

APPROFONDIMENTI DI DIRITTO DEL LAVORO

a cura di

Roberto Pessi, Giampiero Proia e Antonio Vallebona



G. Giappichelli Editore

Capitolo Primo

DIRITTO DEL LAVORO, MERCATO GLOBALE, NUOVE TECNOLOGIE E ORGANIZZAZIONE DELL'IMPRESA

di *Roberto Pessi e Antonio Dimitri Zumbo* *

Sommario: 1. Crisi economica e globalizzazione. – 2. Spinte economiche e liberismo giuridico. – 3. Social-tipo e interazioni sovranazionali. – 4. L'evoluzione del diritto del lavoro. – 5. La modifica del modello dell'impresa. – 6. La digitalizzazione delle attività produttive. – 7. Nuovi lavori e diseguaglianze sociali – 8. Le prospettive evolutive. – 9. Lavoratori/volontari/consumatori. – 10. Le diverse opzioni regolative. – 11. Le difficoltà qualificatorie. – 12. La definizione di un nucleo duro di garanzie. – 13. I progressi nelle tutele. – 14. La definizione di una disciplina transnazionale.

1. Crisi economica e globalizzazione

Le due ondate depressive del nuovo millennio (l'una connessa alla crisi dei mercati finanziari, l'altra alla più recente pandemia) ripropongono in altra dimensione ed in altro contesto gli effetti della rivoluzione industriale della fine del settecento e degli inizi dell'ottocento. Il rapido progresso di allora fu insieme sommovimento ed infine soppressione dei modelli di Stato preesistenti, nonché di tutti gli equilibri geopolitici; esso generò nuove classi sociali e diverse povertà e produsse conflitti e compromissioni in una dialettica crescente tra libertà di mercato e regolazione.

Ora, da oltre trent'anni, il mondo è entrato in una nuova rivoluzione, la terza, quella tecnologica; essa sta generando conseguenze a tutt'oggi ancora imprevedibili, determinando un forte disequilibrio globale, sovvertendo anzitutto le gerarchie dei capitalismi nazionali.

Ha correttamente osservato Aldo Schiavone come il superamento dell'età industriale abbia dato alle economie dell'occidente una sensazione di leggerezza e di onnipotenza che non avevano mai prima provato. Vengono a cadere «vincoli e confini secolari, che erano parsi insormontabili»¹.

* Sebbene lo scritto sia frutto di riflessioni comuni, sono da attribuire a Roberto Pessi i parr. 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7 e 14 ed ad Antonio Dimitri Zumbo i parr. 8, 9, 11, 12 e 13.

¹ A. SCHIAVONE, *L'Italia contesa. Sfide politiche e egemonia culturale*, Roma-Bari, 2009, p. 52.

La dimensione “astratta” del capitalismo poi investe, non più soltanto il lavoro umano o le merci materiali, ma la stessa «forma del denaro – astrazione dunque di un’astrazione – ridotta a non rappresentare più niente se non una virtualità finanziaria», che ha già inglobato l’essenza dell’economia reale, e quindi si pone «in rapporto unicamente con se stessa, con le sue previsioni e con le sue manovre, in un perenne corto circuito fra innovazione e mercato»².

È stata proprio questa dimensione “fantasmatica” dell’economia che ha travolto lo stesso mito dell’“ordine spontaneo” di von Hayek, perché il paradigma liberista (al di là dell’indifferenza sui costi sociali generati nei periodi, spesso assai prolungati, di riallineamento delle variabili) resta comunque costruito sull’economia reale³. Quest’ultima è stata, infatti, a sua volta soffocata dalla sua astrazione finanziaria e dalla virtualità delle sue strategie speculative, alimentando quell’inarrestabile effetto sismico che ha generato la grande depressione di inizio millennio e che subisce gli effetti negativi ancor più simmetrici della pandemia da Covid-19.

2. Spinte economiche e liberismo giuridico

È indubitabile nel medio periodo il mondo uscirà dalla crisi ed è altresì possibile ipotizzare che nel lungo periodo gli Stati nazionali (o meglio le loro collettività) retrocederanno ricchezza all’economia dei grandi capitali e dal caos si concretizzerà nuovamente “l’ordine spontaneo”.

Ne risulterà, al contempo, una configurazione di funzioni, di poteri e di relazioni, di cui già si percepiscono i prodromi, in cui nuove tecniche, «esse stesse immediatamente sotto forma di merce», e le nuove produzioni «informazioni, conoscenza, servizi», resteranno il motore, inarrestabile ed accelerato, per una persistente mondializzazione dei mercati e dematerializzazione dell’economia e delle imprese⁴.

È però difficile ipotizzare che la nuova economia non continuerà ad esprimere (come già nella rivoluzione industriale) una spinta endogena a liberarsi, ovunque possibile, «di vincoli e di parametri precostituiti» e ad operare «in un terreno massimamente deregolato, per poter imporre i propri ritmi ed i propri contenuti»⁵.

Una direzione che, se è irreversibile, genera peraltro danni sociali crescenti; danni imputabili all’assoluta sottovalutazione della circostanza «che la potenza della macchina» che l’umanità aveva predisposto «era pari alla sua pericolosità» e «le sue pre-

² A. SCHIAVONE, *L’Italia contesa. Sfide politiche e egemonia culturale*, cit., p. 64. Ma sul punto v. anche V. FERRARI, *Una sfida al binomio «libero mercato-democrazia»*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 2008, 4, p. 717 ss.

³ Cfr. H. COLLINS, *The Productive Disintegration of Labour Law*, in «*The Industrial Law Journal*», 1997, pp. 295 ss.; R. DAHRENDORF, *Per un nuovo liberalismo*, Roma-Bari, 1988, p. 124.

⁴ M. DEAGLIO, *Il lavoro industriale in un mondo capovolto: interrogativi e sfide*, in *Quad. soc.*, 2008, n. 46, p. 84.

⁵ Sul tema v. B. HEPPLER, *Diritto del lavoro, disuguaglianza e commercio globale*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 2003, p. 27 ss.

stazioni non minori dei suoi rischi»⁶. In altre parole è ancora il mito dell'«ordine spontaneo» di von Hayek che ha condotto alla colpevole sopravvalutazione «della capacità autoregolatrice dell'insieme dei processi che si erano innescati» una volta abbandonati alla loro operatività incontrollata⁷.

Qui si innesta, tuttavia, l'interrogativo se il controllo risulti realizzabile, laddove la sovranità nazionale sembra impossibilitata (come evidenziano le risposte alla crisi) a reazioni effettive nei confronti degli oligopoli mondiali espressi dal sistema finanziario e dalle multinazionali⁸.

3. Social-tipo e interazioni sovranazionali

È comprensibile che i diversi saperi (dall'economia alla sociologia, dalla filosofia, alla politica al diritto) tentino di comprendere, da diversi angoli di visuale, il senso e l'insegnamento che viene dalle criticità occorse dell'ultimo ventennio, nonché i rimedi e le soluzioni perché il fenomeno non venga a ripetersi (specie nei suoi effetti sul benessere sociale).

Ed è naturale che dinnanzi alla medesima sfida i saperi tendano ad influenzarsi vicendevolmente ed a mostrare rilevanti convergenze e sovrapposizioni. Certo è però che nella nostra materia persistono tutte le difficoltà peculiari di una scienza che, assiologicamente orientata alla tutela della persona e del lavoro, sconta ben più di tutte le altre gli effetti disaggreganti della crisi economica globale. Una materia che oltretutto aveva già conquistato nel suo paradigma fondativo un bilanciamento con l'impresa e con la sua dimensione economica.

Già nel disegno codicistico la nozione di subordinazione esprimeva un social-tipo di organizzazione del lavoro e di attività produttiva (identificato nell'impresa fordista a struttura piramidale e gerarchica), in cui si contestualizzava l'esigenza di imputare uno statuto protettivo connotato dall'inderogabilità ed abilitato a limitare l'esercizio dei poteri privati dell'imprenditore (con la tecnica della sostituzione automatica della clauseole più favorevoli imposte dalla legge ovvero prodotte dall'autonomia collettiva)⁹.

⁶ R. REICH, *Supercapitalism. The Trasformation of Business, Democracy and Every-day, Life Alfred A. Knopf*, New York, trad. it., *Supercapitalismo. Come cambia l'economia mondiale e i rischi per la democrazia*, Roma, 2008, p. 125.

⁷ A. SCHIAVONE, *L'Italia contesa. Sfide politiche e egemonia culturale*, cit., 2009, p. 80.

⁸ Sul tema v. F. MARRELLA, *La nuova lex mercatoria tra controversie dogmatiche e mercato delle regole. Note di analisi economica del Diritto dei contratti internazionali*, in *Sociologia del Diritto*, 2005, p. 249 ss.; nonché ID., *La nuova lex mercatoria. Principi Unidroit e usi dei contratti del commercio internazionale*, in *Trattato del Diritto commerciale*, diretto da F. Galgano, Padova, 2003.

⁹ M. MAGNANI, *Il diritto del lavoro e le sue categorie. Valori e tecniche nel diritto del lavoro*, Padova, 2006; vedi, anche, sul punto G. PROIA, *A proposito del diritto del lavoro e delle sue categorie*, in *Arg. dir. lav.*, 2008, p. 1204 e A. PERULLI, *Razionalità e proporzionalità nel diritto del lavoro*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 2005, pp. 3-4.

V'è quindi più di una ragione perché, pur prospettandosi come maturi i tempi per una revisione del paradigma fondativo, non si evidenzino condivisioni in ordine ai percorsi da intraprendersi ovvero si contestino gli stessi presupposti per una revisione del modello regolativo.

E, d'altro canto, le variabili in gioco sono numerose, complesse e spesso contrastanti. Per un verso, esse attengono ai contesti normativi in cui dovrebbe collocarsi qualsiasi revisione dell'assetto regolativo; primi fra tutti la Costituzione repubblicana e l'Ordinamento europeo. Per l'altro, esse interessano l'oggetto dell'operazione di rivisitazione della disciplina, cioè il lavoro, che tende, anche sotto il profilo organizzativo, non solo a delocalizzarsi (e quindi a sfuggire alla effettività del processo regolativo), ma anche a dematerializzarsi (e quindi ad assumere identità cangianti, sempre più estranee ad un minimo denominatore comune)¹⁰.

4. L'evoluzione del diritto del lavoro

È pensiero condiviso che il diritto del lavoro (assai più, e molto diversamente da altre discipline) si sia venuto formando nel primo trentennio repubblicano in stretto contatto con il dettato costituzionale che esprime un modello di società («il Sozialer Reechtstaat già agognato dalla socialdemocrazia degli anni 20») fondato sulla centralità del lavoro¹¹.

Sono queste premesse che hanno portato la materia a concentrarsi sulle tensioni generate tra l'eguaglianza formale del contratto e la disuguaglianza sostanziale dei poteri dei contraenti (riflesso della differenza "socio-antropologica" tra lavoro e proprietà), nonché insieme sulle condizioni del prestatore d'opera segnate dalla subalternità e dall'eterodirezione.

Da qui un percorso normativo finalizzato a concretizzare l'eguaglianza sostanziale e dinamica di matrice costituzionale, riequilibrando le asimmetrie delle situazioni soggettive nel rapporto di lavoro, anche attraverso lo sviluppo di un welfare (soprattutto previdenziale) incisivo e diffuso¹². Un percorso segnato da due grandi linee di intervento: quella della limitazione dei poteri imprenditoriali e della procedimentalizzazione-controllo del loro esercizio; nonché quella della valorizzazione dell'autonomia privata collettiva, sia in chiave di contro-potere sindacale, che in chiave di partecipazione negoziale alla produzione normativa ed alla politica dei redditi¹³.

¹⁰ Cfr. R. DEL PUNTA, *L'economia e le ragioni del diritto del lavoro*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 2001, p. 3 ss.

¹¹ V. sul punto G. TEUBNER, *Juridification, Concept, Aspects, Limits, Solutions*, in G. TEUBNER, *Juridification of Social Spheres*, Berlin-New York, 1987.

¹² Per una complessiva analisi sul tema sia consentito rinviare alla ricostruzione storica presente nei primi quattro capitoli di R. PESSI, *Lezioni di diritto della previdenza sociale*, Padova, 2018. Cfr. anche a G. PROSPERETTI (a cura di), *Un nuovo welfare per la società post-industriale*, Torino, 2008.

¹³ Cfr. sul tema T. TREU, *Diritto del lavoro: discontinuità e interdipendenze*, in *Arg. dir. lav.*, 2005, pp. 27 ss.; L. MARIUCCI, *Dove va il diritto del lavoro? Le relazioni collettive e individuali di lavoro*, in *Lav. e dir.*, p. 259.

Ma ancora da qui l'inevitabile conflitto con l'ordinamento europeo che si era e si è concretizzato in un modello del tutto diverso da quello immaginato dai suoi lontani ispiratori, tutto centrato sulla creazione di un mercato transnazionale (in cui sia garantita la massima libertà di circolazione di capitali, di uomini e di merci) e sulla promozione di un'economia tutta orientata alla concorrenza¹⁴.

In realtà, nella nostra materia, la percezione a livello nazionale di questa latente conflittualità tra i valori costituzionali ed il modello europeo tarda a maturarsi. Il sistema produttivo, per lungo tempo protetto dal succedersi di svalutazioni competitive, ha continuato a riproporre l'ipotesi che il diritto del lavoro potesse vivere in un orizzonte nazionale autoconcluso, proiettandosi oltre i confini solo per esportare i risultati normativi più virtuosi quanto al riequilibrio delle asimmetrie di poteri, ovvero per acquistare dal supermarket comunitario qualche spezzone di prodotto normativo che (isolato dal contesto e blindato in chiave unidirezionale dalla clausola di non regresso) potesse arricchire un assetto regolativo già di per sé autosufficiente.

Sarà invece l'ingresso nella zona Euro a disvelare tutte le contraddizioni; l'effetto, accelerato dalla rivoluzione tecnologica e dai processi di allargamento dell'Unione europea, porterà all'accentuazione della delocalizzazione produttiva (e non solo di quella manifatturiera) indotta dalla concorrenza tra ordinamenti.

L'Italia è venuta così a pagare il costo sociale più elevato proprio perché il suo diritto del lavoro aveva compiuto il percorso più virtuoso nella tutela del prestatore d'opera. E, d'altro canto, la tendenza ad una "risocializzazione" dell'Unione europea, salvo gli interventi emergenziali da ultimo adottati in occasione della pandemia (che hanno addirittura accelerato l'adozione di uno schema di direttiva sul salario minimo), è risultato, sul piano delle fonti istitutive, assai flebile come confermano i debolissimi segnali offerti dall'accordo sulla politica sociale allegato al Trattato di Maastricht e dalla Carta di Nizza.

Ma vi è ancora di più; la globalizzazione dell'economia ed il trionfo della *lex mercatoria* evidenziano il governo planetario delle multinazionali (che allocano il fattore lavoro nei Paesi a welfare deboli ovvero inesistenti) e del mercato, che giudica i titoli di debito pubblico emessi dagli Stati e ne determina anche la bancarotta sovrana.

Le riflessioni sul diritto del lavoro condotte all'interno di una dimensione nazionale, ovvero anche comunitaria, si fanno quindi così oggi sempre più relative, se non del tutto sterili.

5. La modifica del modello dell'impresa

Si è correttamente parlato¹⁵, peraltro, del lavoro che cambia, non tanto in ragione del mutamento "nel modo di lavorare", quanto in ragione del diverso modo in cui le

¹⁴ V. sul tema G. GAROFALO, *Unità e pluralità del lavoro nel sistema costituzionale*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 2008, pp. 33-34.

¹⁵ V. A. ACCORNERO, *Il lavoro che cambia, dopo la classe*, in *Quad. rass. sind.*, n. 1, 2009, p. 7 ss.

imprese si sono ristrutturate e riorganizzate per produrre un'offerta personalizzata. Cambia, quindi, anche il lavoro nella manifattura dove lo "smagrimento-snellimento", della fabbrica ha tolto visibilità all'identità operaia, che era affidata all'effetto-massa della "cittadella" ovvero della "fortezza".

Ne risulta spiazzata tutta la rappresentazione del lavoro e dei lavoratori propria della socialdemocrazia classica, cioè l'inevitabile predominio delle economie di scala e quindi la convinzione della marginalità delle "classi" dei contadini, dei commercianti, degli artigiani; una rappresentazione che aveva assunto, in ragione della premessa errata, come unico referente la classe operaia, neutralizzando lo sfiorire della manifattura con la crescita degli "operai dei servizi".

Ma ne risulta spiazzato anche ogni riferimento ordinamentale; perché il postfordismo porta con sé un "capovolgimento dell'industria mondiale", laddove il prodotto dei Paesi in via di sviluppo raggiunge e supera quello dei Paesi sviluppati¹⁶.

Insomma è un mondo del tutto nuovo quello con cui il diritto del lavoro deve confrontarsi: nuovi lavori manuali connotati da etero direzione, debolezza e rischio a cui mancano "i tratti nobili dell'operaio in tuta blu"; figure nuove "di quasi-autonomia o di quasi-dipendenza", più forti o più deboli, ma che necessitano di una rappresentanza¹⁷.

6. La digitalizzazione delle attività produttive

Il tema affrontato nei paragrafi che precedono è reso assai più complesso dagli effetti che si stanno determinando sul mercato del lavoro a seguito della digitalizzazione delle attività produttive (ed i connessi riflessi sulle matrici organizzative delle imprese).

La questione non è aliena al legislatore, tanto tenendo in considerazione gli interventi manutentori che hanno avuto ad oggetto la norma sulle c.d. collaborazioni organizzate di cui all'art. 2 del d.lgs. n. 81/2015¹⁸, quanto, soprattutto, considerando la legge n. 81/2017, che prevede una regolamentazione specificamente dedicata allo «*smart*

¹⁶ Cfr. M. DEAGLIO, *Il lavoro industriale in un mondo capovolto: interrogativi e sfide*, cit., p. 21.

¹⁷ Cfr. A. ACCORNERO, *Il lavoro che cambia, dopo la classe*, cit., p. 12.

¹⁸ Ed infatti il d.l. n. 101/2019 ha delineato un regime speciale a favore dei «lavoratori autonomi che svolgono attività di consegna di beni per conto altrui, in ambito urbano e con l'ausilio di velocipedi o veicoli a motore ... attraverso piattaforme anche digitali» sul cui contenuto si rinvia, tra gli altri, a A. PERULLI, *Il diritto del lavoro "oltre la subordinazione": le collaborazioni etero-organizzate e le tutele minime per i riders autonomi*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT, n. 410/2020; ID., *La nuova definizione di collaborazione organizzata dal committente. Note al d.lgs. n. 81/2015*, 2019, I, p. 163; F. CAPPONI, *Lavoro tramite piattaforma digitale: prima lettura del d.l. n. 101/2019 convertito in l. n. 128/2019*, in *Dir. rel. ind.*, 2019, p. 1231; S. D'ASCOLA, *Convertito in legge il decreto che tutela i platform workers: ecco le principali novità*, in *Labor*, 11 novembre 2019; G. CAVALLINI, *La "carica" del decreto 101: le nuove regole per la gig economy mettono alla prova le piattaforme di food delivery (e non solo)*, in *Sintesi*, novembre 2019, 8. In generale sul lavoro nell'ambito delle piattaforme digitali cfr. V. MAIO, *Il lavoro per le piattaforme digitali tra qualificazione del rapporto e tutele*, in *Arg. dir. lav.*, 2019, p. 3; R. DIAMANTI, *Il lavoro etero-organizzato e le collaborazioni coordinate e continuative*, in *Dir. rel. ind.*, 2018, p. 1.

working» (artt. 18-24); quest'ultimo in verità già utilizzato da molte imprese anteriormente all'adozione del provvedimento legislativo appena citato, tanto da essere stato già oggetto della contrattazione collettiva, di indicazioni delle parti sociali e di interventi promozionali quanto al suo utilizzo nell'ambito degli accordi aziendali o territoriali sul salario produttività¹⁹.

