

Trasparenza e attività di cura nei contratti di lavoro

Commentario
ai decreti legislativi
n. 104 e n. 105 del 2022

a cura di

Domenico Garofalo, Michele Tiraboschi,
Valeria Filì, Anna Trojsi

ADAPT
LABOUR STUDIES
e-Book series
n. 96

ADAPT
www.adapt.it
UNIVERSITY PRESS

ADAPT LABOUR STUDIES E-BOOK SERIES

ADAPT – Scuola di alta formazione in relazioni industriali e di lavoro

DIREZIONE

Domenico Garofalo (*direttore responsabile*)

COMITATO SCIENTIFICO

Marina Brollo

Laura Calafà

Guido Canavesi

Paola M.T. Caputi Jambrenghi

Daniela Caterino

Marco Esposito

Valeria Fili

Enrico Gagnoli

Paolo Gubitta

Vito Sandro Leccese

Valerio Maio

Enrica Morlicchio

Alberto Pizzoferrato

Simonetta Renga

Michele Tiraboschi

Anna Trojsi

Lucia Valente

SEGRETERIA DI REDAZIONE

Laura Magni (*coordinatore di redazione*)

Maddalena Magni

Pietro Manzella (*revisore linguistico*)

ADAPT University Press

via Garibaldi, 7 – 24122 Bergamo

indirizzo internet [ADAPT University Press](http://ADAPT_University_Press)

indirizzo e-mail: aup@adapt.it

Il presente volume è stato oggetto di *double blind peer review*, come previsto per ogni pubblicazione della presente collana, secondo un procedimento standard concordato dalla Direzione con il Comitato scientifico e con l'Editore, che ne conserva la relativa documentazione.

Trasparenza e attività di cura nei contratti di lavoro

Commentario
ai decreti legislativi
n. 104 e n. 105 del 2022

a cura di

Domenico Garofalo, Michele Tiraboschi,
Valeria Fili, Anna Trojsi

ISBN 979-12-80922-15-1

Pubblicato il 21 aprile 2023

© 2023 ADAPT University Press – Pubblicazione on-line della Collana ADAPT

Registrazione n. 1609, 11 novembre 2001, Tribunale di Modena

INDICE

Introduzione. Il perché della ricerca e del Commentario <i>di Domenico Garofalo, Michele Tiraboschi, Valeria Filì, Anna Trojsi</i>	IX
--	----

Tomo I **Commento al decreto legislativo n. 104/2022** **Condizioni di lavoro trasparenti e prevedibili**

Parte I

L'impatto sulla disciplina del rapporto di lavoro del d.lgs. n. 104/2022 (emanato in attuazione della direttiva UE n. 2019/1152) <i>di Domenico Garofalo e Michele Tiraboschi</i>	3
Il quadro europeo: la direttiva (UE) 2019/1152 <i>di Ivan Ingravallo</i>	25
Condizioni di lavoro trasparenti e prevedibili in prospettiva comparata <i>di Paolo Pardolesi</i>	40
La trasparenza sui luoghi di lavoro. Profili di diritto amministrativo <i>di M.T. Paola Caputi Jambrenghi</i>	53

Parte II

SEZIONE I. IL CAMPO DI APPLICAZIONE E LA DISCIPLINA TRANSITORIA	62
L'ambito di applicazione <i>di Francesca Chietera</i>	62
L'estensione degli obblighi informativi alle collaborazioni coordinate e continuative e alle collaborazioni organizzate dal committente <i>di Fabrizio Ferraro</i>	71
Le misure per il pubblico impiego non contrattualizzato (art. 6; art. 15, d.lgs. n. 104/2022) <i>di Giovanna Pistore</i>	107
Disciplina transitoria (art. 16, d.lgs. n. 104/2022) <i>di Lisa Taschini</i>	131
SEZIONE II. LE INFORMAZIONI SUL RAPPORTO DI LAVORO	140
Le modalità di comunicazione delle informazioni <i>di Francesca Nardelli</i>	140
Eccessi di trasparenza: la (im)possibilità di rinviare alla contrattazione collettiva per informare il lavoratore <i>di Luca Calcaterra</i>	144

Gli obblighi informativi sul rapporto di lavoro <i>ex art. 4 co. 1, lett. a, d.lgs. n. 104/2022</i> (art. 1, co. 1, lett. a-m, del d.lgs. n. 152/1997 e art. 5, co. 5, d.lgs. n. 104/2022) <i>di Luca Mannarelli</i>	154
Il diritto alla “conoscibilità” del contratto collettivo e gli obblighi informativi in materia retributiva e previdenziale <i>di Giovanni Pigliararmi</i>	173
Il diritto alla informazione sulla prevedibilità dell’orario di lavoro <i>di Lorenzo Scarano</i>	195
Gli obblighi informativi in caso di sistemi decisionali o di monitoraggio automatizzati (art. 4, co. 1, lett. a, d.lgs. n. 104/2022) (art. 1, co. 1, lett. s, e art. 1-bis, d.lgs. n. 152/1997, inserito dall’art. 4, co. 1, lett. b, d.lgs. n. 104/2022) <i>di Enrico Claudio Schiavone</i>	211
Le prestazioni di lavoro all’estero <i>di Stefano Rossi</i>	228
Gli obblighi informativi in caso di modifica degli elementi del contratto di lavoro dopo l’assunzione (novella dell’art. 3, d.lgs. n. 152/1997, ai sensi dell’art. 4, comma 1, lett. d, d.lgs. n. 104/2022) <i>di Giada Benincasa</i>	249
Le modifiche agli obblighi informativi nella disciplina delle prestazioni di lavoro occasionale (art. 5, co. 1 d.lgs. n. 104/2022) <i>di Federica Capponi</i>	259
Il contratto di lavoro intermittente tra obblighi informativi e obblighi sostanziali <i>di Carmela Garofalo</i>	266
Il decreto trasparenza ed il rapporto di lavoro somministrato <i>di Michele Calabria</i>	286
Le modifiche agli obblighi informativi nella disciplina delle prestazioni di consegna di beni mediante piattaforme digitali <i>ex art. 47-bis, d.lgs. 81/2015</i> (art. 5, co. 2, lett. c, d.lgs. 104/2022) <i>di Ilaria Bresciani</i>	299
SEZIONE III. PRESCRIZIONI MINIME RELATIVE ALLE CONDIZIONI DI LAVORO	311
Durata massima del periodo di prova <i>di Andrea Morone</i>	311
Il cumulo di impieghi (art. 8, d.lgs. n. 104/2022) <i>di Marcello D’Aponte</i>	318
La transizione a forme di lavoro più prevedibili, sicure e stabili <i>di Vincenzo Maria Tedesco</i>	332
La formazione obbligatoria ai sensi dell’art. 11 del d.lgs. n. 104/2022 <i>di Federica Stammera</i>	341
SEZIONE IV. MISURE DI TUTELA	350
Il sistema sanzionatorio nel decreto trasparenza <i>di Stefano Rossi</i>	350
Meccanismi di risoluzione rapida delle controversie e diritto di ricorso in caso di violazione degli obblighi datoriali previsti dai d.lgs. n. 152/1997 e 104/2022 (art. 12, d.lgs. n. 104/2022) <i>di Stefano Iacobucci</i>	379
La protezione da condotte datoriali ritorsive o pregiudizievoli (art. 13, d.lgs. n. 104/2022) <i>di Angelica Riccardi</i>	390
Protezione contro il licenziamento o contro il recesso del committente e onere della prova (art. 14, d.lgs. n. 104/2022) <i>di Vincenzo Luciani</i>	401

Tomo II
Commento al decreto legislativo n. 105/2022
Strumenti per favorire la parità di genere
e la conciliazione tra lavoro e vita familiare

Parte I

Sulla ricerca del giusto equilibrio di genere tra cura familiare e lavoro: finalità, contenuti e risorse del decreto legislativo n. 105/2022 <i>di Anna Trojsi</i>	409
L'impatto del decreto n. 105/2022 sul contesto. Ottimismo della volontà, pessimismo dell'intelligenza e pragmatismo visionario <i>di Valeria Filì</i>	435
Il quadro europeo: la direttiva (UE) 2019/1158 <i>di Nicola Ruccia</i>	452
Il bilanciamento tra attività professionale e vita familiare nell'esperienza europea: un incrementale gioco di equilibri <i>di Pamela Martino</i>	467

Parte II

SEZIONE I. MODIFICHE AL D.LGS. N. 151/2001	483
Modifiche al d.lgs. n. 151/2001. I congedi di paternità obbligatorio e alternativo <i>di Francesca Marinelli</i>	483
I congedi parentali nel d.lgs. n. 105/2022 <i>di Rosa Casillo</i>	492
Il congedo straordinario per i cc.dd. caregiver di portatori di handicap gravi (art. 42, comma 5, del d.lgs. n. 151 del 2001) <i>di Claudia Murena</i>	503
L'estensione della tutela per maternità delle lavoratrici autonome <i>di Nicola Deleonardis</i> ...	517
Il congedo parentale per lavoratrici e lavoratori autonomi (art. 2, comma 1, lett. U, d.lgs. n. 105/2022) <i>di Paolo Stolfa</i>	531
L'indennità di maternità per le libere professioniste (art. 2, comma 1, lett. v, d.lgs. n. 105/2022) <i>di Lisa Taschini</i>	538
SEZIONE II. MODIFICHE ALLA L. N. 104/1992	555
Divieto di discriminazione (art. 3, comma 1, lett. a, d.lgs. n. 105/2022) <i>di Mario Cerbone</i>	555
Permessi e agevolazioni per i lavoratori caregivers familiari (art. 3, comma 1, lett. B, d.lgs. n. 105/2022) <i>di Rosa Casillo</i>	568
SEZIONE III. MODIFICHE AL D.LGS. N. 81/2015 E ALLA L. N. 81/2017	577
Le modifiche alla l. n. 81/2017 e al d.lgs. n. 81/2015: uno sguardo d'insieme (artt. 4 e 5 del d.lgs. n. 105/2022) <i>di Isabella Calia</i>	577

Indice

Congedo parentale per gli iscritti alla Gestione separata (art. 4, comma 1, lett. <i>a</i> , d.lgs. n. 105/2022) <i>di Lisa Taschini</i>	592
Priorità per l'accesso al lavoro agile e ad altre forme di lavoro flessibile <i>di Emanuele Dagnino</i>	602
Trasformazione del contratto a tempo parziale (art. 5, comma 1, d.lgs. n. 105/2022) <i>di Lisa Taschini</i>	612
SEZIONE IV. SANZIONI E MISURE PROMOZIONALI	622
La sanzione aggiuntiva nel caso di condotte ostative o ritorsive verso genitori, gestanti e <i>caregivers</i> <i>di Gianluca Picco</i>	622
La conoscibilità della normativa e degli strumenti di sostegno della genitorialità e delle attività di cura <i>di Lilli Casano</i>	634
Notizie sugli autori.....	639

Introduzione.

Il perché della ricerca e del Commentario

di Domenico Garofalo, Michele Tiraboschi, Valeria Filì, Anna Trojsi

La produzione legislativa dell'ultimo quarto di secolo (a partire dalla c.d. Riforma Treu del 1997, poi con la c.d. riforma Biagi del 2003 e col c.d. *Jobs Act* del 2015) ha dato l'avvio ad una proficua riflessione scientifica plurale, esplicatasi mediante la pubblicazione di più Commentari dello stesso provvedimento legislativo. Al riguardo, non è da condividere il pensiero di chi ritenga (o abbia eventualmente ritenuto) tale genere giuridico-letterario come un prodotto connotato di per sé da scarso approfondimento e, quindi, di basso contenuto scientifico. Viceversa, a Nostro parere, sul piano dei risultati e dunque dell'impatto sulla Nostra disciplina, l'analisi di molti, che trovano più agevolmente voce in questo tipo di opere, vieppiù quando caratterizzati da *background* differenti, contribuisce all'arricchimento del dibattito scientifico almeno quanto (se non più) dell'analisi di pochi, pur se navigati studiosi della materia. Ciò, purché – è ovvio – i molti Autori (ed i relativi contributi) siano idoneamente indirizzati al rigore metodologico e all'adeguato approfondimento: ma questo è, evidentemente, il ruolo e il compito dei curatori... A ciò si aggiunga che i Commentari, come progetti editoriali, rappresentano una preziosa occasione per far crescere i giovani studiosi, specie in un momento di scomparsa, e comunque di ridimensionamento, del tradizionale modello di Scuole, in cui ci siamo a suo tempo formati anche Noi curatori.

Fatta tale premessa, all'indomani della pubblicazione dei d.lgs. n. 104 e n. 105 del 2022, a Noi curatori di questo Volume collettaneo, articolato in due Tomi e appunto strutturato a Commentario, diversi per estrazione accademica ed impostazioni di ricerca, ma convergenti sulla bontà di una iniziativa aperta soprattutto ai giovani, è apparso utile promuovere una riflessione su due provvedimenti, che si ha motivo di ritenere possano incidere in modo significativo sulla disciplina del rapporto di lavoro e sulle relazioni industriali, in quanto ridisegnano taluni obblighi a *latere datoris* e taluni diritti a *latere praestatoris* alla luce della evoluzione dei modi di produrre e di lavorare. Emerge, infatti, una progressiva destrutturazione del tempo e del luogo, che incide per un verso sul potere organizzativo del datore di lavoro, e per altro verso sulla conciliazione dei tempi di vita e dei tempi di lavoro, il che consente di cogliere il nesso che lega i due decreti oggetto di analisi.

La matrice unionale di questi ultimi ha suggerito l'opportunità di aprire la riflessione a studiosi del diritto dell'Unione Europea, ma anche a comparatisti per un confronto sul tema con altri ordinamenti.

L'irrompere della trasparenza nel rapporto di lavoro privato ha altresì richiesto il supporto della disciplina amministrativistica, adusa a questa categoria, onde verificare quanto di tale esperienza sia esportabile nell'ambito lavoristico.

