altra considerazione economica e produttiva.

Non solo ma nella cornice dell'art. 2087 c.c. si iscrive anche la tutela contro i c.d. atti vessatori (mobbing, emarginazione, isolamento).

Dedicate alla tutela della dignità del lavoratore devono essere menzionate le norme del titolo primo dello Statuto dei lavoratori rubricato "Della libertà e dignità del lavoratore". In particolare, la disciplina del potere di controllo (art. 4) e il divieto di indagini sulle opinioni del lavoratore (art. 8). E tutte le disposizioni dello statuto sul controllo della malattia del lavoratore e del patrimonio aziendale e le guardie giurate. Ma il vero valore aggiunto è la introduzione del divieto di discriminazione (art. 15) ormai esteso a diverse forme di discriminazione nel rapporto di lavoro che è sicuramente una forma di lesione della dignità del lavoratore anche su impulso di direttive europee⁹ (all'handicap, all'età, all'orientamento sessuale e alle convinzioni personali).

Ma ormai la lesione della dignità del lavoratore si verifica anche fuori del rapporto di lavoro e, a questo proposito, deve essere segnalato il c.d. decreto dignità contenente nel capo I misure per il contrasto al precariato.

Senza entrare nel merito delle novità normative introdotte da questo provvedimento, bisogna convenire¹⁰ che la pluralità delle proroghe e dei rinnovi

⁸ Cass., Sez. Un., 18 novembre 2008, n. 26972, in *Guida al dir.*, 2008, 47, 18. Orientamento nuovamente ribadito da Cass., Sez. Un., 22 luglio 2015, n. 15350, in *Foro it.*, 2015, I, c. 2682.

⁹ Direttive 2000/43; 2000/78. Si vedano, poi, la direttiva 2002/73 e la direttiva 2006/54. Queste direttive hanno rafforzato la tutela contro le discriminazioni nell'accesso al lavoro e durante lo svolgimento del rapporto di lavoro. Il recepimento ha determinato l'ampliamento delle fattispecie discriminatorie rispetto a quelle previste dagli artt. 8 e 15 dello Statuto dei lavoratori.

¹⁰ V. già G. SANTORO-PASSARELLI, *La funzione*, cit., p. 345.

consentita dalla normativa per i contratti temporanei costituisce sicuramente una delle maggiori cause del precariato e, conseguentemente, questa legge tutela la dignità della persona del lavoratore nella misura in cui riconosce che la temporaneità del rapporto può determinare precarietà e quindi ledere la dignità della persona. E tuttavia bisogna chiedersi se gli interventi di modifica della disciplina del contratto a termine proposti risolvono positivamente il problema della precarietà e quindi della dignità del lavoratore. O la precarietà si combatte più efficacemente, da un lato incentivando il ricorso al contratto a tempo indeterminato, attraverso la riduzione sensibile del cuneo fiscale e con una politica di contrasto intransigente alla pratica molto diffusa del lavoro nero, dall'altro lato, immaginando un sistema di *welfare* sganciato, almeno in parte, dal rapporto di lavoro.

Per verificare se la nuova normativa in materia di lavoro abbia leso la dignità del lavoratore, si tratta di accertare se le rilevanti modifiche legislative intervenute nella disciplina del rapporto di lavoro subordinato, riducendo in modo vistoso il tasso di inderogabilità delle norme e riducendo sensibilmente l'ambito di applicazione della sanzione della reintegrazione, e le tutele che non sono state riconosciute ai lavoratori autonomi deboli, abbiano come da qualche parte si sostiene, destrutturato il diritto del lavoro¹¹ o se invece, si tratta, secondo altri, di mutamenti determinati dalle esigenze di competitività delle imprese, imposti dalla globalizzazione dei mercati.