La legge, del resto, si è fatta carico anche di introdurre «misure per la tutela del lavoro autonomo non imprenditoriale», prendendo atto della «sempre più diffusa condizione di debolezza economica dei lavoratori autonomi e dei professionisti, il cui profilo spessissimo non corrisponde più nemmeno lontanamente al social-tipo del lavoratore “forte”, che si contrappone al lavoratore dipendente “debole” e bisognoso di protezione» (come d'altro canto evidenziato in modo dirompente dagli effetti prodotti dalla pandemia)²⁰.

¹⁹ Vedi L. FIORILLO, A. PERULLI, a cura di, *Il jobs act del lavoro autonomo e del lavoro agile*, Torino, 2017; in particolare il saggio di R. FIORILLO, *Il lavoro agile: continua il processo di ridefinizione del diritto del lavoro*, nonché quello di G. PROIA, *L'accordo individuale e le modalità di esecuzione e di cessazione della prestazione di lavoro agile (art. 18, comma 1, e art. 19)*; M. LAMBERTI, *L'accordo individuale e i diritti del lavoratore agile: il trattamento economico e normativo, il diritto alla sconnessione, alla formazione e alla certificazione delle competenze (art. 19, seconda parte comma 1 e art. 20)*; S. MAINARDI, *Il potere disciplinare e di controllo sulla prestazione del lavoratore agile (art. 21)*. Per alcune problematiche specifiche nel volume sono anche pubblicati i saggi di R. PESSI, R. FABOZZI, *La responsabilità del datore di lavoro sul funzionamento degli strumenti tecnologici assegnati al lavoratore agile e in materia di salute e sicurezza (art. 18, comma 2, artt. 22 e 23, commi 1 e 2)*; M. GAMBACCIANI, *Lavoratore agile e infortunio in itinere (art. 23, comma 2)*; V. TALAMO, *Il lavoro agile e la Pubblica Amministrazione (art. 18 comma 3)*. Vedi anche, tra i primi commenti “a caldo”, M. PERUZZI, *Sicurezza e agilità: quale tutela per lo smart worker?*, in *Diritto della sicurezza del lavoro*, 2017, n. 1, p. 1; L'autore richiama quanto ai prodotti dell'autonomia collettiva, E. DAGNINO, P. TOMASSETTI, C. TOURRES, *Il “lavoro agile” nella contrattazione collettiva oggi*, in *WP ADAPT*, n. 2/2016; quanto alle indicazioni delle parti sociali, Assolombarda, *Indicazioni per la gestione degli aspetti di salute e sicurezza legati al “lavoro agile/smart working”*, dispensa n. 1/2015 www.assolombarda.it; quanto alle agevolazioni fiscali l'art. del d.m. 25 marzo 2016, in attuazione dell'art. 1, comma 188, legge n. 208/2015.

²⁰ Vedi L. FIORILLO, A. PERULLI (a cura di), *Il jobs act del lavoro autonomo e del lavoro agile*, cit., ed in particolare i saggi di A. PERULLI, *Un nuovo statuto per il lavoro autonomo: O. RAZZOLINI, L'ambito di applicazione (art. 1)*; A. PERULLI, *La tutela del lavoro autonomo nelle transazioni commerciali e i ritardi di pagamento (art. 2), le clausole e le condotte abusive (art. 3, commi 1-3), il divieto di abuso di dipendenza economica (art. 3, comma 4)*; R. SALOMONE, *Deleghe al governo in materia di atti pubblici rimessi alle professioni organizzate in ordini e collegi, sicurezza e protezione sociale e procedure di adozione (artt. 5, 6, 16)*; A. ALLAMPRESE, *La stabilizzazione ed estensione della dis-coll per i co-co-co (art. 7)*; di L. TOSI, A. VIOTTO, *Le disposizioni fiscali (art. 8, commi 1, 2, 3)*, M.-L. VALLAURI, *Le disposizioni sociali: congedi parentali e malattia (art. 8, commi 4.-11)*; L. TOSI, A. VIOTTO, *Deducibilità delle spese e accesso del lavoratore autonomo alla formazione permanente (art. 9)*; A. ALLAMPRESE, *L'accesso alle informazioni sul mercato e i servizi di orientamento e riqualificazione del lavoratore autonomo (art. 10)*; di P. PASCUCCHI, *Delega al governo per semplificazione normativa in tema di salute e sicurezza degli studi professionali (art. 11)*, M. MONTINI, *Informazioni e accesso agli appalti pubblici e ai bandi (art. 12)*; di G. GOTTARDI, *L'indennità di maternità (art. 13)*, M.L. VALLAURI, *La tutela della gravidanza, della malattia e infortunio (art. 14, commi 1 e 3) e la facoltà di sostituzione della lavoratrice autonoma in caso di maternità (art. 14, comma 2)*; A. PERULLI, *Le modifiche all'art. 409 c.p.c. (art. 15)*; R. DEL PUNTA, *Tavolo di confronto permanente sul lavoro autonomo (art. 17)*.

Questo quadro, che sostanzialmente vede la nostra materia sempre più lontana dalle sue coordinate tradizionali, si aggrava se il tema del lavoro e della precarietà viene ad essere analizzato da un ulteriore angolo prospettico, quello dell'«ampio pulviscolo di attività emergenti nell'ecosistema digitale», dove il lavoro appare intrinsecamente «instabile, discontinuo e frammentario», sia quando «imposto come tale» dalle infrastrutture tecnologiche, sia quando «consapevolmente offerto dal *web worker*» con tali modalità, così da richiedere «un nuovo modo di pensare l'individuale e il collettivo»²¹.

Tutto ciò ci riporta al problema del futuro del lavoro, o meglio del «lavoro dignitoso». Mentre, infatti, la prospettiva di un lavoro unico per tutta la vita è già divenuta «obsoleta», il futuro sembra proiettarsi verso una società in cui si affermeranno sempre più forme di lavoro «ancora più flessibile, di breve e transitoria durata»²².

D'altro canto, i nuovi circuiti di comunicazione digitale appaiono in sé attrattivi²³, allentando, anche sul piano dell'organizzazione dell'impresa, gli stessi «confini tra produttori e consumatori sino a confonderli o sovrapporli», anche se nascondono «innumerevoli ambivalenze», muovendosi sul crinale sottilissimo che «separa una nuova opportunità dal suo esatto contrario»²⁴.

7. Nuovi lavori e diseguaglianze sociali

Di fatto, lo scenario appena descritto mette ancora più in difficoltà «il contratto sociale» che l'Organizzazione Internazionale del Lavoro ha sempre promosso come fon-

²¹ P. TULLINI, *Digitalizzazione dell'economia e frammentazione dell'occupazione. Il lavoro stabile, discontinuo, informale: tendenze in atto e proposte d'intervento*, in *Riv. giur. lav.*, 2016, n. 4, p. 748, con la conseguente difficoltà di cogliere i «punti di riferimento essenziali per una corretta qualificazione» e per «l'individuazione di uno statuto giuridico appropriato». L'autrice segnala come «il dato di realtà consegnato dalle analisi empiriche» (richiamando C. CODAGNONE et al., *The future of work in the «sharing economy». Market efficiency and equitable opportunities or unfair precarisation?*, in *JRC science for policy report*, 2016, p. 53 ss.), evidenza che «il lavoro virtuale sembra riguardare specialmente le fasce dei giovani (con elevato livello di scolarità) e delle donne: i primi, perché già entrati nella platea dei «nativi digitali»; le seconde, perché potenzialmente più interessate agli spazi di flessibilità e di conciliazione conseguiti dal lavoro sul web».

²² F. D'OVIDIO, *Il lavoro che verrà*, in *Riv. giur. lav.*, 2016, n. 4, p. 698 ss., qui p. 703.

²³ E. RISI, E. ARMANO, *Introduzione. Traiettorie, forme e processi del lavoro emergente*, in *Sociologia del diritto*, 2014, n. 133, p. 1 ss., che osservano come la rete consenta di superare distinzioni prima invalicabili, tra produzione e tempo libero, personale e virtuale, remunerazione e gratificazione.

²⁴ P. TULLINI, *Digitalizzazione dell'economia e frammentazione dell'occupazione*, cit., p. 749. Osserva D. GAROFALO, *Lavoro, impresa e trasformazioni sociali*, cit., p. 83 come questa nuova economia fondata sul digitale, sulla rete, sugli algoritmi viene descritta con espressioni diverse: «*sharing economy*», «*peer to peer economy*», «*collaborative economy*», «*platform economy*», «*gig economy*», «*on demand economy*». «Ciascuna di queste espressioni mette in evidenza un aspetto, una caratteristica peculiare che porta ad enfatizzare o valorizzare alcuni effetti piuttosto che altri». Quella che meglio esprime il richiamo di Patrizia Tullini al «mercato del lavoro parallelo» è secondo Domenico Garofalo l'espressione «*platform economy*», citando in proposito J. DRAHOKOUPIL, B. FABO, *The sharing economy that is not: shaping employment in platform capitalism*, in *Social Europe.eu*, 26 luglio 2016.

damento di uno stato democratico finalizzato alla giustizia sociale. Orbene, se in termini economici, questo contratto ideale è composto da forte produttività, pieno impiego, crescita economica, libera iniziativa e protezione sociale, di fatto la concretizzazione di questa formula, che in passato aveva segnato rilevanti progressi, ora sconta vistosi arretramenti, sussistendo, infatti quattro «forze che spingono in suo sfavore: l'ineguaglianza, la globalizzazione, la tecnologia, l'informalità»²⁵.

Anche questo appare essere uno dei frutti della rivoluzione del modello economico, «che utilizza le piattaforme digitali per funzionare», nella quale, peraltro, in forza dello sviluppo tecnologico e della digitalizzazione, non vi è più al centro del sistema la “fabbrica”, neppure nella “versione industria 4.0”, ma «un software, un'applicazione o *app* fondata su algoritmi che, tramite la rete e l'*internet of things*, mette in contatto produttori e consumatori, consumatori tra loro, produttori tra loro»²⁶.

Malgrado ciò, non si registrano ancora diffusi allarmi sociali, perché ad oggi nell'economia globalizzata convivono ancora modelli arcaici di produzione, ispirati ancora all'era fordista, nonché aree geografiche caratterizzate dal permanere della sola produzione agricola come unico elemento di sussistenza.

In effetti, il pluralismo diffuso e diseguale determina reazioni contrastanti ed ambigue, connesse, sia al cumulo in uno stesso soggetto di differenti ruoli lavorativi, sia all'esistenza di «molti casi di pluriattività»²⁷.

Il quadro è ulteriormente reso complesso dal conflitto di interessi che si determina tra il consumatore, quando lo stesso trae rilevanti benefici da un nuovo servizio reso tramite piattaforma, ed il lavoratore *standard*, autonomo o subordinato, che contestualmente si trova a fronteggiare una nuova tipologia di concorrenza, connotata dal connubio tra materialità ed immaterialità. Il caso più emblematico è quello di Uber, una piattaforma tecnologica che «non serve solo a mettere in contatto soggetti diversi,

²⁵ F. D'OVIDIO, *Il lavoro che verrà*, cit., pp. 706-708. Lo stesso Autore ricorda che la *World Commission for the social dimension of globalisation* (nel suo studio, *A fair globalisation*, Ginevra, 2004) ha fatto appello ad “un nuovo contratto sociale”, la cui formula dovrebbe essere un «rinnovato impegno al dialogo sociale nella formulazione delle politiche economiche e di impiego, il riconoscimento che il bisogno di maggior efficienza e produttività deve essere bilanciato con il diritto dei lavoratori a una maggiore sicurezza e a opportunità più eque», nella convinzione che la collaborazione tra capitale e lavoro produca risultati più significativi e stabili rispetto ai tagli del costo del lavoro e del *welfare* ed al ricorso alla deregulation.

²⁶ D. GAROFALO, *Lavoro, impresa e trasformazioni organizzative*, cit., p. 84. In proposito, G. BRONZINI, *L'agenda europea sull'economia collaborativa. Much ado about nothing?*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2016, n. 4, III, p. 259 ss., qui, p. 262 nota come «tra i tanti termini che sono stati sin qui utilizzati per descrivere fenomeni per lo più coincidenti come *economy on demand*, *digital economy*, *crowd economy*, *gig-economy*, *sharing-economy* si è utilizzato il termine di economia collaborativa (*collaborative economy*) forse perché l'aggettivo “*collaborative*” è sembrato meno impegnativo di “*sharing*” (che è senz'altro quello più in voga) visto che i ritorni in termini di profitto delle principali piattaforme certamente non sono condivisi, il che ha generato ironia sull'ipotetica condivisione».

²⁷ P. TULLINI, *Digitalizzazione dell'economia e frammentazione dell'occupazione*, cit., p. 750, la quale nota, peraltro, come il lavoratore della rete non cerchi «necessariamente un inquadramento classico né una disciplina standard né una protezione sindacale che lo metta al riparo dal rischio della precarietà».

che offrono e cercano un servizio», ma che «costituisce una vera e propria organizzazione imprenditoriale che fornisce, essa stessa, servizi»²⁸.

Tutti questi fenomeni producono un andamento della società ondivago e schizofrenico, laddove la rete amplifica l'effetto disgregativo in atto nella collettività, creando mondi interconnessi solo per via digitale, nonché mettendo in crisi gli stessi modelli tradizionali di rappresentanza sindacale e politica. E, d'altro canto, il mondo virtuale consente, ed anzi agevola pratiche simulatorie, funzionali all'elusione delle regole, anche in materia di *status* protettivi dei consumatori e dei lavoratori. Si può dire così che la tecnologia, se abbate i costi di intermediazione e di organizzazione, generando produttività e benessere, crea anche schemi che appannano la trasparenza, favorendo opportunismi e diseguaglianze. Volendo dettare una sintesi si è detto, correttamente, «c'è molto lavoro tradizionale che si avvale utilmente della tecnologia e c'è molto lavoro tradizionale che, viceversa, ne è disgregato»²⁹.

8. Le prospettive evolutive

Nel panorama internazionale si confrontano sul tema due scuole di pensiero profondamente diverse: la prima apertamente pessimistica, secondo la quale l'exasperazione del libero mercato, accelerando gli investimenti in tecnologia, produrrà un'ulteriore frammentazione del lavoro ed una sua rarefazione, quale effetto dell'assolutizzazione dei processi produttivi automatizzati, nei paesi a capitalismo maturo, con l'aggravante dell'aumento dei contesti in cui, anche per l'andamento demografico, risulterà crescente il bisogno di "creare sempre più posti di lavoro" per un sottoproletariato agricolo alla ricerca di mero sostentamento³⁰. La seconda, moderatamente ottimistica, che guarda all'innovazione tecnologica come ad un fenomeno capace di creare nuovi impieghi, compensativi di quelli perduti, nonché nuovi beni e nuovi servizi, generatori di nuove esi-

²⁸ D. GAROFALO, *Lavoro, impresa e trasformazioni organizzative*, cit., p. 87; il virgolettato nel testo riporta la citazione che Domenico Garofalo fa della sentenza del Giudice del lavoro di Londra (Employment Tribunal) del 28 ottobre 2016. E poi aggiunge «la questione è proprio questa» ovvero capire se queste piattaforme (e quindi Uber, Just eat, Foodora, Airbnb, Task Rabbit, Amazon Mechanical Turk, Leticogne.net, etc.), che operano attraverso algoritmi, «svolgono un mero servizio di intermediazione tra domanda e offerta oppure anche il servizio sottostante e, conseguentemente, se possono essere considerati datori di lavoro o quantomeno committenti dei lavoratori che lavorano tramite le citate piattaforme».

²⁹ P. TULLINI, *Digitalizzazione dell'economia e frammentazione dell'occupazione*, cit., pp. 749-750 che segnala ulteriori fenomeni distorsivi nell'ambito dell'economia collaborativa come la «creazione di sistemi informatici impersonali capaci di raccogliere e organizzare le tracce spontaneamente prodotte dagli users, destinandole al mercato» ovvero la proliferazione dei siti «di sondaggi, concorsi a premi ed esercizi ludici che promettono, in cambio di alcune microattività, ricompense o altri vantaggi (sconti e bonus)».

³⁰ F. D'OVIDIO, *Il lavoro che verrà*, cit., p. 707 riporta qui la visione pessimistica di M. FORD, *The rise of the robots: technology and the threats of jobless future*, New York, 2015 e di C.B. FREY, *Project syndicate. Creative destruction at work*, Oxford, 2016, secondo i quali l'automazione e la frantumazione del sistema produttivo perdureranno e si accentueranno nel prossimo futuro.

genze produttive per nuovi consumi, e di determinare una migliore conciliazione dei tempi di vita, che si ampliano, e quelli di lavoro (che si restringono)³¹, scontando, peraltro, una crescita delle disuguaglianze quanto alle *capabilities* tra i prestatori d'opera ad alte competenze, *the skilled*, e quelli della logistica di supporto, *the unskilled*³².

È indubbio che qualsivoglia scuola di pensiero si voglia seguire «la sfida è quella di pensare a quali nuove forme prefigura una società digitalizzata», distinguendo, peraltro, i fenomeni più agevolmente controllabili, perché non disgiunti troppo dal passato, come lo *smart working*, di cui si è già detto³³, da fenomeni come «il *crowdwork* basato su piattaforme digitali che sostituiscono la forza lavoro stabile con una “folla” indistinta di lavoratori»³⁴.

9. Lavoratori/volontari/consumatori

La realtà è che si è fatta molta confusione sul concetto di *sharing economy*, seguendo la prospettazione di Jeremy Rifkin e sul suo “*collaborative commons*”, che pone l'accento sulla condivisione senza un profitto di conoscenze e di opportunità da parte dei *presumers*, definiti “imprenditori sociali”³⁵.

³¹ M. BARBERA, *L'idea di impresa. Un dialogo con la giovane dottrina giuslavorista*, in A. PERULLI (a cura di), *L'idea del diritto del lavoro, oggi. Un ricordo di Giorgio Ghezzi*, Padova, 2016, p. 671 ss., che richiama Andrew McAfee e Erik Brynjolfsson, *The second machine age: work, progress and prosperity in a time of brilliant technologies*, New York, 2014; tr. it.: *La nuova rivoluzione delle macchine. Lavoro e prosperità nell'era tecnologica trionfante*, Milano, 2015). Per una particolare attenzione al lavoro di E. Brynjolfsson e di A. McAfee, vedi anche L. NOGLER, *Tecnica e subordinazione nel tempo della vita*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 2015, p. 337; B. CARUSO, *Il contratto a tutele crescenti. Variazioni sul tema*, in *WP C.S.D.L.E. “Massimo D'Antona”*.IT, n. 165/2015.

³² M. BARBERA, *L'idea d'impresa. Un dialogo con la giovane dottrina giuslavorista*, cit., 687: è chiaro che «i vincenti di questa “seconda era della macchina” saranno i consumatori che si troveranno nella condizione di acquistare una gamma più ampia di prodotti e servizi di migliore qualità a prezzi più bassi», nonché «coloro che creano e finanziano le nuove macchine e sono in grado di utilizzarle al meglio e ottenerne vantaggi competitivi». Ma vi saranno anche dei perdenti: «il processo non porterà solo nuova ricchezza, ma anche nuove disuguaglianze e la distruzione di molti posti di lavoro».

³³ M. BARBERA, *L'idea d'impresa. Un dialogo con la giovane dottrina giuslavorista*, cit., p. 686, che, appunto, precisa come non tutte le forme di lavoro a distanza sono simili: «autonomia, continua interazione tra lavoratori e datori di lavoro e tra lavoratori stessi, cooperazione e lavoro di gruppo, garanzia di una permanenza parziale nei luoghi normali di lavoro, sono tutti elementi che differenziano alcune forme di cosiddetto “lavoro agile” messo in atto nelle imprese *hi-tech* del telelavoro tradizionale» nelle quali, peraltro, i lavoratori possono trovarsi di fronte a “perdita di socialità” e “ritmi di lavoro pressanti”».

