

04 / 2024

DIRITTI & LAVORO

FLASH

idee e strumenti per il sindacato



LE REGOLE DEL GIOCO

Pur tra mille compromessi, va finalmente in porto la direttiva sul lavoro tramite piattaforma digitale

La Cassazione su assenze per malattia e sciopero nei servizi pubblici

La legge della Regione Puglia sul salario minimo negli appalti pubblici

La Cassazione su superamento del comparto e accomodamenti ragionevoli

La Cassazione sulla rilevanza del luogo delle rinunce e transazioni

04 Giugno 2024

04

“Premio qualità” del lavoro nelle gare pubbliche: la legge della Regione Puglia e la parabola dei *nove euro*

di *Ivana Santoro*

07

Nei servizi pubblici essenziali il colpevole è sempre il sindacato

di *Francesca Maffei*

10

Si consolida l'orientamento su disabilità, comparto e accomodamenti ragionevoli

di *Giovanni Calvellini*

13

Rinunce e transazioni: annullabilità derivata dal luogo ove si svolgono

di *Giulio Cappelli*

15

In arrivo la Direttiva sul lavoro tramite piattaforme digitali: un (buon) compromesso per l'Europa sociale

di *Cristian Moretti*

DIRITTI & LAVORO

idee e strumenti per il sindacato

FLASH

A cura di

Centro Studi
"Diritti & Lavoro"

Direttore Scientifico

Prof. Giovanni Orlandini

Comitato di Redazione

Andrea Danilo Conte (PRESIDENTE)
Francesca Bassetti
Giovanni Calvellini
Giulia Frosecchi
Mariagrazia Lombardi
Ivan Petrone
Andrea Ranfagni
Marco Tufo

Progetto grafico

Dario D'Ovidio

Contatti

Centro Studi
Diritti & Lavoro

Piazza dei Rossi, 1
50125 - Firenze

web: dirittilavoro.it

email: dirittilavoro@gmail.com

Questo periodico è iscritto al
Reg. Trib. n° 5725 del 07/05/2009

Crediti fotografici

Per le immagini senza crediti
l'editore ha ricercato con ogni
mezzo i titolari dei diritti fotografici
senza riuscire a reperirli.
È ovviamente a completa
disposizione per l'assolvimento di
quanto occorre nei loro confronti.

“Premio qualità” del lavoro nelle gare pubbliche: la legge della Regione Puglia e la parabola dei *nove euro*

di
Ivana
Santoro

La Regione Puglia ha, recentemente, dato il benvenuto alla nuova legge regionale n. 19/2024, contenente disposizioni «per la qualità e la sicurezza del lavoro, per il contrasto al *dumping* contrattuale, nonché per la stabilità occupazionale».

Ad aver “aperto le danze” della legislazione regionale in materia di qualità del lavoro nei contratti pubblici è certamente la l. reg. n. 9/2022 della Regione Lazio, nei confronti della quale il testo “pugliese” si rivela profondamente debitore.

La legge ha un ambito applicativo esteso che ricomprende appalti e concessioni di lavori, servizi, forniture e opere, «con particolare riguardo» alle attività ad alta intensità di manodopera, aggiudicati dall'intera platea delle stazioni appaltanti e degli enti aggiudicatori che insistono sul terri-

torio regionale (comprensivi, dunque, anche delle Asl e delle società controllate).

Il fulcro dell'intervento normativo è rappresentato dal sistema premiale, delineato dagli artt. 4-5 e finalizzato a promuovere, nell'ambito dei contratti pubblici, un *lavoro di qualità*.

È fondamentale chiarire che i fattori presi in considerazione dal legislatore regionale non sono elevati a requisiti di partecipazione di ordine generale o speciale alla gara.

Si tratta di un intervento che incide, non di meno, sul cuore della procedura ad evidenza pubblica, cioè la fase della selezione delle offerte, in presenza di bandi che adottano il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa (cioè, la stragrande maggioranza, se si considera che il criterio del prezzo più basso è relegato ormai ai margini).

Il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa impone di valutare, insieme all'offerta economica, anche il contenuto dell'offerta tecnica. I documenti di gara sono, a tal fine, chiamati a stabilire criteri di aggiudicazione pertinenti alla natura, all'oggetto e alle caratteristiche del contratto (se del caso, anche valorizzando gli aspetti ambientali o sociali, sebbene nei limiti della connessione con l'oggetto dell'appalto).

La valutazione verte sugli elementi essenziali dell'offerta tecnica, ma può anche interessare elementi qualitativi ulteriori, messi a fuoco nel disciplinare di gara in funzione “premiante”, nel rispetto del diritto dell'Ue, dei principi di parità di trattamento, non discriminazione, trasparenza e proporzionalità.

I criteri premiali incidono sulla complessa attività di valutazione e

comparazione delle offerte in quanto si traducono, in concreto, nell'assegnazione di punteggi aggiuntivi a ciascun operatore secondo le indicazioni riportate nei documenti di gara.

La l. reg. n. 19/2024 procede a tipizzare criteri premiali di "respiro sociale", che si affiancano a quelli già contemplati dal legislatore nazionale (art. 108, c. 6 e art. 57, c. 2, d.lgs. 36/2023; art. 47, c. 5, d.l. 77/2021 nell'ambito dei progetti riconducibili ai fondi del PNRR).

Gli elementi presi in considerazione dall'art. 5 della legge pugliese si irradiano in quattro direttrici: i) la stabilità occupazionale nel c.d. cambio appalto; ii) l'inserimento di categorie di lavoratori svantaggiate nel mercato del lavoro; iii) il trattamento economico-normativo dei lavoratori; iv) una categoria residuale e piuttosto variegata che rintraccia "segnali" di un'organizzazione imprenditoriale adeguata, sostenibile, sicura e certificata.

È necessario tenere presente che alcuni di questi profili sono già regolati da norme contenute nel codice dei contratti pubblici, il quale contempla obblighi e impegni destinati ad essere recepiti nei bandi, negli avvisi e negli inviti: con questi ultimi sarà necessario "dialogare" al fine di comprendere quale sarà l'impatto pratico della legge regionale sulle procedure di affidamento.

Uno dei criteri più rilevanti si rintraccia nell'art. 5, lett. i) che interviene a premiare l'operatore economico che si obbliga, nell'ambito della gara, al riassorbimento di tutto il personale dell'impresa uscente impiegato nell'attività. Tale previsione necessita, tuttavia, di essere letta alla luce dell'art. 57, d.lgs. 36/2023 che (già) richiede, per mezzo delle clausole sociali, l'indicazione nell'offerta di "mi-

sure orientate a garantire la stabilità occupazionale del personale impiegato" e dell'art. 102, d.lgs. 36/2023, che contempla la garanzia della stabilità occupazionale tra gli impegni che è tenuto ad assumere l'operatore economico.

Non si tratta, tuttavia, di un vincolo assoluto e generalizzato: infatti, gli operatori sono ammessi a presentare nell'offerta dei piani di riassunzione attraverso i quali manifestano il proposito di assumere solo una quota parte dei lavoratori, compatibilmente con le proprie esigenze organizzative. Per tale ragione, la circostanza che l'obbligo di riassunzione della totalità del personale divenga un criterio premiale ottiene di incentivare l'assunzione spontanea dell'impegno alla riassunzione dell'intero bacino di lavoratori già impiegati nell'appalto o nella concessione, consentendo di "aggirare" l'indirizzo giurisprudenziale che depotenzia le previsioni del codice dei contratti pubblici negando cittadinanza ai vincoli generalizzati di riassorbimento (si v. già Protocollo della Regione Liguria del 4 maggio 2022 che accorda un punteggio di 20 punti all'operatore che si impegna a riassumere l'intero bacino di personale).

Tra i criteri premiali che valorizzano l'adeguatezza del trattamento economico-normativo riservato ai lavoratori impiegati nell'esecuzione dei contratti pubblici si segnala la lett. h) che premia l'applicazione del contratto collettivo nazionale e territoriale c.d. leader. A tal proposito, non può passare inosservato che l'applicazione del contratto collettivo individuato dalla lett. h) rappresenta (già) un obbligo dell'operatore economico in forza dell'art. 11, c. 2, d.lgs. n. 36/2023. Verrebbe spontaneo obiettare, pertanto, che l'applicazione del contratto

collettivo c.d. leader non può essere insieme un obbligo e un criterio premiale: in altre parole, che non si può premiare chi assume l'obbligo senza che esso smetta d'essere un obbligo e viceversa. Il criterio premiale può, non di meno, acquisire rilievo quando gli operatori economici applicano un contratto collettivo diverso, in forza del comma 3 dell'art. 11, che apre a contratti collettivi "altri", purché assicurino le "medesime tutele" (ma non la parità di retribuzione, se si guarda alle prime applicazioni giurisprudenziali; v. Tar Brescia, 12 marzo 2024, n. 89).