Come detto, il Commentario è diviso in due Tomi, destinati il primo al d.lgs. n. 104 e il secondo al d.lgs. n. 105, e si avvale di circa cinquanta contributi, ordinati secondo l'articolato dei due provvedimenti, per la cui realizzazione ci siamo avvalsi di giovani studiosi anch'essi di varia provenienza accademica, ma accomunati al Nostro pari dalla convinzione dell'utilità di una ricerca condivisa e socializzata già alla fonte.

Passando ai contenuti, la letteratura – tutto sommato, quantitativamente scarna – edita nei mesi trascorsi dal varo del d.lgs. 27 giugno 2022, n. 104, in vigore dal 13 agosto 2022 ⁽¹⁾, ma preannunciato sin dall'aprile 2021 con la l. n. 53/2021 di delegazione europea 2019-2020 per il recepimento, tra le altre, della direttiva (UE) 2019/1152, ingenera l'impressione di una non ancora proporzionata attenzione della comunità scientifica nei confronti di un provvedimento che, viceversa, crediamo possa avere un notevole impatto sulla disciplina dei rapporti di lavoro, non solo subordinati, andando ben oltre l'obiettivo, a Nostro parere minimale, della riduzione dell'asimmetria informativa che pacificamente connota la posizione del prestatore di lavoro.

Stessa considerazione può farsi per il d.lgs. 30 giugno 2022, n. 105, anch'esso in vigore dal 13 agosto 2022 ⁽²⁾, del pari preannunciato sin dall'aprile 2021 con la l. n. 53/2021

⁽¹⁾ Con l'auspicio di non incorrere in omissioni, cfr. A. ALLAMPRESE, S. BORELLI, *L'obbligo di trasparenza senza la prevedibilità del lavoro. Osservazioni sul decreto legislativo n. 104/2022*, in RGL, 2022, n. 4, I, p. 671; L. CALCATERRA, *Decreto legislativo 27 giugno 2022, n. 104*, in R. DE LUCA TAMAJO, O. MAZZOTTA (diretto da), *Commentario breve alle leggi sul lavoro*, Cedam, 2022, p. 2665; L. CALCATERRA, *Eccessi di trasparenza: la (im)possibilità di rinviare alla contrattazione collettiva per informare il lavoratore*, in *Labor*, 2023, n. 1, pp. 41-51; M.T. CARINCI, S. GIUDICI, P. PERRI, *Obblighi di informazione e sistemi decisionali e di monitoraggio automatizzati (art. 1-bis "Decreto Trasparenza"): quali forme di controllo per i poteri datoriali algoritmici?*, *ivi*, pp. 7-40; G. CAROSIELLI, *Il c.d. decreto trasparenza nella sua declinazione di prassi tra Ministero del lavoro ed Ispettorato nazionale del lavoro*, in *DRI*, 2022, n. 4; M. CORTI, A. SARTORI, *Il recepimento del diritto europeo in materia di condizioni di lavoro trasparenti e prevedibili e di conciliazione vita-lavoro. Le misure giuslavoristiche dei decreti «aiuti»*, in *RIDL*, 2022, n. 4; C. CRISTOFOLINI, *Condizioni di lavoro trasparenti e prevedibili nel pubblico impiego dopo il D. Lgs. n. 104/2022*, in *LPA*, 2022; M. FAIOLI, *Giustizia contrattuale, tecnologia avanzata e reticenza informativa del datore di lavoro. Sull'imbarazzante "truismo" del decreto trasparenza*, in *DRI*, 2023, n. 1, pp. 45-59; D. IODICE, *Il d. lgs. n. 104/2022 nella prospettiva del diritto sindacale. Quale futuro per le relazioni industriali?*, Working Paper ADAPT, 2023, n. 1/2023; M. MARAZZA, F. D'AVERSA, *Dialoghi sulla fattispecie dei "sistemi decisionali o di monitoraggio automatizzati" nel rapporto di lavoro (a partire dal decreto trasparenza)*, in *giustiziacivile.com*, 8 novembre 2022; M. MURGO, *L'invio di lavoratori all'estero dopo la direttiva (UE) 2019/1152 e il decreto trasparenza tra obblighi informativi, tutele sostanziali e difesa dei diritti*, in *DRI*, 2023, n. 1, pp. 60-88; G. PROIA, *Trasparenza, prevedibilità e poteri dell'impresa*, in *Labor*, 2022, n. 6; G. PROIA, *Le novità, sistemiche e di dettaglio, del decreto trasparenza*, in *MGL*, 2022, n. 3; F. SCARPELLI, *Decreto trasparenza: disciplinato il diritto del lavoratore (privato) a svolgere un'altra prestazione lavorativa*, in *giustiziacivile.com*, 23 agosto 2022; G. SIGGILLÒ MASSARA, *Cumulo fra attività lavorative: la novella del decreto Trasparenza*, in *MGL*, 2022, n. 4, p. 873 ss.; A. TURSI, *"Trasparenza" e "diritti minimi" dei lavoratori nel decreto trasparenza*, in *DRI*, 2023, n. 1, pp. 1-24; A. ZILLI, *Decreto trasparenza: gli obblighi informativi ieri e oggi (intanto, è già domani)*, in *giustiziacivile.com*, 7 settembre 2022; A. ZILLI, *La trasparenza nel lavoro subordinato. Principi e tecniche di tutela*, Pacini, 2022, spec. p. 136 ss.; A. ZILLI, *La via italiana per condizioni di lavoro trasparenti e prevedibili*, in *DRI*, 2023, n. 1, pp. 25-44.

⁽²⁾ Parimenti con l'auspicio di non incorrere in omissioni, cfr. C. ALESSI, O. BONARDI, L. CALAFÀ, M. D'ONGHIA, *Per una trasposizione responsabile della Direttiva n. 2019/1158, relativa all'equilibrio tra attività professionale e vita familiare per i genitori e i prestatori di assistenza*, in RGL, 2022, n. 1, I, p. 111; M. BROLLO, *Lo smart working verso il New Normal*, in *LG*, 2022, suppl. n. 1, p. 42; L. CALAFÀ, *La conciliazione vita e*

di delegazione europea 2019-2020 per il recepimento, tra le altre, della direttiva (UE) 2019/1158, che detta importanti disposizioni per garantire, connotandolo di effettività, l'equilibrio tra attività professionale e vita familiare per i genitori e i prestatori di assistenza, indispensabile per realizzare la parità di genere nei luoghi di lavoro e nel mercato del lavoro, sempre auspicata ma sinora rimasta in gran parte sulla carta, complice anche l'arretratezza culturale su questo versante della nostra società.

I due Tomi sono a loro volta suddivisi in Parti e Sezioni, onde facilitarne la consultazione.

Ciascuno dei contributori ha dato conto, oltre che delle opinioni espresse da chi già si è occupato delle novità legislative, dei primi chiarimenti forniti dal Ministero del lavoro e dall'Ispettorato Nazionale del lavoro, invero anch'essi in leggero ritardo, verosimilmente per il passaggio di mano dal Governo Draghi, che ha varato i due provvedimenti, al Governo Meloni, che è chiamato a curarne l'attuazione pur non condividendone *in toto* il contenuto, al punto da preannunciare interventi modificativi degli stessi, soprattutto del decreto n. 104 (ma allo stato siamo ancora ai propositi).

Riteniamo che il frutto di questo lavoro collettaneo possa costituire uno strumento utile sia agli studiosi sia agli operatori del diritto, anche in ragione dei necessari raccordi con la disciplina preesistente, oggetto di particolare attenzione da parte dei singoli contribuiti.

Domenico Garofalo, Michele Tiraboschi, Valeria Filì e Anna Trojsi

lavoro in ambiente digitale, in *Federalismi.it*, 2022, n. 34, p. 193; L. CALAFÀ, U. GARGIULO, C. SPINELLI (a cura di), *Il tema. Riforme parallele e disequilibrio vita-lavoro. Introduzione*, in *RGL*, 2022, n. 4, I, p. 553, ed ivi i relativi contributi di M. VITALETTI, *Equilibrio tra attività professionale e vita familiare. Il decreto legislativo di attuazione della Direttiva n. 2019/1158*, p. 563, P. BOZZAO, *Il welfare dei figli, tra Family Act e (attuazione della) Direttiva Ue n. 2019/1158*, p. 578, I. SENATORI, *La «nuova» conciliazione vita-lavoro e la contrattazione collettiva: una sfida che si ripete*, p. 596, M. FAIOLI, *Welfare aziendale post-pandemico. Indagine sulle clausole contrattuali che regolano la conciliazione vita-lavoro*, p. 612, e E. VIVALDI, *Pnrr e disabilità: misure e interventi per l'attuazione del diritto alla vita indipendente*, p. 630; M. CORTI, A. SARTORI, *Il recepimento del diritto europeo in materia di condizioni di lavoro trasparenti e prevedibili e di conciliazione vita-lavoro. le misure giuslavoristiche dei decreti «aiuti»*, e M. CINELLI, C.A. NICOLINI, *La fine della XVIII Legislatura – Conciliazione dei tempi di cura e di lavoro, famiglia, parità di genere... e sanzioni – Una delega per la riforma delle discipline del lavoro e la tutela dei redditi nel settore dello spettacolo*, in *RIDL*, 2022, n. 4, III, rispettivamente pp. 161 e 175; E. DAGNINO, *Sull'attuazione della Direttiva UE 2019/1158: il nodo del "lavoro flessibile"*, in *LG*, 2023, n. 2, p. 140; I. DE CESARE, *Una prima lettura del d.lgs. n. 105/2022 sul riordino dei congedi parentali*, in *Federalismi.it*, 2022, n. 29, p. 17; M. MILITELLO, *Work life balance. Parità nel lavoro e condivisione della cura*, in B. GUASTAFERRO, L. TEBANO (a cura di), *Cura, lavoro, diritti. L'Unione europea e le sfide della contemporaneità*, Editoriale Scientifica, 2022, p. 189; F. SCHIAVETTI, *La parità di genere nei luoghi di lavoro, tra work-life balance e nuove tecnologie*, in *Federalismi.it*, 2023, n. 4, p. 260; M.L. VALLAURI, *Il d.lgs. 30 giugno 2022, n. 105 di attuazione della Direttiva (UE) 2019/1158*, in *LDE*, 2022, n. 3; M.L. VALLAURI, *Decreto legislativo 26 marzo 2001, n. 151*, in R. DE LUCA TAMAJO, O. MAZZOTTA (diretto da), *Commentario breve alle leggi sul lavoro*, Cedam, 2022, p. 1293 ss.; R. ZUCARO, *Conciliazione vita-lavoro e gender gap nella cura. L'evoluzione legislativa nel prisma del quadro normativo europeo*, in *RGL*, 2022, n. 2, I, p. 310.

Tomo I

**Commento al
decreto legislativo n. 104/2022**

Condizioni di lavoro trasparenti e prevedibili

Parte I

L'impatto sulla disciplina del rapporto di lavoro del d.lgs. n. 104/2022 (emanato in attuazione della direttiva UE n. 2019/1152)

di Domenico Garofalo e Michele Tiraboschi

Sommario: 1. Alcune considerazioni introduttive. – 2. La *ratio* e gli obiettivi della Direttiva n. 2019/1152. – 3. Il nesso tra miglioramento delle condizioni di lavoro, trasparenza e prevedibilità. – 4. Il campo di applicazione del d. lgs. n. 104/2022. – 5. I nuovi obblighi informativi. – 5.1. Le modalità e la tempistica delle comunicazioni. – 5.2. I contenuti della comunicazione. – 5.3. Le informazioni aggiuntive dovute per specifiche fattispecie contrattuali. – 5.3.1. Lavoratori in missione in un altro Stato membro o in un paese terzo. – 5.3.2. Modifiche della disciplina di alcune fattispecie contrattuali “flessibili”. – 5.4. Ulteriori obblighi informativi nel caso di utilizzo di sistemi decisionali o di monitoraggio automatizzati. – 5.5. L’accesso alle fonti regolative del rapporto. 5.6. Le modifiche contrattuali successive all’assunzione. – 5.7. La violazione degli obblighi informativi e l’apparato sanzionatorio. – 6. Prescrizioni minime relative alle condizioni di lavoro. – 6.1. Durata e riproporzionamento della prova. – 6.2. Cumulo di impieghi/impieghi in parallelo. – 6.3. La tutela del lavoratore nell’organizzazione in tutto o in parte imprevedibile. – 6.4. La transizione a forme di lavoro più prevedibili, sicure e stabili. – 6.5. La formazione obbligatoria. – 7. I contratti in deroga con il limite del non regresso. – 8. I meccanismi di applicazione “rafforzati”. – 9. Le disposizioni della direttiva n. 1152 che non hanno corrispondenza nel d. lgs. n. 104/2022. – 10. Qualche osservazione conclusiva.

1. Alcune considerazioni introduttive

All’analitica disamina della disciplina introdotta con il d. lgs. n. 104/2022, in attuazione della Direttiva UE 2019/1152, appare opportuno premettere un sintetico raffronto tra la fonte unionale e il precipitato nostrano onde verificare la conformità del secondo al primo, anche nella prospettiva di valutarne l’impatto sulla disciplina del rapporto di lavoro, non solo subordinato.

Quanto alla Direttiva n. 1152 il confronto non coinvolge solo l’articolato ma va esteso ai considerando della stessa, notoriamente utilizzati anche come criteri interpretativi della disciplina adottata con la Direttiva.

Il raffronto consente di rilevare tre diverse modalità applicative delle disposizioni introdotte: alcune sono riprodotte pedissequamente nel decreto n. 104 (1 p.3 e 4 / 1 p. 7/ 1 p. 8 /2); altre previsioni sono adattate all’ordinamento interno (1 p.2 /3 (conservazione per 5 anni); vi sono infine disposizioni che non hanno un *pendant* nel 104 (1 p.1). Di ciascuna ipotesi viene dato ampio conto nei singoli contributi che se ne sono occupati, ai quali si rinvia.