³⁴ M. BARBERA, *L'idea d'impresa. Un dialogo con la giovane dottrina giuslavorista*, cit., p. 685. Lavori sostanzialmente svolti da soggetti definiti solo affidati ad un gruppo indefinito di persone impegnate in compiti (di norma mal pagati e mal tutelati) offerti attraverso una piattaforma digitale, sotto forma di un invito aperto (gli esempi più famosi sono le piattaforme *Clickworker*, *Amazon*, *Mechanical Turk* e *Uber*).

³⁵ J. RIFKIN, *La società a costo marginale zero*, Milano, 2014, pp. 30 e 317-421. Come nota D. GAROFALO, *Lavoro, impresa e trasformazioni organizzative*, cit., 83 «in questo contesto qualunque soggetto, in qualunque parte del globo, dotato di un dispositivo mobile (banalmente solo uno *smartphone*) può essere contemporaneamente consumatore e produttore di beni/fornitore di servizi». Domenico Garofalo cita S.

E, peraltro, si è anche trascurato di affrontare il problema, ancor più critico, dei «*tap workers*», cioè i lavoratori “alla spina” della *gig economy*, per i quali emerge prepotentemente il problema dello “sgretolamento” dei confini tra tempi di vita e di lavoro³⁶; e ciò mentre si affacciano sui nuovi «*digital gallery slaves*», cioè «gli schiavi delle “galere digitali”» ed i «*data janitors*», cioè i «bidelli dei dati»³⁷.

La realtà è che le troppe ambivalenze e le diverse ambiguità non consentono più di rimuovere o accantonare un intervento ricostruttivo del confine tra produttore e consumatore, spesso artatamente sovrapposto in chiave mimetica, nonché della distinzione tra il lavoratore dipendente ed il collaboratore volontario, c.d. *sharer*. In altre parole si tratta di superare tutta la retorica sull’economia collaborativa, andando a verificare le differenti connotazioni delle varie ipotesi di interazione e condivisione attraverso la rete³⁸; forse accentuando come unica ipotesi genuina, e quindi priva di finalità simula-

ROBERTSHAW (*The collaborative economy impact and potential of collaborative internet and additive manufacturing*, EPRS, Scientific foresight unit, p. 547, in europarl.europa.eu): «*conflation of producer and consumers happens when some entity occupies both roles as a system. In this case citizens, who formerly consumed data, now become an asset or a commodity to trade*». Dunque, nota D. Garofalo, «la nascita dei “prosumers” è uno degli effetti delle nuove tecnologie», e cita A. MAGONE, T. MAZALI (nel volume da loro curato, *Industria 4.0 Uomini e macchine nella fabbrica digitale*, Firenze, 2016, cap. 4.3): «il web 2.0 mostra in modo lampante come, attraverso le nuove tecnologie digitali, si riesca ad estrarre valore da ciò che era riservato agli spazi del privato, della socialità, del gioco, del *loisir*: incorporandosi nelle forme di vita, le macchine digitali le trasformano in piattaforme permanenti dell’innovazione».

³⁶ D. GAROFALO, *Lavoro, impresa e trasformazioni organizzative*, cit., p. 94 «lo stesso appellativo di “*gig economy*” attribuito all’economia collaborativa che usa internet e le piattaforme tecnologiche per ripartire oltre che beni e servizi anche occasioni di lavoro, deriva proprio dalla constatazione che il “lavoro retto” (*Gig*, parola originariamente usata nel contesto delle performance musicali nell’ambito della musica pop) è diventato la regola, cosa che significa che sono diventate “regola” la precarietà, l’incertezza e la discontinuità lavorativa (con gli ovvi riflessi esistenziali)».

³⁷ D. GAROFALO, *Lavoro, impresa e trasformazioni organizzative*, cit., p. 89, che richiama qui C. DEGRYSE, *Digitalization of the economy and its impact on labour markets*; WP 2016.02, *European trade union institute*, in etui-org.com, rispettivamente pp. 36 e 41. Qui, naturalmente, ci inoltriamo su un altro aspetto delle criticità connesse alle nuove tecnologie, quello dello *skilled* e degli *unskilled*; questi ultimi rischiano, per la loro per la loro professionalità ridotta di trasformarsi in «strumenti (*tools*) al servizio dei robot e degli algoritmi che governano le piattaforme digitali». E, del resto, lo stesso Domenico Garofalo (p. 91), cita G.B. FREY, M.A. OSBORNE, *The future of employment: now susceptible are jobs to computerization?*, Oxford, 2013, in oxfordmartin.ox.ac.uk, pp. 44-45, quando affermano «*for workers to win the race, however, they will have to acquire creative and social skills*». Non a caso, D. GAROFALO, nello stesso passaggio, richiama la nozione di impresa invisibile che U. Beck descrive già nel 1999 (U. BECK, *Il lavoro nell’epoca della fine del lavoro*, Torino, 2000, p. 111).

³⁸ P. TULLINI, *Digitalizzazione dell’economia e frammentazione dell’occupazione*, cit., pp. 572-573, che ricorda come il Comitato economico e sociale europeo (Parere sul tema il consumo collaborativo o partecipativo: un modello di sviluppo sostenibile per il XXI secolo, GU UE, 11 giugno 2014) abbia ritenuto opportuno distinguere quattro settori nell’ecosistema digitale: quello caratterizzato da rapporti diretti tra consumatori; quello in cui il rapporto tra questi è intermediato da un’impresa o da una piattaforma; quello in cui il rapporto è solo tra impresa/piattaforma e consumatore; e quello in cui il rapporto è tra imprese. È evidente che per queste tre ultime forme organizzative nell’ambito delle tecnologie digitali, proprio perché ancorate alla logica del mercato e del profitto è corretto «chiedersi se la prestazione di lavoro erogata *on line* costituisca una sorta di lavoro informale o irregolare», tanto più che, come osserva N. CACE, *Futuro digitale senza diritti*, newsletter *Nuovi Lavori*, 8 marzo 2016, n. 169, il modello «ha succes-

torie, il paradigma organizzativo della funzione congiunta, gratuita e comunitaria di conoscenze acquisite³⁹.

Sotto questo profilo nessun supporto viene dall'Agenda europea sull'economia collaborativa, non solo per la genericità della raccomandazione agli Stati membri di elaborare «*fair work conditions and adequate and sustainable consumer and social protection*» per gli attori dell'economia collaborativa⁴⁰, ma anche, e soprattutto, perché i criteri ricordati nell'Agenda per l'applicabilità del diritto europeo (vincolo di dipendenza giuridica, natura economica e obbligo di retribuzione) «sono pertinenti alla nozione tradizionale di prestazione lavorativa subordinata e presentano ben scarse possibilità di adattarsi alle multiformi pratiche collaborative che si svolgono sulla rete»⁴¹.

Insomma, malgrado i tentativi di produrre un censimento ed una classificazione da parte della Fondazione europea per il miglioramento delle condizioni di vita e di lavoro (e dell'Agenzia europea per la salute e la sicurezza), il regime giuridico delle multiformi espressioni del lavoro sulla rete «*is unclear*», così che senza dare una preliminare risposta a questo interrogativo è impossibile stabilire «*what regulations should apply*»⁴².

so (...) per la disponibilità di lavoro povero, a buon mercato, precario, lavoro disponibile per il calo dell'occupazione tradizionale».

³⁹ P. TULLINI, *Digitalizzazione dell'economia e frammentazione dell'occupazione*, cit., p. 752. Vedi anche, G. SMORTO, *I contratti della sharing economy*, in *Foro it.*, 2015, V, c. 221; ID., *Verso la disciplina giuridica della sharing economy*, in *Mercato concorrenza regole*, 2015, p. 245; S. NICITA, *I mille volti della condivisione. Ma è davvero tutto sharing?*, in www.antonionicita.it.

⁴⁰ P. TULLINI, *Digitalizzazione dell'economia e frammentazione dell'occupazione*, cit., p. 753. In proposito, per una lettura ottimistica delle trasformazioni indotte dall'informatizzazione dell'economia, vedi T. BUSSEMBER, C. KREEL, M. MEIER, *Social democratic values in the digital society. Challenges of the fourth industrial devolution*, in *WP Friedertich Ebert Stiftung*, n. 10/2016; vedi anche, ugualmente ottimista, ma critico sulla gestione attuale delle piattaforme digitali, T. SCHOLZ, *Platform cooperativism. Challenging the corporate sharing economy*, in *WP Rosa Luxemburg Stiftung*, n. 2/2016.

⁴¹ P. TULLINI, *Digitalizzazione dell'economia e frammentazione dell'occupazione*, cit., p. 753 e, in senso conforme, G. BRONZINI, *L'Agenda europea sull'economia collaborativa*, cit., p. 266 e D. GAROFALO, *Lavoro, impresa e trasformazioni organizzative*, cit., pp. 84-85. Per altri giudizi negativi, relativi a questo profilo, sull'Agenda europea vedi anche W. KOWALSKY, *What a wonderful new world: the sharing economy*, in www.socialeurope.eu, 2016; J. DRADHCOUPIL, B. FABO, *The shaping economy that is not: shaping employment in platform capitalism*, *ibidem*, 2016.

⁴² P. TULLINI, *Digitalizzazione dell'economia e frammentazione dell'occupazione*, cit., p. 754, che richiama l'Agenzia europea per la salute e la sicurezza (*A review on the future of work: online labour exchanges or crowdsourcing. Position Paper*, 18 febbraio 2016; ID., *The future of work and robotics*), nonché U. HUWS, *Online labour exchanges or crowdsourcing: implication for occupational safety and health*, in osha.europa.eu/en/tools-and-publications/seminar/focal-points-seminar-review-articles-future-work, 2015. Giova qui, d'altro canto, richiamare l'avvertimento di A. PERULLI, *Le nuove frontiere del diritto del lavoro*, in *Riv. giur. lav.*, 2016, 1, p. 11: «l'evoluzione dei rapporti sociali comporta dei mutamenti nella dialettica tra sovraordinazione e subordinazione, nella misura in cui questa si caratterizza sempre più nella «programmazione» dei comportamenti che ciascuno si trova assegnato per raggiungere determinati obiettivi. Come giustamente osserva Alain SUPPIOT (si richiama la sua Conferenza d'apertura al XXI Congresso Isssl a Città del Capo nel 2015, *Quelle justice sociale internationale au xxieme siècle?*), questa programmazione dei comportamenti umani non riguarda solo la sfera del lavoro subordinato, ma struttura le catene internazionali della produzione, i rapporti di lavoro autonomo, i rapporti tra imprese e spiega la crescita e la diffusione dei contratti «relazionali». Di conseguenza, la subordinazione, come ca-

10. Le diverse opzioni regolative

D'altro canto, nell'operare qualsiasi operazione classificatoria è opportuno approfondire i profili organizzativi e, quindi, distinguere due aree: quella in cui le nuove tecnologie sono entrate nell'organizzazione del lavoro della fabbrica fordista, scomponendola all'insegna della flessibilità e dell'individualizzazione, dove in realtà il fenomeno, quanto alle categorie giuridiche, si è limitato all'insinuarsi della digitalizzazione all'interno di tipi contrattuali già esistenti e regolati, sviluppandovi ulteriori e diverse «modalità di lavoro per mutazione o combinazione o ibridazione», ponendo così soltanto un problema «di rimodulazione e adattamento delle regole al fine di ovviare ai rischi specifici dell'ambiente virtuale»⁴³; e quella in cui, viceversa, le nuove tecnologie hanno portato «modalità d'impiego totalmente innovative e ancora poco strutturate che si allontanano, quasi in crescendo, dal tipo *standard*», che non riescono ad inserirsi, se non con evidenti forzature, nella classica dicotomia subordinazione e autonomia (su cui si sono costruite le categorie giuridiche storiche di riferimento ed i rispettivi statuti protettivi), quali i *tap workers* o i *crowdworkers*⁴⁴.

D'altro canto, è lo stesso diritto del lavoro che prende atto del superamento della tradizionale idea di lavoratore autonomo «sostanzialmente autarchico», e quindi privo di particolari tutele per assenza di bisogno, iniziando a costruire una nuova figura social-tipica: quella del lavoratore autonomo economicamente dipendente, effetto dell'inevitabile frammentazione di quest'area di prestatori d'opera, «alimentata ed accelerata dal lavoro per il

tegoria analitica della realtà sociale, abbraccia fenomeni relazionali assai più ampi di quelli connotati dalla subordinazione giuridica, che si esprime attraverso l'assoggettamento del prestatore all'eterodirezione del datore e assume una fisionomia cangiante». E qui Adalberto Perulli, esemplifica come nell'esperienza italiana, questa subordinazione con la S maiuscola (che appunto connota i nuovi "contratti relazionali" spazia «dall'assoggettamento al potere direttivo in senso stretto, alla subordinazione attenuata, dalla presenza di indici presuntivi di matrice giurisprudenziale. Alla visione allargata che ne ravvisa i tratti nella presenza di direttive programmatiche, sino al vasto mondo del lavoro autonomo e alle esperienze di lavoro parasubordinato».

⁴³ P. TULLINI, *Digitalizzazione dell'economia e frammentazione dell'occupazione*, cit., p. 754.

⁴⁴ Il tema evoca il famoso saggio di MASSIMO D'ANTONA, *Limiti costituzionali alla disponibilità del tipo*, in *Arg. dir. lav.*, 1995, I, p. 63, ora in B. CARUSO, S. SCIARRA (a cura di), *Massimo D'Antona, Opere, I, Scritti sul metodo e sull'evoluzione del diritto del lavoro. Scritti sul diritto del lavoro comparato e comunitario*, Milano, 2000, p. 189, nonché le più recenti riflessioni (critiche) di R. ROMEI *Tra politica e diritto: rileggendo «Limiti costituzionali alla disponibilità del tipo contrattuale del diritto del lavoro»*, pubblicato nel numero monografico "Rileggendo Massimo D'Antona" di *Dir. lav. rel. ind.*, 2009, qui p. 77). Sul tema v. anche R. FABOZZI, *La natura del rapporto di lavoro del personale sanitario non appartenente ai ruoli dell'amministrazione penitenziaria*, in *Giur. cost.*, 2015, n. 3, p. 697, che cita anche Cass. n. 4453/2014, in *Dir. cost.*, 2014, nonché A. PERULLI, *Il controllo giudiziale dei poteri dell'imprenditore tra evoluzione legislativa e diritto vivente*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2015, p. 83; M. PALLINI, *Il lavoro economicamente dipendente*, Padova, 2013; M. MAGNANI, *Autonomia, subordinazione, coordinazioni nel gioco delle presunzioni*, in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT*, 174/2013; E. GHERA, *Il lavoro autonomo nella riforma del diritto del lavoro*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2014, p. 501; A. PERULLI, *Un jobs act per il lavoro autonomo: verso una nuova disciplina della dipendenza economica?*, in *Dir. rel. ind.*, 2015, p. 109; R. SANTAGATO DE CASTRO, *Indisponibilità del tipo, ragionevolezza e autonomia collettiva. Sul nuovo art. 2, comma 2, Decreto legislativo n. 81/2015*, in *Dir. rel. ind.*, 2017, n. 2, p. 397.

tramite delle piattaforme o comunque dal proliferare di professioni fondate sul digitale e che usano il *web* come “mezzo” quanto come “ambiente di lavoro”»⁴⁵.

In altri ordinamenti si sono scelte, peraltro, strade diverse, dedicate espressamente alla persona che entra nel mercato del lavoro digitale, ricollegando al singolo i diritti e le tutele e consentendone la portabilità nei percorsi frammentati e nell'evoluzione delle traiettorie professionali⁴⁶. Ma anche queste soluzioni non sono prive di controindicazioni, anche in ordine al contrasto delle disuguaglianze, che sarebbero alimentate, anziché contenute.

Per altro verso, pesa il silenzio dell'Unione Europea in ordine «alle necessarie tutele del lavoro autonomo, come quello che si dipana nella *collaborative economy*»; un silenzio che tiene ferma l'«ambiguità dell'inquadramento del fenomeno alla luce delle regole imperanti nel mercato unico che tendono ad assimilare, a certi fini, gli autonomi (poco importa se addirittura in situazione di dipendenza economica) agli imprenditori» collocando, persino, alcune norme nazionali di tutela «in una situazione di tensione con il diritto dell'Unione»⁴⁷.

Ed invero, sotto altro profilo, se è vero che «il mio capo è un algoritmo»⁴⁸ è anche vero che lo scopo funzionale dell'algoritmo, nel mondo del Big Data, è quello di alterare la concorrenza, perché dichiaratamente “non neutrale”, in quanto destinato a «produrre risultati utili ed immediatamente utilizzabili in base alle preferenze di una determinata persona», così che per aver mercato deve fornire «elaborazioni discriminatorie delle masse di dati disponibili in funzione dei criteri impostati»⁴⁹.

⁴⁵ D. GAROFALO, *Lavoro, impresa e trasformazioni organizzative*, cit., p. 93.

⁴⁶ P. TULLINI, *Digitalizzazione dell'economia e frammentazione dell'occupazione*, cit., pp. 756-757: «a questa idea è ispirato l'istituto del «*compte personnel d'activité*» (...) elaborato nell'ordinamento francese con l'obiettivo di agevolare la mobilità tra i differenti regimi lavorativi e l'ambizione di fornire una tutela sociale universalistica». L'istituto è entrato in vigore il 1° gennaio 2017 ed «è stato elaborato con procedura pubblica di cocreazione su piattaforma digitale e codificato dall'art. 39 della c.d. “*loi du travail*” (legge 8 agosto 2016, n. 1088 relativa “*au travail, a la modernisation du dialogue social et a la securisation del parcours professionnels*”)». Il meccanismo utilizzato è “a punti”: consente al prestatore d'opera di scegliere tra gli strumenti di garanzia messi a sua disposizione nel momento in cui si manifesta il bisogno, puntando ad assicurargli una protezione sul mercato, sia quanto agli interventi di politica attiva, che quanto all'erogazione di sussidi al reddito. Sulle origini dell'istituto vedi C. TOURRES, *Un «conto personale di attività» per il lavoratore futuro: il caso Francese*, in L. CASANO ed altri (a cura di), *Loi travail: prima analisi e lettura. Una tappa verso lo «Statuto dei lavoratori» di Marco Biagi*, Adapt university press, 2016, p. 95. Il nuovo istituto ha, peraltro, incontrato le critiche di una parte della dottrina francese che gli imputa, come ricorda Patrizia Tullini, la capacità potenziale «di alterare la distribuzione mutualistica dei rischi sociali e di sconvolgere i presupposti del finanziamento del *welfare*, tenuto conto che i redditi dei lavoratori digitali sono in genere piuttosto bassi».

⁴⁷ G. BRONZINI, *L'Agenda europea sull'economia collaborativa*, cit., p. 269.

⁴⁸ D. GAROFALO, *Lavoro, impresa e trasformazioni organizzative*, cit., p. 87, riporta questo «slogan tanto efficace quanto evocativo» per descrivere «ciò che sta accadendo in quella parte dell'economia collaborativa che usa le piattaforme digitali, basate su algoritmi, per fornire beni e servizi». D. Garofalo ci informa (nota 513) che lo *slogan* «è il titolo di un ormai celebre articolo di Sarah O' Connor apparso sul Financial Time il 7 settembre 2016 (...) e pubblicato anche in Italia nella traduzione di “Internazionale” n. 1174/2016, 7/13 ottobre 2016».

⁴⁹ E. PROSPERETTI, *Algoritmi dei Big data: temi regolamentari, responsabilità, concorrenza, relazione*

11. Le difficoltà qualificatorie

Si torna al tema centrale “organizzativo”, che è quello delle piattaforme digitali, o meglio della loro natura giuridica, che si prospettano con multiformi identità, spesso devianti, autodefinendosi piazze virtuali o intermediari digitali, laddove in concreto si possono porre come imprese oligopolistiche, che muovono rilevanti volumi di attività, ma rifiutano qualsiasi relazione lavorativa, talvolta occultandole sotto l’ombrello protettivo del *crowdworking*⁵⁰.

I tentativi di riscontrare la natura subordinata del rapporto ed attribuire alle piattaforme un ruolo datoriale, peraltro, non sempre possono avere successo, se non nei casi in cui il servizio si materializzi in una attività riscontrabile nella sua oggettività ed omologabile a quella resa da altri prestatori d’opera, come nel caso di Uber o di quello dei riders, già richiamati.