Il vero "fiore all'occhiello" del testo di legge è rappresentato dall'art. 5, lett. j) che introduce il criterio premiale della retribuzione a nove euro: con la legge regionale pugliese, quella somma - rimasta, a lungo, "impolverata" tra le proposte di legge della minoranza parlamentare - vede finalmente la luce.

La previsione, in verità, si colloca sulla scia delle delibere dei Comuni di Firenze, Napoli, Milano, Livorno che, nei mesi scorsi, hanno "battezzato" il trattamento economico minimo di nove euro nelle gare bandite dai rispettivi enti locali.

Le delibere sul "salario minimo comunale" - che sembrano per il momento a riparo dal mirino del TAR - si muovono nella direzione di integrare nel vincolo di applicazione del contratto collettivo richiamato (e individuato) dal bando anche l'ulteriore garanzia di una retribuzione maggiore o uguale a nove euro.

Si tratta di un criterio che può orientare la stazione appaltante già in sede di confezionamento degli atti della procedura, finendo per "bandire" dalle gare pubbliche i contratti collettivi che contemplano un trattamento economico minimo inferiore a

nove euro; in alternativa, le pubbliche amministrazioni possono affiancare all'obbligo di applicare il contratto collettivo individuato ai sensi dell'art. 11, anche l'obbligo (separato ma complementare) di garantire un t.e.m. non inferiore a nove euro.

L'indirizzo dei comuni pone in rilievo l'art. 36 Cost. valorizzando il suo ruolo di norma costituzionale di applicazione immediata e diretta che può e deve orientare anche l'operato della stazione appaltante (Tar Lombardia, 28 novembre 2023).

Le delibere si muovono anche in una prospettiva deflattiva del contenzioso, malgrado tale circostanza possa apparire paradossale, avuto riguardo alla giurisprudenza amministrativa febricitante degli ultimi anni in tema di clausole sociali. In realtà, non deve trascurarsi che una retribuzione radicalmente inadeguata ha molte probabilità, considerando i recenti approdi della Cassazione, di portare tutta la procedura ad evidenza pubblica dinnanzi al giudice fino a travolgere l'aggiudicazione, frustrando l'interesse pubblico a pervenire al risultato nel minor tempo possibile e con minor aggravio di risorse (senza menzionare l'impatto disastroso di pronunce del giudice del lavoro che dovessero sopravvenire nel corso dell'esecuzione dell'appalto).

Il problema delle tabelle ministeriali costruite sul CCNL leader - e destinate ad orientare l'offerente nella presentazione dell'offerta economica - non sembra rappresentare uno scoglio insormontabile. Basti pensare che l'art. 110, c. 4, lett. a), nell'ambito del giudizio di anomalia delle offerte e a fronte di un costo del lavoro anormalmente basso, non ammette giustificazioni che si fondano sul mancato rispetto dei trattamenti salariali minimi inderogabili stabiliti dalla legge

(lasciando spazio per la valorizzazione, anche in questa sede, dei principi costituzionali in merito ad una retribuzione proporzionata e sufficiente).

In proposito, vale la pena segnalare che, qualora la Regione Puglia avesse immesso "a pieno regime" il minimo retributivo di nove euro nei suoi contratti pubblici, avrebbe certamente individuato un trattamento salariale minimo inderogabile di legge, seppur limitatamente a quel settore, offrendo un aggancio normativo più stabile anche in sede di valutazione dell'anomalia.

La soluzione adottata dal consiglio regionale, insomma, non appare particolarmente coraggiosa, forse anche per il timore di forzare il riparto di competenze legislative tra Stato e Regioni.

Il criterio premiale viene in rilievo se e quando il contratto collettivo individuato ai sensi e per gli effetti dell'art. 11, c. 2 del d.lgs. n. 36/2024 conduce ad un trattamento economico minimo inferiore all'importo dei nove euro; in tale ipotesi, la stazione appaltante interviene a premiare coloro che corrispondono (o si impegnano a corrispondere) un t.e.m. almeno pari a tale importo (se del caso, mediante un superminimo assorbibile, finalizzato a coprire lo scarto con il trattamento economico di fonte collettiva).

Del resto, quando il contratto collettivo ha un t.e.m. superiore a nove euro, il criterio premiale non può che confluire nell'obbligo di applicazione del contratto collettivo medesimo, potendo al più operare tra le pieghe della giurisprudenza amministrativa più restrittiva che contesta in radice l'agibilità delle clausole di equo trattamento nei contratti pubblici.

Insomma, l'elemento premiale dei nove euro si mostra per quello che è: una soluzione di compromesso, come

testimonia il suo ingresso frettoloso, trainato da un emendamento formulato in aula, nella proposta di legge licenziata dalla Commissione consiliare.

L'art. 5, lett. j) si limita, dunque, ad "incentivare" la spontanea applicazione di una retribuzione minima pari a nove euro, con la speranza che essa divenga una variabile iscritta a pieno titolo nella dinamica competitiva alimentata dalla gara pubblica.

La legge regionale, in conclusione, abbraccia l'idea che la concorrenza - guidata dal sistema premiale verso finalità sociali - possa tenere alte le tutele del lavoro, in un moto opposto a quello naturalmente sotteso alle onde del *dumping* nel mare degli appalti.

La "strada" dei criteri premiali è apparsa, forse, al legislatore regionale meno ripida e accidentata rispetto a quella che passa per i vi(n)coli di legge: non resta che domandarsi se conduca comunque "a destinazione". **D&L**

Nei servizi pubblici essenziali il colpevole è sempre il sindacato

di
Francesca
Maffei

Con quattro sentenze dello scorso maggio (Cass., 14 maggio, nn. 13206, 13220, 13181 e Cass., 15 maggio 2024, n. 13537), la Suprema Corte mette fine alla saga giudiziaria cominciata quasi 10 anni fa, quando la Commissione di Garanzia emise un provvedimento sanzionatorio nei riguardi di alcune sigle sindacali, ritenute responsabili per il forte assenteismo degli agenti della polizia municipale di Roma nel Capodanno 2014.

La vicenda è ben nota alla cronaca, e non è necessario ripercorrerla in questa sede se non per pochi tratti essenziali. Il Comune di Roma programmò - per la notte tra il 31.12.2014 e l'1.1.2015 - la presenza per le strade di Roma di molti agenti del Corpo di Polizia Municipale. Per l'organizzazione dei turni l'Ente ritenne di poter fare affidamento sull'istituto - da sempre utilizzato per il lavoro nelle notti di Capodanno - dello straordinario volontario. Di fronte alla scarsa adesione dei lavoratori, però, l'Ente si vide costretto ad imporre la presenza in servizio agli agenti e conseguentemente emise i relativi ordini di servizio. Ma - ed è questo il punto - proprio a ridosso della fine dell'anno molti lavoratori inviarono certificati di malattia o richieste di permessi *ex legis* 104/1992 e 53/2000, rendendosi indisponibili a rendere la prestazione lavorativa e obbligando il Comune a trovare alternative valide per coprire l'area metropolitana garantendo adeguata sicurezza. La Commissione di Garanzia, facendo leva sul clima di agitazione sindacale che si respirava nei giorni

precedenti a quella notte di Capodanno, ritenne di poter leggere nella scarsissima presenza di agenti disponibili al servizio, una forma anomala di protesta e conflitto, sostenuta da alcune sigle sindacali. Così, con la delibera n. 15/61, sanzionò le suddette sigle sindacali sospendendo il pagamento dei contributi associativi, per un ammontare di Euro 20.000,00 cadauna.

Le sigle sindacali ricorsero in giudizio contro la delibera. In primo grado, il Tribunale di Roma accolse i ricorsi di tutte le sigle sindacali e annullò la delibera e le relative sanzioni. In sede di gravame, invece, la decisione della Commissione venne ripristinata e se ne affermò la legittimità, fatta eccezione per l'o.s. Csa regioni autonomie locali - comitato provinciale di Roma, che la Corte di appello di Roma, con la sentenza n. 4105/2021, ritenne invece estranea ai fatti di quella notte.

Con le quattro sentenze del maggio 2024, qui in commento, la Suprema Corte ha posto fine alla vicenda giudiziaria, decidendo per la legittimità della sanzione irrogata dalla Commissione nei riguardi di tutte le sigle sindacali, compresa l'o.s. Csa, fino a quel momento "esclusa".