Entrambe le risposte non appaiono appaganti perché, pur contenendo una parte di verità, appaiono motivate da valutazioni parziali. Infatti, da un lato, considerano il vero diritto del lavoro, quello dello Statuto dei lavoratori, sul quale, noi della nostra generazione ci siamo formati, o, dall'altro lato, altri ritengono che nell'attuale contesto debbano prevalere le ragioni del mercato e quindi dell'impresa su quelle del lavoro che non a caso viene considerato solo un costo di produzione¹². Una terza posizione, più vicina alla seconda che alla prima, è rappresentata da chi ritiene che nell'attuale contesto stiamo assistendo ad un cambio di paradigma contrassegnato da una seconda fase della *flexicurity* per l'occupabilità¹³, nella quale, in realtà, la flessibilità sembra occupare maggiore spazio rispetto alla sicurezza.

A mio modo di vedere, invece, si tratta di verificare se gli interventi dei

¹¹ In questo senso M. RUSCIANO, *Sul metodo delle riforme del diritto del lavoro*, in *Dir. lav. merc.*, 2, 2018, p. 199.

¹² In questo senso, *ex multis*, P. ICHINO, *La riforma del lavoro in Italia. Una nuova cultura delle relazioni industriali*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2015, I, p. 205.

¹³ T. TREU, *Istituzioni e regole del mercato del lavoro. Una seconda fase della flexicurity per l'occupabilità*, in *Dir. rel. ind.*, 2017, 597.

diversi legislatori che si sono susseguiti negli ultimi 50 anni abbiano leso alcuni principi e valori costituzionali.

6. Attenuazione della disciplina inderogabile del rapporto di lavoro

A fronte dell'aumento del numero dei destinatari di tutele previdenziali e assistenziali non si può negare che negli ultimi anni la tutela del lavoratore nel rapporto di lavoro si sia attenuata per il ridimensionamento vistoso della normativa inderogabile.

Il declino della norma inderogabile è particolarmente vistoso nell'art. 2103 c.c. che ha previsto, come è noto, tre deroghe al divieto assoluto previsto dalla vecchia disposizione. La norma così modificata ha accentuato ovviamente l'impatto dello *jus variandi* del datore di lavoro sull'organizzazione dell'impresa e ha inevitabilmente ridotto le tutele del lavoratore.

Non solo, ma anche l'eliminazione della reintegrazione come sanzione in caso di licenziamento per giustificato motivo oggettivo ha spostato il baricentro della tutela, dall'interesse del lavoratore alla continuità del rapporto di lavoro, all'interesse del datore di lavoro alla temporaneità dei vincoli contrattuali.

Anche se non va trascurata la recente sentenza della Corte Costituzionale che ha eliminato per i lavoratori assunti prima del 7 marzo il termine manifesta insussistenza del fatto estendendo di conseguenza la sanzione della reintegrazione anche al licenziamento per giustificato motivo oggettivo quando il fatto non sussiste. Certamente questa modifica ha differenziato fortemente i due regimi sanzionatori tra coloro che sono stati assunti prima del 7 marzo e quelli assunti successivamente¹⁴.

E la modifica dell'art. 4 st. lav. ha esteso il potere di controllo del datore di lavoro agli strumenti di lavoro come il cellulare e il *tablet*, rendendo così questo potere particolarmente penetrante.

7. Il lavoro agile

Come si può constatare anche le recenti riforme in materia di lavoro agile possono ledere in certi casi la dignità del lavoratore.

In questa forma di lavoro il diritto alla disconnessione è regolato da un accordo, dalle parti ai sensi dell'art. 19, comma 1, della legge n. 81/2017. L'accordo secondo questa disposizione regola i tempi di riposo del lavorato-

¹⁴ Corte cost. 19 maggio 2022, n. 125.

re nonché le misure tecniche e organizzative necessarie per assicurare la disconnessione del lavoratore dalle strumentazioni tecnologiche. Va comunque precisato che una norma recentissima e cioè l'art. 2, comma 1-ter, del d.l. n. 30/2021 convertito con modifiche dalla legge n. 61/2021 nel rispetto degli accordi sottoscritti dalle parti fa salvi eventuali periodi di reperibilità concordati. Questa formula, sia pure previo accordo, sembra consentire una certa disponibilità del diritto alla disconnessione perché, fermo l'accordo delle parti sull'osservanza dell'orario di lavoro e quindi del divieto per il datore di lavoro di interferire con il lavoratore al di fuori dell'orario, fa salvi eventuali periodi di reperibilità, concordati, oltre l'orario di lavoro.