Diversamente, la possibilità di concludere transazioni con propri mezzi informatici e verso una pluralità di committenti del web, potrebbe costituire una condizione per sé sufficiente a riconoscere la piena autodeterminazione del *crowdworker*, restando nell’ombra le prerogative del committente quanto alla conformazione della prestazione resa *on demand* e alla sua facoltà di avvalersene o meno, nonché venendo, invece, in evidenza l’assenza dell’esercizio di un potere direttivo. Il tutto in un contesto in cui il *crowdsourcing* genera fenomeni come *Wikipedia*, «centrati tutti sulla collaborazione volontaria di una massa indistinta di utenti, chiamati a costruire una enciclopedia universale»⁵¹.

12. La definizione di un nucleo duro di garanzie

In conclusione, sembra prevalente in dottrina la convinzione che, ferma la possibilità di accertare un vincolo di subordinazione, l’unico modo per contrastare la deriva

all’incontro di studio dei «Tavoli dell’Intergruppo innovazione per il mercato unico digitale», tenuto a Roma, Camera dei Deputati, il 4 luglio 2017, p. 10.

⁵⁰ P. TULLINI, *Digitalizzazione dell’economia e frammentazione dell’occupazione*, cit., p. 758.

⁵¹ P. TULLINI, *Digitalizzazione dell’economia e frammentazione dell’occupazione*, cit., p. 759: «nella migliore delle ipotesi si ritiene che il *crowd-employment* assuma natura autonoma, specie quando consista nella realizzazione di progetti o richieda competenze di carattere artistico-creativo e di pregio professionale». E del resto «è questo lo statuto giuridico che viene preferibilmente richiamato dai documenti europei e dalle prime regolamentazioni nazionali» (qui la Tullini cita, in particolare, alla nota 29 l’art. 60 della c.d. *«loi travail»* che qualifica i lavoratori tramite piattaforma *«travailleurs indépendants»*). Certo questa qualificazione contrasta con la circostanza «che persino nei confronti dei *free lancers* la piattaforma non rinuncia ad esercitare ampie prerogative unilaterali che attengono alla definizione dell’attività, al controllo sull’esecuzione e sulle informazioni scambiate tra le parti, alla previsione sul compenso», prevedendosi anche «la riserva di gradimento dell’attività resa», nonché il potere di escludere il lavoro digitale «dalla partecipazione a future transazioni». Vedi sul punto U. HUMS, *On line labour exchanges or crowdsourcing: implication for occupational safety and health*, in <https://osha.europa.eu/en/tools-and-publications/seminar/focalpoints-seminar-review-articles-future-work>, 2015, p. 17; G. SMORTO, *I contratti della sharing economy*, in *Foro it.*, V, c. 254.

dell'instabilità e insicurezza sia quello di fissare un numero minimo di garanzie per il *crowdworker*, oltre quelle già universalmente attribuite dalle fonti (europee e nazionali) sulla protezione dei dati personali e sulla proprietà intellettuale.

Ora, invero, molte risposte alla richiesta della fissazione di un nucleo minimo di garanzie per il lavoratore digitale sembrano rinvenibili nella legge n. 81/2017. Certamente la legge introduce uno statuto protettivo dello *smart-working*⁵², seppur in parte affidato ad un accordo individuale non collocato nel contesto dell'autonomia assistita (ferma la deroga della possibile imposizione unilaterale della modalità nel corso dell'emergenza pandemica), cui vengono delegate le modalità di esecuzione e di cessazione della prestazione di lavoro agile⁵³, riconoscendo il diritto alla parità di trattamento economico e normativo con i lavoratori (anch'essi subordinati) che svolgono mansioni equivalenti permanendo in via continuativa nei locali aziendali, il diritto alla disconnessione (e quindi la scansione tra tempi di vita e di lavoro ed il rispetto dell'orario di lavoro), il diritto alla formazione ed alla certificazione delle competenze⁵⁴, nonché adeguando la disciplina dei poteri imprenditoriali, quanto a quello di controllo sulla prestazione e, conseguentemente quanto all'esercizio di quello disciplinare⁵⁵. Il legislatore si è anche preoccupato di affrontare il tema dell'applicabilità dello *smart working* alla Pubblica Amministrazione⁵⁶, nonché di disciplinare specificamente, stante la peculiarità della modalità della prestazione, con l'alternanza tra lavoro in sede e lavoro decentrato, il tema socialmente rilevante dell'infortunio *in itinere*⁵⁷. Resta, poi, il tema della responsabilità del datore di lavoro sul funzionamento degli strumenti tecnologici assegnati allo *smart worker*, anch'esso disciplinato dall'intervento regolativo, rilevante ai fini della valutazione del corretto adempimento, nonché quello più complesso, stante le modalità della prestazione fuori sede, delle responsabilità datoriali in materia di sicurezza sul lavoro⁵⁸, dove, si registrano già tentativi di applicazione della

⁵² L. FIORILLO, *Il lavoro agile: continua il processo di ridefinizione del diritto del lavoro*, in L. FIORILLO, A. PERULLI (a cura di), *Il jobs act del lavoro autonomo e del lavoro agile*, cit.

⁵³ G. PROIA, *L'accordo individuale e le modalità di esecuzione e di cessazione della prestazione di lavoro agile (art. 18, comma 1, e art. 19)*, in L. FIORILLO, A. PERULLI (a cura di), *Il jobs act del lavoro autonomo e del lavoro agile*, cit.

⁵⁴ M. LAMBERTI, *L'accordo individuale e i diritti del lavoratore agile: il trattamento economico e normativo, il diritto alla sconnessione, alla formazione e alla certificazione delle competenze (art. 19, seconda parte, comma 1 e art. 20)*, in L. FIORILLO, A. PERULLI (a cura di), *Il jobs act del lavoro autonomo e del lavoro agile*, cit.

⁵⁵ S. MAINARDI, *Il potere disciplinare e di controllo sulla prestazione del lavoratore agile (art. 21)*, in L. FIORILLO, A. PERULLI (a cura di), *Il jobs act del lavoro autonomo e del lavoro agile*, cit.

⁵⁶ V. TALAMO, *Il lavoro agile e la Pubblica Amministrazione*, in L. FIORILLO, A. PERULLI (a cura di), *Il jobs act del lavoro autonomo e del lavoro agile*, cit.

⁵⁷ M. GAMBACCIANI, *Lavoratore agile e infortunio in itinere*, in L. FIORILLO, A. PERULLI (a cura di), *Il jobs act del lavoro autonomo e del lavoro agile*, cit.

⁵⁸ R. PESSI, R. FABOZZI, *La responsabilità del datore di lavoro sul funzionamento degli strumenti tecnologici assegnati al lavoratore agile e in materia di salute e sicurezza (art. 18, comma 2, artt. 22 e 23, commi 1 e 2)*, in L. FIORILLO, A. PERULLI (a cura di), *Il jobs act del lavoro autonomo e del lavoro agile*, cit.

disciplina di cui al telelavoro, con particolare riferimento all'art. 3, comma 10, d.lgs. n. 81/2008, possibili, ma non sempre coerenti con le possibili fattispecie di riferimento quasi disegnabili dall'accordo individuale e concretizzate in molte delle esperienze concrete già in essere al momento dell'entrata in vigore della legge.

Ugualmente, alcune risposte sembrano rinvenirsi nello stesso provvedimento legislativo anche per il *crowdworking*, e più in generale per il lavoro autonomo digitale, anche se l'effettività delle stesse appare a rischio, laddove le controparti sono le piattaforme, specie quando l'*opus* reso non abbia la materialità percettibile di un servizio (come ad esempio quello del trasporto) prestatato in concorrenza con modelli produttivi tradizionali e standardizzati. In ogni caso il legislatore qui accetta la figura "socialistica" del lavoratore autonomo economicamente dipendente e la tipizzazione prospettata dalla dottrina civilistica del contratto asimmetrico, nel cui contenuto si prospetta la protezione del contraente debole, applicabile sia per la sua qualità «di consumatore, risparmiatore, utente o microimpresa», sia, comunque, quando si venga a constatare la condizione di subordinazione negoziale del soggetto debole rispetto a quello forte⁵⁹.

Invero, se si guarda al campo di applicazione del nuovo statuto del lavoro autonomo economicamente dipendente risulta obiettivamente possibile la sua applicabilità al lavoro digitale, anche quanto al *crowdworking*⁶⁰.

In proposito, assume particolare rilievo, proprio rispetto al contratto asimmetrico, il divieto di clausole contrattuali che producano uno squilibrio nel sinallagma negoziale, rafforzato dal divieto di condotte abusive e da quello di abuso della dipendenza economica, nonché la protezione accordata al contraente debole nelle transazioni commerciali, anche in ordine al ritardo nel pagamento del corrispettivo dovuto⁶¹. Ugualmente rilevante, proprio per il lavoro digitale, è la previsione di una specifica regolamentazione per gli apporti originali e le invenzioni del lavoro autonomo, stante la diffusione del fenomeno sulla rete, e gli abusi che spesso impediscono la creazione di nuove micro imprenditorialità con ampie potenzialità espansive⁶². Insomma, sembra significativa l'attenzione del legislatore per questo social-tipo, tanto da prevedere, per un verso un adeguamento della stessa disciplina processuale⁶³, per l'altro, un tavolo di confronto permanente sul fenomeno, idoneo di per sé a produrre interventi manutenti-

⁵⁹ Cfr. su tale istituto E. LA BELLA, *Tutela della microimpresa e «terzo contratto»*, in *Europa e diritto privato*, 2015, n. 4, p. 857. Sul tema più in generale vedi il saggio di A. PERULLI, *Il jobs act del lavoro autonomo e del lavoro agile*, cit.

⁶⁰ O. RAZZOLINI, *L'ambito di applicazione*, in L. FIORILLO, A. PERULLI (a cura di), *Il jobs act del lavoro autonomo e del lavoro agile*, cit.

⁶¹ A. PERULLI, *La tutela del lavoro autonomo nelle transazioni commerciali e i ritardi di pagamento (art. 2), le clausole e le condotte abusive (art. comma 1-3), il divieto di abuso di dipendenza economica (art. 3, comma 4)*, in L. FIORILLO, A. PERULLI (a cura di), *Il jobs act del lavoro autonomo e il lavoro agile*, cit.

⁶² M. MARTONE, *Gli apporti originali e le invenzioni del lavoratore autonomo (art. 4)*, in L. FIORILLO, A. PERULLI (a cura di), *Il jobs act del lavoro autonomo e del lavoro agile*, cit.

⁶³ A. PERULLI, *Modifiche dell'art. 409 c.p.c. (art. 15)*, in L. FIORILLO, A. PERULLI (a cura di), *Il jobs act del lavoro autonomo e del lavoro agile*, cit.

vi e correttivi, tra cui possono collocarsi gli interventi sul lavoro digitale, dove risulta più complessa la garanzia di effettività dei meccanismi sanzionatori degli abusi⁶⁴.

Peraltro l'impianto normativo prevede norme di immediata ed agevole applicazione anche per il lavoro autonomo digitale economicamente dipendente, in materia previdenziale, assistenziale e fiscale: tra queste assumono una significativa valenza quelle sulla indennità di disoccupazione⁶⁵, sulla indennità di maternità e sulla tutela della gravidanza, della malattia e dell'infortunio, con la previsione, tra l'altro, della facoltà di sostituzione della lavoratrice autonoma in caso di maternità⁶⁶, nonché quelle sul regime tributario, sulla deducibilità delle spese connesse all'accesso del lavoratore autonomo economicamente dipendente alla formazione permanente⁶⁷. Mentre sembra non difficile immaginare l'applicazione concreta al lavoro digitale di questo pacchetto facilitativo, in quanto risulta affidata alla sua iniziativa la fruizione delle prestazioni, specie di quelle a connotazione reddituale, ben più complessa per le connotazioni del lavoro in rete appare la fruizione delle c.d. disposizioni sociali, ovvero i congedi parentali e la stessa sospensione della prestazione per malattia o infortunio, fermo il possibile intervento delle assicurazioni sociali⁶⁸.

13. I progressi nelle tutele

In ogni caso, ad uno sguardo d'insieme, la legge del 2017 può comunque lasciare spazio anche al contrasto delle pratiche discriminatorie presenti sulla rete⁶⁹, mentre pare restar fuori dall'impianto regolativo complessivo la problematica, particolarmente rilevante nelle ipotesi di appalto e subappalto della dipendenza economica di un'impresa ad un'altra⁷⁰.

⁶⁴ R. DEL PUNTA, *Tavolo di confronto permanente sul lavoro autonomo*, in L. FIORILLO, A. PERULLI (a cura di) *Il jobs act del lavoro autonomo e del lavoro agile*.

⁶⁵ A. ALLAMPRESE, *La stabilizzazione e l'estensione della dis-coll per i co-co-co*, in L. FIORILLO, A. PERULLI (a cura di), *Il jobs act del lavoro autonomo e del lavoro agile*, cit.

⁶⁶ D. GOTTARDI, *L'indennità di maternità (art. 13)*, in L. FIORILLO, A. PERULLI (a cura di), *Il Jobs act del lavoro autonomo e del lavoro agile*, cit.; M. VALLAURI, *La tutela della gravidanza, della malattia e infortunio (art. 4, commi 1 e 3) e la facoltà di sostituzione della lavoratrice autonoma in caso di maternità (art. 14, comma 2)*, *ibidem*.

⁶⁷ L. TOSI, A. VIOTTO, *Le disposizioni fiscali (art. 8, commi 1-3)*, in L. FIORILLO, A. PERULLI (a cura di), *Il jobs act del lavoro autonomo e del lavoro agile*, cit. L. TOSI, A. VIOTTO, *Deducibilità delle spese e accesso del lavoratore autonomo alla formazione permanente*, cit.

⁶⁸ M.L. VALLAURI, *Le disposizioni sociali: congedi parentali e malattia (art. 8, commi 4-11)*, in L. FIORILLO, A. PERULLI (a cura di), *Il jobs act del lavoro autonomo e del lavoro agile*, cit.

⁶⁹ P. TULLINI, *Digitalizzazione dell'economia e frammentazione dell'occupazione*, cit., p. 759.

⁷⁰ Di grande interesse è l'attuazione che D. GAROFALO (*Lavoro, impresa e trasformazioni organizzative*, cit., pp. 73-77) dedica al tema della disciplina economica dell'impresa da altra impresa nei rapporti che sono alla base del decentramento organizzativo. In proposito un acuto civilista, ANDREA ZOPPINI (*Premesse sistematiche nell'analisi del recesso nel contratto tra imprese*, in G. GITTI, G. VILLA (a cura di), *Il terzo contratto*, Bologna, 2008, p. 245) osserva come la dipendenza economica «è definita

Certo vi è ancora molto da fare per il lavoro digitale, anche perché l'intervento legislativo sul lavoro autonomo economicamente dipendente allinea in parte il suo statuto protettivo a quello già in essere per il consumatore⁷¹.

Ed infatti, le difficoltà maggiori nascono per le prestazioni svolte per le piattaforme, che sono ovunque nel mondo, concrete ed astratte, pur avendo un'incidenza diretta sui mercati nazionali. Questo rende il lavoro digitale fragile, «costretto a fare i conti con le caratteristiche di atterritorialità, autarchia, policentrismo della rete», caratteristiche queste «che ostacolano il riferimento a un preciso ordinamento nazionale e rendono arduo assicurare l'effettività dei diritti»⁷².

Non sfugge, invero, che comunque qualche successo si sia ottenuto, specie per via giurisprudenziale, quando l'attenzione degli ordinamenti nazionali si è concentrata sull'attività economica delle piattaforme e imprese riferibili al contesto territoriale del paese, con risultati tangibili sia in materia di rapporti di lavoro, che in materia tributaria. Ciò premesso, anche con l'intervento legislativo del 2017 rimane però difficile gestire soprattutto il *crowdworking*, per la moltitudine di contatti che genera il *crowdsourcing* che accentuano gli elementi di atterritorialità e di policentrismo.

14. La definizione di una disciplina transnazionale

In merito, occorre però considerare che un percorso regolativo finalizzato a gestire fenomeni così complessi, probabilmente, non è gestibile dai soli ordinamenti nazionali, malgrado si registrino degli avvicinamenti tra le legislazioni proprio quanto alla nozione di lavoro subordinato; e quindi sembra necessitare anche un rinnovato interesse dell'Unione Europea ad un intervento regolativo sulla *sharing economy*, che consenta un controllo più incisivo dell'operato delle piattaforme, anche attraverso uno statuto protettivo dei prestatori d'opera che operano nella rete, così da imporre e diffondere l'uso di buone pratiche nell'area di un mercato, che per la sua dimensione risulta idoneo a stabilire rigorosi vincoli di accesso⁷³.

in funzione del potere di mercato, quindi ciò che entra nella struttura definitoria della fattispecie è il potere dell'impresa in condizione di forza». Del resto vedi anche M. G. GAROFALO, *Diritti e poteri nell'analisi giuslavoristica*, in G.G. BALANDI, G. GAZZETTA (a cura di), *Diritti e lavoro nell'Italia Repubblicana*, Milano, 2009, 192; nonché P. FEMIA, *Nomenclatura del contratto o istituzione del contrarre? Per una teoria giuridica della contrattazione*, in G. GITTI, G. VILLA (a cura di), *Il terzo contratto*, cit., p. 281.

⁷¹ P. TULLINI, *Digitalizzazione dell'economia e frammentazione dell'occupazione*, cit., p. 761.

⁷² P. TULLINI, *Digitalizzazione dell'economia e frammentazione dell'occupazione*, cit., p. 761; D. GAROFALO, *Lavoro, impresa e trasformazioni organizzative*, p. 85, riporta, a proposito del "lavoro on demand della Gig economy", connotato da "insicurezza e discontinuità", le parole di U. BECK, *Il lavoro nell'epoca della fine del lavoro*, cit., quando, a p. 102, parlando dell'era post-fordista richiama la povertà come «un'esperienza normale, sempre più spesso non solo transitoria, anche del ceto medio», ovvero, a p. 108, profetizza che «il lavoro viene "fatto a pezzi" sia per quanto riguarda i suoi tempi sia per quanto riguarda i rapporti contrattuali».

⁷³ G. BRONZINI, *L'Agenda europea sull'economia collaborativa*, cit., p. 269, nota come, comunque, quella prospettiva nel testo non sarà un'operazione facile «perché la questione della *sharing economy* è

In ogni caso questa è la sfida per il nostro diritto del lavoro: adeguare il modello regolativo costruito, anche nell'impianto costituzionale, sulla seconda rivoluzione industriale, al fine di evitare che lo sviluppo economico sia lasciato tutto alla spontaneità del mercato, alla globalizzazione, ed alla quarta rivoluzione industriale sotto il dominio della rete e della robotizzazione. Nell'accettare questa sfida non è possibile pensare soltanto ad una difesa degli aspetti regolativi del passato, troppo connessi ad un sistema produttivo che si avvia al definitivo tramonto, ma è necessario ricercare una mediazione, concettualmente difficile, tra le esigenze dell'economia e le tutele sociali, ampliando l'area protettiva anche oltre il lavoro produttivo, sino alla cittadinanza in sé, confermando, per questa via, l'autonomia epistemologica del diritto del lavoro e difendendo, in questo nuovo contesto, "il suo assetto valoriale"⁷⁴.

Appare allora di tutta evidenza come tali iniziative si correlino all'esigenza di una regolamentazione transnazionale che integri e corregga il contratto degli scambi globali, in qualche misura imponendo all'economia di convivere con un'iniziativa imprenditiva intrinsecamente limitata dalla protezione dei diritti fondamentali della persona (e quindi del lavoratore).

L'ipotesi avanzata in dottrina⁷⁵ ed oggetto di attenzione a livello europeo potrebbe, forse, recuperare una insperata concretezza dopo i traumi sociali delle grandi depressioni, andando al di là delle misure emergenziali attualmente messe in campo anche dalle istituzioni europee⁷⁶.