Orbene, al netto di qualche specificità contenuta nella parte motiva della sentenza del 15 maggio 2024, n. 13537, tutte le decisioni del maggio scorso si poggiano sostanzialmente su tre argomenti:

a) l'assenza massiva di dipendenti, seppur giustificata da certificati medici di malattia, cela in realtà una forma anomala di protesta sindacale;

b) nonostante l'apparente "spontaneità" dei comportamenti dei lavoratori, gli stessi sono invece riconducibili ad una regia sindacale;

c) in capo alle oo.ss. esiste un dovere di influenza sindacale che si estende financo nei riguardi dei non iscritti. Dovere, che si attua con la critica aperta nei confronti dei comportamenti dei lavoratori posti in violazione delle regole sullo sciopero nei servizi pubblici essenziali, pena un'assunzione di responsabilità dell'organizzazione collettiva per quei comportamenti, pur individuali. Gli argomenti utilizzati dal giudice di legittimità a fondamento della propria decisione si presentano - agli occhi di scrive - piuttosto deboli. E ciò non tanto per le conclusioni che il Giudice trae dalla loro combinazione, quanto piuttosto per la strumentazione processuale opzionata dalla Suprema Corte per supportarli. Come si vedrà più nel dettaglio nel prosieguo, infatti, il Giudice desume i primi due argomenti da meri indizi presuntivi, senza compiere alcun idoneo accertamento ispettivo. Per il terzo argomento poi (i.e. quello sul dovere di influenza sindacale) la S.C. sembra quasi suggerire che esista nel nostro ordinamento una sorta di responsabilità oggettiva delle sigle sindacali, per tutti i comportamenti dei lavoratori apparentemente non conformi alle regole sullo sciopero nei servizi pubblici essenziali. Con ciò dimenticando il potere di autodeterminazione di cui ciascun lavoratore gode in materia di conflitto, se non altro in virtù di quanto sancito dal primo comma dell'art. 40 Cost.

Partendo proprio dal primo argomento speso dalla Corte, quest'ultima (ma così già la Corte di appello di Roma in tre delle quattro sentenze emesse sull'argomento) desume la natura fittizia delle giustificazioni delle malattie e la riconducibilità delle stesse ad una forma di sciopero illegittimo (perché non rispettoso delle regole fissate nella l. 146/1990) dai seguenti elementi presuntivi:

«- il rilevante incremento statistico delle assenze (più che quintuplicate quelle per malattia e più che duplicate quelle per permessi) rispetto al corrispondente periodo degli anni precedenti;

- l'assenza di elementi atti a dimostrare l'esistenza di picchi epidemici in quel frangente temporale;

- la rilevante convergenza dei comportamenti dei lavoratori nel medesimo lasso di tempo dal 29 dicembre e nel contesto di una situazione di conflittualità sindacale che già precedentemente era stata indirizzata verso la creazione di un disservizio proprio nel momento di particolare necessità per il servizio pubblico».

Nessun accertamento in punto di fatto viene svolto dai Giudici per smentire le conclusioni mediche contenute nei certificati. Così come nessun accertamento era stato

compiuto prima del deposito dei ricorsi giudiziari, dal Comune, pur disponendo quest'ultimo del potere ispettivo previsto dall'art. 5 st. lav.

È ben noto a chi scrive che secondo un certo orientamento giurisprudenziale (tra le altre, Cass. 24 gennaio 2005, n. 1373; di recente ribadisce la piena libertà del datore di lavoro di contestare le risultanze della certificazione medica, Cass. 16 agosto 2016, n. 17113) i certificati del medico curante - seppur resi da professionisti nella qualità di pubblici ufficiali - non garantiscono necessariamente la genuinità delle assenze dei dipendenti. Ma nel caso di sospetti sull'attendibilità della certificazione medica la giurisprudenza ha normalmente fatto ricorso, ai fini probatori, alla consulenza medico-legale d'ufficio o, nei casi più evidenti, alla propria conoscenza della scienza medica, unita all'analisi delle circostanze in cui la malattia denunciata dal lavoratore si è verificata. Raramente, invece, per accertare l'inattendibilità del certificato, la giurisprudenza si è fondata solo su presunzioni semplici, di cui all'art. 2729 c.c. L'utilizzo di indizi presuntivi è avvenuta, al più, al fine di supportare dal punto di vista probatorio i risultati già raggiunti tramite altri strumenti, quali la consulenza tecnica.

Nel caso che qui ci occupa, invece, la scelta dei giudici è stata di desumere la natura fittizia delle certificazioni solo ed unicamente da elementi presuntivi, neppure così gravi, precisi e concordanti e senza neppure tentar di percorrere in parallelo altre strade sicuramente più idonee dal punto di vista probatorio.

Anche per il secondo argomento, ossia la riconduzione di questa malcelata protesta alla regia di alcune sigle sindacali, la S.C. fonda il suo accertamento solo su elementi presuntivi e legati sostanzialmente ad alcuni volantini elettronici che erano girati nei giorni precedenti al Capodanno e che mostravano un qualche malcontento e una certa riottosità in seno ai sindacati. Nessun accertamento più puntuale veniva svolto in sede giudiziaria.

A ben vedere, quindi, la Suprema Corte ha deciso di attenersi, dal punto di vista probatorio, all'accertamento presuntivo ed indiziario svolto dalla Commissione di Garanzia.

Orbene, che un organo come la Commissione, che non dispone di strumenti ispettivi, ricorra a presunzioni per fondare le proprie valutazioni non desta particolari perplessità. D'altronde l'Autorità garante è posta dal legislatore a presidio dell'anello debole del conflitto terzariizzato (i cittadini-utenti)

e svolge un ruolo di collegamento tra l'ordinamento dello Stato e quello intersindacale, mostrandosi più incline a indagare dinamiche collettive, senza peraltro il timore di incorrere in veti di matrice processuale. Ma che invece sia l'autorità giudiziaria, posta piuttosto dall'ordinamento a presidio di un principio di legalità e vincolata, nei suoi accertamenti, al rispetto di principi tecnici in materia probatoria, a ricorrere ad elementi solo presuntivi per fondare le sue decisioni su aspetti così delicati solleva più di un fondato dubbio.

Quanto, infine, al terzo argomento, si ritiene che la Suprema Corte responsabilizzi eccessivamente e senza alcun supporto normativo le oo.ss. quasi a volerne snaturare (o comunque contaminare) il ruolo e la funzione. È vero che il legislatore, con la l. 146/1990, ha imposto a tutti gli agenti del conflitto terziarizzato di lavorare sinergicamente, abbandonando qualsiasi velleità antagonista, in funzione della tutela dei diritti dei cittadini. Ma questa richiesta di collaborazione non si può spingere fino ad individuare in capo alle organizzazioni sindacali un dovere quasi "ispettivo", volto a verificare se siano in cantiere proteste autonome dei lavoratori, addirittura di quelli non iscritti. Né tantomeno si può richiedere ai sindacati di ergersi a censori dei comportamenti dei lavoratori ammonendoli di fronte alla loro volontà di esprimere il dissenso.

Pur comprendendo quanto le esigenze di sicurezza in una Capitale, nella notte di Capodanno, siano preminenti e quanto questa consapevolezza abbia influenzato la decisione dell'autorità giudiziaria, inspessendo i tratti di

severità nella valutazione dei comportamenti individuali e collettivi, si ritiene comunque che le sentenze si presentino troppo deboli sotto il profilo motivazionale. Ci si sarebbe attesi, dunque, un maggiore rigore probatorio da parte della S.C. e valutazioni più caute in ordine ai profili di responsabilità delle organizzazioni sindacali. **D&L**

FLASH

Si al trasferimento del lavoratore pubblico genitore nella regione o provincia in cui si trova la residenza della famiglia e non solo dove lavora l'altro genitore

Con la Sentenza n. 99 del 4 giugno 2024 la Corte Costituzionale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 42-bis, comma 1, d.lgs. n. 151/2001 nella parte in cui non prevedeva la possibilità del dipendente pubblico di essere trasferito temporaneamente non solo ad una sede sita nella Provincia o nella Regione in cui si trova la sede di lavoro dell'altro genitore, ma anche nella Provincia o nella Regione in cui si trova la residenza della famiglia.

Secondo la Corte Costituzionale, infatti, aver limitato solo al primo caso la possibilità di trasferimento è contrario all'art. 3, Costituzione, quindi al principio di ragionevolezza ivi sancito.

Essendo l'obiettivo dell'art. 42-bis, comma 1, quello di favorire la ricomposizione dei nuclei familiari nei primissimi anni di vita dei figli nel caso in cui si trovino a vivere separati per esigenze di lavoro; quindi, realizzare l'obiettivo costituzionale di sostegno e promozione della famiglia, dell'infanzia e della parità dei genitori nell'accudire i figli, l'esclusione in questione non poteva che ritenersi illegittima costituzionalmente.

Non sarebbe, infatti, stata garantita una adeguata tutela in favore di quei nuclei familiari in cui entrambi i genitori lavorano in regioni diverse da quelle in cui è stata fissata la residenza familiare.