Le vicende collegate al coronavirus hanno determinato un aumento in progressione geometrica del lavoro agile¹⁵. Si stima da ottocentomila a otto milioni. L'aumento di questa modalità di lavoro è determinato dall'esigenza di ridurre il contagio del virus più facile da trasmettere nei luoghi di lavoro per mancanza del distanziamento sociale ma potrebbe, una volta cessata la pandemia, rimanere come forma diffusa di lavoro perché concilia le esigenze di vita e di lavoro del lavoratore.

E tuttavia va precisato che lo *smart working* svolto nel domicilio del lavoratore durante il periodo di *lockdown* è una forma di *home working* perché replica gli orari del lavoro svolto in ufficio, senza regolare, nella maggior parte dei casi, il diritto del lavoratore alla disconnessione che invece è fondamentale. Questa forma di *smart working* è imposta unilateralmente dal datore di lavoro, anche quando il domicilio del lavoratore non risulta adeguato, e *bypassa* la stipula del contratto individuale prevista dalla legge. Come si è detto lo *smart working* è invece una modalità flessibile di esecuzione della prestazione lavorativa diretta a conciliare le esigenze di vita e di lavoro del prestatore di lavoro e non prevede vincoli di orario e di luogo poiché la prestazione è diretta al raggiungimento di obiettivi. Occorre dunque che le aziende valutino la prestazione di lavoro non in termini di tempo, ma di risultati raggiunti dalla *performance* non solo del singolo ma anche del gruppo¹⁶.

Va comunque rilevato che in particolare negli uffici pubblici il ricorso allo *smart working* ha determinato disagi e ritardi nell'accesso agli uffici pub-

¹⁵ Si veda l'art. 19, legge n. 81/2017. In tema cfr. M. TIRABOSCHI, *Il lavoro agile tra legge e contrattazione collettiva: la tortuosa via italiana verso la modernizzazione del diritto del lavoro*, in *Dir. rel. ind.*, 2017, n. 4, p. 921 ss.

¹⁶ Come ha affermato un autorevole sindacalista Luigi Sbarra in *Avvenire* 28 maggio 2020, occorre un patto a tre tra Istituzioni, aziende e sindacato dove ogni attore faccia la sua parte e in particolare le aziende favoriscano il diritto dei lavoratori alla formazione continua.

blici¹⁷. La civiltà digitale determina il cambiamento del modo di lavorare non solo in azienda ma anche nella scuola e nell'università. Le lezioni e gli esami a distanza in questo periodo sono diventati la regola. E tuttavia vale la pena sottolineare che questo cambiamento non può riguardare tutte le professionalità a cominciare da quelle sanitarie e quelle che vendono prodotti alimentari. Anche se è vero che l'*e-commerce* ha raggiunto volumi fino a poco tempo fa inimmaginabili.

Come è noto il 21 gennaio 2021 il Parlamento europeo ha emanato una risoluzione recante raccomandazioni alla Commissione sul diritto alla disconnessione (2019/2181(INL)) e lo scorso dicembre (7 dicembre 2021) è stato siglato un Protocollo nazionale sul lavoro in modalità agile con tutte le parti sociali (ben 26) che detta le linee guida su orari, retribuzioni, obblighi e diritto alla disconnessione del lavoratore agile. Queste linee guida non prevedono vincoli di orario per il lavoro agile discostandosi in qualche misura dalla risoluzione appena richiamata, e d'altra parte si riscontra un'equiparazione nel trattamento economico con il lavoratore in azienda con esclusione degli straordinari.