Sugli obblighi di informazione a differenza della dir 2019/1152 che ha riscritto per intero la disciplina, abrogando la dir 91/533 CEE (art 24), il legislatore delegato ha

scelto con l'art. 4 di modificare il d. lgs. n.152/1997 mantenendolo in vigore, pur se di quest'ultimo è rimasto non modificato il solo art. 5, “*Disposizioni transitorie e finali?*”, il cui comma 1 prevede alcune esclusioni dal campo di applicazione della disciplina operanti anche rispetto alla nuova, mentre il co. 2 è da ritenersi superato, riguardando i rapporti in essere al momento dell'entrata in vigore del d. lgs. n. 152, ora sostituito dall' art. 16, co. 2 del d. lgs. n. 104.

La novella oltre all'interesse dichiarato di realizzare una tutela minima del lavoratore *non standard* ne persegue un altro, mediato, di fornire un solido supporto all'attività di vigilanza, che d'ora innanzi potrà avvalersi delle comunicazioni effettuate dal datore di lavoro per verificare la corretta applicazione di leggi e contratti collettivi sia a monte (nel momento genetico) sia a valle (nel momento funzionale) del rapporto di lavoro, il che rafforza il convincimento che il provvedimento non opera solo sul piano della riduzione dell'asimmetria che caratterizza il rapporto (*rectius* i rapporti) di lavoro ma anche sul piano sostanziale degli obblighi a carico del datore di lavoro, specie nelle fattispecie *non standard*.

Il d lgs n. 104/2022 è articolato in quattro Capi; il primo enuncia le finalità del provvedimento e individua il suo campo di applicazione (artt. 1-3); il secondo, come anticipato riscrivendo per intero il d. lgs. n. 152/1997, individua le informazioni sul rapporto di lavoro che il datore di lavoro è obbligato a fornire al lavoratore all'atto dell'assunzione ovvero nel corso del rapporto di lavoro in caso di sopravvenute modifiche (artt. 4-5-6); il terzo detta prescrizioni minime relative alle condizioni di lavoro (artt. 7-11); il quarto ed ultimo individua le misure a tutela del lavoratore che reclami l'osservanza dell'obbligo di informativa (artt. 12-17).

2. La ratio e gli obiettivi della direttiva 2019/1152

La ratio e gli obiettivi della Direttiva 2019/1152 si colgono già in molti dei suoi considerando.

Il diffondersi del lavoro *non standard* a causa degli sviluppi demografici e della digitalizzazione, con uno statuto protettivo strutturato su quello *standard*, ha creato incertezze in merito alla protezione sociale e ai diritti applicabili a questi lavoratori, rendendosi necessario ed indifferibile un recupero di prevedibilità della tutela, da realizzare per un verso con la piena, tempestiva e accessibile informazione scritta in merito alle condizioni essenziali del loro lavoro, e per altro verso garantendo loro nuovi diritti minimi [ad esempio periodi di prova di durata ragionevole (considerando n. 27)], favorendo una convergenza verso l'alto in tutti gli Stati membri, pur salvaguardando l'adattabilità del mercato del lavoro a beneficio sia dei lavoratori sia dei datori di lavoro (considerando nn. 4 e 6). Emerge al contempo la necessità di accompagnare le transizioni occupazionali agevolando la mobilità professionale e favorendo l'approdo a forme di impiego stabili e sicure (considerando n. 2 e n. 36). Di qui la necessità di sostituire, abrogandola, la direttiva 91/533/CEE non più in linea con l'attuale mercato del lavoro (considerando nn. 15 e 51).

Tale obiettivo trova puntuale corrispondenza nell'art. 1 della Direttiva 1152 (*Scopo, oggetto e ambito di applicazione*) che si segnala per la definizione del suo capo di applicazione riconoscendo “*diritti minimi...a tutti i lavoratori nell'Unione che hanno un contratto di lavoro o un rapporto di lavoro quali definiti dal diritto, dai contratti collettivi o dalle prassi in vigore*”

in ciascuno Stato membro, tenendo conto della giurisprudenza della Corte di giustizia”, con un’estensione del campo di applicazione della tutela anche ai lavoratori non subordinati (v. *infra*), totalmente esclusi dalla Direttiva 533.

Inusitatamente manca nel Decreto 104 una norma di apertura su scopo e oggetto del provvedimento (evidentemente sottintesi al rinvio alla Direttiva 1152 di cui costituisce attuazione), esordendosi con l’individuazione del campo di applicazione.

3. Nesso tra miglioramento delle condizioni di lavoro, trasparenza e prevedibilità

Leggendo la direttiva n. 2019/1152, a partire dai considerando, si ha la conferma dell’inscindibilità dei due canoni della trasparenza e della prevedibilità al fine di raggiungere l’obiettivo del miglioramento delle condizioni di lavoro. La prima è intesa come diritto del lavoratore ad essere informato, la seconda come diritto a tutele che fungano da limite all’imprevedibilità organizzativa (si legga ad esempio il considerando n. 19 sull’informazione relativa ai tempi di lavoro e di non lavoro in funzione della tutela della sicurezza e della salute del lavoratore).

Entrambe appaiono come una sorta di argine alla flessibilità nella sua declinazione al negativo. Se resta fermo l’obiettivo dell’adattabilità del mercato del lavoro, accanto a quello della sicurezza dei lavoratori, l’attenzione è ora rivolta alle condizioni di esigibilità di una base minima di diritti da garantire a una (più) ampia fetta di lavoratori, in linea con le più moderne declinazioni del paradigma della flessicurezza europea.

Con riferimento, in particolare, al nesso tra miglioramento delle condizioni di lavoro e prevedibilità, e considerando i due fattori che possono rendere imprevedibile il lavoro flessibile, cioè la destrutturazione del luogo e del tempo di lavoro (entrambi attenzionati dalla direttiva) il d. lgs. n. 104 privilegia senza dubbio quest’ultimo, alla cui prevedibilità, che coinvolge il *quomodo* più che il *quantum* della prestazione, dedica numerose e significative disposizioni, in tal modo incidendo sulle modalità di coordinamento della prestazione con l’organizzazione del lavoro, onde evitare che in nome di quest’ultima venga sacrificato il diritto del lavoratore di poter disporre del proprio tempo di non lavoro.

4. Il campo di applicazione

Come già anticipato, il d. Lgs. n. 104 e ancor prima la direttiva Ue n. 1152/2019, hanno preso atto della diffusione nei contesti lavorativi¹ delle nuove forme di lavoro (dalla direttiva definite lavoro *non standard*), caratterizzate dalla imprevedibilità del luogo e del tempo di lavoro, e dalla conseguente necessità di assicurare a questi lavoratori “nuovi diritti minimi” finalizzati a recuperare margini di sicurezza e di prevedibilità. Ne è riprova la ricomprensione nell’area tutelata di tutti i lavoratori riconducibili alla nozione elaborata dalla CGUE, e quindi anche quelli non subordinati ma eteroorganizzati, con esclusione del lavoro autonomo puro autorganizzato.

(¹) Si prende a prestito tale espressione dalla direttiva (UE) 2019/1937 (art. 5, n. 9) e dal d.lgs. n. 24/2023 (art. 2, comma 1, lett. *i*) che la recepisce, in tema di *whistleblowing*.

La Direttiva n. 1152, sottolineando l'opportunità di tenere conto, nella sua attuazione, dei criteri elaborati dalla Corte di giustizia dell'Unione europea per determinare la condizione di "lavoratore", segnala (considerando n. 8) che potrebbero rientrare nel suo ambito di applicazione i lavoratori domestici, i lavoratori a chiamata, i lavoratori intermittenti, i lavoratori a *voucher*, i lavoratori tramite piattaforma digitale, i tirocinanti e gli apprendisti, ma anche i lavoratori riconducibili alla area del "falso" lavoro autonomo, mentre sarebbero da escludere i lavoratori effettivamente autonomi e i lavoratori il cui rapporto di lavoro sia caratterizzato da un tempo di lavoro predeterminato ed effettivo di durata pari o inferiore a una media di tre ore a settimana in un periodo di riferimento di quattro settimane consecutive.

Ancora, è consentito agli Stati membri di escludere, sulla base di motivi oggettivi, l'applicazione delle prescrizioni minime relative alle condizioni di lavoro a funzionari pubblici, servizi pubblici di emergenza, forze armate, autorità di polizia, magistrati, pubblici ministeri, investigatori o altri servizi preposti all'applicazione della legge.

Infine, gli Stati membri possono decidere di non applicare gli obblighi relativi a transizioni a un'altra forma di lavoro (art. 12), formazione obbligatoria (art. 13) e alle presunzioni favorevoli (art. 15, paragrafo 1, lettera a), alle persone fisiche che agiscono in qualità di datori di lavoro nei nuclei familiari laddove il lavoro venga svolto per tali nuclei familiari.

La disciplina sugli obblighi informativi si applica ai lavoratori marittimi e ai pescatori fatte salve, rispettivamente, le direttive 2009/13/CE e (UE) 2017/159; viceversa, ad essi non si applicano gli obblighi di cui all'articolo 4, paragrafo 2, lettere m) e o), e agli articoli 7, 9, 10 e 12.

Tali previsioni sono state letteralmente recepite dal d. lgs. n. 104 (art. 1), permanendo altresì le esclusioni di cui all'art. 5, co. 2, d.lgs. n. 152/1997, come anticipato unica disposizione non modificata dalla nuova disciplina degli obblighi informativi.

Per i dipendenti pubblici non contrattualizzati (art. 3, d. lgs. n.165/2001) la disciplina trova integrale applicazione ad eccezione di quella relativa alle "Misure di tutela", applicandosi le disposizioni dei rispettivi ordinamenti di settore (art. 15).

La nuova disciplina si applica anche ai rapporti in essere alla data del 1 agosto 2022, pur se la stessa è entrata in vigore il successivo 12 agosto 2022².

5. I nuovi obblighi informativi

Riaffermato il principio n.7 del pilastro europeo dei diritti sociali, secondo cui i lavoratori hanno diritto di essere informati per iscritto all'inizio del rapporto di lavoro dei diritti e degli obblighi derivanti dal rapporto di lavoro (considerando n. 3), la Direttiva n. 1152 parte dalla constatazione che la n. 91/533/CEE del Consiglio, che non si applica a tutti i lavoratori dell'Unione, non è più idonea a garantire tali diritti in ragione dei profondi mutamenti dei mercati del lavoro e dell'emersione di forme di lavoro che si differenziano notevolmente dai rapporti tradizionali in termini di prevedibilità, crescendo l'esigenza che questi lavoratori siano pienamente e tempestivamente informati per iscritto, in un formato per loro facilmente accessibile, in merito alle condizioni essenziali del loro lavoro (Considerando nn. 4 e 5).

(2) Tale è la posizione espressa dall'INL con la circ. 10 agosto 2022, n. 4.

Di qui la necessità di una nuova disciplina delle informazioni da dare ai lavoratori sugli elementi essenziali del rapporto di lavoro, che garantisca un adeguato livello di trasparenza, adattando l'elenco del 1991, con facoltà per gli Stati membri di ulteriore ampliamento (Considerando nn. 6 e 15 e art.1).

Dopo aver enunciato il catalogo degli elementi essenziali del rapporto di lavoro che debbono essere oggetto di informativa (Considerando nn. 16-23 e 26 nonché artt. 4 e 7), la Direttiva n. 1152 individua le modalità e la tempistica di adempimento funzionali a garantire l'effettività della informativa, con obbligo del datore di lavoro di conservare la prova della trasmissione o della ricezione (Considerando n. 24 e artt. 3, 5 e 6), stimolando gli Stati membri ad elaborare modelli e formati fruibili dai datori di lavoro (Considerando n. 24 e art.5).

Come già anticipato, il decreto di recezione n. 104 è “avaro” di premesse o enunciazioni di principio e, dopo aver individuato il campo di applicazione, passa subito a individuare modalità e oggetto dell'informativa che il datore di lavoro è obbligato a rendere al lavoratore nel momento genetico del rapporto di lavoro, ma anche nel corso dello stesso ove intervengano modifiche; detta poi disposizioni specifiche nel caso di utilizzo di sistemi decisionali o di monitoraggio automatizzati ovvero di prestazioni di lavoro all'estero oltre che per l'armonizzazione con detti obblighi della disciplina di alcune forme di lavoro *non standard* (lavoro occasionale, intermittente, in somministrazione, tramite piattaforme digitali).

5.1. Modalità e tempistica della comunicazione

Il decreto n. 104 (art. 3), in attuazione della Direttiva (Considerando n. 24 e art.3) consente al datore di scegliere la modalità della informativa che può essere resa in forma cartacea ovvero per via elettronica, ma in questo caso a condizione che le informazioni siano accessibili e possano essere conservate e stampate; inoltre il datore di lavoro deve conservare la prova della trasmissione o della ricezione per cinque anni dalla conclusione del rapporto³. Previsione questa che non trova alcuna corrispondenza nella Direttiva e che costituisce un eccessivo aggravamento degli oneri posti a carico del datore, tale da sconsigliare lo strumento informatico in favore di quello tradizionale cartaceo.

Ove il datore opti per quest'ultima modalità, l'obbligo di informazione si intende assolto ove all'atto della instaurazione del rapporto di lavoro e prima dell'inizio dell'attività lavorativa il datore consegni al lavoratore alternativamente copia del contratto di lavoro ovvero della comunicazione di instaurazione del rapporto ex art. 9-*bis*, d.l. n. 510/1996⁴.