Si ricorda come quello in questione sia un diritto condizionato all'insussistenza di ragioni di servizio ostative (da qui l'esigenza di avere il nulla osta da parte delle amministrazioni di provenienza e destinazione) e da esplicitare all'interessato. Il trasferimento può essere frazionato e avere una durata massima di 3 anni.

Si consolida l'orientamento su disabilità, comparto e accomodamenti ragionevoli

di
Giovanni
Calvellini

E questo indubbiamente un periodo in cui il tema della protezione delle persone disabili è al centro dell'attenzione. Lo dimostra la recente adozione del d.lgs. n. 62/2024, il quale, oltre a ridefinire il concetto di disabilità - non più inteso come una caratteristica dell'individuo, bensì come il risultato dell'interazione tra la persona e l'ambiente circostante -, riconosce alla persona che ne è portatrice il diritto a prestazioni in relazione alla necessità di sostegno o di sostegno intensivo (anziché, come in precedenza, in base al tipo e alla gravità di minorazione) individuata all'esito di un procedimento di valutazione a sua volta fortemente rivisto. Ma lo dimostra anche il susseguirsi di sentenze (prima di merito, più recentemente di legittimità) che si confrontano con la discussa questione dei profili di legittimità del licenziamento della persona disabile per superamento del periodo di comparto.

Il punto controverso è se costituisca o meno una discriminazione indiretta fondata per l'appunto sulla disabilità applicare ai disabili il medesimo periodo di comparto previsto per tutti gli altri lavoratori, ancorché il contratto collettivo di riferimento non faccia alcuna distinzione al riguardo.

Nessun dubbio che si sia al cospetto dell'applicazione di un criterio apparentemente neutro (medesimo comparto per tutti) che, però, è in grado di mettere la persona con disabilità - indubbiamente più esposta degli altri lavora-

tori al rischio di doversi assentare dal lavoro per ragioni connesse alla sua condizione - in una situazione di particolare svantaggio rispetto al resto della forza-lavoro (art. 2, comma 1, lett. b, d.lgs. n. 216/2003). La risposta all'interrogativo posto passa casomai per la soluzione di alcuni dubbi interpretativi, tra i quali vale la pena prendere in esame quello relativo alla nozione di disabilità da prendere in considerazione ai fini in esame, quello della rilevanza del fatto che la condizione del lavoratore sia sconosciuta al datore di lavoro e quello che concerne i contenuti dell'obbligo datoriale di adottare accomodamenti ragionevoli a favore della persona disabile.

Su tutti questi profili la giurisprudenza, dopo alcuni iniziali tentennamenti (specie tra le corti di merito), sembra in via di consolidamento.

In ordine logico, il primo problema da affrontare è quello di capire chi può essere considerato "persona con disabilità" ai fini in esame. In proposito, deve osservarsi come già da tempo la Corte di Giustizia dell'Unione Europea, nell'interpretare la direttiva n. 2000/78/CE in linea con la Convenzione ONU sui diritti delle persone con disabilità, ha affermato che una malattia ricade nella condizione di disabilità protetta dal diritto antidiscriminatorio europeo quando comporta «una limitazione, risultante in particolare da menomazioni fisiche, mentali o psichiche che, in interazione con barriere di diversa natura, possa ostacolare la piena ed effettiva partecipazione della persona interes-

sata alla vita professionale su base di uguaglianza con altri lavoratori e tale limitazione sia di lunga durata» (CGUE, 11 aprile 2013, *HK Danmark*, C-335/2011). Non si può fare a meno di notare come questa definizione sia sostanzialmente analoga a quella di «condizione di disabilità» da ultimo dettata dall'art. 2, d.lgs. n. 62/2024. Questa previsione punta infatti proprio a recepire nel nostro ordinamento un indirizzo della Corte di Giustizia ispirato dall'evoluzione del diritto internazionale e che già era stato fatto proprio dalla giurisprudenza di merito in materia di discriminazioni sul lavoro, la quale da tempo giudica irrilevante che la disabilità non sia stata riconosciuta ai sensi della legge n. 104/1992, della legge sul collocamento mirato o, comunque, non rientri nelle varie definizioni di inidoneità o inabilità dettate da discipline settoriali di diritto interno.

Chiarito questo aspetto - e cioè che nell'ambito del diritto antidiscriminatorio la disabilità si verifica in presenza di una menomazione duratura che ostacoli la piena ed effettiva partecipazione della persona alla vita lavorativa - sorge spontaneo domandarsi se, per configurarsi una discriminazione indiretta, sia necessario che il datore di lavoro sia consapevole di questa condizione del proprio dipendente. Il problema esegetico investe, in altre parole, la tematica della conoscenza o conoscibilità da parte del datore di lavoro della riferibilità delle assenze per malattia del lavoratore alla sua disabilità. Un paio di recenti sentenze di legittimità - Cass. 22.5.2024, n. 14316 e Cass. 5.6.2024, n. 15723 - mettono un po' di ordine in materia. In entrambi i casi, infatti, la Suprema Corte, dopo aver ricordato che ciò che conta quando si parla di discriminazione indiretta è l'effetto discriminatorio e non la condotta e quindi che esula dal tema ogni problematica sul requisito della colpevolezza quale elemento costitutivo della responsabilità datoriale, ha infatti precisato che non è necessario che il datore avesse consapevolezza della condizione del lavoratore. A rilevare è la circostanza che, applicando al lavoratore disabile il comportamento previsto indistintamente per tutti i lavoratori dal contratto collettivo, si è determinato per il primo una situazione di particolare svantaggio rispetto alla generalità dei lavoratori.

Tuttavia, il presupposto della conoscenza o della conoscibilità dello stato di disabilità incide sulla possibilità che il datore di lavoro adempia (e conseguentemente provi di aver adempiuto) all'obbligo di adottare «accomodamenti ragionevoli» (art. 3, comma 3-bis, d.lgs. n. 216/2003), ovvero le modifiche e gli adattamenti non implicanti un onere sproporzionato per il datore di lavoro necessari e appropriati per garantire alle persone con disabilità il godimen-

to e l'esercizio, su base di uguaglianza con gli altri, di tutti i diritti connessi al lavoro.

Il problema, naturalmente, non si pone tanto con riferimento all'ipotesi in cui il datore di lavoro abbia colpevolmente ignorato la disabilità del dipendente di cui era consapevole, bensì in relazione al caso in cui il fattore di protezione, pur non risultando espressamente a conoscenza del datore, avrebbe potuto essere rilevato se questi avesse usato la diligenza dovuta, ad esempio effettuando correttamente la sorveglianza sanitaria oppure perché le certificazioni mediche presentate dal lavoratore erano sintomatiche di un particolare stato di salute dello stesso. Proprio per questo - sostiene condivisibilmente la Cassazione - per il datore di lavoro sorge, prima di adottare un provvedimento di licenziamento per superamento del comportamento, un onere di acquisire informazioni - con conseguente obbligo di cooperazione del lavoratore - per verificare l'eventualità che le ripetute assenze siano collegate a uno stato di disabilità come sopra definito e, nel caso, provvedere a individuare gli eventuali accorgimenti ragionevoli utili a evitare il recesso dal rapporto. Tra questi ultimi, il Supremo Collegio indica - a mero titolo esemplificativo - l'allungamento del periodo di comportamento per la persona con disabilità oppure l'esclusione dal comportamento stesso dei giorni di assenza dovuta alla disabilità. Nega invece che a quel concetto possa ricondursi la previsione secondo cui ogni dipendente che abbia superato il periodo di comportamento può usufruire di un'aspettativa non retribuita pari a sei mesi. Tale misura, infatti, non è di per sé idonea a compensare il maggior svantaggio del lavoratore disabile.

In mancanza di questi passaggi ineludibili (verifica circa la possibile condizione di disabilità ed eventuale adozione dei conseguenti accomodamenti ragionevoli) a nulla vale l'argomento del superamento del periodo di comportamento previsto dal contratto collettivo per giustificare il licenziamento del disabile. Il provvedimento espulsivo integra gli estremi di una discriminazione indiretta e dunque di un atto radicalmente nullo. Com'è ovvio, tutto questo non si traduce nell'impossibilità di fissare un limite massimo di giorni di assenza per malattia del lavoratore disabile. Ma, affinché una previsione di tal fatta sia legittima, occorre che la finalità cui essa tende sia perseguita con mezzi appropriati e necessari, e quindi proporzionati, che tengano in considerazione i rischi di maggiore morbilità dei lavoratori disabili.