8. Il rapporto di lavoro a tempo indeterminato non è l'unica forma di occupazione

Come si è già rilevato il rapporto di lavoro a tempo indeterminato, altrimenti denominato rapporto a tutele crescenti, pur essendo definito solennemente dall'art. 1 del d.lgs. n. 23/2015 la forma comune del rapporto di lavoro, non è affatto l'unica forma di occupazione.

Infatti, l'impresa può avvalersi di diverse forme di occupazione temporanea (contratto a tempo determinato, contratto a tempo parziale involontario, somministrazione di mano d'opera, lavoro occasionale, contratto intermittente, apprendistato, stage) che rendono, nel lavoro privato, il rapporto di lavoro precario quando costituiscono in sequenza le forme di ingresso in azienda da cui deve sottostare il lavoratore in cerca di occupazione.

9. La temporaneità dei rapporti di lavoro e la precarietà del lavoro

E questa situazione di grave incertezza genera, in particolare per coloro

¹⁷ In *Il Sole 24 ore* del 5 ottobre 2020.

che sono alla ricerca di un posto di lavoro o magari a 50 anni hanno perso il posto di lavoro, un notevole disagio che ormai viene generalmente denominato *precarietà*¹⁸.

10. *Dignità del lavoratore e iniziativa economica privata*

A questo punto si tratta di verificare se la precarietà del lavoro costituisca una forma di lesione della dignità del lavoratore.

Ma per rispondere a questa domanda è necessario affrontare il nodo cruciale del rapporto tra principi e valori costituzionali (e soprattutto della loro attuazione) collocati nella prima parte della Costituzione, e mi riferisco ai doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale sanciti dall'art. 2 Cost., il valore della dignità della persona sancito dagli artt. 3 e 4, il diritto alla salute garantito dall'art. 32 e la sicurezza sul lavoro, con il principio della libertà dell'iniziativa economica, sancito dall'art. 41 in tre commi collocato nella parte I, titolo II, relativo ai rapporti economici.

In altri termini si tratta di verificare se i doveri inderogabili dell'art. 2, poiché richiamano i doveri di solidarietà economica dell'art. 41, comma 2, limitino la libertà di iniziativa privata e se la tutela della dignità, come pure la tutela della salute del lavoratore, debbano essere comunque privilegiate di fronte alla libertà di iniziativa economica.

Secondo quanto ha ribadito di recente Proto Pisani¹⁹, l'art. 41 subordina la legittimità dell'iniziativa privata al rispetto del valore della dignità umana e ricorda i suoi tentativi di rileggere le tecniche di tutela storicamente sviluppatesi a tutela del diritto di proprietà, a tutela dei diritti della persona, diritti normalmente a contenuto non patrimoniale, attraverso il ricorso alla tecnica raffinata della denuncia di danno temuto (art. 1172 c.c.).

Viceversa, secondo Persiani l'art. 41, comma 2 realizza un temperamento tra interessi contrapposti²⁰. Questa dottrina, infatti, ha affermato di

¹⁸ F. SCARPELLI, *Le garanzie difficili nei lavori precari*, in P. CURZIO (a cura di), *Il diritto del lavoro contemporaneo*, Cacucci, Bari, 2019.

¹⁹ V.A. POSO, *Ancora oggi in compagnia e a colloquio con il mio Maestro Virgilio Andrioli*. Intervista a Andrea PROTO PISANI, *Giustizia insieme*, 7 novembre, disponibile all'url <https://www.giustiziainsieme.it/it/le-interviste-di-giustizia-insieme/1383-ancora-oggi-in-compagnia-e-a-colloquio-con-il-mio-maestro-virgilio-andrioli?hitcount=0>, 2020.