D'altro canto, bisogna sottrarre il diritto privato del lavoro a tutela della persona (così come cresciuto nell'ambito degli Stati nazionali) da «un penetrante giudizio (comparativo) di misurazione dei costi e di incidenza sulla produttività»⁷⁷, che è conseguenza della ricerca di un'efficienza (quantitativa e qualitativa) condizionata dalla strutturale variabilità degli assetti regolativi, e quindi orientata a privilegiare il contesto più favorevole alla concorrenza.

strettamente intrecciata (anche se presenta sue specificità) con il tema della robotizzazione della produzione e, quindi, sul destino stesso di quell'attività che siamo soliti chiamare "lavoro", nella quale in genere si confondono più piani del discorso, ma si affrontano anche culture molto diverse o opzioni ideologiche poco conciliabili, ivi comprende quelle sul futuro della *artificial intelligence* (AI), che ingenerano da un lato paura o comunque estrema prudenza nell'opinione pubblica e disponibilità irrazionali all'archiviazione di sistemi di protezione consolidati».

⁷⁴ D. GAROFALO, *Lavoro, impresa e trasformazioni organizzative*, cit., pp. 95-102 si occupa del nuovo diritto del lavoro, assumendo come prospettiva di riferimento il cambio di paradigma e quindi che la sua funzione regolativa debba porsi in una logica di transizione «dall'uniformità di trattamento alla ragionevole differenziazione». In senso conforme v. anche R. DE LUCA TAMAJO, *Jobs act e cultura giuslavoristica*, in *Dir. lav. merc.*, 2016, p. 82.

⁷⁵ Cfr. M. BARCELONA, *Sulla giustizia sociale nel diritto europeo dei contratti*, in *Europa e diritto privato*, 2005, p. 631 ss.; U. MATTEI, F.G. NICOLA, *A «Social Dimension» in European Private Law? The Call for Setting a Progressive Agenda*, in *Global Jurist*, 2007, 7-1, p. 1 ss.

⁷⁶ G. B. FERRI, *La «cultura» del contratto e le strutture del mercato*, in *Riv. dir. comm.*, 1997 p. 843 ss.

⁷⁷ L. NOGLER, *Diritto del lavoro e diritto contrattuale europeo: un confronto non più rinviabile*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 2008, 2, pp. 171 ss.

Certo è indiscutibile che tra tutti i contratti che hanno per oggetto prestazioni di servizio, i contratti di lavoro subordinato siano quelli per i quali appare più difficile uniformare le discipline, o quanto meno garantire un nucleo centrale di diritti indisponibili⁷⁸. Tanto più che un'operazione limitata alla sola Unione Europea avrebbe comunque una efficacia significativa, ma non del tutto sufficiente.

Ma è la realtà che rende in ogni caso necessario sostenere un tentativo di regolamentazione transnazionale del diritto del lavoro. A conferma ulteriore di tale necessità si può richiamare la constatazione che i lavoratori che sono coinvolti in numero crescente nelle relazioni transnazionali subiscono la scelta del diritto applicabile in forza di una clausola contrattuale che, in ragione della regolamentazione comunitaria, non è sottoposta a controllo giudiziale.

Resta, in conclusione, l'interrogativo a cui è più difficile rispondere: quello del come fare a concretizzare la nuova strategia della *harmonization* del diritto del lavoro.

Forse la sola possibilità è che gli Stati accettino di negoziare un nucleo regolativo minimo ed uniforme con i centri di interesse a livello transnazionale (forze private, attori sociali, grandi multinazionali); la leva per l'apertura di questo negoziato resta logicamente quella di far valere la sovranità nazionale sul contratto degli scambi globali, laddove venga ad interfacciarsi con i singoli ordinamenti, anche quando non si manifesti una richiesta di intervento in ragione di un inadempimento.

E in conclusione questo è il tempo. L'intervento dello Stato per dominare la grande crisi ha (forse) evitato la concretizzazione di quanto aveva previsto Carlo Marx; ma ha (ancora forse) segnato il definitivo tramonto del mito dell'"ordine spontaneo". Il mercatismo ed il liberismo paiono dovere lasciare il posto all'economia delle regole, al mercato sociale, alla lotta contro le disuguaglianze per modificare la distribuzione del reddito e della ricchezza sia a livello nazionale che transnazionale⁷⁹.

In fondo è proprio questo errore che ha portato al tramonto di Bretton Woods. Quel sistema non si dette carico della distribuzione del reddito ma concentrò la sua attenzione solo sul sistema monetario; accantonata la proposta di Keynes di una moneta di conto che regolasse i saldi del commercio internazionale (convivendo con monete di pagamento legate tra loro da un rapporto di cambio fisso), passò allora il c.d. «*gold exchange standard*» con il dollaro (assunto come moneta guida del sistema economico), ancorato all'oro con un cambio fisso, così da assumere nello stesso tempo le due funzioni di moneta di pagamento e di riserva.

Saltato questo meccanismo nel 1971 ed instaurato un sistema di cambi fluttuanti l'economia è stata sottoposta a crescenti pressioni speculative sino al crollo, cui hanno concorso la creazione dell'Euro (con la fine delle svalutazioni competitive nelle aree a capitalismo maturo) e l'ingresso dei capitalismi autoritari (e quindi di una gestione dei cambi funzionale alla concorrenza internazionale); da qui l'irreversibilità dell'effetto finale e la grande depressione del 2009.

⁷⁸ W. DÄUBLER, *Verso un diritto del lavoro europeo?*, in AA.VV., *Scritti in onore di Federico Mancini*, I, Milano, 1998, pp. 201 ss.

⁷⁹ T. PADOA-SCHIOPPA, *La veduta corta*, Bologna, 2009, p. 51.

Le nuove regole, così, sono tutte da inventare ma debbono comunque partire da un presupposto: il mercato è una costruzione artificiale che in quanto tale ha la necessità di una costante manutenzione operabile solo attraverso tecniche di etero-regolazione assistite da penetranti controlli ed adeguati meccanismi sanzionatori⁸⁰.

Pensare che il mercato possa autogovernarsi in coerenza al mito dell'“ordine spontaneo” è un'illusione che il mondo sta duramente pagando. In conclusione, si tratta di tornare alle regole; il paradigma fondativo del diritto del lavoro non è tramontato; dobbiamo solo proiettarlo in un orizzonte transnazionale.

⁸⁰ T. PADOA-SCHIOPPA, *La veduta corta*, cit., p. 57.

Capitolo Secondo

IL CONTRATTO COLLETTIVO TRA LIBERTÀ DI SCELTA E STANDARD MINIMI DI TRATTAMENTO

di Giampiero Proia

Sommario: 1. La libertà di scelta del contratto collettivo. – 2. I limiti alla libertà di scegliere un contratto collettivo “*non pertinente*”. – 3. (*segue*). Rinvii legali alla contrattazione collettiva e “*diritti fondamentali*”. – 4. I limiti alla libertà di scegliere tra più contratti collettivi pertinenti. – 5. Il criterio selettivo della maggiore rappresentatività in termini comparativi dei soggetti stipulanti. – 6. Il ricorso a tale criterio ai fini della determinazione degli *standard* minimi di tutela. – 7. La legittimità costituzionale. – 8. I problemi interpretativi: la riduttiva lettura “*continuista*”. – 9. (*segue*). Unanimità, maggioranza e oggetto della comparazione. – 10. Gli indici utili per l’operazione di comparazione: gli ostacoli sulla strada della misurazione. – 11. (*segue*). La necessità di adattare gli indici elaborati per valutare la “*maggiore*” rappresentatività. – 12. (*segue*). La rilevanza prioritaria della diffusione applicativa del c.c.n.l. e della contrattazione in sede decentrata. – 13. Difficoltà applicative e casi critici. – 14. (*segue*). Il conflitto tra categorie contrattuali parzialmente coincidenti. – 15. Considerazioni conclusive.

1. La libertà di scelta del contratto collettivo

La libertà di scelta del contratto collettivo, principio indiscusso nell’ambito dei rapporti di lavoro di natura privata¹, è un corollario che deriva, da un lato, dalla garanzia di libertà sindacale (oltretutto dal principio di autonomia negoziale), e, dall’altro lato, dalla mancata attuazione della seconda parte dell’art. 39 Cost., nella parte in cui prevede la possibilità di stipulare contratti collettivi aventi efficacia *erga omnes*.

Dalla libertà sancita dal primo comma dell’art. 39, infatti, deriva la garanzia del pluralismo sindacale, che a sua volta implica la libertà di costituire distinte organizzazioni di rappresentanza dei lavoratori e dei datori di lavoro, le quali sono legittimate a perseguire strategie di azione diverse e a individuare in modo diverso anche l’interesse collettivo da perseguire².

¹ Diversamente dai rapporti di lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni ove gli attori e l’efficacia della contrattazione collettiva sono regolati dalla legge (art. 40 ss., d.lgs. n. 165/2001).

² Per maggiori riferimenti, si rinvia al mio *Questioni sulla contrattazione collettiva Legittimazione, efficacia, dissenso*, Milano, 1994, p. 76 ss.

Deriva, altresì, in capo ai singoli datori di lavoro, sia la libertà positiva di aderire ad una o ad altra organizzazione, rimanendo in tal caso vincolati al contratto collettivo stipulato da quella cui si aderisce, sia, secondo la dottrina prevalente, la libertà negativa di non aderire ad alcuna organizzazione, restando il datore di lavoro libero, in questo ultimo caso, sia di non applicare alcun contratto collettivo, sia di applicare un qualsiasi contratto collettivo scelto in base al generale potere di autonomia negoziale, non essendo applicabile l'art. 2070 c.c. che era stato dettato in materia di contratti collettivi corporativi.

2. I limiti alla libertà di scegliere un contratto collettivo “non pertinente”

Le Sezioni Unite della Cassazione, con la sentenza n. 2665/1997, muovendo dai principi esposti, hanno affermato una importante precisazione.

Prendendo in considerazione l'eventualità che, in tal modo, al rapporto di lavoro possa essere applicato, per scelta del datore di lavoro³, un contratto collettivo «*del tutto innaturale rispetto alle oggettive caratteristiche dell'impresa*», le Sezioni Unite hanno evidenziato che tale eventualità «*non comporta la lesione di diritti fondamentali del lavoratore*». Più precisamente, nel caso esaminato, le Sezioni Unite hanno inteso affermare che l'applicazione del contratto “*innaturale*” non può comportare la violazione del precetto inderogabile dell'art. 36 Cost., che sancisce il diritto del lavoratore ad una retribuzione proporzionata alla quantità ed alla qualità della prestazione lavorativa, e comunque sufficiente⁴.

È questo, quindi, un primo limite alla libertà di scelta del contratto collettivo, perché la scelta del datore di lavoro di applicare un contratto collettivo contenente tariffe retributive pattuite in relazione ad una tipologia di attività diversa da quella esercitata preclude la possibilità di attribuire alle tariffe del contratto “*innaturale*” quella sorta di presunzione di conformità all'art. 36 che, di norma, è riconosciuta alle retribuzioni sindacali⁵. Con la conseguenza che, al fine di valutare l'adeguatezza della retribuzione

³ Qui, e nel proseguo, si preferisce fare riferimento alla “*scelta*” del datore di lavoro, perché di norma è questi che, per la nota posizione di forza contrattuale, assume la decisione relativa al *se* applicare un contratto collettivo, e nel caso *quale* applicare. Resta fermo che tale decisione può essere anche frutto di una genuina contrattazione individuale o di una specifica richiesta del lavoratore, quando questi sia in condizioni di poter esercitare un effettivo potere negoziale.

⁴ Per tutti, da ultimo, P. PASCUCCI, *Giusta retribuzione e contratti di lavoro*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 2019, p. 64 ss.; M. MARTONE *Austerità e retribuzione. Tra riforma della contrattazione collettiva e salario minimo legale*, *ivi*, p. 508 ss.

⁵ Cfr. Cass. 8 gennaio 2002, n. 132; Cass. 18 marzo 2004, n. 5519, e Cass. 1° febbraio 2006, n. 2245; Cass. 28 ottobre 2008, n. 25889. In realtà, anche le stesse organizzazioni sindacali stipulanti il contratto collettivo, nel determinare la retribuzione dovuta nel campo di applicazione da esse individuato, non intendono in alcun modo riconoscere a quella retribuzione un giudizio di “*adeguatezza*” rispetto alle prestazioni di lavoro svolte in attività non riconducibili nel campo di applicazione del contratto da esse stipulato. In sostanza, per rendere chiaro il punto con un esempio, il c.c.n.l. del terziario, nel determinare la retribuzione dovuta al “*cassiere*” di un esercizio commerciale, non sta dando una valutazione di “*proporzionalità*” rivolta, o riferibile, all'attività svolta, a dispetto dell'omonimia, da un “*cassiere*” di banca.

corrisposta al lavoratore in base al contratto “*innaturale*”, il giudice può fare riferimento al contratto collettivo corrispondente all’attività effettivamente svolta⁶, tenendo conto anche delle clausole che, pur non riguardando la retribuzione in senso stretto, siano “*indirettamente necessarie*” per assicurare detto “*adeguamento*”.

Da questo punto di vista, il limite alla libertà del datore di lavoro è lo stesso che, sin dagli anni ’50, la giurisprudenza ha ritenuto operante nel caso di datore di lavoro che corrisponda al lavoratore una retribuzione pattuita (o imposta) individualmente, senza fare riferimento ad alcuna tariffa sindacale⁷.

3. (segue). Rinvii legali alla contrattazione collettiva e “*diritti fondamentali*”

In realtà, il principio affermato delle Sezioni Unite, anche se direttamente riferito soltanto all’applicazione dell’art. 36 Cost., ha una rilevanza più ampia nella ricostruzione sistematica dei limiti ordinamentali alla libertà di scelta del datore di lavoro.

I “*diritti fondamentali*” che non possono essere incisi negativamente dalla scelta del datore di lavoro, infatti, non sono soltanto quelli che riguardano la retribuzione adeguata ex art. 36 Cost. È noto che, storicamente e ancora oggi, la tecnica di tutela del lavoro più utilizzata dal legislatore è quella di dettare norme generali che presuppongono, mediante un rinvio dinamico o mobile, di essere specificate, integrate o anche derogate dai contratti collettivi⁸, tanto che, molto spesso, quelle norme risulterebbero so-

⁶ Cfr. Cass. 18 dicembre 2014, n. 26742; Cass. 13 luglio 2009, n. 16340; Cass. 5 maggio 2004, n. 8565. È da chiarire che, in questo modo, non si fa rivivere il principio dettato dall’art. 2070, comma 1, c.c., di per sé inapplicabile ai contratti collettivi di diritto comune. La norma codicistica, infatti, si inseriva in un ordinamento, come quello corporativo, nel quale la “*categoria*” (definita “*professionale*”) era determinata da un regime pubblicistico, mentre, nell’ordinamento repubblicano, la giurisprudenza non ha mai messo in dubbio che rientra nella libertà dei sindacati la individuazione della “*categoria*” alla quale si riferisce il contratto collettivo. Semplicemente, la giurisprudenza ha preso atto che, nella realtà, la scelta operata dai contratti collettivi, nel definire liberamente il campo di applicazione, ha continuato a fare sempre riferimento alla natura dell’attività svolta dal datore di lavoro (oltretutto, solo in pochi casi, alla categoria o alla qualifica del lavoratore, come accade, ad esempio, con il c.c.n.l. per i dirigenti delle aziende industriali e con il c.c.n.l. per il personale di volo del trasporto aereo). Quindi, la giurisprudenza, quando individua il c.c.n.l. da utilizzare come parametro ex art. 36 Cost., richiamando talvolta il primo comma dell’art. 2070 c.c., non fa altro che applicare lo stesso criterio adottato liberamente dalle organizzazioni sindacali all’atto della definizione del campo di applicazione dei contratti collettivi da esse stipulati.

⁷ Sulla funzione sostanzialmente “*normativa*” di tale giurisprudenza, T. TREU, *Sub art. 36*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Bologna, 1972, p. 72 ss. La funzione “*parametrica*” del c.c.n.l. è confermata dal fatto che, ove l’attività svolta dal datore di lavoro, per la sua peculiarità, non rientri nel campo di applicazione di alcun c.c.n.l., il giudice può fare riferimento ad un c.c.n.l. che disciplini prestazioni lavorative “*affini o analoghe*” (cfr. Cass. 5 luglio 2002, n. 9759), o anche, in determinate situazioni, ad un contratto collettivo decentrato (Cass. 2 agosto 2018, n. 20452). Si veda, anche, l’art. 47 *quater*, comma 2, d.lgs. n. 81/2015; art. 1, comma 4 *bis*, legge n. 383/2001.

⁸ Sulla molteplicità delle funzioni dei rinvii legali, si veda, già, R. DE LUCA TAMAJO, *L’evoluzione dei contenuti e delle tipologie della contrattazione collettiva*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1985, I, p. 16.

stanzialmente prive di concreto contenuto senza l'intervento specificativo o integrativo della contrattazione collettiva⁹.

Ebbene, tutte le volte in cui la legge demanda alla contrattazione la concreta fissazione delle condizioni di tutela, al giudice deve essere riconosciuto, a mio avviso, il potere di valutare se le condizioni previste da un contratto collettivo applicato dal datore di lavoro in modo “*innaturale*” (ossia non corrispondente all'attività svolta) siano idonee a specificare ed integrare la norma oggetto di rinvio legale. Ciò perché sembra ragionevole affermare che, nelle ipotesi di rinvio alla contrattazione collettiva, l'intenzione del legislatore sia quella di differenziare le condizioni minime di tutela non in base a scelte discrezionali del datore di lavoro, bensì in base alle diverse condizioni del settore in cui opera, e tenendo conto della specifica esperienza e competenza riconosciute alle organizzazioni sindacali che operano in ciascun settore.

Anche in questa ipotesi, quindi, ove le norme di legge rinvianti abbiano ad oggetto diritti “*fondamentali*”, è da ritenersi ammissibile, ed anzi doveroso, il controllo giudiziale sulla legittimità dell'atto o del patto individuale che abbia determinato il contenuto del diritto previsto dalla legge facendo riferimento ad un contratto collettivo applicato “*innaturalmente*”.

4. I limiti alla libertà di scegliere tra più contratti collettivi pertinenti

Stante il pluralismo che di fatto si è concretamente realizzato nel nostro sistema di relazioni sindacali, può accadere, ed accade oggi sempre più frequentemente, che la scelta del datore di lavoro avvenga nell'ambito di una pluralità di contratti collettivi che, per brevità, possiamo definire “*naturali*” (per usare la terminologia delle Sezioni Unite), o meglio ancora “*pertinenti*”, nel senso che ciascuno di essi ricomprende nel proprio campo di applicazione l'attività svolta da quel datore di lavoro¹⁰.

In questa ipotesi, la scelta del datore di lavoro può essere non solo un mero atto di esercizio di autonomia privata, in quanto, come già detto, può essere anche la conseguenza dell'esercizio del diritto costituzionale di libertà sindacale positiva, laddove derivi dall'adesione del datore stesso all'un sindacato invece che all'altro, tra tutti quelli che hanno stipulato i diversi contratti collettivi “*pertinenti*”.

In ogni caso, anche laddove la scelta del datore non sia collegata all'adesione sindacale, resta il fatto che il contratto collettivo scelto, quando è pertinente (nel senso sopra precisato), risulta applicato conformemente alla volontà delle parti sindacali sti-

⁹ Si veda G. PROIA, *Il contratto collettivo “fonte” e le “funzioni” della contrattazione collettiva*, in AA.VV., *Il sistema delle fonti nel diritto del lavoro*, Milano, 2002, p. 204 ss.

¹⁰ Sulle innumerevoli problematiche che derivano dal rapporto tra autonomia sindacale e categorie produttive, oggetto classico degli studi giuslavoristici, si richiama, limitandoci alle monografie più recenti, M. FERRARESI, *La categoria contrattuale nel diritto sindacale italiano*, Padova, 2020, e G. CENTAMORE, *Contrattazione collettiva e pluralità di categorie*, Bononia University Press, 2020.

pulanti, e quindi è di per sé idoneo ad integrare i rinvii legali alla disciplina sindacale, tanto quanto lo sono gli altri contratti collettivi pertinenti.