In materia di licenziamento del lavoratore disabile è utile accennare anche a un'altra sentenza di legittimità coeva alle due già citate. In Cass. 22.5.2024, n. 14307 è stato

affrontato il caso di un licenziamento per sopravvenuta inidoneità parziale alle mansioni intimato in violazione dell'obbligo di adottare accomodamenti ragionevoli. Sotto il profilo della qualificazione giuridica della fattispecie questo caso si presenta molto diverso da quelli di cui si è trattato finora. Qui, infatti, non è fatta applicazione di un criterio apparentemente neutro, ma il trattamento sfavorevole - ovvero il licenziamento - è subito dal lavoratore direttamente in ragione di una sua particolare caratteristica - la disabilità - che costituisce il fattore protetto. La Cassazione ha quindi avuto gioco facile nell'affermare che costituisce discriminazione diretta il licenziamento per sopravvenuta inidoneità fisica o psichica di una persona in condizione di disabilità avvenuto senza osservare gli obblighi posti per rimuovere gli ostacoli che impediscono alla persona stessa di lavorare in condizioni di parità con gli altri lavoratori.

L'evoluzione giurisprudenziale e le recentissime novità normative stanno quindi riaccendendo un faro su di un tema che non può lasciare indifferenti e che chiama in causa uno dei valori veramente fondativi del nostro ordinamento costituzionale: la solidarietà. Valore con cui si sposa perfettamente quel principio fondamentale di derivazione internazionale ed eurolunitaria che è l'obbligo di accomodamenti ragionevoli. Questa clausola, così elastica e adattiva, esplica la sua rilevanza nell'imporre l'adozione delle misure organizzative necessarie per adeguare il lavoro all'essere umano con disabilità. **D&L**

FLASH

Nei casi di timbratura al PC, il tempo impiegato nel percorso dall'ingresso alla postazione (e viceversa in uscita) è orario di lavoro da retribuire

Nei casi di timbratura dell'ingresso e dell'uscita al PC, il tempo impiegato nel percorso dall'ingresso dello stabile alla postazione in entrata (e viceversa in uscita) è orario di lavoro da retribuire.

Questo il principio affermato dalla Corte di Cassazione, Sezione Lavoro, nella Ordinanza n 14818 del 28 maggio 2024.

Alla base di tale assunto vi è la qualificazione come "orario di lavoro" del tempo in questione, secondo la nozione di orario di lavoro, appunto, contenuta all'art. 1, d.lgs. n. 66/2003.

Nel riprendere precedenti orientamenti la Corte di Cassazione è giunta alla conclusione in questione in virtù delle circostanze fattuali accertate dai Giudici di merito per cui il percorso dal tornello di ingresso alla postazione di lavoro dove presente il PC (viceversa in uscita) risultava "obbligatorio" e "necessario", il tutto sulla base di scelte compiute dal datore di lavoro, così come lo stesso doveroso log in e log out al PC per entrare nel sistema di registrazione della presenza. In altre parole, non potendo il dipendente fare diversamente ed essendo tenuto a seguire le indicazioni del datore di lavoro sul percorso da seguire e nell'entrata al sistema di registrazione presenze presente nel PC, è stato ritenuto sussistente il requisito dell'"essere a disposizione del datore di lavoro", che costituisce da sempre il principale elemento costitutivo della nozione di orario di lavoro.

Da segnalare anche la quantificazione forfettaria e secondo comune esperienza di 5 minuti giornalieri quale tempo impiegato in passato, quindi da retribuire.

Rinunce e transazioni: annullabilità derivata dal luogo ove si svolgono



di
Giulio
Cappelli

La Corte di Cassazione con l'ordinanza 10065 del 15 aprile 2024 ha affrontato il tema dei requisiti di validità delle rinunce e transazioni in sede protetta, con specifico riguardo al luogo ove tali rinunce avvengono.

La questione è sorta dall'impugnazione, da parte di un lavoratore, di un verbale di conciliazione con il quale egli rinunciava al 20% della retribuzione per un periodo di due anni, a fronte del mantenimento del posto di lavoro. Tale accordo veniva sottoscritto da quest'ultimo, di fronte a un sindacalista, nei locali aziendali. Successivamente tale accordo veniva impugnato dal lavoratore che dinanzi al Tribunale di Napoli e suc-

cessivamente la Corte d'Appello, ottenendo una pronuncia annullamento e conseguente diritto a vedersi riconosciuto il 20% dello stipendio a cui aveva rinunciato. Dunque l'azienda promuovendo un ricorso per Cassazione, asseriva l'erronea interpretazione delle Corti partenopee in punto di individuazione della sede protetta che, a loro avviso, indicava non già un "luogo fisico" bensì un "luogo virtuale di protezione del lavoratore" ove egli troverebbe protezione, e che la presenza del sindacalista soddisfacesse di per sé questo requisito. In conseguenza di ciò l'azienda ribadiva che solo la mancanza di una effettiva assistenza sindacale, il cui onere della prova è carico del lavoratore, avrebbe potuto portare all'invalidità dell'accordo, disciplina

che com'è noto si applica anche per il verbale di conciliazione firmato nella sede "fisica" dell'associazione sindacale.

La Suprema Corte dirimendo la controversia in senso favorevole al lavoratore afferma il principio secondo cui le rinunce in sede protetta, garantendo un amplissimo potere di disposizione sui diritti tra cui quelli derivanti da norme di legge e della contrattazione collettiva, hanno quale requisito tassativo i luoghi selezionati dal legislatore. Difatti, come ricordano i Giudici, l'art 2113 c.c., nell'escludere ai primi tre commi dalle semplici transazioni tra datore di lavoro e lavoratore la possibilità per quest'ultimo di rinunciare a diritti derivanti da norme imperative di legge o dal

contratto collettivo, nel quarto comma espressamente prevede che tale disposizione non si applichi alle conciliazioni in sede protetta che ai sensi della predetta norma sono dinanzi: all'Autorità Giudiziaria, le Commissioni di Conciliazione dell'Ispettorato del Lavoro, le sedi sindacali e i collegi di conciliazione e arbitrato. Per tali ragioni, ad avviso della Corte, tali luoghi fisici "hanno carattere tassativo e non ammettono, pertanto, equipollenti, sia perché direttamente collegati all'organo deputato alla conciliazione e sia in ragione della finalità di assicurare al lavoratore un ambiente neutro, estraneo al dominio e all'influenza della controparte datoriale".

Di particolare interesse è l'*obiter dictum* che si trova all'interno di questa pronuncia ove i Giudici specificano che "non depone in senso contrario Cass. n. 1975 del 2024, concernente una conciliazione ai sensi dell'art. 412 ter c.p.c." Il perché di tale precisazione lo si può ricavare dalla lettura della sentenza richiamata. In tale controversia infatti una lavoratrice aveva impugnato

il verbale di conciliazione non sottoscritto nella sede protetta sentendosi respingere la domanda di annullamento in due gradi di giudizio e infine, aditi i Giudici di Legittimità, questi esprimevano il principio di diritto secondo cui: "La necessità (derivante dal combinato disposto dell'art. 412 ter c.p.c. e del contratto collettivo di volta in volta applicabile) che la conciliazione sindacale sia sottoscritta presso una sede sindacale non è un requisito formale, bensì funzionale ad assicurare al lavoratore la consapevolezza dell'atto dispositivo che sta per compiere e, quindi, ad assicurare che la conciliazione corrisponda a una volontà non coartata, quindi genuina, del lavoratore. Pertanto, se tale consapevolezza risulti comunque acquisita, ad esempio attraverso le esaurienti spiegazioni date dal conciliatore sindacale incaricato anche dal lavoratore, lo scopo voluto dal legislatore e dalle parti collettive deve dirsi raggiunto. In tal caso la stipula del verbale di conciliazione in una sede diversa da quella sindacale (nella specie, presso uno studio oculistico: v. ricorso per cassazione, p. 12) non produce

alcun effetto invalidante sulla transazione".

Queste due pronunce appaiono contraddittorie specialmente alla luce della valorizzazione, della prima pronuncia in commento, dei requisiti speciali che pone la legge per la deroga al regime ordinario delle transazioni, qualora si tratti di una conciliazione protetta. Proprio alla luce di quelle premesse, è preferibile la prima interpretazione poiché richiede un doppio controllo sia sulla capacità del prestatore di comprendere appieno la natura dell'atto transattivo, sia una verifica formale che investe il contesto in cui tale volontà si forma. **D&L**

FLASH

Il Tribunale di Roma rinvia alla Corte costituzionale la norma che esclude il passaggio dei lavoratori Alitalia a ITA Airways, derogando all'art. 2112 c.c.

Con ordinanza 18 giugno scorso, il Tribunale di Roma (giudice Tiziana Orru) ha sollevato la questione di legittimità costituzionale dell'art. 6 del d.l. 131/22 (modificato in sede di conversione dalla l. 169/23), norma "interpretativa" con la quale si impedisce con effetto retroattivo l'applicazione dell'art. 2112 c.c. alla complessa e controversa operazione commerciale che ha portato alla nascita di ITA Airways dalle ceneri di Alitalia. La norma (facendo leva sulla decisione della Commissione europea tesa ad avallare l'operazione ITA) è stata adottata con l'evidente intento di impedire l'azione in giudizio dei lavoratori di Alitalia estromessi dalla nuova compagnia.