²⁰ M. PERSIANI, *Diritto del lavoro e autorità dal punto di vista giuridico*, in *Arg. dir. lav.*, 5 (1), 2000, pp. 1-42.

recente che l'attenuazione della norma inderogabile si giustifica in ragione delle esigenze del sistema di produzione capitalistico²¹.

Orbene la tesi del contemperamento sembra a prima vista persuasiva perché in definitiva garantisce un bilanciamento tra interessi contrapposti e tuttavia ad un più approfondito esame non convince.

In primo luogo, perché si tratta di interessi asimmetrici.

In secondo luogo, perché il principio del contemperamento e cioè il bilanciamento è inevitabilmente condizionato da un'economia ormai globalizzata, aggravata da una forte crisi economica come l'attuale.

In altri termini la concorrenza e la conseguente competitività tra le imprese riducendo progressivamente i costi di produzione e tra questi quello del lavoro, spostano inevitabilmente in termini economici il bilanciamento a favore dell'interesse dell'impresa e, di conseguenza, limitano progressivamente le tutele del lavoro. Un risultato analogo è determinato dalla delocalizzazione delle imprese nei Paesi della stessa Unione europea dove il costo del lavoro è più basso e l'imposizione fiscale più leggera.

Pertanto, laddove dovesse prevalere la tesi del contemperamento, le norme costituzionali che garantiscono la solidarietà e la dignità del lavoratore (artt. 2, 3, comma 2, 4 Cost.) non avrebbero alcuna autonoma rilevanza normativa, ma sarebbero semplici dichiarazioni programmatiche e sarebbero inevitabilmente assorbite dal principio del bilanciamento, mentre è vero il contrario, e cioè costituiscono il fondamento del nostro ordinamento costituzionale e delimitano un'area di protezione della dignità del lavoratore, che non può essere valicata dal presunto principio del contemperamento degli interessi contrapposti.

Questa autonoma e preminente rilevanza riconosciuta ai principi soprarichiamati risulta quanto mai opportuna in un periodo di crisi economica perché è agevole constatare che negli ultimi dieci anni il legislatore italiano ha previsto un numero vistoso di contratti temporanei e ha ridotto progressivamente il ricorso alla norma inderogabile che è il vero presidio della tutela della parte debole del rapporto di lavoro e ha quindi limitato sensibilmente l'effettività della tutela della dignità del lavoratore.

Con queste affermazioni non si vuole affatto negare la rilevanza costituzionale della libertà di iniziativa economica, del resto di recente protetta, in occasione del coronavirus, da una iniezione di liquidità senza precedenti. A questo proposito bisogna osservare che i Governi nazionali, anche in armo-

²¹ M. PERSIANI, *Diritto del lavoro e sistema di produzione capitalistico*, in *Riv. it. dir. lav.*, 38 (3), 2019, pp. 279-293.

nia con la politica della Commissione europea, hanno abbandonato i caposaldi della politica dell'Unione europea perché ormai sono diventati indifferibili gli aiuti dello Stato alle economie dei rispettivi Paesi sia nei confronti degli aiuti alle imprese, sia nei confronti dei lavoratori subordinati e parasubordinati con la cassa integrazione e con sussidi nei confronti dei lavoratori autonomi. E alla politica dell'austerità si sta sostituendo una politica keynesiana di aumento della spesa per rilanciare i consumi e gli investimenti con una ingente partecipazione dello Stato anche come azionista fino a qualche mese fa impensabile. Il "Recovery fund" che l'Europa ha destinato all'Italia per un importo di 209 miliardi di euro è la prova di una politica europea più solidale rispetto all'esperienza degli anni passati. E, infine, il Governo in carica sembra avere inaugurato un ritorno ad una politica di concertazione con le parti sociali. Anche se il 16 dicembre 2021 la Cgil e la Uil hanno proclamato uno sciopero generale contro la politica del Governo che non avrebbe attuato sul piano fiscale una vera politica redistributiva.