Viceversa manca nella normativa interna la previsione contenuta nella Direttiva (art.1, comma 5) sulla delegabilità degli obblighi informativi “anche a una persona fisica o giuridica che non è parte del rapporto di lavoro”, ipotesi che non può escludersi fermo restando la sanzionabilità in caso di violazione del datore di lavoro.

³ Si vedano gli artt. 3, d.lgs. n. 104/2022, nonché 1, comma 8, d.lgs. n. 152/1997, come sostituito dall'art. 4, comma 1, lett. *a*, del d.lgs. n. 104/2022.

⁴ Si veda l'art. 1, comma 2, del d.lgs. n. 152/1997, come sostituito dall'art. 4, comma 1, lett. *a*, del d.lgs. n. 104/2022.

Completa la modalità delle comunicazioni la disciplina della tempistica delle stesse. La regola, che riguarda anche le comunicazioni in ordine alla modifica degli elementi del contratto successive all'assunzione, è quella della immediatezza, dovendo il datore ottemperare all'obbligo all'atto della instaurazione del rapporto di lavoro e prima dell'inizio dell'attività lavorativa⁵, e nel caso di modifica entro il primo giorno di decorrenza degli effetti della stessa⁶.

Tuttavia in caso di comunicazione incompleta⁷ è concesso al datore di lavoro un termine di moratoria di sette giorni, esteso ad un mese dall'inizio della prestazione per le comunicazioni *sub* lettere g) -i) -l) -m) -q) -r) dell'art. 1, comma 1, d.lgs. n. 152/1997 n.t.). In caso di estinzione del rapporto di lavoro prima che scada questo termine di mora l'obbligo di comunicazione va adempiuto subito all'atto della cessazione⁸.

Nessun termine di mora è previsto per le comunicazioni modificative.

5.2. I contenuti della comunicazione

Molto articolato è il contenuto della comunicazione obbligatoria. Sul piano della tecnica legislativa, come già anticipato, il decreto attuativo ancorché abrogare il d.lgs. n. 152/1997 ha preferito riscriverlo per intero, per cui quanto ai contenuti della comunicazione il riferimento è all'art. 1, d. lgs. n. 152/1997, come integralmente sostituito dall'art. 4 co. 1, decreto n. 104.

Tale disposizione recepisce pedissequamente quanto previsto dalla Direttiva n. 1152 (art. 4), salvo qualche variante coesenziale alla disciplina nostrana del rapporto di lavoro, che qui di seguito si segnala.

Quanto alla identità delle parti c'è un richiamo ai co-datori, ex artt. 30, comma 4-ter e 31, commi 3-bis e 3-ter, d. lgs. n. 276/2003 (lett. a); per quanto concerne il luogo, alternativo a quello fisso da indicare è quello “predominante” e non anche “prevalente” richiamato nella Direttiva (vedi *infra*) (lett. b).

Poco chiaro è il riferimento a proposito del preavviso alla “procedura”, in aggiunta alla forma e ai termini dello stesso, venendo in mente quella prevista dall'art. 7, l. n. 604/1966, novellato dalla legge Fornero del 2012, che per il licenziamento per giustificato motivo oggettivo ove applicabile l'art. 18 S.L. prevede il previo esperimento della procedura per il tentativo di conciliazione durante la quale decorre il periodo di preavviso.

Tutta da valutare è la previsione relativa all'informazione sul “contratto collettivo, anche aziendale, applicato al rapporto di lavoro, con indicazione delle parti che lo hanno sottoscritto”, che suscita l'interrogativo se l'obbligo dell'informativa

⁽⁵⁾ Si veda l'art. 1, comma 2, del d.lgs. n. 152/1997, come sostituito dall'art. 4, comma 1, lett. a, del d.lgs. n. 104/2022, che conferma quanto previsto nell'art. 5, comma 1, della direttiva (UE) 2019/1152.

⁽⁶⁾ Si veda l'art. 3 del d.lgs. n. 152/1997, come sostituito dall'art. 4, comma 1, lett. d, del d.lgs. n. 104/2022 che conferma quanto previsto nell'art. 6, comma 1, della direttiva (UE) 2019/1152.

⁽⁷⁾ L'INL nella circ. n. 4/2022, punto 4, ha precisato che il doppio termine di moratoria vale solo per la comunicazione incompleta e non anche per quella totalmente omessa nel termine di legge, per la quale scatterà la sanzione prevista dall'art. 19, comma 2, del d.lgs. n. 276/2003, novellato dal d.lgs. n. 104/2022.

⁽⁸⁾ Si veda l'art. 1, comma 4, del d.lgs. n. 152/1997, come sostituito dall'art. 4, comma 1, lett. a, del d.lgs. n. 104/2022.

sottintende quello dell'applicazione del contratto, in sintonia con il sempre più diffuso rinvio da parte della legge all'applicazione del contratto anche in assenza di iscrizione alle associazioni stipulanti.

Per tutte le altre informazioni che devono essere rese al lavoratore qui non esaminate si rinvia all'analisi dei singoli istituti ai quali le stesse fanno riferimento.

Gli obblighi informativi vengono estesi “*nei limiti della compatibilità*” ai committenti per le collaborazioni coordinate e continuative, anche eterorganizzate, nonché per il contratto di prestazione occasionale (art. 1, comma 5, n.t.), anche se non si comprende l'utilità di tale previsione, ad eccezione della clausola di compatibilità, visto che le tre fattispecie rientrano nel campo di applicazione del decreto n. 104 [art. 1, co. 1, lett. d) – e) – f)].

Il vero punto di cesura tra la disciplina unionale e quella interna riguarda la possibilità di assolvere in tutto o in parte all'obbligo informativo relativo ad alcuni elementi del contratto di lavoro⁹ mediante il rinvio alle fonti legali, amministrative, regolamentari ovvero ai contratti collettivi che disciplinano questi elementi (art. 4, comma 3, Direttiva), previsione non replicata nel decreto n. 104, in tal modo privando i datori di un significativo alleggerimento degli obblighi di comunicazione.

5.3. Le informazioni aggiuntive dovute per specifiche fattispecie contrattuali

Alle informazioni di carattere generale che devono essere rese alla generalità dei lavoratori, compresi i para-subordinati, se ne aggiungono ulteriori connesse a particolari modalità di svolgimento della prestazione ovvero a specifiche tipologie di rapporti di lavoro *non standard*.

5.3.1. Lavoratori in missione in un altro Stato membro o in un paese terzo

Alla prima ipotesi sono riconducibili le informazioni supplementari per i lavoratori in missione in un altro Stato membro o in un paese terzo.

L'art. 2, d. lgs. n. 152/1997, interamente riscritto dal decreto n. 104 [art. 4, co.1, lett. c)], riproduce con una sola, non irrilevante, variante il contenuto dell'art. 7 della Direttiva n. 1152; la variante è l'assenza nella norma interna della previsione contenuta in quella unionale che le informazioni in questione possono essere fornite anche sotto forma di riferimento (leggi rinvio) a fonti legali, amministrative, regolamentari e contrattuali collettive che disciplinano tale tipo di informazioni, replicandosi in tal modo quanto già detto per le informazioni dovute alla generalità dei lavoratori.

La norma prevede due diverse ipotesi; la prima è il distacco transnazionale (comma 1), la seconda è l'invio in missione oltre le quattro settimane consecutive (comma 2), prevedendo per questa seconda ipotesi solo alcune delle informazioni aggiuntive previste per la prima.

⁽⁹⁾ Si tratta delle informazioni indicate nell'art. 4, comma 2, lett. g-l e o, della direttiva (UE) 2019/1152.

5.3.2. Modifiche della disciplina di alcune fattispecie contrattuali “flessibili”

Il decreto n. 104 detta alcune norme di armonizzazione per alcune fattispecie contrattuali flessibili (art. 5), adattando l’obbligo informativo ovvero implementandolo.

Vengono modificati i commi 17 e 20 dell’art. 54-*bis*, d.l. n. 50/2017, sul lavoro occasionale, ricompreso nel campo di applicazione del decreto n. 104 [art. 1, co. 1, lett. f)], estendendo ad esso l’apparato sanzionatorio introdotto dal decreto n. 104 nel caso di violazione dell’obbligo informativo.

Di rilievo è la modifica del comma 1 dell’art. 15, d.lgs. n. 81/2015, sul lavoro intermittente aggiungendo a quelle generali numerose altre informazioni, ma che sottintendono altrettante garanzie in termini di prevedibilità e di trattamento economico minimo garantito, con la finalità di prevenire l’abuso e di limitare l’uso di tale tipologia di contratto auspicato dalla Direttiva n. 1152 (considerando n. 35 e art. 11)¹⁰. Non è, pertanto, peregrina l’ipotesi che il nostro legislatore abbia approfittato della recezione della Direttiva sugli obblighi informativi per dare il classico giro di vite all’uso del lavoro intermittente.

Con la modifica dell’art. 33, comma 3, d. lgs. n. 81/2015 sulla somministrazione, si prevede che al lavoratore inviato in missione debba essere comunicato all’atto dell’inizio la data di inizio e la durata prevedibile della missione, affinché esso possa programmare il proprio tempo di lavoro e di non lavoro.

L’ultimo intervento di armonizzazione riguarda l’art. 47-*ter*, co. 1, d. lgs. n. 81/2015 sul lavoro tramite piattaforme digitali, prevedendosi che i lavoratori utilizzati con tale modalità debbono ricevere all’atto dell’assunzione tutte le informazioni previste per la generalità dei lavoratori “in quanto compatibili” nonché essere informati sulle misure di tutela della sicurezza; previsioni entrambe necessitate per la natura di norma di scopo in assenza di qualificazione della disciplina introdotta con il d. l. n. 101/2019 sui riders.

5.4. Ulteriori obblighi informativi nel caso di utilizzo di sistemi decisionali o di monitoraggio automatizzati

Con una disposizione *ad hoc* (art. 1-*bis*), inserita nel novellato d. lgs. n. 152/1997, in assenza di una previsione analoga nella Direttiva n. 1152, si prevedono ulteriori obblighi informativi qualora il datore di lavoro utilizzi “*sistemi decisionali o di monitoraggio automatizzati deputati a fornire indicazioni rilevanti ai fini della assunzione o del conferimento dell’incarico, della gestione o della cessazione del rapporto di lavoro, dell’assegnazione di compiti o*

⁽¹⁰⁾ Ivi si legge: «I contratti di lavoro a chiamata o analoghi, compresi i contratti a zero ore, nell’ambito dei quali il datore di lavoro dispone della flessibilità di poter chiamare il lavoratore in funzione delle proprie necessità, sono particolarmente imprevedibili per il lavoratore. Gli Stati membri che consentono tali contratti dovrebbero assicurare che esistano misure efficaci per prevenirne l’abuso. Tali misure potrebbero assumere la forma di limitazioni dell’uso e della durata di tali contratti, di una presunzione confutabile dell’esistenza di un contratto di lavoro o rapporto di lavoro con un numero garantito di ore retribuite basato sulle ore lavorate in un precedente periodo di riferimento, o di altre misure equivalenti che garantiscano un’efficace prevenzione delle pratiche abusive». Tale indicazione agli Stati membri è stata poi travasata nell’art. 11 della direttiva (UE) 2019/1152, *Misure complementari per i contratti a chiamata*.

*mansioni nonché indicazioni incidenti sulla sorveglianza, la valutazione, le prestazioni e l'adempimento delle obbligazioni contrattuali dei lavoratori?*¹¹.

Siffatto obbligo informativo aggiuntivo insorge, quindi, nel caso di utilizzo da parte del datore di lavoro di sistemi decisionali o di monitoraggio automatizzati finalizzati a realizzare un procedimento decisionale in grado di incidere sul rapporto di lavoro ovvero incidenti sulla sorveglianza, la valutazione, le prestazioni e l'adempimento delle obbligazioni contrattuali dei lavoratori.

Ricorre la prima ipotesi quando il datore di lavoro utilizza strumenti che, attraverso l'attività di raccolta dati ed elaborazione degli stessi effettuata tramite algoritmo, intelligenza artificiale od altro, siano in grado di generare decisioni automatizzate anche quando ci sia l'intervento umano ma questo sia meramente accessorio¹².

L'obbligo sussiste quando la disciplina "della vita lavorativa del dipendente o suoi particolari aspetti rilevanti" siano rimessi interamente all'attività decisionale di sistemi automatizzati (ad esempio per l'assunzione, il conferimento di incarichi, la gestione del rapporto di lavoro o la sua cessazione; non anche per rilevazione delle presenze)¹³.

Ricorre, poi, la seconda ipotesi quando il datore di lavoro, fermo restando quanto disposto dall'art. 4 S.L., utilizza sistemi di monitoraggio automatizzati incidenti sulla sorveglianza, la valutazione, le prestazioni e l'adempimento delle obbligazioni contrattuali dei lavoratori, quali, secondo le esemplificazioni fornite dal Ministero, *tablet/* dispositivi digitali/ *wearables* non indossabili/ *gps/* geolocalizzatori/ sistemi per il riconoscimento facciale/ sistemi di *rating* e *ranking*, ma anche sistemi integrati negli strumenti utilizzati dal lavoratore per rendere la prestazione di lavoro che, se impiegati nel contesto lavorativo, determinano un elevato livello di rischio per i diritti e le libertà degli interessati, oggetto di specifica tutela nell'ambito del sistema di protezione dei dati personali.

Poiché la nuova disposizione presenta profili rilevanti in materia di protezione dei dati, in quanto l'impiego dei predetti sistemi dà luogo a "trattamenti" di dati personali, riferiti a "interessati", identificati o identificabili (art. 4, par. 1, nn. 1) e 2), del Regolamento) nel contesto lavorativo, tale disciplina di settore deve essere necessariamente coordinata, in sede applicativa, con la normativa in materia di protezione dei dati personali (Regolamento (UE) 2016/679; d. lgs. 30 giugno 2003, n. 196 - Codice in materia di protezione dei dati personali)¹⁴. Peraltro, il datore di lavoro o il committente devono effettuare un'analisi dei rischi e una valutazione d'impatto degli stessi trattamenti, procedendo a consultazione preventiva del Garante per la protezione dei dati personali ove sussistano i presupposti di cui all'art. 36 del Regolamento.