Del resto, proprio il principio di libertà sindacale, combinato con la mancata attuazione della seconda parte dell'art. 39 Cost., non consente di individuare una gerarchia, o una prevalenza, tra contratti collettivi quando questi siano stipulati da organizzazioni sindacali libere e “*genuine*”¹¹.

Tuttavia, anche nel caso di scelta operata dal datore di lavoro nell'ambito di più contratti collettivi pertinenti, può entrare in gioco, ed assumere rilievo, il limite del necessario rispetto dei diritti fondamentali affermato dalle Sezioni Unite.

Ed infatti, quando si tratta di “*diritti fondamentali*”, si pone il problema di verificare, caso per caso, se sia concettualmente e praticamente ammissibile riconoscere la coesistenza di due diverse misure di *standard* minimo del diritto, a seconda del contratto collettivo applicato. Tant'è vero che la riforma della Costituzione del 2001, pur in senso regionalista, riserva alla legislazione statale la «*determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale*» (art. 117, lett. m, Cost.).

Di conseguenza, prendendo ancora in considerazione il diritto fondamentale della retribuzione, è da ritenere che, in presenza di due contratti collettivi pertinenti che prevedano diverse misure di retribuzione, dovrebbe essere esercitato un controllo giudiziale più attento¹² in ordine alla conformità all'art. 36 Cost. della retribuzione erogata dal datore applicando il contratto collettivo, in sé pertinente, che prevede la retribuzione al “*ribasso*”.

Ed infatti, se è vero che le tariffe più elevate previste dall'altro contratto collettivo possono esprimere condizioni più favorevoli rispetto al “*minimo*” costituzionale (essendo il risultato, ad esempio, della maggiore forza contrattuale delle organizzazioni rappresentative dei lavoratori, o di una strategia delle organizzazioni di imprese volte ad attrarre, e fidelizzare, le risorse dotate di maggiore professionalità), è anche vero che l'esistenza di rilevanti differenze sul trattamento economico complessivo costituisce una “*spia*” della possibile lesione dell'altro requisito essenziale della retribuzione dovuta a tutti i lavoratori sull'intero territorio nazionale, che è quello della “*sufficienza*”. Il rispetto di tale requisito, in effetti, è oggi messo in discussione dalle tariffe retributive previste da alcuni contratti collettivi che risultano per lo più (ma non solo) sottoscritti da sindacati di incerta rappresentatività o, comunque, spinti ad accettare condizioni inferiori per guadagnarsi una legittimazione negoziale con la controparte (utile anche ai fini dell'acquisizione dei diritti sindacali previsti dal titolo III dello Statuto dei lavoratori), ovvero ispirati da più generali obiettivi di competizione tra organizzazioni sindacali.

¹¹ Come la giurisprudenza costante afferma, sia pure con riferimento alla diversa tematica del conflitto tra contratti collettivi di diverso livello (cfr. Cass. 9 luglio 2018, n. 17966, Cass. 1° luglio 2016, n. 13525, Cass. 19 aprile 2006, n. 9052).

¹² Controllo “*più attento*” perché la natura immediatamente precettiva dell'art. 36 Cost. riserva sempre al Giudice il potere di verificare la conformità ad esso della retribuzione prevista dal contratto collettivo e di discostarsi da quest'ultimo dandone congrua motivazione (cfr. Cass. 25 febbraio 1994, n. 1903).

Problematica, questa, che è stata avvertita dal nostro legislatore, il quale ha già fatto ricorso ad alcuni interventi correttivi (di cui subito si dirà nel paragrafo che segue), e che è alla base anche di quelle, numerose, proposte di legge che ipotizzano interventi più incisivi e strutturali, mediante la regolazione della rappresentanza sindacale, o direttamente la fissazione di un salario minimo legale¹³.

5. Il criterio selettivo della maggiore rappresentatività in termini comparativi dei soggetti stipulanti

Come accennato, la diffusione della presenza di organizzazioni sindacali, operanti anche in conflitto tra loro e non tutte in possesso di effettiva rappresentatività, ha indotto il legislatore ad adottare, prima in casi limitati e poi sempre più spesso, un correttivo alla tecnica di devoluzione di funzioni alla contrattazione collettiva, introducendo un criterio selettivo volto ad individuare il contratto collettivo abilitato a svolgere la funzione che di volta in volta gli è attribuita dalla legge¹⁴.

Com'è noto, il primo criterio selettivo cui il legislatore ha fatto ricorso è quello della "maggiore rappresentatività" dell'organizzazione sindacale¹⁵, che è stato impiegato in molteplici contesti ed a diversi fini, e, tra questi, anche allo specifico scopo di selezionare i sindacati ai quali è stata riconosciuta la facoltà di stipulare accordi diretti a derogare, "flessibilizzare" o sostituire la disciplina di legge (cfr., ad esempio, art. 4, comma 11, legge n. 223/1991).

Nel tempo, però, il criterio della maggiore rappresentatività ha mostrato una insufficiente capacità selettiva¹⁶, poiché, in base all'interpretazione che si è andata consolidando, "maggiormente" rappresentativo è stato considerato non solo il sindacato "più" rappresentativo, bensì, estensivamente, ogni sindacato la cui rappresentatività possa

¹³ La stretta connessione tra i problemi della retribuzione sindacale e le proposte di introduzione di un salario minimo determinato dalla legge è evidente, e ampiamente rimarcata. Cfr., tra gli altri, T. TREU, *La questione salariale: legislazione sui minimi e contrattazione collettiva*, in *WP C.S.D.L.E.IT*, 2019, n. 386; M.V. BALLESTRERO, *Retribuzione sufficiente e salario minimo legale*, in *Riv. giur. lav.*, 2019, I, p. 235 ss.; M. DELFINO, *Salario legale, contrattazione collettiva e concorrenza*, Napoli, 2019; P. PASCUCCI, *Giusta retribuzione e contratti di lavoro*, cit., p. 73 ss.; M. MARTONE, *A che prezzo – l'emergenza retributiva tra riforma della contrattazione collettiva e salario minimo legale*, Roma, 2019; R. FABOZZI, *Il salario minimo legale. Tra la dimensione europea e le compatibilità ordinamentali*, Bari, 2020. Si veda, anche, la mia analisi in *Il salario minimo legale, Dir. rel. ind.*, 1, 2020, p. 1 ss.

¹⁴ Sulla molteplicità delle tipologie e delle funzioni dei rinvii legali, si veda, da ultimo, I. ALVINO, *I rinvii legislativi al contratto collettivo*, Napoli, 2018.

¹⁵ Si veda, per tutti, G. SANTORO PASSARELLI, *Istituzionalizzazione della rappresentanza sindacale*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 1989, p. 329 ss., e B. VENEZIANI, *Il sindacato dalla rappresentanza alla rappresentatività*, *ivi*, p. 373, ss.

¹⁶ Si veda, in particolare, con riferimento al suo utilizzo ai fini del sostegno della rappresentanza sindacale in azienda, Corte cost. n. 30/1990, l'esito del referendum abrogativo del 1995, e, ancora, la più recente sentenza n. 231/2013 della stessa Corte costituzionale.

essere ritenuta “grande” o “effettiva”, sulla scorta degli indici rivelatori a tal fine individuati dalla stessa giurisprudenza¹⁷.

Allo stesso tempo, il crescente attivismo negoziale da parte di sindacati autonomi e la proliferazione di nuove sigle sindacali, anche dal lato delle imprese, hanno determinato la moltiplicazione inarrestabile dei contratti collettivi¹⁸, rendendo “patologicamente normale” (per usare un ossimoro) il fenomeno del *dumping* negoziale¹⁹ e la coesistenza di più contratti collettivi per lo stesso settore²⁰.

Questa situazione ha portato all’elaborazione da parte del legislatore di un nuovo e più rigoroso criterio, individuato nella maggiore rappresentatività in termini “comparativi”²¹, che sembra oramai essersi affermato nella più recente evoluzione dell’ordinamento. Ed infatti, pur non essendo stato abbandonato il ricorso ad altre tecniche legali di rinvio alla contrattazione collettiva (come risulta, *per tabulas*, dall’art. 51 del d.lgs n. 81/2015)²², non v’è dubbio che il criterio della maggiore rappresentatività comparativa abbia oggi una *vis* espansiva²³, essendo anch’esso impiegato ai più diversi fini²⁴.

¹⁷ Indici che, come noto, fanno riferimento non solo alla consistenza degli iscritti, ma anche ad altri elementi, quali la presenza in un ampio arco di categorie produttive, la partecipazione alla contrattazione collettiva e lo svolgimento delle altre attività tipiche di autotutela collettiva (cfr., tra le tante, Cass. 28 luglio 1998, n. 7408 e Cass. 22 agosto 1991, n. 9027). Tali indici, peraltro, hanno trovato consacrazione anche in diverse disposizioni di legge (cfr., tra le altre, l’art. 2 della legge n. 902/1977 e l’art. 4 della legge n. 936/1986).

¹⁸ Sul tema, S. CIUCCIOVINO, *La proliferazione continua dei contratti collettivi nazionali: l’importanza dell’archivio del Cnel*, in *XX Rapporto mercato del lavoro e contrattazione collettiva 2017-2018*, a cura del CNEL, in collaborazione con INAPP e ANPAL, Roma, 2018, p. 253 ss.; ID., *Fisiologia e patologia del pluralismo contrattuale tra categoria sindacale e perimetri settoriali*, in *Lav. e dir.*, 2020, p. 185 ss.

¹⁹ In particolare, con riguardo ai contratti c.d. “pirata”, G. PERA, *Note sui contratti collettivi “pirata”*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1997, I, p. 381.

²⁰ Si veda, A. LASSANDARI, *Pluralità di contratti collettivi nazionali per la medesima categoria*, in *Lav. e dir.*, 1997, p. 261.

²¹ Utilizzato, per la prima volta, nell’art 2, comma 25 della legge n. 549/1995. Si vedano, poi, oltre le disposizioni che saranno richiamate nel testo: art. 5, comma 1, d.lgs. n. 510/1996; art. 1, comma 2, lett. m, d.lgs. n. 66/2003; art. 2, comma 1, lett. h, e 11, comma 2, d.lgs. n. 276/2003; art. 8, d.l. n. 138/2011; art. 30, legge n. 183/2010; art. 51, comma 1, d.lgs. n. 81/2015; art. 26, comma 1, d.lgs. n. 148/2015; art. 6, comma 4, d.lgs. n. 150/2015; art. 23, comma 1, d.lgs. n. 151/2015; art. 6, comma 2, d.lgs. n. 136/2016; art. 25, comma 2, d.lgs. n. 175/2016; art. 54 bis, comma 16, d.l. n. 50/2017; art. 10, comma 1, e 20, comma 1, legge n. 81/2017; art. 368, comma 4, legge n. 14/2019; art. 22, comma 1, d.l. n. 18/2020; art. 88, comma 1, d.l. n. 34/2020; art. 14, comma 3, d.l. n. 104/2020.

²² Il quale, pur contenendo un riferimento di portata tendenzialmente generale ai contratti stipulati dai sindacati comparativamente più rappresentativi, fa «salva la diversa previsione» da parte della legge.

²³ Cfr. G. FERRARO, *Teorie e cronache del diritto sindacale e autorità dal punto di vista giuridico*, in *Arg. dir. lav.*, 2016, p. 39.

²⁴ Si veda anche R. DEL PUNTA, *Sindacato rappresentativo e selezione del contratto collettivo ai fini retributivi e contributivi*, in *Il Giurista del lavoro*, 2019, n. 11, p. 3 ss.

6. Il ricorso a tale criterio ai fini della determinazione degli *standard minimi di tutela*

Un terreno privilegiato per l'utilizzo del nuovo criterio è rappresentato, per quanto qui rileva, dalle disposizioni con le quali il legislatore intende demandare alla contrattazione collettiva la fissazione di *standard minimi di trattamento* per i lavoratori.

Basti pensare all'impiego che ne è stato fatto per individuare le tutele applicabili a categorie specifiche, ma sempre più numerose, di lavoratori, quali i soci di cooperativa lavoro (art 7, comma 4, d.l. n. 248/2007)²⁵, i collaboratori "*organizzati*", gli apprendisti, i c.d. *riders* (cfr. rispettivamente, art. 2, comma 2, art. 42, comma 5, e art. 47 *quater*, comma 2, d.lgs n. 81/2015), i lavoratori distaccati nell'ambito di una prestazione di servizi transnazionali (artt. 4 e 5 del d.lgs n. 136/2016), i lavoratori degli enti del "*terzo settore*" (art. 16, comma 1, d.lgs n. 117/2017) e quelli delle "*imprese sociali*" (art. 13, comma 1, d.lgs. n. 112/2017).

Ma, a ben vedere, la nuova tecnica di rinvio legale ha trovato espressione anche in ambiti più ampi e con effetti di portata generale, tali da incidere sull'intero "*mondo*" dei rapporti di lavoro di natura privata.

Mi riferisco, anzitutto, alla disciplina dei contratti pubblici, in base alla quale *«al personale impiegato nei lavori, servizi e forniture oggetto di appalti pubblici e concessioni è applicato il contratto collettivo nazionale e territoriale in vigore per il settore e per la zona nella quale si eseguono le prestazioni di lavoro stipulato dalle associazioni dei datori e dei prestatori di lavoro comparativamente più rappresentative sul piano nazionale e quelli il cui ambito di applicazione sia strettamente connesso con l'attività oggetto dell'appalto o della concessione svolta dall'impresa anche in maniera prevalente»* (cfr. art. 30, comma 4, d.lgs. n. 50/2016)²⁶.

Di portata ancora più ampia, è la disposizione che subordina il riconoscimento di tutti *«i benefici normativi e contributivi previsti dalla normativa in materia di lavoro e legislazione sociale»* non solo *«al possesso, da parte dei datori di lavoro, del documento unico di regolarità contributiva»*, ma anche al *«rispetto degli accordi e contratti collettivi nazionali nonché di quelli regionali, territoriali o aziendali, laddove sottoscritti, stipulati dalle organizzazioni sindacali dei datori di lavoro e dei lavoratori comparativamente più rappresentative sul piano nazionale»* (art. 1, comma 1175, legge n. 296/2006).

²⁵ Particolare interesse ha suscitato in dottrina questo intervento del legislatore. Si veda, in particolare, A. BELLAVISTA, *Il salario minimo legale*, in *Dir. rel. ind.*, 2014, p. 746, secondo cui con esso è stata introdotta nel settore della cooperazione *«una forma di salario minimo»*.

²⁶ Si veda, anche, nello stesso d.lgs. n. 50/2016, l'art. 23, ultimo comma, nonché l'art. 50, secondo il quale *«per gli affidamenti dei contratti di concessione e di appalto di lavori e servizi diversi da quelli aventi natura intellettuale, con particolare riguardo a quelli relativi a contratti ad alta intensità di manodopera, i bandi di gara, gli avvisi e gli inviti inseriscono, nel rispetto dei principi dell'Unione europea, specifiche clausole sociali volte a promuovere la stabilità occupazionale del personale impiegato, prevedendo l'applicazione da parte dell'aggiudicatario, dei contratti collettivi di settore di cui all'articolo 15 del decreto legislativo 15 giugno 2015, n. 81»*.

Notevole impatto riveste, infine, la disposizione che fissa il “*minimale*” della retribuzione imponibile ai fini contributivi facendo riferimento all’importo delle retribuzioni stabilito da contratti collettivi «*stipulati dalle organizzazioni sindacali più rappresentative su base nazionale*» (art. 1, d.l. n. 338/1989)²⁷.

Si può affermare, allora, che dall’insieme di tali disposizioni si evince una precisa linea di tendenza dell’ordinamento, che riconosce nella contrattazione dei sindacati comparativamente più rappresentativi lo *standard* minimo di trattamento economico e normativo del lavoro subordinato (e non solo subordinato: cfr., ancora, art. 21, comma 2, e art. 47 *quater*, comma 2, d.lgs. n. 81/2015)²⁸.

7. La legittimità costituzionale

Dubbi sono stati sollevati in ordine alla legittimità costituzionale di tale linea di tendenza dell’ordinamento, che a taluni è parsa elusiva dei principi dettati dall’art. 39 Cost., anche alla luce della giurisprudenza costituzionale che si formò con riguardo alla legge n. 741/1959 e alla legge di proroga n. 1027/1960.

Ma è noto che la Corte costituzionale, se è stata ferma nel negare la legittimità di un sistema di attribuzione dell’efficacia *erga omnes* ai contratti collettivi diversi da quello prefigurato dall’art. 39 Cost. (Corte cost. n. 70/1963), si è mostrata successivamente pronta a difendere altre tecniche nel tempo adottate dal legislatore per promuovere il rispetto dei trattamenti economici e normativi previsti dalla contrattazione collettiva.

In particolare, si può ricordare che, con riguardo alla disciplina relativa alla fiscalizzazione degli oneri sociali (cfr. art. 2, comma 2, legge n. 573/1977), la Corte costituzionale ne ha affermato la legittimità, ritenendo che l’applicazione delle condizioni economiche e normative non inferiori a quelle previste dal contratto collettivo non costituisca un obbligo, bensì soltanto un «*onere*», nel senso che il datore di lavoro che si rifiuti di applicare quelle condizioni non compie un inadempimento contrattuale nei confronti del lavoratore, né, tantomeno, un illecito di altra natura, ma perde soltanto la possibilità di fruire dell’agevolazione costituita dalla fiscalizzazione (cfr. Corte cost. 16 luglio 1987, n. 270)²⁹.

²⁷ Disposizione, quest’ultima interpretata autenticamente «*nel senso che, in caso di pluralità di contratti collettivi intervenuti per la medesima categoria, la retribuzione da assumere come base per il calcolo dei contributi previdenziali ed assistenziali è quella stabilita dai contratti collettivi stipulati dalle organizzazioni sindacali dei lavoratori e dei datori di lavoro comparativamente più rappresentative nella categoria*» (cfr. art. 2, comma 25, legge n. 549/1995).

²⁸ La rilevanza e la molteplicità delle conseguenze derivanti dal mancato rispetto di tali *standard* minimi di trattamento è stata più volte evidenziata anche dagli organi ispettivi in materia di rapporti di lavoro (cfr., in particolare, la circolare n. 3 del 25 gennaio 2018 dell’Ispettorato Nazionale del Lavoro, nonché, dello stesso Ispettorato, la nota n. 3861 del 19 aprile 2019).

²⁹ Diversa, e peculiare, è la ragione della legittimità costituzionale dell’art. 1 del d.l. n. 338/1989, la quale, individuando la retribuzione minima imponibile ai fini contributivi nell’importo stabilito dai con-

Con riguardo alla disposizione dell'art. 36 della legge n. 300/1970, il giudice costituzionale ha, addirittura, ritenuto che dovesse essere esteso il suo campo di applicazione all'ipotesi della concessione di pubblico esercizio, in quanto «*lo scopo della norma*» è quello «*di tutela del lavoro subordinato in situazioni nelle quali lo Stato è in grado di influire direttamente o indirettamente*» (cfr. Corte cost. 19 giugno 1998, n. 226).

Da ultimo, con il precedente più interessante ai fini del nostro esame, la sentenza n. 51/2015 ha ritenuto legittimo l'art. 7, comma 4, d.l. n. 48/2015, affermando che tale disposizione, «*lungi dall'assegnare ai predetti contratti collettivi stipulati dalle organizzazioni sindacali comparativamente più rappresentative, efficacia erga omnes, in contrasto con quanto statuito dall'art. 39 Cost., mediante un recepimento normativo degli stessi, richiama i predetti contratti, e più precisamente i trattamenti economici complessivi minimi ivi previsti, quale parametro esterno di commisurazione, da parte del giudice, nel definire la proporzionalità e la sufficienza del trattamento economico da corrispondere al socio lavoratore, ai sensi dell'art. 36 Cost.*»³⁰.