Chiusa la parentesi, si vuole riaffermare con forza che la solidarietà, la dignità e la salute del lavoratore sono valori non negoziabili e di conseguenza l'art. 41, comma 2 non può essere considerato il fondamento del contemperamento di interessi oltretutto asimmetrici.

Ciò non significa che si debba garantire la tutela del lavoratore attraverso la costituzione coattiva di rapporti di lavoro e scaricare sulle imprese il costo delle tutele dei lavoratori in cerca di prima occupazione e che hanno perso il posto di lavoro. Sarebbe opportuno prevedere norme idonee a contrastare la pratica della sequenza dei contratti temporanei preliminari all'assunzione, e in generale a prevedere tutele per i lavoratori nel mercato e, d'altro lato, prevedere una serie di strutture costituite da personale qualificato che provveda a favorire l'incontro tra domanda e offerta di lavoro attraverso la formazione e riqualificazione dei lavoratori in cerca di prima occupazione o che hanno perso il posto di lavoro e la formazione continua dei lavoratori che hanno un posto di lavoro qualificato. Ma è fin troppo evidente che per risolvere il problema occupazionale lo Stato deve reperire risorse ingenti che, secondo alcuni, possono derivare da un ampliamento del debito pubblico oppure, secondo altri, da una diversa e più equa distribuzione della ricchezza o, ancora, dal contrasto severo all'evasione fiscale. E certamente il contrasto all'evasione fiscale deve colpire anche quelle pratiche diffuse di evasione contributiva e di lavoro irregolare o addirittura di lavoro nero, d'accordo tra le parti, in cui il lavoratore percepisce l'indennità di disoccupazione e il compenso in nero e il datore di lavoro evita il versamento dei contributi.

Dopo queste precisazioni, si può affermare che l'art. 41, comma 2, Cost. non è diretto a contemperare la libertà di iniziativa economica con i diritti

che attengono alla persona del lavoratore, ma consente al legislatore di apporre limiti ai poteri dell'imprenditore. I primi, infatti, proprio perché riguardano la persona del lavoratore non sono comprimibili dalla legge del mercato, o se si preferisce, dalla logica del contemperamento.

Mentre i secondi, e cioè i poteri dell'imprenditore possono essere limitati dalla discrezionalità del legislatore che può modificare nel tempo la frontiera mobile e stabilire limiti di volta in volta diversi a seconda dell'orientamento politico della maggioranza parlamentare e comunque rispettando la garanzia della libertà dell'iniziativa economica.

Come si è già detto, un'agevole conferma di questa tesi si ha avendo riguardo alle normative sul licenziamento: dalla legge del 1966 che ha introdotto il principio della motivazione del licenziamento e il risarcimento come sanzione in caso di licenziamento ingiustificato.

All'art. 18 del 1970 che ha sanzionato il licenziamento ingiustificato e nullo con un'unica sanzione, la reintegrazione, per arrivare al d.lgs. n. 23/2015 che ha reintrodotto il risarcimento in caso di licenziamento privo di giustificato motivo oggettivo, lasciando la reintegrazione nelle ipotesi di licenziamento nullo e discriminatorio e quando il fatto non sussiste in caso di licenziamento per giustificato motivo soggettivo.

Alla nuova disciplina delle mansioni che ammette l'adibizione a mansioni inferiori in determinati casi e al patto di demansionamento che consente al lavoratore di accettare addirittura una categoria inferiore pur di conservare il posto di lavoro.

Ed infine all'art. 4 che ridimensiona i limiti al potere di controllo del datore di lavoro perché può estendersi anche agli strumenti di lavoro come il cellulare e il *tablet*²².

Certamente il processo di progressivo ridimensionamento della norma inderogabile da parte del legislatore potrà continuare legittimamente, salvo l'intervento della Corte costituzionale, ma in quel caso sarà difficile negare che la norma inderogabile diventerà una specie di simulacro, vuoto di contenuto.