L'impiego di tali sistemi di monitoraggio particolarmente invasivi, pone, anzitutto, un tema di liceità dei trattamenti di dati personali effettuati mediante gli stessi, tenuto conto della disciplina di settore in materia di impiego di strumenti tecnologici nel contesto lavorativo (art. 114 del Codice, che rimanda all'art. 4 della L. 300/1970).

(¹¹) Si veda l'art. 1-*bis*, comma 1, del d.lgs. n. 152/1997, introdotto dall'art. 4, comma 1, lett. *b*, d.lgs. n. 104/2022, al quale rinvia l'art. 1, comma 1, lett. *s*, del d.lgs. n. 152/1997.

(¹²) L'esemplificazione e la precisazione sono del Ministero del lavoro nella circ. 20 settembre 2022, n. 19, punto 3.

(¹³) *Ibidem*.

(¹⁴) Così testualmente il Garante per la protezione dei dati personali nella nota 24 gennaio 2023.

Le specificità delle tecnologie di questi sistemi, nonché la natura dei dati trattati (ad esempio, i dati biometrici e quelli relativi alle emozioni del lavoratore) e le funzionalità che spesso ad essi sono associate, sollevano, altresì, dubbi in ordine alla stessa proporzionalità del loro impiego, nonché di compatibilità con i principi generali in materia di protezione dei dati e con il quadro di garanzie in materia di libertà e dignità del lavoratore, potendosi, peraltro, porsi in contrasto con le disposizioni nazionali che vietano al datore di lavoro di trattare informazioni attinenti alla sfera privata del lavoratore (art. 113 del Codice, che rimanda all'art. 8 della L. 300/1970)¹⁵.

Le informazioni in questione, che competono anche ai lavoratori parasubordinati, vanno rese prima dell'inizio dell'attività lavorativa, non operando il termine *ex art. 1 co. 3* in quanto sono previste dalla lettera *s*) che non è richiamata da tale norma. Le stesse vanno rese in modo trasparente, in formato strutturato, di uso comune e leggibile da dispositivo automatico. Secondo l'interpretazione del Garante Privacy, le informazioni al lavoratore potranno essere (e, anzi, si raccomanda che siano) rese anche all'interno di una unica informativa, dovendosi intendere quali specificazioni o integrazioni a quanto già previsto dagli artt. 13 e 14 del Regolamento¹⁶.

Inoltre, al lavoratore è accordato un diritto di accesso ai dati, anche tramite le RSA, con obbligo di risposta scritta per il datore di lavoro entro trenta giorni.

Ogni modifica incidente sulle informazioni fornite ai lavoratori e che comportino variazioni delle condizioni di svolgimento del lavoro deve essere comunicata per iscritto almeno 24 ore prima.

Le informative sono dovute anche alle RSA/RSU e in assenza di queste alle sedi territoriali delle associazioni sindacali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale. Alle informazioni e ai dati possono accedere il Ministero del lavoro e l'INL. Fuoriescono dall'obbligo informativo i dati relativi ai segreti commerciali previsti dal Codice della proprietà industriale (d. lgs. n. 30/2005, art. 98).

5.5. L'accesso alle fonti regolative del rapporto

Complementare alla trasparenza è l'accessibilità alle fonti regolative del rapporto di lavoro (leggi – regolamenti – provvedimenti amministrativi – contratti collettivi). Il decreto n. 104 (art.1, co. 6, d.lgs. n. 152/1997 n.t.), replicando quanto previsto dalla Direttiva n. 1152 (art.5, punto 3), prevede che le disposizioni normative e dei contratti collettivi nazionali relative alle informazioni oggetto di obbligo di comunicazione da parte del datore di lavoro “*sono disponibili a tutti gratuitamente e in modo trasparente, chiaro, completo e facilmente accessibile*”, tramite il sito internet istituzionale del Ministero del lavoro; per le pubbliche amministrazioni il sito è quello del Dipartimento della funzione pubblica.

Sulla fruibilità generalizzata del sito è lecito sollevare più di qualche dubbio, quanto meno nel breve periodo, considerata l'ignoranza digitale diffusa nel nostro Paese (*digital divide*).

(¹⁵) Così sempre il Garante per la protezione dei dati personali nella nota 24 gennaio 2023 alla quale è allegato un protocollo contenente *Prime indicazioni sul d. lgs. 27 giugno 2022, n. 104, c. d. “decreto trasparenza*.

(¹⁶) *Ibidem*.

5.6. Le modifiche contrattuali successive all'assunzione

Come già detto trattando dei termini entro i quali vanno fornite le informazioni, grava sul datore di lavoro (ma anche sul committente) altresì l'obbligo di comunicare per iscritto al lavoratore qualsiasi variazione dei dati oggetto di informativa, eccetto quelle che derivino direttamente dalla modifica di disposizioni legislative ovvero dalle clausole di contratto collettivo (art. 3, d. lgs. n. 152/1997 n.t., che replica quanto previsto dall'art.6, punti 1 e 2, Direttiva n. 1152). Quest'ultima esclusione presuppone, ovviamente, la facile accessibilità per il prestatore alle fonti regolative del rapporto, riproponendosi pertanto le stesse perplessità.

5.7. La violazione degli obblighi informativi e l'apparato sanzionatorio

Nel caso di violazione degli obblighi informativi da parte del datore di lavoro/committente il lavoratore può sporgere denuncia all'I.T.L.

Invero la disposizione che disciplina la denuncia (art. 4, d.lgs. n. 152/1997, n. t.) richiama ben quattro ipotesi: mancato, ritardato, incompleto o inesatto assolvimento degli obblighi *ex* artt. 1-1-*bis* – 2 – 3 - 5 co. 2, prevedendo in modo indifferenziato l'applicazione delle sanzioni *ex* art. 19, co. 2, d. lgs. n. 276/2003, come modificato dall'art. 5, co. 4, del decreto n.104, con una scelta poco razionale accomunando violazioni ben diverse, col rischio che ad una comunicazione incompleta o inesatta si finisca col preferire l'omessa comunicazione¹⁷.

Si applica l'art. 16, l. n. 689/1981, che prevede la sanzione in misura pari ad un terzo del massimo o se più favorevole al doppio del minimo se il pagamento viene effettuato entro 60 giorni dalla contestazione o dalla notificazione.

Si applica, altresì, la diffida *ex* art. 13, d. lgs. n. 124/2004 che prevede il pagamento della sanzione minima ove ottemperata la diffida.

A livello sanzionatorio il novellato art. 19, co. 2, d. lgs. n. 276/2003, differenzia le sanzioni a seconda della norma violata (indicandosi tra parentesi per ciascuna violazione l'importo del doppio del minimo o del terzo del massimo ai fini della comparazione della sanzione fruibile *ex* art. 16 citato):

-art 1, co. 1- 4, d. lgs. n.152/1997 sanzione amministrativa da euro 250 (doppio 500) ad euro 1500 (un terzo 500) per lavoratore;

-art. 1-*bis*, co. 2, 3 secondo periodo e 5, per ciascun mese di riferimento¹⁸ sanzione amministrativa da euro 100 (doppio 200) ad euro 750 (un terzo 250);

-art. 1-*bis*, comma 6, (mancata comunicazione alle rsa – Oo.Ss.), sanzione amministrativa da euro 400 (doppio 800) ad euro1500 (un terzo 500) per ciascun mese; se la violazione riguarda più di 5 lavoratori da euro 400 (doppio 800) ad euro1500 (un terzo

⁽¹⁷⁾ Sull'apparato sanzionatorio si veda la circ. INL n. 4/2022, punto 6.

⁽¹⁸⁾ Secondo la circ. INL n. 4/2022, punto 7, per "ciascun mese di riferimento" deve intendersi il mese (o i mesi) in cui il lavoratore svolge attività in violazione degli obblighi da parte del datore di lavoro.

500); se la violazione riguarda più 10 lavoratori da euro 1.000 ad euro 5.000 (ma in questo caso non è ammessa misura ridotta).

6. Prescrizioni minime relative alle condizioni di lavoro

Le disposizioni sulle quali si va ora a riflettere sostanziano il secondo obiettivo della direttiva n. 1152, cioè quello della prevedibilità e sicurezza, declinato come “*Prescrizioni minime relative alle condizioni di lavoro*” (Capo III, articoli 8-14), che trova il suo pendant nel decreto n.104 nel Capo III (artt. 7-11).

6.1. Durata e riproporzionamento della prova

Se si dovesse coniare un aggettivo per la norma sulla prova verrebbe in mente quello della opportunità: opportunamente la Direttiva tratta di un istituto a lungo (affidato) nel nostro ordinamento alla libera autonomia delle parti (con quanto ne consegue in termini di divario della forza contrattuale), in ossequio ad un ormai tramontato principio liberale che permea l’art. 2096 c.c. e ad una libertà di iniziativa del datore di lavoro inattaccabile da parte del sindacato giudiziale, salvo l’improbabile tutela antidiscriminatoria: si sta parlando di una norma ormai in vigore immutata (fino all’intervento del 2022) da appena 80 anni, singolarmente “rispettata” dall’autonomia collettiva, salvo regolamentazioni di mero dettaglio (prevalentemente per la durata massima della prova), ma anche dalla giurisprudenza pur proclive ad interpretazioni evolutive e costituzionalmente orientate ma che si è sempre arrestata timorosa ed ossequiosa alle porte dell’art. 2096 c.c. in nome di una anacronistica libertà di recesso, sulla carta accordata ad entrambi i contraenti.

Fatta tale imprescindibile premessa, la Direttiva parte (considerando n. 27) dalla necessità che gli ordinamenti nazionali prevedano periodi di prova “di durata ragionevole”, onde coniugare l’esigenza *a latere datoris* di verificare l’idoneità della forza lavoro neo-assunta con quella *a latere praestatoris* di non permanere a lungo nell’insicurezza coesistenziale alla prova.

La durata ragionevole viene, poi, affidata (considerando n. 28) a quattro “regole”: a) durata massima della prova tra tre e sei mesi, salvo maggiore durata in relazione alle mansioni di assunzioni (ad esempio dirigenti o pubblici dipendenti) o come misura promozionale per l’assunzione di giovani; b) prorogabilità della prova in caso di assenze del lavoratore onde consentire al datore l’esperimento; c) riproporzionamento della durata della prova nei contratti a tempo determinato; d) parità di trattamento per i lavoratori in prova.

L’articolato ha recepito tutte le indicazioni contenute nei considerando, precisando da un lato che la durata massima è di sei mesi, dall’altro che in caso di rinnovo del contratto a termine “per la stessa funzione e gli stessi compiti” va esclusa l’apponibilità della prova (art. 8).

Lo stesso va detto per la recezione interna (art. 7, d. lgs. n. 104/2022), ma con alcune precisazioni di non poco conto. Innanzitutto a fronte di una durata massima legale di sei mesi, che reitera quella già in atto *ex art.* 10, l. n. 604/1966, viene fatta salva la durata inferiore prevista dai contratti collettivi, che per via di questa statuizione

assume efficacia cogente anche nei confronti dei datori di lavoro non iscritti alle associazioni sindacali stipulanti. In secondo luogo il prolungamento del periodo di prova in caso di eventi quali malattia, infortunio, congedo di maternità o paternità obbligatori, è pari alla durata dell'assenza, dovendosi dare alla indicazione di tali eventi natura tassativa e non meramente esemplificativa, trattandosi di norma eccezionale. Infine si riafferma la perdurante applicazione per le pubbliche amministrazioni, in attesa della sua sostituzione, dell'art. 17, co.1, d.p.r. n. 487/1994, che rimette alla contrattazione collettiva la determinazione della durata del periodo di prova, in ragione della complessità delle prestazioni professionali.

6.2. Cumulo di impieghi / impieghi in parallelo

La destrutturazione del tempo di lavoro, ma anche il più tradizionale impiego a tempo parziale, unitamente alla scarsa crescita dei salari, ha determinato il diffondersi del c.d. doppio lavoro, rispetto al quale ricorre la domanda circa la sua legittimità e i margini di sindacabilità da parte del datore, ovviamente in ambito privatistico, operando nell'impiego pubblico, contrattualizzato e non, il vincolo dell'esclusività, salvo che nel part time e sempre che non ricorra una situazione di incompatibilità.

I possibili motivi che possono legittimare il sindacato datoriale sono in ordine di importanza la protezione della riservatezza dell'attività aziendale e la prevenzione dei possibili conflitti di interesse, ovviamente non considerando il profilo patologico della concorrenza sleale già presidiato dall'art. 2105, sulla cui portata però può incidere la neo nata normativa in esame, essendo la norma codicistica strutturata sull'impiego *standard* a tempo pieno, indeterminato e in presenza.

Ai primi due motivi, rimanendo nell'angolo di visuale dell'interesse datoriale, va aggiunta l'integrità del servizio pubblico per i lavoratori ad essi addetti, a prescindere se il servizio sia svolto da impresa privata o da impresa a controllo/capitale pubblico.

Spostandoci sul versante della tutela del lavoratore va richiamata la protezione della sua salute e della sua sicurezza mediante limitazioni dell'orario di lavoro. Ed infatti, non va dimenticato che l'art. 7, d. lgs. n. 66/2003 prevede il diritto del lavoratore ad un periodo di riposo di almeno 11 ore consecutive ogni 24 ore, il che segna il limite della prestazione giornaliera non fissata dal precedente articolo 4.