Nell'ordinanza di rimessione la giudice romana ricostruisce l'intera vicenda, evidenziando da una parte la continuità aziendale tra la vecchia e la nuova compagnia, dall'altra l'assenza di finalità liquidatorie della cessione del patrimonio di Alitalia, presupposto per giustificare il venir meno delle tutele garantite ai lavoratori dalla normativa nazionale (art. 47, l. 428/90) ed europea (art. 5, direttiva 2001/23/CE). In assenza dell'intervento della disposizione interpretativa, avrebbe dovuto applicarsi il principio di continuità dei rapporti sancito dall'art. 2112 c.c.. Pertanto, alla Corte costituzionale è chiesto di sciogliere i dubbi di costituzionalità della norma, che "si incentrano in particolare sul fatto che la stessa, sebbene formulata in termini astratti, è in realtà preordinata a condizionare, con l'efficacia propria delle disposizioni interpretative, l'esito dei giudizi ancora in corso".

Nel frattempo, per garantirsi dal costo delle eventuali reintegre dei lavoratori Alitalia in ITA, Lufthansa ha ottenuto dal Governo italiano la garanzia di uno sconto sull'aumento di capitale che porterà al completo controllo del colosso tedesco sulla nostra ex compagnia di bandiera. Con buona pace degli interessi nazionali tanto cari ai sovranisti di casa nostra.

In arrivo la Direttiva sul lavoro tramite piattaforme digitali: un (buon) compromesso per l'Europa sociale

di
Cristian
Moretti

Contesto politico-istituzionale

È in dirittura di arrivo la direttiva relativa al miglioramento delle condizioni di lavoro mediante piattaforme digitali (*platform work directive*), una delle misure previste nel Piano d'azione sul pilastro europeo dei diritti sociali (comunicazione della Commissione europea del 4 Marzo 2021): dopo l'approvazione in marzo da parte del Consiglio dell'UE e in aprile da parte del Parlamento europeo, manca ora solo la pubblicazione in Gazzetta ufficiale. Avanzata dalla Commissione già nel dicembre 2021, la stessa ha attraversato un iter legislativo piuttosto tortuoso che l'ha vista mutare sensibilmente nelle sue varie versioni, avendo conosciuto il testo di partenza sostanziali modifiche nel dialogo intercorso tra Parlamento europeo e Consiglio dell'UE. Mentre i governi di Estonia e Grecia hanno infine cambiato la loro posizione votando a favore della direttiva, sia Berlino che Parigi sono rimaste contrarie. La natura compromissoria del testo finale, che pure ha consentito il lieto fine, traspare costantemente.

Obiettivi e intenzioni

Con la sua iniziativa legislativa la Commissione ha inteso anzitutto mettere ordine in un ordito normativo intricato, sia per gli strumenti già operativi, segnatamente il Regolamento sulla privacy (GDPR), sia per quelli in fieri, come il Regolamento sull'intelligenza artificiale,

andando in particolare a regolamentare per la prima volta i meccanismi di decisione automatica (ADM, *automatic decision making*), che applicati ai rapporti di lavoro producono un impatto relevantissimo, soprattutto, benché non solo, sui lavoratori impiegati nella fetta del mercato del lavoro afferente alla cosiddetta *gig economy*, modello economico di organizzazione dell'attività di impresa sempre più diffuso, sinora fondato su elementi denotativi ricorrenti: elevati tassi di precarietà e informalità dell'occupazione, da un lato, e ricorso assiduo a sistemi di gestione algoritmica (*algorithmic management*), dall'altro.

Sul primo fronte, la Direttiva esprime e dichiara la volontà di combattere il lavoro autonomo fittizio. Già in uno dei suoi considerando si fa riferimento all'abuso del lavoro autonomo nella qualificazione del rapporto: dei 28 milioni di lavoratori, che diventeranno circa 43 milioni nel 2025, sulle 500 piattaforme operanti sul territorio unionale (tutte ricadranno nel campo di applicazione della direttiva, anche quelle stabilite in Paesi extra-Ue), il 90% è qualificato come lavoratore autonomo e 5 milioni sono ritenuti falsamente autonomi, con tutto ciò che ne consegue in termini di tutele sociali spettanti al lavoro subordinato. Nell'art. 3 sulla corretta determinazione della situazione occupazionale si enuncia, qui espressamente, il principio fondamentale, enucleato nella raccomandazione OIL n. 198/2006 e consacrato dalla Corte di giustizia, della primazia dei fatti sulla qualificazione puramente giuridica del contratto.

L'altra prospettiva, parallela e complementare alla lotta al falso lavoro autonomo, è la promozione di diritti per il lavoro autonomo genuino, al fine di migliorare le condizioni di lavoro ed assicurare tutele anche ai veri lavoratori autonomi su piattaforma.

Definizioni e campi di applicazione

In termini definitivi, è riconosciuta quale «piattaforma di lavoro digitale» «qualsiasi persona fisica o giuridica che fornisce un servizio commerciale» che deve: essere fornito, almeno in parte, a distanza con mezzi elettronici quali un sito web o un'applicazione mobile; essere su richiesta di un destinatario del servizio; comportare, quale componente necessaria ed essenziale, l'organizzazione del lavoro; comportare il ricorso a sistemi di monitoraggio o decisionali automatizzati (art.2). In quest'ultima nozione sono ricompresi non solo i sofisticati sistemi di *machine learning*, ma anche quelli relativamente semplici che sono strumentali o di supporto rispetto all'attività di controllo o di monitoraggio e alla conseguente assunzione "umana" di decisioni correlate al rapporto di lavoro. Quanto all'elemento, imprescindibile, dell'organizzazione del lavoro, qui non meglio specificato, ne è ammessa altrove una diversa declinabilità, nel senso che il grado di determinazione delle modalità di svolgimento delle prestazioni lavorative possa essere minore o maggiore a seconda dello specifico modello organizzativo e di business adottato dalla piattaforma (cons. 5), sebbene poi una soglia minima di intensità dell'organizzazione sia comunque prescritta, dovendo essa intervenire almeno una volta nell'incontro tra la domanda di un servizio e l'offerta di lavoro (cons. 21). Quanto ai soggetti destinatari delle misure, la direttiva predispone un doppio binario applicativo, distinguendo tra "lavoratori delle piattaforme digitali" e "persone che svolgono un lavoro mediante piattaforme digitali" (art. 2), riflesso di una doppia base giuridica: da un lato l'art. 153, par. 1, lett. b TFUE sulle condizioni di lavoro, dall'altro l'art. 16, par. 2 TFUE per la gestione algoritmica. Il primo novero di soggetti risulta essere un sottogruppo del secondo e ad esso è rivolto un complesso più incisivo di interventi. "Persona che svolge un lavoro mediante piattaforme digitali" è chiunque svolga un lavoro mediante tali piattaforme, indipendentemente dalla qualificazione contrattuale del rapporto operata da lei o dalla piattaforma che ne organizza il lavoro; diversamente, "lavoratore" è ogni «persona che svolge un lavoro mediante piattaforme digitali e ha un contratto di lavoro o un rapporto di lavoro quali definiti dal diritto, dai contratti collettivi o dalle prassi in vi-

gore negli Stati membri, tenuto conto della giurisprudenza della Corte di giustizia», ovvero il lavoratore subordinato.

Corretta qualificazione dello status occupazionale e presunzione di subordinazione

L'istituto giuridico utilizzato per far tornare il falso autonomo nell'ambito del lavoro dipendente è quello della presunzione legale di subordinazione (art. 5), non più basata su una serie di indici presuntivi come nella versione originariamente presentata dalla Commissione, bensì facente leva su un criterio fattuale, nei termini di "fatti che indicano un potere di controllo e direzione conformemente al diritto nazionale" (art. 5, ovvero "un certo livello di direzione e controllo", nel cons. 7; ma anche, più lascamente, di "organizzazione del lavoro", secondo il cons. 21). Tale presunzione è: generale, applicandosi a tutti i tipi di procedimenti, sebbene siano consentite possibili eccezioni per le materie fiscale, penale e di sicurezza sociale; relativa, per cui la piattaforma-datore di lavoro, sulla quale grava l'onere della prova, può sempre tentare di dimostrare di confutare la natura subordinata del rapporto e viceversa affermarne il carattere di autonomia; adattiva, poggiando sia sul quadro giuridico nazionale esistente, sia sul diritto vivente così come plasmato dalla giurisprudenza della Corte di giustizia; non regressiva, nei confronti di analoghe presunzioni di subordinazione già disposte negli ordinamenti nazionali: gli Stati che ne abbiano già in essere (vd. in Spagna lo Statuto dei lavoratori e la "Ley Rider") possono conservarle così come sono; oggetto potenziale di contrattazione collettiva, che potrebbe contribuire a meglio definirla, in ipotesi fornendo anche degli indici (art. 25, vd. oltre).