In aggiunta alle osservazioni che precedono si può osservare che è indubbio che il diritto del lavoro sia naturalmente connesso alla economia e alla politica non solo nazionale ma anche europea e mondiale, ma questa connessione ha determinato in una parte dei giuslavoristi la convinzione, invero crescente, anche su influsso della crisi di valori che investe l'Unione euro-

²²R. SANTUCCI, *La quarta rivoluzione industriale e il controllo a distanza dei lavoratori tra libertà d'impresa e diritti della persona*, in ID., *L'effettività e l'efficacia del diritto del lavoro*, Giappichelli, Torino, 2021, p. 19 ss. e in part. pp. 45-52.

pea, di una sorta di dipendenza naturale del nostro diritto dalle scelte di politica economica, dimenticando che il diritto del lavoro è strettamente connesso alla tutela di valori e principi sanciti dalla nostra Costituzione che riguardano il lavoratore non solo come contraente debole, ma anche, come ho già rilevato, come persona²³.

La stessa ragion d'essere o se si preferisce la funzione del diritto del lavoro si giustifica rispetto al diritto civile perché il contratto di lavoro riguarda "l'aver per il datore di lavoro e l'essere per il lavoratore"²⁴. Di fronte alla tutela della persona e della sua dignità, per il giurista in genere e per il giurista del lavoro in particolare va ricordato quanto affermava Matteo DELL'OLIO²⁵ che «il valore di fondo del diritto del lavoro ... è quello della libertà e della dignità del lavoratore, la tutela della libertà umana del lavoratore ..., e quindi non può essere annegato, con il pretesto della partecipazione nel diritto commerciale, né con questo, magari con tutto il diritto, nell'economia»²⁶.

Anche MENGONI in una relazione tenuta all'Accademia dei Lincei sui diritti sociali evoca il rapporto tra solidarietà ed economia di mercato. La solidarietà non è tanto «una virtù etica quanto un principio oggettivo che comanda a chi esercita un diritto di libertà di tenere conto anche del bene comune». La solidarietà è «immanente alla giustizia» e, conseguentemente, costituisce una dimensione collettiva degli interessi da tutelare²⁷.

E non si dica che queste sono interpretazioni ideologiche ma sono semplicemente rispettose dei valori della Costituzione italiana.

²³ V. già G. SANTORO-PASSARELLI, *La funzione*, cit., p. 352; v. anche L. GAETA, *Storia (illustrata) del diritto del lavoro italiano*, Giappichelli, Torino, 2020.

²⁴ F. SANTORO-PASSARELLI, *Spirito del diritto del lavoro*, ora in *Saggi di diritto civile*, Jovene, Napoli, 1961, vol. II, p. 1069 ss. e in part. p. 1071.

²⁵ *Intervento in Rappresentanza collettiva dei lavoratori e diritti di partecipazione alla gestione delle imprese*. Atti delle giornate di studio AIDLASS di Lecce 27-28 maggio 2005, Giuffrè, Milano, 2006, p. 390.

²⁶ L'opinione di M. DELL'OLIO è riportata anche da R. DEL PUNTA, *Il diritto del lavoro fra due secoli: dal Protocollo Giugni al decreto Biagi*, in P. ICHINO (a cura di), *Il diritto del lavoro nell'Italia repubblicana*, Giuffrè, Milano, 2008, p. 405, nota 536 e ripresa anche da P. GROSSI, *La grande avventura giuslavoristica*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2009, I, pp. 30-31.

²⁷ L. MENGONI, *I diritti sociali*, in *Arg. dir. lav.*, 1998, 10 con riferimento a J. HABERMAS, *Teoria della Morale*, trad. it., Laterza, Roma-Bari, 1994; ID., *Fondata su lavoro: La Repubblica tra diritti inviolabili e doveri inderogabili di solidarietà*, in *Jus*, 1998, p. 47.