Questi quattro limiti, tutti di carattere obiettivo e da considerarsi tassativi essendo derogatori alla regola della insindacabilità, sono stati richiamati dalla Direttiva nel considerando n. 29 per segnare il confine della sindacabilità datoriale circa gli impieghi che i suoi dipendenti possono intrattenere con altri datori di lavoro, dopo aver affermato che il datore di lavoro non può vietare il cumulo di impieghi al di fuori del tempo di lavoro stabilito con lui né può riservare un trattamento sfavorevole per tale motivo. Le indicazioni del considerando n.29 sono state pedissequamente recepite nell'art. 9 della Direttiva n. 1152, con l'unica variante dell'utilizzo dell'espressione "programmazione" in luogo del "tempo di lavoro", in sintonia con la prevedibilità che permea l'intera disciplina unionale.

Adattando quest'ultima all'ordinamento interno, nel quale opera l'obbligo di fedeltà ex art. 2105 c.c., l'art. 8 del decreto n. 104 da un lato fa salvo l'obbligo di fedeltà sancito da quest'ultima norma (non menzionando tra le ragioni che legittimano il sindacato datoriale quella della protezione della riservatezza aziendale già presidiata dalla

norma codicistica), e dall'altro lato precisando alcuni profili della disciplina unionale. Quanto al limite del conflitto di interessi ha evidenziato che esso può sussistere anche senza violare l'art. 2105 c.c. quando si tratti di interessi potenzialmente in contrasto, mutuando in tal modo la nozione invalsa nel pubblico impiego, che anzi viene espressamente fatta salva (art. 53, d. lgs. n. 165/2001).

Si discute se sussista in capo al lavoratore un obbligo di comunicare al datore (*rectius* ai datori) la pluralità di impieghi onde consentire la verifica della insussistenza dei motivi ostativi, dovendosi concludere in senso affermativo onde consentire al datore l'effettuazione di detta verifica.

Come campo di applicazione viene ribadito che la disciplina si applica anche alle co.co.co., ma non anche ai lavoratori marittimi e del settore della pesca.

6.3. La tutela del lavoratore nell'organizzazione in tutto o in parte imprevedibile

Alla tutela del lavoratore nell'organizzazione in tutto o in parte imprevedibile sia la fonte unionale sia quella interna dedicano una disposizione *ad hoc*, entrambe precedute da norme definitorie dal classico valore teleologico, coesenziali a tale disposizione.

Le definizioni, perfettamente speculari nel contenuto (ma casualmente anche nella numerazione ad esse provvedendo l'articolo 2 sia della direttiva sia del decreto attuativo) riguardano la "programmazione del lavoro" (che determina i giorni e le ore in cui inizia e termina la prestazione di lavoro); le "ore e giorni di riferimento" (le fasce orarie di giorni specificati durante le quali può essere svolto il lavoro su richiesta del datore di lavoro); la "organizzazione del lavoro" (la forma di organizzazione dell'orario di lavoro e la sua ripartizione conformemente a una determinata organizzazione stabilita dal datore di lavoro). Dalle definizioni può ricavarsi una nozione di organizzazione prevedibile che è quella che consente al lavoratore di conoscere il proprio tempo di lavoro al fine di programmare il proprio tempo di non lavoro ovvero di ulteriore lavoro.

La nozione di prevedibilità della organizzazione del lavoro viene, poi, ribadita in sede di individuazione del contenuto della informativa che il datore di lavoro è tenuto a fornire al lavoratore all'atto dell'assunzione a seconda che detta organizzazione sia in tutto o in gran parte prevedibile ovvero in gran parte o interamente imprevedibile; nel primo caso, al lavoratore deve essere comunicata la programmazione dell'orario normale di lavoro e le eventuali condizioni relative al lavoro straordinario e alla sua remunerazione nonché le eventuali condizioni per i cambiamenti di turno¹⁹; nel secondo caso, se l'organizzazione del lavoro non prevede un orario normale di lavoro programmato al lavoratore devono essere comunicate 1) la variabilità della programmazione del lavoro, l'ammontare minimo delle ore retribuite garantite e il corrispettivo per il lavoro prestato in aggiunta alle ore garantite; 2) le ore e i giorni di riferimento in cui esso è tenuto a svolgere le prestazioni lavorative; 3) il periodo minimo di preavviso a cui esso ha diritto prima dell'inizio della prestazione lavorativa e, ove ciò sia

⁽¹⁹⁾ Si veda l'art. 1, comma 1, lett. a, del d. lgs. n. 152/1997, come sostituito dall'art. 4, comma 1, lett. a, del d.lgs. n. 104/2022.

consentito dalla tipologia contrattuale in uso e sia stato pattuito, il termine entro cui il datore di lavoro può annullare l'incarico²⁰.

Il precipitato delle definizioni e degli obblighi di comunicazione sopra richiamati è la disciplina *ad hoc* sulla “*Prevedibilità minima del lavoro*”, contenuta rispettivamente nell'art. 10 della Direttiva²¹ e nell'art. 9 del decreto attuativo, di contenuto in gran parte sovrapponibile, sia pure con alcune precisazioni nella norma interna alla quale si farà pertanto riferimento.

La disposizione predispone un articolato apparato di tutela per il lavoratore il cui rapporto sia caratterizzato da una organizzazione del lavoro interamente o in gran parte “imprevedibile”, per tale dovendosi intendere quella che non predetermina né l'orario né la sua esatta collocazione temporale.

Volendo schematizzare le tutele sono di due tipi, riguardando da un lato l'obbligatorietà o meno dell'ottemperanza alla richiesta datoriale, e dall'altro lato il trattamento economico.

Sotto il primo profilo, l'obbligo per il prestatore è condizionato alla preventiva predeterminazione delle ore e giorni di riferimento, comunicati al lavoratore con un “ragionevole” preavviso e con individuazione della prestazione da eseguire. In mancanza di entrambe le condizioni il rifiuto da parte del lavoratore è legittimo e, quindi, non è sanzionabile anche disciplinarmente.

Sotto il secondo profilo, se alla stregua della contrattazione collettiva, anche aziendale, c.d. *leader* il datore abbia stabilito il numero delle ore minime retribuite garantite, queste ultime nella misura su base settimanale indicata dalla contrattazione collettiva vanno comunicate al lavoratore unitamente alla misura della maggiorazione prevista per le ore svolte oltre quelle minime garantite.

Sul punto è opportuno rilevare come il legislatore abbia deciso di non optare per la misura di carattere complementare in materia di contratti di lavoro a chiamata (art. 11 Direttiva) che poneva come possibile misura antiabuso quella della presunzione confutabile di esistenza di un contratto di lavoro con un ammontare minimo di ore retribuite parametrato alla media delle giornate lavorate in un determinato periodo, preferendo rimettere completamente tale profilo regolatorio alla contrattazione. Può, quindi, intendersi che nell'ottica del legislatore l'art. 11 della Direttiva trovi adeguata attuazione nella disciplina previgente e nell'aggravio degli obblighi informativi già richiamati (*supra* § 5.3).

La tutela economica opera anche nel caso di revoca dell'incarico o della prestazione programmata senza un “ragionevole” preavviso, competendo al lavoratore la retribuzione prevista per la prestazione pattuita dal contratto collettivo; ove quest'ultimo non sia applicabile una somma a titolo di “compensazione” in misura non inferiore al 50% del compenso inizialmente pattuito per la prestazione non eseguita.

⁽²⁰⁾ Si veda l'art. 1, comma 1, lett. *p*, del d.lgs. n. 152/1997, come sostituito dall'art. 4, comma 1, lett. *a*, del d.lgs. n. 104/2022.

⁽²¹⁾ Tale disposizione riprende i seguenti considerando che individuano gli antidoti all'organizzazione imprevedibile: 19, informazioni coerenti con la direttiva 2003/88/CEE; 21, Informativa su fasce orarie e preavviso; 30, garantire un livello minimo di prevedibilità; 31, predeterminazione delle fasce orarie all'inizio del rapporto; 33, legittimità del rifiuto dell'incarico fuori orario o giorno di riferimento o senza preavviso minimo; 34, libertà per il lavoratore di organizzare il lavoro per specifico incarico oltre a indennizzo per annullamento tardivo dell'incarico (compensazione adeguata); 35, contrasto dell'abuso del lavoro a chiamata.

Tale tutela si applica anche ai co.co.co. ma non anche ai lavoratori marittimi e del settore della pesca.

Attraverso entrambe le tutele si azzera l'illimitata soggezione del prestatore di lavoro alle pretese del datore, fungendo anche, soprattutto quella economica, da deterrente a condotte abusive di quest'ultimo.

6.4. La transizione a forme di lavoro più prevedibili, sicure e stabili

Se si volesse attribuire una qualificazione alla previsione contenuta nella Direttiva n. 1152 (art. 12), trasfusa nel decreto n. 104 (art. 10), si potrebbe dire che si tratta di una norma "manifesto" della trasparenza e prevedibilità ma con scarsa valenza precettiva. Di fatto la disposizione proceduralizza l'aspettativa del lavoratore, non solo subordinato, alla c.d. stabilizzazione, fuori delle ipotesi in cui la legge gli accorda un diritto di precedenza nelle assunzioni con contratto di lavoro subordinato standard, ma anche a termine per i collaboratori coordinati e continuativi, mutuando l'endiadi già prevista dalla Riforma Madia per le pubbliche amministrazioni; la norma interna, infatti, fa salve *"le disposizioni più favorevoli già previste dalla legislazione vigente"* (art. 10, co.1).

La norma unionale chiede agli stati membri di accordare al lavoratore, non in prova e con almeno sei mesi di anzianità, la facoltà (non può parlarsi di diritto) di chiedere un lavoro più prevedibile e sicuro "se disponibile", e il diritto di ricevere una risposta scritta "motivata", con possibilità di "limitare" la frequenza delle richieste che fanno scattare quest'ultimo obbligo. La risposta scritta va data entro un mese dalla richiesta, estensibile a tre mesi per imprenditori individuali, micro, piccole o medie imprese (stante la definizione comunitaria quelle che impiegano fino a 250 dipendenti) e con possibilità di risposta orale ove reiterata la richiesta da parte del lavoratore e non sopravvenute nuove situazioni.

Più articolata la normativa nostrana, che facendo salvo, come già detto, il diritto di precedenza accordato dalla "legislazione" vigente, per tale dovendosi intendere anche quella recata dai contratti collettivi (si pensi al diritto di precedenza accordato ai lavoratori dell'impresa uscente in caso di cambio di appalto, invero negato da un'opinabile giurisprudenza della giurisprudenza amministrativa, decisamente *praeter legem*), riproduce la disposizione unionale, ma arricchendola.

In primo luogo fissa il termine minimo per la reiterazione della richiesta da parte del lavoratore (*"dopo che siano trascorsi almeno sei mesi dalla precedente"*); obbliga, poi, il lavoratore a manifestare la propria volontà "per iscritto"; esclude dalla facoltà di rispondere oralmente la media impresa, circoscrivendola alle imprese che occupano fino a 50 dipendenti. Sancisce, infine, l'inapplicabilità della norma ai dipendenti delle Pubbliche amministrazioni, ai lavoratori marittimi e del settore della pesca e ai domestici.

Tutto da costruire è l'apparato rimediabile ove il datore/committente violi termini, modalità e contenuto della risposta, potendosi escludere qualsiasi ipotesi di tutela in forma specifica e residuando la mera tutela risarcitoria, a sua volta di difficile quantificazione afferendo alla sfera della perdita di chance lavorative.

6.5. La formazione obbligatoria

Sempre al novero delle prescrizioni minime va ricondotta la disciplina in tema di formazione (ovvero di “diritto alla formazione”) che va correttamente inquadrata andando oltre la sua formulazione letterale. Ed infatti, quest’ultima potrebbe ingenerare l’idea che con la Direttiva 1152 la formazione professionale continua abbia fatto ingresso nell’area degli obblighi a carico del datore di lavoro, al di fuori delle tipologie contrattuali a contenuto formativo (oggi il solo contratto di apprendistato) già caratterizzate, anzi specializzate, dalla presenza di siffatto obbligo.

Ed infatti, il considerando n.17 afferma che il lavoratore ha diritto di ricevere informazioni sul numero di giorni di formazione all’anno e sulla politica generale di formazione adottata dal datore di lavoro. Il successivo considerando n. 37 chiarisce che “Se i datori di lavoro sono tenuti” a norma di legge dell’Unione, nazionale o di contratto collettivo ad erogare una formazione funzionale allo svolgimento delle mansioni, la stessa a) deve essere garantita “con equità” anche ai lavoratori non standard; b) il costo deve essere a carico del datore di lavoro; c) la formazione deve essere computata come orario di lavoro; d) ove possibile deve svolgersi durante l’orario di lavoro. Tali previsioni non operano per la formazione professionale o quella necessaria per ottenere/mantenere/rinnovare una qualifica professionale, ove la legge dell’Unione o nazionale e i contratti collettivi non la pongano a carico del datore di lavoro. In ogni caso i lavoratori vanno tutelati contro le pratiche abusive in materia di formazione professionale.

Meno sfumata e più stringente è la disposizione della direttiva (art. 13), che lungi dall’affermare l’esistenza di un obbligo formativo in capo al datore di lavoro, si limita a prevedere che ove un tale obbligo sussista la formazione deve essere erogata gratuitamente al lavoratore, deve essere considerata come orario di lavoro e “ove possibile” abbia luogo durante l’orario di lavoro.

Più esplicita è la norma di recepimento dettata dal decreto n. 104 (art. 11), che ad onta della rubrica “Formazione obbligatoria”, ripropone letteralmente la norma comunitaria, aggiungendo che la formazione va garantita “a tutti i lavoratori” e che l’obbligo non sussiste con riferimento alla formazione professionale o alla formazione necessaria al lavoratore per “*ottenere, mantenere o rinnovare una qualifica professionale*”, salvo diversa previsione di legge o di contrattazione collettiva e fermo quanto previsto in tema di formazione per la sicurezza sul lavoro dal d. lgs. n. 81/2008.