È comunque stato notato che, a ben guardare, non si tratta di presunzione, essendo tecnicamente tale il meccanismo normativo per cui da un fatto noto se ne deduce uno ignoto. Invece la proposta di direttiva, in questa sua ultima versione, richiede la sussistenza di un elemento, più probatorio che non presuntivo, della subordinazione, ossia i "fatti che indicano un potere di controllo o di direzione", formula quasi tautologica (una sintesi dell'art. 2094 c.c.). Peraltro, in Italia già oggi, senza la presunzione, se in una causa il giudice accerta la presenza di tali fattori qualifica il rapporto come subordinato.

Importante la disciplina relativa al ricorso ad intermediari, sia secondo schemi triangolari che di subappalto (art. 2). Giacché «le persone che svolgono un lavoro mediante piattaforme digitali tramite intermediari sono esposte agli stessi rischi – legati all'errata classificazione della loro si-

tuazione occupazionale e all'uso di sistemi decisionali o di monitoraggio automatizzati – delle persone che svolgono un lavoro mediante piattaforme digitali direttamente per la piattaforma di lavoro digitale» (cons. 25), gli Stati sono tenuti ad adottare «misure adeguate» per garantire che le prima godano «dello stesso livello di protezione garantito a norma della presente direttiva» alle seconde, misure che «comprendano, se del caso, sistemi di responsabilità solidale» (art. 3), queste ultime meramente facoltative, a differenza delle altre, obbligatorie. Sempre con riferimento a possibili strutture triangolari del rapporto di lavoro, il cons. 27 chiarisce che «se una parte è considerata datore di lavoro e soddisfa le condizioni per essere un'agenzia interinale ai sensi della direttiva 2008/104/CE, si applicano gli obblighi previsti da tale direttiva». Ancora, l'art. 17 sancisce l'obbligo per le piattaforme di mettere a disposizione delle autorità competenti e dei rappresentanti dei lavoratori informazioni relative agli intermediari.

Diritti ed obblighi

Venendo ai diritti spettanti, quali «prescrizioni minime» sulle condizioni di lavoro ex art. 153 TFUE, ai *platform workers*, ossia i subordinati, citiamo anzitutto quelli relativi alla salute e alla sicurezza (un emendamento presentato dal Parlamento che li avrebbe voluti estesi anche agli autonomi non è stato accolto), richiamati dall'art. 12, si prevede l'obbligo per le piattaforme di estendere la valutazione dei rischi anche a quelli ergonomici e psicosociali derivanti dall'uso di sistemi digitali automatizzati, nonché il divieto di utilizzare i sistemi ADM in modo da «mettere indebitamente sotto pressione» i lavoratori o comunque metterne a rischio la salute fisica e mentale (oggi minacciata, si pensi ai numerosi casi di incidenti a danno di cicofattorini).

Quanto al più ampio gruppo delle *persons performing platform work*, nei confronti di tutte loro trovano applicazione le previsioni sulla gestione algoritmica di cui al capo terzo, che tendono a potenziare l'accountability dell'impresa in rapporto all'utilizzo di sistemi automatizzati di *algorithmic management*. Tra di esse:

- il divieto, sin dalla fase di selezione e assunzione, di raccolta e trattamento dei dati personali relativi allo stato emotivo e psicologico, a conversazioni private comprese quelle tra colleghi e con i rappresentanti, a momenti di inattività lavorativa (art. 7);
- l'obbligo di integrare nella *data protection impact assessment* di cui all'art. 35 del GDPR, sentito il parere delle persone e dei loro rappresentanti, il trattamento dei dati personali effettuato dai sistemi ADM, nonché di fornire la

valutazione prodotta ai rappresentanti dei lavoratori (art. 8);

- l'obbligo di trasparenza, dovendo informare - in forma scritta, oltre che «trasparente, intelligibile e facilmente accessibile, utilizzando un linguaggio semplice e chiaro» - le persone (anche in fase di selezione), i rappresentanti dei lavoratori (in modo «completo e dettagliato») e (su richiesta) le autorità nazionali competenti in merito all'uso di sistemi di monitoraggio o decisionali automatizzati (art. 9);

- l'obbligo di sorveglianza umana e quello di valutazione di impatto, di cadenza massima biennale e con la partecipazione dei rappresentanti dei lavoratori, delle decisioni assunte o sostenute dai sistemi ADM: qualora emerga un elevato rischio di discriminazione o di violazione dei diritti delle persone, la piattaforma «adotta le misure necessarie, compresa, se del caso, una modifica del sistema decisionale e di monitoraggio automatizzato o la cessazione del suo utilizzo» (art. 10);
- il diritto al riesame umano, comportante il diritto ad ottenere dalla piattaforma una spiegazione chiara e trasparente per qualsiasi decisione presa o sostenuta da un ADM, il diritto, esercitabile anche dai rappresentanti, di chiedere alla piattaforma di riesaminare le decisioni in questione e quello di ricevere una risposta scritta, nonché il diritto, in caso di accertata violazione dei diritti della persona, alla rettifica della decisione o, qualora ciò non sia possibile, a un adeguato risarcimento del danno subito (art. 11);

- il divieto assoluto di licenziamento automatizzato: «qualsiasi decisione di limitare, sospendere o chiudere il rapporto contrattuale o l'account» deve essere assunta da un essere umano (art. 10, par. 5).

Partecipazione e contrattazione collettiva

Mentre quelle fin qui esposte (artt. 7-11) sono a vantaggio di tutte le «persone» che lavorano su piattaforma e, quando previsto, dei rispettivi rappresentanti, restano prerogativa dei soli «lavoratori» i diritti all'informazione e consultazione contenuti negli ultimi articoli del capo III. Già l'art. 12 stabilisce che in relazione agli obblighi attinenti alla salute e sicurezza, essi stessi confinati alla sfera dei lavoratori, le piattaforme «garantiscono un'informazione, una consultazione e una partecipazione effettive dei lavoratori delle piattaforme digitali e/o dei loro rappresentanti», in conformità alla direttiva 89/391/CEE. Sempre a favore dei soli rappresentanti dei lavoratori - solo in seconda battuta, in assenza di rappresentanze, sindacali o elette, i lavoratori saranno direttamente titolari dei diritti di informazione, non potendo per contro pretendere la consultazione (art. 14) - l'art. 13 prevede poi l'informazione e consulta-

zione in merito alle «decisioni che possono comportare l'introduzione di sistemi decisionali o di monitoraggio automatizzati o modifiche sostanziali al loro utilizzo», secondo le regole dettate dalla direttiva quadro sull'informazione e consultazione dei lavoratori n. 2002/14, il cui rispetto, soprattutto alla luce del principio del tempo utile di cui all'art. 27 CDFUE, è esiziale a che le rappresentanze siano effettivamente coinvolte nella valutazione sui sistemi automatizzati, prima della loro messa in opera. Trattasi pur sempre di una classica forma di partecipazione debole, in continuità con la direttiva-quadro sui diritti di informazione e consultazione (n. 2002/14), che vede la piattaforma obbligata solo a trattare, a negoziare sulla gestione algoritmica, non anche a contrarre. Il coinvolgimento c'è, ma non ricomprende mai il momento della decisione. Di più, in alcune disposizioni sopra citate, in ciò regressive rispetto al quadro giuridico europeo generale, è garantita solo l'informazione, mentre la consultazione viene meno. Non è il caso dell'art. 10: la partecipazione in esso prescritta, andando al di là della semplice informativa, può effettivamente portare la voce dei lavoratori e così evitare un adempimento solo formale dell'obbligo di valutazione di impatto.

È stato invece accolto, anche se in parte, nel testo finale della Direttiva, un emendamento del PE che vuole valorizzare la rappresentanza collettiva degli interessi: ai sensi dell'art. 25, gli Stati sono chiamati ad adottare misure tese a «promuovere il ruolo delle parti sociali e incoraggiare l'esercizio del diritto alla contrattazione collettiva nel lavoro mediante piattaforme digitali, comprese misure volte ad accertare la corretta situazione occupazionale dei lavoratori delle piattaforme digitali e ad agevolare l'esercizio dei loro diritti relativi alla gestione algoritmica». Gli Orientamenti sull'applicazione del diritto della concorrenza dell'Unione europea agli accordi collettivi concernenti le condizioni di lavoro dei lavoratori autonomi individuali, linee-guida adottate nel Settembre 2022 dalla Commissione sulla sottrazione dei c.d. «solo self-employed» al divieto di accordi restrittivi della concorrenza tra imprese, rappresentano un potenziale strumento di completamento di tale previsione, che invece si applica solo alla contrattazione collettiva dei «lavoratori delle piattaforme digitali». Altra norma di sostegno, propedeutica alla negoziazione collettiva può essere rintracciata nell'art. 20, che vincola gli Stati ad obbligare le piattaforme a garantire appositi canali di comunicazione, sicuri e inviolabili dalle stesse, per il cui tramite le persone siano in grado di «contattarsi e comunicare tra loro in maniera privata e sicura, nonché di contattare i rappresentanti dei lavoratori».