Sulla scia di tale pronunzia, anche la Corte di Cassazione ha ritenuto che la scelta del legislatore «*non fa venir meno il diritto delle organizzazioni minoritarie di esercitare la libertà sindacale attraverso la stipula di contratti collettivi*», imponendo a quelle organizzazioni soltanto di «*garantire livelli retributivi almeno uguali a quelli minimi normativamente imposti*»³¹.

Si può anche sostenere, come qualcuno ha fatto, che l'evoluzione della giurisprudenza costituzionale non sia perfettamente in linea con la sostanza delle sue pronunzie degli anni '60, e che si fondi su una sorta di “*acrobazia*” logico-giuridica. Ma è da rilevare, in linea generale, come sia ammissibile, e in qualche misura fisiologico, un mutamento di indirizzo da parte del giudice costituzionale in relazione ai cambiamenti del contesto socio-economico (basti pensare alla ben più pregnante distanza che intercorre, in materia di rappresentanza sindacale, tra i principi affermati nelle sentenze n. 244/1996 e n. 231/2013).

tratti collettivi stipulati dalle organizzazioni sindacali più rappresentative, stabilisce un obbligo, e non un semplice onere. La Corte di Cassazione, infatti, ha ritenuto che tale disposizione non viola l'art. 39 Cost., in quanto essa opera «*soltanto in funzione di parametro contributivo minimale comune, idoneo a realizzare le finalità del sistema previdenziale e garantire una sostanziale parità dei datori di lavoro nel finanziamento del sistema stesso*» (così Cass. 14 marzo 2016, n. 4926; nello stesso senso, Cass. n. 19284/2017; Cass. n. 801/2012; Cass. n. 16/2012; Cass. n. 2758/2006).

³⁰ Si vedano, con riguardo a tale sentenza, le osservazioni adesive di M. BARBIERI, *In tema di legittimità costituzionale del rinvio al c.c.n.l. delle organizzazioni più rappresentative nel settore cooperativo per la determinazione della retribuzione proporzionata e sufficiente*, in *Riv. giur. lav.*, 2015, II, p. 493 ss.

³¹ Cfr. Cass. 20 febbraio 2019, n. 4951, secondo cui «*parimenti le singole società cooperative potranno scegliere il contratto collettivo da applicare ma non potranno riservare ai soci lavoratori un trattamento economico complessivo inferiore a quello che il legislatore ha ritenuto idoneo a soddisfare i requisiti di sufficienza e proporzionalità della retribuzione*» (conforme, Cass. 12 marzo 2019, n. 7047). Nello stesso senso, è l'interpretazione affermata, con riguardo agli artt. 30 e 50 del d.lgs. n. 50/2016, dall'Autorità Nazionale Anticorruzione, secondo cui, proprio per assicurare il nucleo precettivo dell'art. 39, primo comma, Cost., tali disposizioni non precludono al datore di lavoro la possibilità di applicare un diverso contratto collettivo, laddove esso contenga condizioni più favorevoli per il lavoratore (così la Relazione Illustrativa alle “*Linee guida n. 13*”, in materia di contratti pubblici, approvata dal Consiglio dell'Autorità con delibera n. 114 del 13 febbraio 2019). Si veda, anche, la circolare dell'Ispettorato Nazionale del Lavoro n. 7/2019.

Nello specifico, poi, è da osservare che la tecnica oggi utilizzata dal legislatore si differenzia da quella delle leggi del 1959 e del 1960, sopra richiamate, sotto un profilo che non è affatto marginale. Infatti, il recepimento da parte del Governo delle clausole dei contratti collettivi già stipulati determinava una “*crystallizzazione*” di quelle clausole in “*norme giuridiche*” le quali non erano soltanto efficaci “*nei confronti di tutti gli appartenenti alla categoria*”, ma si imponevano anche alle stesse parti sindacali nella misura in cui modificava l’efficacia temporale dei contratti collettivi recepiti (art. 7, comma 2, legge n. 741/1959) e precludeva la modifica *in pejus* da parte degli stessi contratti collettivi successivamente stipulati (art. 7, comma 3, legge n. 741/1959).

Ne derivava una rilevante limitazione alla libertà di contrattazione collettiva, che non è ravvisabile nella odierna tecnica di rinvio dinamico al trattamento previsto dai contratti stipulati da sindacati comparativamente più rappresentativi, perché mediante tale tecnica non si incide né sulla efficacia temporale dei contratti già stipulati, né sul potere delle parti stipulanti di modificare in modo “*bidirezionale*” i loro contenuti. Soprattutto, non si preclude ad altri sindacati la possibilità di acquisire sul campo il requisito della maggiore rappresentatività in termini comparativi e di stipulare contratti collettivi c.d. “*leader*”, sostituendo così – nella funzione di parametri minimi di trattamento – i contratti collettivi che, nel frattempo, abbiano perso la “*leadership*”.

8. I problemi interpretativi: la riduttiva lettura “*continuista*”

Posta la compatibilità costituzionale della linea di politica legislativa di cui trattasi, vanno, però, ora evidenziati i diversi problemi interpretativi e applicativi, alcuni di ardua soluzione, che ad essa sono collegati.

Il primo profilo da esaminare riguarda l’ammissibilità di una “*lettura*” del criterio della rappresentatività “*comparativa*” in senso “*continuista*” rispetto al criterio della rappresentatività “*maggiore*” (intesa come “*grande*” o “*effettiva*”) adottato in precedenza dalla legislazione. Lettura (consapevolmente o inconsapevolmente) influenzata proprio dalle difficoltà (che verranno tra breve esaminate) che sono implicate dall’operazione di comparazione della diversa rappresentatività dei sindacati³², e in particolare dalla mancanza di un sistema legale di misurazione del seguito rappresentativo di ciascun sindacato (in termini di iscritti e/o di votanti nelle consultazioni elettorali riferite agli organismi di base in azienda).

Seguendo questa lettura “*continuista*”, quindi, sarebbe ammissibile che, nello stesso ambito di riferimento, vi siano *più* contratti collettivi stipulati da organizzazioni comparativamente più rappresentative, tutti idonei a integrare lo *standard* minimo legale di trattamento economico e normativo³³.

³² In questo senso, si veda M. BALLISTRERI, *La contrattazione collettiva intersettoriale*, in *Dir. e prat. lav.*, 2017, pp. 762-768.

³³ Cfr. Trib. Torino 9 agosto 2019, n. 1128, in *Labor*, 2020, p. 79 ss. (con nota di M. GIACONI, *Il trattamento retributivo nel CCNL Vigilanza privata e servizi fiduciari lede l’art. 36 Cost.. Un’interessante*

Una tale impostazione, tuttavia, non è condivisibile, perché, se è vero che sono incontestabili le difficoltà e le incertezze legate alla concreta applicazione del criterio della maggiore rappresentatività in termini comparativi³⁴, non v'è dubbio, però, che almeno nei casi in cui quel criterio è utilizzato per individuare lo *standard* minimo di trattamento dovuto ai lavoratori, *uno e uno soltanto*, è il contratto collettivo che integra il rinvio legale³⁵, cosicché non è consentito all'interprete eludere la volontà del legislatore e la obiettiva novità del criterio in questione³⁶. E, del resto, come già detto, tale criterio è stato introdotto proprio per rispondere alla inadeguatezza del criterio della maggiore rappresentatività, precedentemente utilizzato, quando si tratta di scegliere, in presenza di una pluralità di contratti collettivi applicabili, quale sia quello idoneo a determinare la tutela *minima* che il legislatore intende garantire ai lavoratori.

9. (segue). Unanimità, maggioranza e oggetto della comparazione

Ugualmente superabili sono, a mio avviso, i dubbi posti da chi ritiene di poter attribuire un qualche significato differenziale alle disposizioni di legge della cui interpretazione qui si tratta, a seconda che esse facciano riferimento ai contratti stipulati “*da*” organizzazioni comparativamente più rappresentative o “*dalle*” organizzazioni comparativamente più rappresentative.

Infatti, dal punto di vista logico-grammaticale, l'uso della preposizione articolata, in luogo, della preposizione semplice, non produce alcun significato distintivo (essendo un elemento neutro ai fini interpretativi), e in particolare non consente di ricavare alcuno spunto per dedurre che, nel primo caso (diversamente del secondo), il contratto

pronuncia del Tribunale di Torino), secondo cui l'art. 7, comma 4, d.l. n. 248/2007 avrebbe «lasciato alle cooperative datrici di lavoro la possibilità di scegliere tra più contratti appartenenti alla stessa categoria che siano sottoscritti da organizzazioni sindacali qualificabili come comparativamente più rappresentative a livello nazionale», cosicché non vi sarebbe «alcuno spazio per il giudice per effettuare una comparazione tra tali contratti collettivi, né tanto meno per individuare il criterio distintivo tra gli stessi» (si veda, anche, Trib. Milano 30 giugno 2016, in *Labor*, 2017, p. 233 ss., con nota di Centamore).

³⁴ Cfr. P. CAMPANELLA, *Rappresentatività sindacale: fattispecie e effetti*, Milano, 2000.

³⁵ Ed infatti, la giurisprudenza della Cassazione si è sviluppata tutta sull'implicito presupposto della necessità di procedere a tale selezione tra i diversi contratti applicabili (cfr. Cass. 28 febbraio 2019, n. 4951, in *Labor*, 2019, p. 404 ss. (con nota di L. IMBERTI, *Trattamento economico minimo (del socio lavoratore) e c.c.n.l. parametro; chi individua la categoria e il perimetro della stessa?*); Cass. 21 febbraio 2019, n. 5189; Cass. 12 marzo 2019, n. 7047; Cass. 18 aprile 2019, n. 10581; Cass. 4 novembre 2019, n. 28289). Si veda, anche, in dottrina, F. LISO, *Autonomia collettiva e occupazione*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 1998, p. 265; più recentemente, S. BELLOMO, *Determinazione giudiziale della retribuzione e individuazione del contratto collettivo-parametro tra art. 36 Cost. e normativa speciale applicabile ai soci lavoratori di cooperative*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2020, I, p. 28 ss., che dà per «assodata l'ineludibilità di una (reale) selezione comparativa»; I. ALVINO, *I rinvii legislativi al contratto collettivo*, Napoli, 2018, p. 189.

³⁶ Cfr. Cons. Stato 22 gennaio 2019, n. 537, secondo cui «il concetto di sindacato “comparativamente più rappresentativo”, presuppone, diversamente dal concetto di “maggiore rappresentatività”, una selezione delle associazioni sindacali, sulla base di una valutazione comparativa della effettiva capacità di rappresentanza di ciascuna di esse».

debba essere firmato da tutte le organizzazioni comparativamente più rappresentative³⁷.

Una simile deduzione, peraltro, non è sostenibile anche per un'ulteriore ragione. Ed infatti, il legislatore non indica mai un "*numerus clausus*" volto a delimitare la cerchia dei sindacati comparativamente più rappresentativi legittimati a stipulare i contratti collettivi di cui trattasi. Pertanto, in mancanza di una tale preventiva delimitazione, qualsiasi organizzazione sindacale potrebbe sostenere di essere comparativamente più rappresentativa rispetto ad altre organizzazioni meno rappresentative, cosicché il numero dei soggetti legittimati risulterebbe ampliabile in modo indefinito restando esclusa una sola organizzazione sindacale, ossia quella meno rappresentativa di tutte le altre.

Dalle considerazioni ora svolte, deriva che, per integrare il precetto della norma di legge rinviante, non è certamente necessario che il contratto collettivo sia stipulato da *tutte* le organizzazioni comparativamente più rappresentative. Né è sostenibile che i rinvii legali presuppongano, *a priori*, che tali siano le associazioni di categoria delle tre Confederazioni storiche. Un tale presupposto, infatti, seppure risponde alla situazione di fatto esistente in molti settori, non è sempre vero, e comunque non può ritenersi che esso sia stato recepito e "*crystallizzato*" dalle norme di legge rinvianti, le quali, per non essere sospettate di irragionevolezza (e di realizzare una ingiustificata disparità di trattamento tra sindacati), devono essere necessariamente intese nel senso che esse rinviano ad un dato di effettività, di per sé modificabile nel tempo (potendo qualsiasi sindacato sia ridurre che incrementare il proprio grado di rappresentatività).

Per le stesse ragioni, ed anzi *a fortiori*, non è sostenibile che il contratto collettivo debba essere stipulato dalla maggioranza delle organizzazioni comparativamente più rappresentative³⁸, posto che la mancanza di una predeterminazione da parte della legge del numero di sindacati considerati tali non permette di individuare nemmeno il numero che, di volta in volta, è maggioranza.

Né, infine, per individuare i sindacati comparativamente più rappresentativi, e conseguentemente il numero complessivo nell'ambito del quale determinare la maggioranza, è possibile ritenere tali i sindacati che raggiungano la soglia del 5% (come media tra il dato dell'iscrizione e il dato dei risultati elettorali) che è stata prevista dall'Accordo Interconfederale del 10 gennaio 2014 (c.d. T.U. in materia di rappresentanza sindacale).

Ed infatti, nell'ambito della disciplina dettata da tale Accordo, la soglia del 5% è rivolta ad individuare i sindacati dotati del requisito della effettiva rappresentatività (ai fini dell'ammissione alle trattative per la stipulazione del contratto collettivo), cosicché tale requisito non coincide affatto con quello della maggiore rappresentatività in

³⁷ Si veda, anche, I. ALVINO, *I rinvii legislativi*, cit., p. 199.

³⁸ Come sembra ritenere, erroneamente, Trib. Milano 29 ottobre 2019, n. 2457, in *Riv. it. dir. lav.*, 2020, I, p. 28 ss. (con nota di S. BELLOMO, *Determinazione giudiziale della retribuzione e individuazione del contratto collettivo-parametro tra art. 36 Cost. e normativa speciale applicabile ai soci lavoratori di cooperative*).

termini comparativi (previsto dalla legge al fine di determinare gli *standard* minimi di trattamento economico e normativo).

In ogni caso, è necessario ancora richiamare l'attenzione sul fatto che, nelle norme di legge di cui trattasi, l'oggetto della comparazione non è il grado di rappresentatività di ciascun singolo sindacato che abbia stipulato uno dei contratti collettivi applicabili, bensì il grado di rappresentatività complessivo delle parti stipulanti ciascun contratto collettivo, fermo restando che tanto la parte datoriale quanto la parte sindacale può essere composta da una singola organizzazione o da una pluralità (o "*coalizione*") di organizzazioni.

Da ciò deriva che anche il contratto collettivo stipulato da un solo sindacato dei lavoratori è idoneo ad integrare il rinvio legale ove quel sindacato, pur da solo, sia comparativamente più rappresentativo del sindacato (o della coalizione di sindacati) che abbiano stipulato l'altro o gli altri contratti collettivi applicabili.

10. Gli indici utili per l'operazione di comparazione: gli ostacoli sulla strada della misurazione

A questo punto, però, si arriva a dover esaminare il problema più spinoso, che attiene all'individuazione degli elementi utili a stabilire quale, tra due o più contratti collettivi pertinenti, sia quello stipulato dalle organizzazioni sindacali più rappresentative.

Al riguardo, se venissero completati tutti gli adempimenti necessari per rendere operativo il procedimento di misurazione previsto dal citato T.U. sulla rappresentanza del 2014 (ed il medesimo procedimento venisse adottato in tutti i settori produttivi), i dati emergenti dalla sua applicazione sarebbero certamente idonei a supportare il giudice anche ai fini della valutazione della maggiore rappresentatività in termini comparativi.

Ma, com'è noto, ancora diversi ostacoli devono essere superati perché il sistema delineato dalle parti sociali possa essere operativo, in particolare per ciò che riguarda la misurazione della rappresentatività delle organizzazioni datoriali³⁹ e la definizione dei perimetri contrattuali (la "*categoria*"). È evidente, infatti, che il funzionamento del sistema prefigurato dalle parti sociali presuppone necessariamente la preventiva determinazione delle "*categorie*" nell'ambito delle quali va effettuata la misurazione dei "*consensi*" raccolti (in termini di iscrizione e di voti). Senonché tale opera di determinazione si rivela ardua per le parti sociali, poiché emergono divergenze di vedute e contrapposizioni di interessi tra le singole organizzazioni, il cui "*peso*" dipende (almeno in parte) proprio dal modo in cui le categorie e i loro perimetri sono fissati. E quan-

³⁹ Si vedano, per tutti, M. MAGNANI, *Riflessioni sulla misurazione della rappresentanza datoriale nell'ordinamento statale e intersindacale*, in WP C.S.D.L.E.IT, n. 376/2018, p. 3 ss.; A. LASSANDARI, *Sulla verifica di rappresentatività delle organizzazioni sindacali datoriali*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 2017, p. 1 ss.; M. MARTONE, *A che prezzo*, cit., p. 82 ss.; M. MARAZZA, *Perimetri e rappresentanze sindacali (dei datori di lavoro e dei lavoratori)*, in *Labour & Law Issues*, 2018, n. 2, p. 1 ss.

d'anche un accordo potesse essere raggiunto, esso avrebbe, come ogni contratto collettivo, un'efficacia limitata alle parti stipulanti.

Peraltro, proprio a ragione di ciò, si è fatta strada nelle principali organizzazioni sindacali l'idea di "accettare" un intervento da parte del legislatore⁴⁰. Senonché, anche per quest'ultimo, l'operazione si è rivelata irta di ostacoli, in quanto resta l'esigenza di fare i conti con il principio di libertà sindacale, che, come detto, implica la libertà delle organizzazioni sindacali di scegliere, e anche di modificare nel tempo, il campo in cui svolgere la propria attività di contrattazione e più in generale di autotutela⁴¹.

11. (segue). La necessità di adattare gli indici elaborati per valutare la "maggiore" rappresentatività

In questa situazione, l'unica possibilità offerta dall'ordinamento è quella di utilizzare, ai fini del giudizio di comparazione, gli indici che, nel passato, la legge e gli interpreti avevano individuato per valutare la "maggiore" rappresentatività sindacale⁴², tenendo conto, però, che tali indici devono essere necessariamente *adattati* in relazione alle specifiche indicazioni fornite dalle singole norme rinviati ed alla più rigida finalità selettiva che esse perseguono.

Pertanto, va anzitutto precisato che, ove la norma rinviante non faccia riferimento alla struttura confederale dell'organizzazione (che non è più richiesta nemmeno ai fini previsti dall'art. 19 della legge n. 300/1970), non può assumere rilievo né la diffusione della presenza nelle diverse categorie merceologiche o professionali, né il numero di contratti collettivi nazionali stipulati in settori diversi⁴³, posto che anche un sindacato monocategoriale può, almeno in astratto, essere o divenire più rappresentativo nella unica categoria rappresentata.

Di conseguenza, ai fini di cui trattasi, gli indici che in concreto possono assumere rilevanza sono quelli idonei a comprovare il grado di rappresentatività del sindacato nell'ambito della specifica categoria alla quale si riferisce il giudizio di comparazione. Indici che sono, oltre al numero degli iscritti (fermi restando i problemi che allo stato ne limitano la rilevazione), quelli che riguardano: la capillarità dell'organizzazione (dalla quale si desume, da un lato, la reale forza organizzativa, e, dall'altro, la concreta capacità di rispondere alle esigenze e agli interessi dei lavoratori rappresentati); l'assistenza prestata nelle controversie individuali e collettive; la partecipazione alla stipulazione di contratti collettivi (riguardanti, come detto, la specifica categoria).

⁴⁰ Si veda il c.d. «*Patto per la Fabbrica*» del 9 marzo 2018.

⁴¹ Una attenta ricostruzione delle difficoltà che si frappongono alle diverse ipotesi di intervento legislativo, è operata, da ultimo, da R. DE LUCA TAMAJO, *Le criticità della rappresentatività sindacale "misurata": quale perimetro?*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2020, I, p. 377 ss.

⁴² Di cui si è detto nella nota 17 che precede.

⁴³ Indice, questo che, invece, è stato erroneamente ritenuto rilevante dalla circolare del Ministero del lavoro n. 10310 del 1° giugno 2012.

12. (segue). La rilevanza prioritaria della diffusione applicativa del c.c.n.l. e della contrattazione in sede decentrata

Particolare rilievo dovrebbe essere attribuito, a mio avviso, a quest'ultimo elemento, tenendo a mente *due* precisazioni.