Per bene intendere la portata della norma interna, alla luce di quella unionale e dei considerando richiamati, è opportuno fare due puntualizzazioni.

In primo luogo la formazione del lavoratore è riconducibile a tre diverse ipotesi: a) su richiesta e per soddisfare esigenze dell’azienda (formazione continua); b) quando è prevista dalla legge o dal contratto collettivo; c) quando soddisfa esigenze del lavoratore (formazione permanente). E’ indubbio che la norma in esame riguarda solo le prime due ipotesi e non anche la terza (“*ottenere, mantenere o rinnovare una qualifica professionale*”), anche se convince poco la finalità di “*mantenere una qualifica professionale*” riconducibile più alla formazione continua che non a quella permanente, in quanto l’interpretazione letterale della disposizione potrebbe indurre a ritenere che il lavoratore per mantenere il posto di lavoro dovrebbe caricarsi l’onere della formazione cd manutentiva, che viceversa la legge (art. 2103, co. 3, c.c.) pone a carico del datore di lavoro.

La seconda puntualizzazione riguarda il riflesso della norma sul rapporto obbligatorio che non risulta ampliato rispetto a quanto già previsto dalla legge e dalla contrattazione collettiva, in quanto ancorché introdurre un nuovo obbligo, regola le modalità di adempimento di obblighi preesistenti ovvero se si preferisce, ponendosi *a latere praestatoris*, le modalità di godimento del diritto alla formazione continua, ove previsto.

7. I contratti in deroga con il limite del non regresso

Una interessante previsione, per le ricadute che essa può avere sul tanto discusso istituto del contratto in deroga *ex art. 8*, d.l. n. 148/2011, si legge nel Considerando n. 38, che richiama i Paesi membri a *“rispettare l'autonomia delle parti sociali e il loro ruolo di rappresentanti dei lavoratori e dei datori di lavoro”*, con l'effetto che le stesse parti sociali ben potrebbero legittimamente *“ritenere che, in particolari settori o situazioni, per perseguire lo scopo della presente direttiva, siano più appropriate disposizioni diverse, rispetto ad alcune norme minime stabilite nella presente direttiva”*. L'unico limite a questa facoltà derogatoria è che il livello generale di protezione dei lavoratori non sia abbassato.

Gli fa eco l'art. 14 della Direttiva che, sotto l'anonima rubrica *“Contratti collettivi”*, prevede questa facoltà derogatoria della contrattazione collettiva, che può introdurre, *“nel rispetto della protezione generale dei lavoratori”*, condizioni di lavoro differenti da quelle previste nel Capo III (artt. 8-13).

Siffatta previsione non è rinvenibile nel decreto n. 104, per cui potrebbe concludersi che il legislatore nazionale abbia inteso non recepirla ritenendo inderogabili le prescrizioni minime sulle condizioni di lavoro, ma si ritiene che così non sia considerato che da oltre dieci anni è in vigore nel nostro ordinamento il tanto discusso istituto del contratto di prossimità, introdotto dall'art. 8 del d.l. n. 138/2011, conv. in l. n. 148/2011, che consente la realizzazione di *“specifiche intese” con efficacia nei confronti di tutti i lavoratori interessati, finalizzate alla maggiore occupazione, alla qualità dei contratti di lavoro, all'adozione di forme di partecipazione dei lavoratori, alla emersione del lavoro irregolare, agli incrementi di competitività e di salario, alla gestione delle crisi aziendali e occupazionali, agli investimenti e all'avvio di nuove attività.*

Gli accordi, nel perseguire tali finalità possono riguardare la regolazione delle materie inerenti l'organizzazione del lavoro e della produzione *con riferimento* ad una serie di istituti, tra i quali, per quanto qui di interesse, i contratti a termine, a orario ridotto, modulato o flessibile, la disciplina dell'orario di lavoro; le modalità di assunzione e disciplina del rapporto di lavoro, comprese le collaborazioni coordinate e continuative a progetto e le partite IVA, la trasformazione e conversione dei contratti di lavoro.

Per cui, fermo restando il rispetto della Costituzione e dei vincoli derivanti dalla normativa comunitaria ed internazionale, alla deroga alle condizioni minime può pervenirsi, nei limiti richiamati, attraverso il contratto di prossimità la cui legittimità potrà essere vagliata, rispetto alla generalità dei casi, anche alla luce dell'art. 14 della Direttiva n. 1152.

8. Meccanismi di applicazione “rafforzati”

La Direttiva parte dalla constatazione, anche alla luce delle ricadute (scarse in termini di effettività) della direttiva 91/533/CEE, che l’efficacia della legislazione dell’Unione in materia di lavoro può essere migliorata attraverso “meccanismi di applicazione rafforzati”. Il mero rimedio risarcitorio non è idoneo se non viene accompagnato da sanzioni afflittive, quali gli importi forfetari o la perdita di licenze a carico dei datori di lavoro che omettono le informative ai lavoratori. Ulteriore rafforzamento, stante la scarsa iniziativa dei lavoratori, può essere l’utilizzo, in caso di mancata informativa, della presunzione “favorevole” che il rapporto di lavoro è a tempo pieno, indeterminato e non in prova, anche su ricorso di rappresentanti dei lavoratori o di altra autorità o organo competente (Considerando n. 39).

Inoltre, mutuando le tutele apprestate a livello comunitario in materia di parità di trattamento (*l’acquis sociale dell’Unione*), deve essere garantito l’accesso a una risoluzione delle controversie efficace e imparziale, che può comprendere un’adeguata compensazione, come previsto dal principio n. 7 del pilastro europeo dei diritti sociali.

Per un’attuazione efficace della direttiva è necessaria un’adeguata protezione giudiziaria e amministrativa, da garantire anche dopo la fine del rapporto di lavoro, contro un trattamento sfavorevole, come ad esempio un licenziamento o un pregiudizio equivalente, come un lavoratore a chiamata che non riceva più lavoro in risposta a un tentativo di esercitare i diritti sanciti dalla direttiva, a un reclamo verso il datore di lavoro o a un procedimento giudiziario o amministrativo inteso a garantire il rispetto della direttiva.

L’onere della prova per stabilire che non vi è stato licenziamento o pregiudizio equivalente per il fatto che il lavoratore ha esercitato i diritti previsti dalla direttiva dovrebbe incombere al datore di lavoro se il lavoratore presenta dinanzi a un tribunale o a un’altra autorità od organo competente prove fattuali dalle quali si può presumere che sia stato licenziato o che abbia subito misure di effetto equivalente per tali motivi (Considerando nn. 40 – 41- 42- 43 – 44).

Tali principi trovano perfetta corrispondenza nell’articolato della Direttiva, e più nello specifico negli artt. 15 (Presunzioni giuridiche e meccanismo di risoluzione rapida), 16 (Diritto al ricorso), 17 (Protezione da trattamento o conseguenze sfavorevoli) e 18 (Protezione contro il licenziamento e onere della prova).

Complessivamente conforme appare la normazione interna, che per i “meccanismi di risoluzione rapida e diritto al ricorso” rinvia alla tutela giurisdizionale e amministrativa operante nel nostro Paese, ma anche alle procedure previste dai contratti collettivi stipulati dai sindacati comparativamente più rappresentativi oltre che alle procedure di conciliazione ed arbitrato (art. 12, d.lgs. n. 104/2022).

Quali meccanismi di protezione contro provvedimenti ritorsivi posti in essere dal datore di lavoro il decreto alla invalidità dell’atto affianca la sanzione amministrativa (da 5.000,00 a 10.000,00 euro) prevista dall’art. 41, co. 2, d. lgs. n. 198/2006, applicata dall’INL al quale si sia rivolto l’interessato o l’organizzazione sindacale da esso delegata (art. 13, d.lgs. n. 104/2022).

Per quanto concerne, poi, la tutela contro il licenziamento o il recesso del committente ritorsivo, riaffermato il divieto degli stessi il decreto onera il datore/committente dell’obbligo di fornire a richiesta del lavoratore i motivi del recesso entro sette giorni dalla richiesta, con una sorta di reviviscenza della previsione già contenuta nell’art. 2,

legge n. 604/1966 prima della modifica apportata dalla l. n. 92/2012, con l'unica variante che alla richiesta del lavoratore non accede alcun termine decadenziale. Inoltre viene invertito l'onere probatorio, in linea generale ricadente sul lavoratore che adduca l'illiceità del recesso, onerando il datore/committente di dimostrare che il provvedimento non sia ritorsivo (art. 14, d.lgs. n. 104/2022).

Tale apparato di tutela non si applica ai dipendenti pubblici non contrattualizzati, per i quali operano le disposizioni dei rispettivi ordinamenti di settore (art. 15, d.lgs. n. 104/2022).

9. Le disposizioni della direttiva n. 1152 che non hanno corrispondenza nel d. Lgs. N. 104/2022

Qualche cenno va fatto ad alcune disposizioni della Direttiva n. 1152 che si occupano di disciplinare l'apparato sanzionatorio posto in caso di mancato adempimento da parte del datore di lavoro rispetto agli obblighi informativi.

La Direttiva prevede per la mancata ottemperanza degli obblighi l'adozione di sanzioni di tipo amministrativo, finanziario o altro che siano effettive, proporzionate e dissuasive (Considerando 45 e art. 19) garantendo l'adempimento attraverso un rafforzamento dell'attività di vigilanza (Considerando 50). Il legislatore italiano ha scelto di contrastare la potenziale ineffettività della normativa con alcuni di questi strumenti. Nel d.lgs. n. 104, infatti, l'apparato sanzionatorio è affidato esclusivamente a sanzioni amministrative pecuniarie, oltre che all'eventuale iniziativa individuale del lavoratore che lamenti una mancata o insufficiente informazione.

Un monito enunciato nei considerando, che non ha trovato poi specifica riaffermazione nella Direttiva, riguarda la tutela della piccola impresa evitando vincoli amministrativi, finanziari e giuridici che siano di ostacolo a creazione e sviluppo della stessa (Considerando n. 48). Mancata considerazione che rappresenta sicuramente un profilo di criticità del decreto 104.

Nel d.lgs. 104, invece, non v'è traccia del possibile coinvolgimento delle parti sociali nell'attuazione della direttiva a condizione che esse ne facciano richiesta congiunta e che siano sempre in grado di assicurare i risultati previsti dalla Direttiva (Considerando n. 49 e art. 21 co. 4 e 5), residuando soltanto un ruolo di assistenza delle organizzazioni sindacali nel presentare una "denuncia" all'Ispettorato del Lavoro in caso di mancata osservanza da parte del datore di lavoro degli obblighi di informazione.

Vi sono poi alcune previsioni della Direttiva n. 1152 che non trovano una corrispondenza nel decreto attuativo perché non necessitano di recepimento afferendo in linea generale alla normazione unionale, quale quella che prevede il possibile (*ex* art. 5 TFUE) intervento sussidiario dell'Unione per stabilire prescrizioni minime comuni, nei limiti del principio di proporzionalità ivi enunciato (Considerando n. 46).

Lo stesso vale per il richiamo della clausola di non regresso, con un monito agli Stati membri a non approfittare della ricezione per abbassare il livello generale di protezione dei lavoratori nell'ambito coperto dalla direttiva, ad esempio introducendo contratti di lavoro a zero ore o simili (Considerando n. 47 e art. 20).

10. Qualche osservazione conclusiva

In chiusura di questa nota introduttiva volta a raffrontare le disposizioni della Direttiva con quelle del d.lgs. n. 104, è possibile formulare un primo bilancio su come il legislatore italiano abbia attuato le prescrizioni per favorire la tutela della trasparenza nei rapporti di lavoro.

Anzitutto, il raffronto certamente ci consente di affermare, come del resto anticipato, che il d.lgs. n. 104 non si prodiga a specificare le finalità dell'intervento legislativo, nonostante il capo I sia rubricato "Finalità e ambito di applicazione"; l'art. 1, infatti, indica direttamente i soggetti ai quali si applicheranno le successive disposizioni. Sebbene possa sembrare scontato che il d.lgs. n. 104 inseguia la finalità di dare attuazione ad una direttiva per sottrarsi a eventuali procedure sanzionatorie, una disposizione-preambolo, utile a inquadrare ragioni, finalità e contesto di riferimento, anche nell'ottica di trovare un aggancio con gli obiettivi della direttiva, sarebbe stata certamente utile.

Sotto altro profilo, il raffronto rivela anche come, in realtà, il d.lgs. n. 104 dica e faccia più di quanto effettivamente chiedesse la Direttiva n. 1152. In non pochi casi, e secondo una tradizione tutta italiana che persiste nel tempo con effetti negativi rispetto alla competizione internazionale⁽²²⁾, il decreto anziché introdurre delle "prescrizione minime relative alle condizioni di lavoro" riformula infatti la regolazione delle tipologie contrattuali flessibili⁽²³⁾.