Coordinamento e recepimento

La Direttiva non esisterà in uno spazio giuridico sgombro, ma andrà ad affiancare lo *ius conditum* eurounitario e nazionale: ci sono molteplici norme che possono essere rinvenute in entrambi gli ambiti ordinamentali, ad integrazione dell'apparato di obblighi dei datori di lavoro. Si pone senz'altro un'esigenza di coordinamento delle fonti di diritto derivato: la Direttiva dovrà essere posta in ragionata relazione con diversi altri provvedimenti unionali, in primis con il Regolamento sull'intelligenza artificiale, il cui cons. 9 la Direttiva espressamente richiama, e con il Regolamento sulla privacy.

Quanto al recepimento del meccanismo della presunzione in Italia, da più parti si è ritenuto che questo in verità sia già previsto dalla disposizione di cui all'art. 2 del d.lgs. 81/2015 in materia di collaborazioni organizzate dal committente, ragion per cui non sarebbe necessario tradurlo nel diritto interno. Da altri, tuttavia, è stato sottolineato che stante così com'è la norma italiana è inadeguata, giacché la facoltà riconosciuta ai sindacati comparativamente più rappresentativi dal c. 2 dello stesso articolo di disattivare gli effetti disposti dal primo comma tramite la stipulazione di accordi collettivi nazionali (come quello concluso, poi giudicato pirata e quindi non rilevante ai sensi dell'art. 2 co. 2, tra UGL e Assodelivery) sarebbe contraria alla Direttiva, implicando la violazione del principio di indisponibilità del tipo lavoro subordinato, la cui disciplina in tali ipotesi non troverebbe applicazione, cosa che altrimenti avverrebbe ad opera dei giudici, che a partire dalla sent. Cass. n. 1663/2020 hanno esteso ai lavoratori delle piattaforme tutte le tutele della subordinazione. Peraltro, a più riprese nel testo (artt. 4,5, ecc.) si precisa che gli Stati nel momento attuativo devono assicurare l'adeguatezza e l'efficacia delle procedure per la corretta determinazione dello status occupazionale e della presunzione di subordinazione anche «tenuto conto della giurisprudenza della Corte di giustizia», a rigore della quale la nozione di lavoratore è dilatata, potendo ricomprendere un novero di figure (volontari, tirocinanti, membri dei consigli di amministrazione, ecc.) che viceversa ai sensi del diritto nazionale lavoratori in senso tecnico non sono.

Si è analogamente sostenuto che con il d.lgs. 104/2022 (cd. «Decreto trasparenza») il legislatore italiano abbia in realtà già attuato anche la parte della direttiva relativa ai sistemi decisionali e di monitoraggio automatizzati, avendo esso aggiunto nel d.lgs. 152/1997 un art. 1-bis, «Ulteriori obblighi informativi nel caso di utilizzo di sistemi decisionali o di monitoraggio automatizzati», in

forza del quale il datore o il committente - in ogni contesto produttivo, prescindendosi qui dalle piattaforme - è tenuto a informare il lavoratore dell'utilizzo, in qualsiasi fase del rapporto, «di sistemi decisionali o di monitoraggio integralmente automatizzati». Anche se fin qui non sembra aver influito sull'estensione applicativa della disposizione, l'avverbio "integralmente", inserito con d.l. 48/2023, potenzialmente qualche problema potrebbe porlo, giacché la direttiva si riferisce anche a quei sistemi che non sostituiscono, ma supportano l'azione umana. Altro punto critico è che l'art. 1-bis dà luogo a un mero diritto di informazione in capo alle RSU/RSA o in loro assenza alle sedi territoriali delle associazioni sindacali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale, così che si renderà necessario in sede di recepimento un adeguamento ai diritti di consultazione sanciti mediante il rinvio alla Direttiva 2002/14, adeguamento peraltro anticipabile dalla contrattazione collettiva. Vi è disaccordo, infine, sul ruolo giocato dal rinvio operato dall'art. 1-bis all'art. 4 St. lav.: secondo alcuni l'esclusione operata dal suo c.2 al confronto con il sindacato prescritto dal c.1 includerebbe i sistemi di gestione algoritmica, dal momento che nel management algoritmico il controllo tecnologico del lavoratore avviene sempre con gli strumenti di lavoro, e rimarrebbe solo la tutela individuale del diritto alla privacy e all'informazione di cui al c.3, come per l'art. 1-bis; secondo altri, per contro, un'interpretazione così restrittiva va rigettata, poiché il diritto di codicisione del sindacato fissato nel c.1 non può essere limitato alle tradizionali videocamere, bensì conserva rilevanza anche quando gli strumenti di lavoro, integrati in un sistema algoritmico, sono al contempo mezzi di direzione e di controllo del lavoro.

Considerazioni finali

Venendo alle considerazioni finali, la Direttiva in menzione ha significato certamente un notevole progresso nel diritto sociale europeo, recando previsioni estremamente innovative ed incisive per l'affermazione delle tutele giuslavoristiche nell'odierna economia digitale. Soprattutto, la trasversalità di applicazione delle disposizioni sul management algoritmico ha fatto scorgere in dottrina una prima vera affermazione del concetto di "lavoro personale" (*personal work*), possibile veicolo di superamento della dicotomia novecentesca tra lavoro subordinato e lavoro autonomo e, quindi, di diffusione di una nuova e diversa concezione universalistica dei diritti, a protezione di ogni persona lavoratrice (specchio dell'art. 35 Cost., garante del lavoro in tutte le sue forme e applicazioni). Tutti i

lavoratori tramite piattaforma quindi, e non solo i subordinati, godranno delle tutele e dei diritti in tema di trasparenza e protezione dei dati personali sopra illustrati.

Non mancano, tuttavia, punti deboli. Anzitutto, sia la procedura per l'attivazione della presunzione di subordinazione che la definizione in dettaglio dei "fatti" comprovanti il potere di controllo e di direzione non sono prestabilite dalla Direttiva, bensì lasciate in capo agli Stati membri che, a seconda dell'orientamento della maggioranza di governo di turno, potranno trasporre in senso più o meno favorevole ai lavoratori. Si è poi segnalato come, in particolar modo, la dimensione collettiva delle tutele sia soggetta a una rigida bipartizione. Analogamente discutibile la scelta di non attribuire anche alle persone lavoratrici i diritti alla salute e sicurezza. Tali differenze di trattamento non depongono a favore di una sostanziale uguaglianza tra tutti i lavoratori delle piattaforme e trovano primaria motivazione nella differenza di basi giuridiche di cui si è detto: estendere alcune delle garanzie limitate ai lavoratori, così come tentato dal Parlamento, a tutte le persone avrebbe significato fuoriuscire dall'ambito sociale ed entrare in quello della concorrenza, il che avrebbe determinato in seno al Consiglio una prospettiva del tutto diversa.

Ad ogni modo, è evidente che la Direttiva in sé non è sufficiente, perché ad oggi l'impiego di sistemi di management algoritmico è pervasivo, riguarda tutti i settori produttivi e, dunque, potenzialmente tutti i lavoratori, non solamente quelli delle piattaforme. Il tentativo del movimento sindacale e del Parlamento europeo di ampliare il campo di applicazione della Direttiva a qualsiasi luogo lavorativo è fallito. In particolare, la CES, Confederazione europea dei sindacati, con una risoluzione del dicembre 2022 aveva chiesto il varo di un'ulteriore direttiva sui sistemi algoritmici nei luoghi di lavoro che, al di là dell'AI Act e della Direttiva piattaforme, disciplini il management algoritmico nell'ambito lavorativo in generale, non solo nelle piattaforme, e lo faccia rafforzando i diritti di partecipazione e di contrattazione sindacali. Del resto, come è stato notato, sia la Direttiva piattaforme che il Regolamento sull'AI nelle versioni licenziate dal Parlamento europeo erano più coraggiosi: l'impressione, condivisa da chi scrive, è che i diversi cantieri normativi aperti in materia di lavoro e nuove tecnologie informatiche, che sembravano aver inaugurato una nuova stagione di "costituzionalismo digitale", man mano che vengono chiusi finiscano per diluire quest'idea. **D&L**