In primo luogo, al fine di valutare la forza e la capacità rappresentative del sindacato, sino a quando non si potrà fare affidamento sul dato del numero degli iscritti, appare di importanza prioritaria tenere conto non del dato formale della sottoscrizione di un qualsiasi contratto collettivo di lavoro (auto)qualificato come “nazionale” o “di categoria”, bensì del dato sostanziale relativo all'effettiva *diffusione applicativa* del c.c.n.l. stipulato⁴⁴, posto che il numero delle imprese e dei lavoratori che lo hanno recepito come fonte di regolamentazione dei loro rapporti è sicuro indice di forza e capacità rappresentativa⁴⁵.

A tal fine, una funzione fondamentale può essere svolta dalla recentissima disposizione contenuta nell'art. 16 *quater* del d.l. 16 luglio 2020, n. 76 («*Misure urgenti per la semplificazione e l'innovazione digitale*»), introdotto dalla legge di conversione dell'11 settembre 2020, n. 120, che assegna al CNEL il compito di attribuire un codice unico per tutti i contratti collettivi nazionali di lavoro, mediante il quale dovrebbe essere consentito «*abbinare a ciascun contratto reperibile nell'archivio del CNEL il numero di lavoratori dipendenti ai quali è applicato*»⁴⁶.

In secondo luogo, nel valutare la partecipazione alla contrattazione collettiva, assume rilievo anche il numero di accordi sindacali stipulati a livello territoriale ed aziendale, essendo anch'esso utile al fine di rilevare il grado effettivo della diffusione organizzativa del sindacato, e della sua capacità di rappresentare i lavoratori della categoria anche nelle sedi negoziali più prossime ai loro luoghi di lavoro. Ciò, a maggior ragione, ove si consideri che i c.c.n.l., anche quelli stipulati da sindacati autonomi, demandano solitamente la regolazione di diversi istituti fondamentali proprio alle sedi contrattuali decentrate, onde la mancanza di attività negoziale in queste ultime sedi compromette la effettività della disciplina dettata dal c.c.n.l. (sino a mettere in dubbio la sua reale applicazione da parte delle imprese e dei lavoratori cui dichiara di rivolgersi).

⁴⁴ Si veda, al riguardo, Cass 12 marzo 2019, n. 7047, che, confermando la sentenza di merito, riconosce come «*la maggiore o minore diffusività del contratto collettivo*» possa rilevare «*quale indice della misura della rappresentatività delle organizzazioni sindacali stipulanti*».

⁴⁵ Da questo punto di vista, emerge come sia sempre rilevante, ai fini del giudizio comparativo, il grado di rappresentatività non solo delle organizzazioni sindacali dei lavoratori ma anche di quelle dei datori di lavoro, pure nei casi in cui la legge non faccia esplicito riferimento a queste ultime (cfr., ad esempio, art. 17 del d.lgs. n. 66/2003 e art. 8 del d.l. n. 138/2011). È evidente, infatti, che la minore rappresentatività dell'organizzazione dei datori di lavoro determina una corrispondente minore diffusione applicativa del c.c.n.l. stipulato, anche laddove la parte stipulante dal lato dei lavoratori sia invece molto o più rappresentativa.

⁴⁶ Si veda T. TREU, *Contrattazione, il codice alfanumerico unico dei c.c.n.l.*, in *Guida al lavoro*, 2020, n. 40, p. 44, il quale rileva come la norma in questione è «*utile a tracciare la linea di demarcazione fra pluralismo contrattuale e pratiche di contrattazione sleale*».

13. Difficoltà applicative e casi critici

Peraltro, se in questo modo si risolve la *questio iuris* relativa all'individuazione di quali siano gli indici utilizzabili, resta difficile ed incerta la soluzione della *quaestio facti* relativa alla loro applicazione nelle fattispecie concrete, sia perché anche i dati disponibili sugli elementi rivelatori del grado di rappresentatività diversi dal numero degli iscritti non sempre sono affidabili⁴⁷, sia perché non è predeterminato il “*peso*” che a ciascuno di essi deve essere attribuito ai fini del giudizio comparativo complessivo.

Allo stato, ciò che si può registrare, come dato di fatto, è solo un orientamento molto pragmatico da parte della giurisprudenza, la quale, solitamente, dà per scontato che, nel confronto con altri, il c.c.n.l. sottoscritto unitamente da parte delle organizzazioni di categoria aderenti a Cgil, Cisl e Uil sia il contratto stipulato dalle organizzazioni comparativamente più rappresentative⁴⁸, in qualche caso ponendo a carico del datore di lavoro che abbia fatto riferimento ad un diverso contratto collettivo l'onere di provare il contrario⁴⁹.

In effetti, pur non mancando pronunzie di diverso avviso relative a particolari settori⁵⁰, è da ritenere che, quando si tratta di operare una comparazione tra un c.c.n.l. stipulato unitariamente dai sindacati di categoria delle tre confederazioni sindacali da sempre considerate maggiori (da un lato) e il c.c.n.l. stipulato da un sindacato autonomo (dall'altro), possa considerarsi fatto notorio, ex art. 115 c.p.c., la maggiore rappresentatività in termini comparativi dell'insieme dei sindacati che hanno sottoscritto il primo.

Il ricorso al fatto notorio, però, non pare utilizzabile almeno in due ipotesi particolarmente critiche per l'accertamento giudiziale. La prima ipotesi è rappresentata dai casi, pur non frequenti, in cui i sindacati di categoria aderenti a Cgil, Cisl e Uil non riescano ad operare unitariamente e diano vita a diversi contratti collettivi⁵¹, rendendo a mio avviso impraticabile ricorrere a quella che è una sorta di presunzione relativa di maggiore rappresentatività comparativa a favore di una delle due coalizioni stipulanti.

⁴⁷ Almeno sino a quando non dovessero prodursi i risultati attesi dall'art. 16 *quater* del d.l. n. 76/2020, richiamato nel testo.

⁴⁸ Cfr., ancora, Cass. 12 marzo 2019, n. 7047, poc' anzi citata, che conferma la sentenza dei giudici di merito che avevano escluso la utilizzabilità, quale parametro di identificazione del trattamento economico minimo, del c.c.n.l. del commercio stipulato dalla sola Cisl.

⁴⁹ Cfr. Cass. 16 aprile 2015, n. 7781 e Cass. 6 maggio 2016, n. 9215 (con riferimento a fattispecie nelle quali, vertendosi in materia di agevolazioni contributive, l'onere di provare gli elementi costitutivi del diritto grava, secondo la stessa giurisprudenza, sul datore di lavoro: cfr., per tutte, Cass. 5 febbraio 2014, n. 2638).

⁵⁰ Si veda, ad esempio, i diversi esiti cui è pervenuta la giurisprudenza di merito in relazione al settore produttivo delle agenzie assicurative (Trib. Arezzo 12 luglio 2017, n. 256, in *De Jure*, e Trib. Genova 1° febbraio 2019, n. 1064, in *Bollettino Adapt*, 2019, n. 12), con gli approfondimenti di G. PIGLIALARMÌ, *La maggiore rappresentatività comparata del sindacato nel diritto vivente*, in *Dir. e prat. lav.*, 2019, 1581 ss.

⁵¹ Cfr. A. MARESCA, *Accordi collettivi separati: tra libertà contrattuale e democrazia sindacale*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2010, I, 29, e lo studio monografico di A. PESSI, *Unità sindacale e autonomia collettiva*, Torino, 2007.

Allo stesso modo, ed è la seconda ipotesi, il fatto notorio non può soccorrere nei casi in cui la medesima attività produttiva e/o professionale⁵² rientri nel campo di applicazione di due (o più) contratti i quali siano stipulati, ciascuno, da sindacati comparativamente più rappresentativi nella loro categoria, e presentino tra loro aree di intersezione⁵³ (ossia, parzialmente coincidenti).

14. (segue). Il conflitto tra categorie contrattuali parzialmente coincidenti

Questa seconda ipotesi, che si verifica più spesso di quanto si possa pensare, è “figlia” di diversi fattori concomitanti. Oltre ai fattori già più volte richiamati (mancanza di una predeterminazione legale dei “perimetri” delle categorie e proliferazione del numero dei contratti collettivi nazionali di lavoro), va segnalata sia la competizione che si può innescare anche tra diversi sindacati di categoria appartenenti alla stessa confederazione⁵⁴, sia la caratteristica di molti c.c.n.l. di definire il proprio campo di applicazione in modo estensivo e non sempre preciso (ricorrendo alla tecnica di completare l’elenco delle attività ricomprese nel proprio ambito con formule ampie e non sufficientemente determinate, quali “attività connesse” o “altri servizi complementari e accessori”).

In conseguenza di ciò, anche tra due (o più) contratti collettivi stipulati dai sindacati, ciascuno, più rappresentativo nella propria categoria si possono verificare, e di fatto si verificano, conflitti di competenza⁵⁵ quando le diverse categorie presentino aree di parziale coincidenza (come accade, ad esempio, nel caso dei c.c.n.l. della piccola industria e dell’artigianato, e, con riguardo ad alcune attività di servizi, nel caso dei c.c.n.l. dell’industria e del terziario) o quando uno dei contratti collettivi individua una nuova categoria contrattuale più ristretta e specifica di quelle già esistenti (come è accaduto, ad esempio, quando un’organizzazione di imprese è “fuoriuscita” dalla Confederazio-

⁵² Ipotesi, questa, da non confondere con il caso in cui il singolo datore di lavoro svolga una pluralità di attività rientranti, ciascuna, in più campi di applicazione di diversi contratti collettivi stipulati da sindacati comparativamente più rappresentativi. In questo caso sono configurabili diversi *standard* minimi di trattamento, rappresentati dai minimi previsti da ciascuno dei contratti collettivi nel cui campo di applicazione rientrano le distinte attività esercitate dal datore di lavoro, recuperando così un margine di residua applicabilità della disposizione, per il resto superata, dell’art. 2070 c.c.

⁵³ La qualificazione come contratto *leader* è stata, ad esempio, esclusa nel caso del c.c.n.l. “*Portieri e custodi*” sottoscritto dalle tre associazioni aderenti a Cgil, Cisl e Uil in quanto esso era stato sottoscritto da una unica associazione di datori di lavoro (Confedilizia), ritenuta implicitamente non comparativamente più rappresentativa nell’ambito della più ampia categoria in cui era riconducibile l’attività del datore di lavoro: cfr. il punto 26 della sentenza della Cassazione, già richiamato, n. 4951/2019.

⁵⁴ Cfr. F. SCARPELLI, *Linee e problemi dei fenomeni di esternalizzazione e decentramento produttivo*, in M. BROLLO (a cura di), *Il mercato del lavoro*, in M. PERSIANI, F. CARINCI (diretto da), *Trattato di diritto del lavoro*, Padova, 2012, p. 1448.

⁵⁵ Conflitto non di efficacia dei due (o più) contratti collettivi che regolano un medesimo segmento di attività produttive o professionali, bensì conflitto nel ruolo di contratto *leader* ai fini previsti dalla legge.

ne stipulante il c.c.n.l. del terziario e, nel 2018, ha poi dato vita al primo c.c.n.l. della distribuzione moderna organizzata).

Nelle situazioni descritte, si manifesta il profilo di massima complessità sul piano applicativo, perché, in caso di controversia, il giudice è chiamato ad effettuare l'operazione di comparazione tra due realtà disomogenee, dovendo mettere a confronto la rappresentatività di organizzazioni che operano in categorie coincidenti solo in parte (e, di conseguenza, almeno parzialmente diverse).

Allo stato della legislazione vigente, comunque, non sembra possibile affermare in modo assiomatico che debba prevalere il c.c.n.l. relativo alla categoria più ampia, in quanto in linea di principio i sindacati che lo hanno stipulato potrebbero essere poco o affatto rappresentativi in quella che ha i confini più ristretti. Né l'assioma può essere capovolto affermando che la prevalenza sia sempre da attribuire al c.c.n.l. relativo alla categoria più ristretta, perché, come detto, la stipulazione di un atto autoqualificato dalle parti "c.c.n.l." non è di per sé prova di rappresentatività effettiva (e, quindi, tantomeno di maggiore rappresentatività in termini comparativi). Sembra, allora, preferibile prospettare un'ipotesi alternativa di soluzione, secondo cui nei casi di conflitto di competenza sopra descritti, la selezione del contratto *leader* dovrebbe essere operata, in linea di principio (e salve tutte le ulteriori difficoltà applicative che ne derivano), mediante la comparazione della rappresentatività posseduta dalle organizzazioni stipulanti nell'ambito del "bacino" di attività che è comune ai due contratti collettivi concorrenti.

Questa soluzione invero, pur con tutte le sue evidenti difficoltà applicative, sembrerebbe, la più coerente con l'art. 39 Cost., perché è l'unica, alla luce della legislazione vigente, che "tiene insieme", coordinandoli, due principi fondamentali, e cioè, da un lato, il rispetto della libertà delle organizzazioni sindacali (e di loro coalizioni) di definire la sfera della propria azione e, dall'altro, la garanzia, per ogni sindacato, di poter "guadagnare" sul campo la qualificazione di organizzazione (o di coalizione) più rappresentativa nella specifica unità contrattuale prescelta.

15. Considerazioni conclusive

L'indagine svolta consente, a mio avviso, di affermare che i molteplici problemi interpretativi legati all'utilizzo del criterio della rappresentatività comparativa, ai fini della definizione degli *standard* minimi del trattamento spettante ai lavoratori, possano essere considerati ragionevolmente risolvibili, nel rispetto di una complessiva coerenza sistematica delle singole soluzioni individuate.

Al tempo stesso, però, si deve constatare, e se ne è dato più volte atto, che è nella fase applicativa che tale criterio presta il fianco a oggettive difficoltà (ed alle conseguenti incertezze), a causa della perdurante mancanza di un dato certo relativo al numero dei soggetti (imprese e lavoratori) rappresentati, e, ancor più a monte, a causa della mancanza dei "perimetri" delle categorie nell'ambito delle quali la rappresentatività deve essere misurata.

Analogamente, si deve rilevare come l'utilizzo del criterio in questione possa produrre anche un effetto non voluto, ossia quello di indurre condotte discutibili da parte di organizzazioni sindacali minori, volte a creare (più o meno fittiziamente) nuove categorie contrattuali (trasversali rispetto a quelle già esistenti, oppure più specifiche e di minore estensione), nell'ambito delle quali tentare di affermare la loro *leadership* (con ulteriore proliferazione del già abnorme numero di c.c.n.l. esistenti).

Tuttavia, è necessario nuovamente sottolineare che l'unico rimedio possibile per superare le difficoltà applicative e i rischi di comportamenti opportunistici segnalati, sarebbe rappresentato da un intervento del legislatore con il quale vengano predeterminate in modo rigido e autoritativo quali sono le categorie contrattuali e i loro perimetri. Ma tale rimedio potrebbe avere conseguenze peggiori dei problemi che dovrebbe risolvere, in termini di "ingessamento" del sistema di contrattazione collettiva e di "compressione" della libertà sindacale⁵⁶.

A ciò va aggiunto un ulteriore avvertimento, affinché non sia riposto un eccesso di "aspettative" nell'intervento del legislatore. Una delle motivazioni dei sostenitori di tale intervento, invero, è quella di superare la perdita di "autorità" in materia retributiva da parte della contrattazione collettiva, che si ritiene emerga da quelle sentenze che hanno ritenuto sindacabili i minimi salariali anche quando sono determinati da un contratto collettivo stipulato da sindacati comparativamente più rappresentativi⁵⁷.

Senonché, ricordando quanto si è detto all'inizio di questo scritto, quando si tratta di "diritti fondamentali" di cui la Costituzione abbia già individuato i requisiti essen-

⁵⁶ Cfr., ancora, R. DE LUCA TAMAJO, *Le criticità della rappresentatività sindacale "misurata": quale perimetro?*, cit. Sulla rilevanza della facoltà di individuare autonomamente la "categoria" ai fini della garanzia della libertà sindacale, è ancora oggi d'obbligo il richiamo a F. MANCINI, *Libertà sindacale e contratto collettivo erga omnes*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1963, p. 570. La complessità delle implicazioni di un intervento eteronomo è bene evidenziata anche dalla sentenza dell'11 luglio 2017 della Corte costituzionale tedesca, resa in relazione alla legge (tarifeinheitgesetz) che in Germania è andata ad incidere indirettamente sulla definizione di unità contrattuale (si veda la breve, ma puntuale, sintesi di L. NOGLER, *La sentenza della Corte costituzionale tedesca sulla legge sull'unicità del contratto collettivo*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 2017, pp. 632-633).

⁵⁷ Cfr., Trib. Torino 9 agosto 2019, n. 1128, già citata, nonché Trib. Milano 30 giugno 2016, n. 1977, *Labor*, 2017, 233, con nota di G. CENTAMORE; App. Milano, 28 dicembre 2017, n. 1885, in *Riv. giur. lav.*, 480 ss., con nota di G.A. RECCHIA. Vedi, però, *contra*, Trib. Vicenza 8 gennaio 2020, n. 398, in *De Jure*. La sentenza torinese, in particolare, ha avuto ampia eco nella dottrina: cfr. L. IMBERTI, *Art. 36 Costituzione: in assenza di interventi legislativi chi è l'autorità salariale?*, in *Lav. e dir. Europa*, 2019, n. 3; G. CENTAMORE, *I minimi retributivi del CCNL Confederale Vigilanza privato, sezione Servizi fiduciari, violano l'art. 36 Cost.: un caso singolare di dumping contrattuale e una sentenza controversa del Tribunale di Torino*, in *Dir. rel. ind.*, 2019, 848; F. AVANZI, *La giusta retribuzione oltre la contrattazione collettiva. La magistratura si oppone – e resiste – al massimo ribasso*, in *Boll. ADAPT*, 2019, n. 37; S. BELLOMO, *Determinazione giudiziale della retribuzione e individuazione del contratto collettivo-parametro tra art. 36 Cost. e normativa speciale applicabile ai soci lavoratori di cooperative*, cit., 28 ss.; M. GIACONI, *Il trattamento retributivo nel CCNL Vigilanza privata e servizi fiduciari lede l'art. 36 Cost.. Un'interessante sentenza del Tribunale di Torino*, cit., 79 ss. Con riguardo alla sentenza torinese, peraltro, si deve rilevare come il c.c.n.l. ritenuto, dal punto di vista retributivo, non conforme all'art. 36 Cost., costituisca un accordo "indebolito", essendo stato stipulato "separatamente" solo da due delle tre associazioni di categoria aderenti alle tre più grandi Confederazioni sindacali.

ziali (come ha fatto l'art. 36 Cost. con riguardo alla retribuzione), la conformità al precetto costituzionale è stata⁵⁸, e sarà sempre, sindacabile dal giudice, anche laddove il contratto collettivo applicabile sia agevolmente individuabile in modo univoco, e persino nell'ipotesi in cui si dovesse trattare di un contratto collettivo stipulato in attuazione della seconda parte dell'art. 39 Cost.⁵⁹.

⁵⁸ Cfr. nota 12 che precede, cui *adde* Cass. 26 agosto 2013, n. 19578; Cass. 28 agosto 2004, n. 17250; Cass. 5 luglio 2002, n. 9759; Cass. 26 luglio 2001, n. 10260; Cass. 22 agosto 1997, n. 7885; Cass. 9 agosto 1996, n. 7383; Cass. 25 gennaio 1992, n. 833; Cass. 23 novembre 1992, n. 12490; Cass. 15 maggio 1990, n. 4147. In dottrina, si veda E. GRAGNOLI, *La retribuzione e i criteri della sua determinazione*, in E. GRAGNOLI, S. PALLADINI (a cura di), *La retribuzione*, Torino, p. 13.

⁵⁹ Poiché anche in tal caso il contratto collettivo, pur acquisendo efficacia generale per tutti gli appartenenti alla categoria, resterebbe un atto di autonomia privata: cfr. G. PROIA, *Questioni sulla contrattazione collettiva, Legittimazione, efficacia, dissenso*, cit., p. 97 ss.