In questa prospettiva, si evidenzia come il d.lgs. n. 104 riscriva gran parte della disciplina dedicata alla "forma" del contratto di lavoro a chiamata, con non pochi riflessi sul rapporto tra norma (inderogabile) di legge e autonomia contrattuale. La formulazione previgente della norma, infatti, prevedeva che il preavviso di chiamata in servizio non potesse "essere inferiore a un giorno lavorativo" (art. 15, lett. b) del d.lgs. n. 81 del 2015). Dopo le modifiche a opera del "Decreto trasparenza", la medesima norma si limita solo a stabilire che il contratto individuale di lavoro intermittente debba stabilire, tra le altre cose, il "relativo preavviso di chiamata del lavoratore", senza indicare un limite minimo (art. 15, lett. d) del d.lgs. n. 81 del 2015). Pertanto, l'attuale disposizione consente di desumere che le parti siano libere di concordare un preavviso di chiamata secondo le proprie esigenze e svincolate da un limite minimo imposto per legge (potrebbe essere anche di un'ora). Occorrerebbe allora chiedersi se questo sia l'ambito (e il modo) giusto per riarticolare il rapporto tra norma inderogabile di legge e autonomia privata rispetto a una particolare tipologia contrattuale che, "bandita" per lungo tempo da alcuni settori (si pensi al CCNL Assologistica) salvo poi essere "riabilitata" dalla giurisprudenza, non poche criticità ha riscontrato sul piano applicativo. La riscrittura della disciplina del lavoro a chiamata potrebbe infatti, da un lato comportare un eccesso di delega in quanto il legislatore utilizzerebbe l'attuazione di una direttiva mirata ad introdurre delle prescrizioni minime laddove

(22) Sulla tendenza a utilizzare le previsioni comunitarie per introdurre ulteriori e diversi obblighi non imposti dal legislatore europeo vedi già M. BIAGI, *Competitività e risorse umane: modernizzare la regolazione dei rapporti di lavoro*, in L. MONTUSCHI, M. TIRABOSCHI, T. TREU (a cura di), *Marco Biagi. Un giurista progettuale*, Giuffrè, 2003, spec. p. 151.

(23) G. PROIA, *Le novità, sistematiche e di dettaglio, del Decreto Trasparenza*, in *MGL*, 2022, n. 3, pp. 571-602, spec. pp. 577-578.

assenti per compiere una modifica sostanziale *tout court* della disciplina di legge di una tipologia contrattuale; dall'altro, occorrerebbe chiedersi se la rimozione del preavviso minimo imposto per legge non si ponga in contrasto e comprima dunque il “diritto alla prevedibilità” che la Direttiva n. 1152 intende invece tutelare.

Di queste criticità/lacune del Decreto n. 104 dovrebbe tenere conto il “correttivo”, allo stato solo preannunciato dal Governo in carica, che ha sostituito quello che lo ha varato, con l'auspicio che di correttivo si tratti e non di stravolgimento, considerata la matrice unionale dello stesso e gli obblighi di recepimento che lo hanno generato.

Il quadro europeo: la direttiva (UE) 2019/1152

di Ivan Ingravallo

Sommario: 1. Cenni introduttivi. – 2. Analisi della direttiva 2019/1152 in relazione alle principali caratteristiche delle direttive UE. – 3. L’approvazione della direttiva 2019/1152 e la sua base giuridica. – 4. *Segue:* le motivazioni e i principali elementi caratterizzanti la direttiva 2019/1152. – 5. Il rispetto dei principi di proporzionalità e sussidiarietà nella direttiva 2019/1152. – 6. L’attuazione della direttiva 2019/1152 a livello statale e le possibili conseguenze del suo mancato, errato o tardivo recepimento. – 7. Il recepimento della direttiva 2019/1152 nell’ordinamento giuridico italiano.

1. Cenni introduttivi

La direttiva (UE) 2019/1152, del 20 giugno 2019, relativa a condizioni di lavoro trasparenti e prevedibili nell’Unione europea, approvata con procedura legislativa ordinaria dal Parlamento europeo e dal Consiglio, costituisce il punto di arrivo di un’evoluzione normativa che affonda le sue radici nella precedente direttiva 91/533/CEE del Consiglio, del 14 ottobre 1991, relativa all’obbligo del datore di lavoro di informare il lavoratore delle condizioni applicabili al contratto o al rapporto di lavoro ⁽¹⁾.

Rispetto alla direttiva del 1991, quella del 2019 si presenta alquanto più articolata e dettagliata (52 considerando e 26 articoli, a fronte di 13 considerando e 10 articoli). Nel dicembre 2017 la Commissione ne ha motivato l’approvazione in ragione della notevole evoluzione del mondo del lavoro rispetto alla direttiva 91/533/CEE, in particolare con riferimento alla crescente flessibilizzazione del mercato del lavoro ⁽²⁾. La direttiva del 2019, inoltre, codifica la prassi, anche giurisprudenziale, sviluppatasi a livello europeo con riferimento alla precedente direttiva del 1991 e risponde all’esigenza, posta dall’art. 31 della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea – che nel 2009, con l’entrata in vigore del Trattato di Lisbona, ha acquisito lo stesso valore giuridico dei Trattati europei – di garantire a ogni lavoratore il «diritto a condizioni di

⁽¹⁾ La direttiva (UE) 2019/1152 ha abrogato la direttiva 91/533/CEE.

⁽²⁾ Cfr. la proposta di direttiva avanzata dalla Commissione il 21 dicembre 2017, COM(2017)797 final, che includeva 40 considerando e 25 articoli. Nel motivare la sua proposta, la Commissione ha altresì aggiunto che la proposta di direttiva «affronta due sfide interconnesse. In primo luogo, la valutazione della direttiva 91/533/CEE, effettuata nell’ambito del programma della Commissione per il controllo dell’adeguatezza e dell’efficacia della regolamentazione (REFIT), ha identificato alcune lacune nell’ambito di applicazione personale e materiale della direttiva e indicato come potrebbe essere migliorata la sua efficacia. In secondo luogo, la consultazione pubblica sul pilastro europeo dei diritti sociali ha messo in luce il divario esistente tra l’attuale *acquis* sociale dell’UE e i più recenti sviluppi sul mercato del lavoro».

lavoro sane, sicure e dignitose» (§ 1) e quello «a una limitazione della durata massima del lavoro, a periodi di riposo giornalieri e settimanali e a ferie annuali retribuite» (§ 2).

Nel triennio 2017-2019 il Consiglio ha in più occasioni esaminato il testo proposto dalla Commissione, finché la direttiva 2019/1152 è stata approvata nella sua versione definitiva in prima lettura dal Parlamento europeo il 16 aprile 2019 e dal Consiglio il 13 giugno 2019, firmata dai presidenti delle due istituzioni il 20 giugno ed entrata in vigore il 31 luglio dello stesso anno.

Il presente contributo non è volto a esaminare il contenuto della direttiva 2019/1152, che compete ad altri, ma a valutare come e in quale misura la stessa si inserisce nel contesto più generale delle direttive UE, al fine di coglierne eventuali profili problematici o innovativi.

2. Analisi della direttiva 2019/1152 in relazione alle principali caratteristiche delle direttive UE

La direttiva è uno degli atti tipici di diritto derivato dell'Unione europea (UE), a carattere obbligatorio, previsti dall'art. 288 TFUE. Essa, al pari del regolamento, è obbligatoria, ma non integralmente (c.d. parziale obbligatorietà). Il regolamento, infatti, oltre ad indicare l'obiettivo, contiene anche il modo in cui raggiungerlo (esso è obbligatorio in tutti i suoi elementi), configurandosi, di regola, come un atto completo. La direttiva, invece, obbliga gli Stati membri dell'Unione (di regola, tutti) a raggiungere un risultato, lasciandoli liberi di scegliere le forme e i mezzi attraverso i quali farlo⁽³⁾. La direttiva fissa anche un termine entro cui ciò deve essere realizzato, ma ciò non fa venir meno la circostanza che essa è obbligatoria sin dalla sua entrata in vigore; con la scadenza del termine di recepimento della direttiva, l'obbligatorietà si trasforma in esigibilità di quanto in essa previsto. Per quanto riguarda la direttiva 2019/1152, il suo art. 21 ha fissato tale termine al 1° agosto 2022.

A differenza del regolamento, a fronte del quale gli Stati membri hanno, di solito, un obbligo di *non facere*, la direttiva impone loro un obbligo di *facere*, vale a dire di attivarsi al fine di realizzare, con libera scelta delle forme e dei mezzi, il risultato da essa previsto. Ne consegue che, nella fase c.d. discendente (di applicazione) il ruolo delle autorità nazionali (governo, parlamento, enti locali, ecc.) è escluso per un regolamento UE, mentre per la direttiva è invece necessario, poiché si tratta di un atto incompleto, seppur obbligatorio⁽⁴⁾.

Sin dal momento della sua entrata in vigore, gli Stati UE sono tenuti a dare attuazione alla direttiva, cioè devono azionare i procedimenti – legislativi, amministrativi, ecc. – utili a far sì che essa produca i suoi effetti e si realizzi il risultato da essa stabilito. Con riferimento alla direttiva 2019/1152, in ossequio alla citata libertà, per i medesimi Stati

⁽³⁾ La bibliografia sulle direttive è amplissima, per la dottrina italiana si veda, *ex multis*, la monografia di F. CAPELLI, *Le direttive comunitarie*, Giuffrè, 1983.

⁽⁴⁾ In più occasioni la Corte di giustizia UE ha chiarito che, per valutare un atto di diritto UE, non rileva il criterio nominalistico, ma quello sostanziale: se un atto è formulato in un certo modo e ha determinate caratteristiche, tale andrà considerato, indipendentemente dal suo *nomen iuris*. In tema si veda U. VILLANI, *Istituzioni di Diritto dell'Unione europea*, Cacucci, 2020, p. 298.

membri, circa le forme e le modalità di attuazione della stessa, si osserva una considerevole eterogeneità delle forme e modalità medesime nei diversi ordinamenti interni che si sostanzia, tra l'altro, anche in un diverso numero di provvedimenti interni di recepimento ⁽⁵⁾.

Inoltre, nel tempo intercorrente tra l'entrata in vigore della direttiva e il termine per il suo recepimento, gli Stati membri hanno l'obbligo di non adottare normative nazionali che siano in contrasto con la direttiva, giacché essa indica la direzione verso la quale essi sono tenuti a indirizzare i rispettivi ordinamenti giuridici ⁽⁶⁾. Tale obbligo di astensione, detto di "stand still", è manifestazione di un principio generale del diritto UE, quello di leale cooperazione.

Un ulteriore obbligo che consegue all'entrata in vigore di una direttiva consiste nell'interpretare i sistemi giuridici nazionali degli Stati membri in conformità con quanto prevede la direttiva, che in quanto atto obbligatorio e volto, in prospettiva, a realizzare un'armonizzazione normativa, orienta anche sotto il profilo interpretativo le autorità degli Stati UE. Inoltre, qualora la Corte di giustizia si sia pronunciata su quella determinata direttiva, in particolare nell'esercizio della sua competenza in via pregiudiziale di cui all'art. 267 TFUE, la sua pronuncia interpretativa e quella con cui dichiara l'illegittimità di una disposizione della direttiva hanno un effetto *erga omnes*, vale a dire che sono vincolanti per tutti coloro che, negli Stati UE, sono chiamati ad applicare quella disposizione. Al momento, non risulta pendente dinanzi alla Corte alcun ricorso sulla direttiva 2019/1152.

3. L'approvazione della direttiva 2019/1152 e la sua base giuridica

Tutti gli atti giuridici di diritto UE, in particolare quelli produttivi di effetti giuridici nei confronti dei terzi, devono presentare due elementi, inseriti nella parte introduttiva (preambolo) dell'atto: l'indicazione della loro base giuridica e della motivazione ⁽⁷⁾. Questo è dovuto al principio di attribuzione, previsto dall'art. 5, § 2, TUE, poiché l'Unione europea non ha una competenza generale, ma è tenuta ad agire nei limiti di quelle che le sono attribuite – in primo luogo nei Trattati istitutivi – al fine di realizzare gli obiettivi da questi stabiliti. Le sue istituzioni, quindi, quando propongono e, in particolare, quando approvano un atto di diritto derivato sono tenute a indicare la

⁽⁵⁾ Se per Bulgaria, Italia, Malta e Paesi Bassi è stato necessario un unico provvedimento, ne sono occorsi 4 per l'Estonia, 6 per Croazia e Svezia, 9 per l'Austria, 14 per la Slovacchia, 16 per la Lettonia, 17 per il Belgio e la Finlandia, 18 per Lituania e Romania, 29 per la Germania, 43 per la Repubblica Ceca e 90 per la Francia. Siffatta eterogeneità testimonia ampiamente la nota caratteristica principale della direttiva che è quella di fissare – per gli Stati membri – un obiettivo, lasciando impregiudicato il modo attraverso cui essi devono raggiungerlo nel termine fissato.

⁽⁶⁾ Si veda, da ultimo, il punto 75 di C. giust. 22 gennaio 2022, causa C-181/20, *Vysočina Wind*, in cui essa ribadisce che, per sua costante giurisprudenza, «in pendenza del termine per il recepimento di una direttiva, gli Stati membri, destinatari di quest'ultima, devono astenersi dall'adottare disposizioni atte a compromettere gravemente il risultato prescritto dalla direttiva stessa (v., in tal senso, sentenze del 18 dicembre 1997, *Inter-Environnement Wallonie*, C-129/96, EU:C:1997:628, punto 45, e del 13 novembre 2019, *Lietuvos Respublikos Seimo narių grupė*, C-2/18, EU:C:2019:962, punto 55)».

⁽⁷⁾ Su questa si veda il recente contributo di A. MAFFEO, *L'obbligo di motivazione degli atti dell'Unione quale componente del diritto a una buona amministrazione*, in R. MASTROIANNI, F. ROLANDO (a cura di), *La codificazione dei procedimenti amministrativi dell'Unione europea*, Editoriale Scientifica, 2017, p. 109 ss.

base giuridica a sostegno della loro attività normativa, altrimenti l'atto sarà passibile di impugnazione ai fini del suo annullamento (art. 263 TFUE).

La base giuridica di un atto di diritto derivato è quella norma dei Trattati in ragione della quale il medesimo viene emanato e che, quindi, lo legittima ⁽⁸⁾. Ne consegue che la possibilità di individuare una norma primaria da assumere quale base giuridica consente di riportare la disciplina della materia nell'orbita delle competenze materiali dell'Unione e, successivamente, delle attribuzioni delle singole istituzioni. Dalla sua scelta, inoltre, dipende la disciplina di specifici aspetti di ordine procedurale come, ad esempio, la partecipazione, accanto alle istituzioni coinvolte nell'emanazione dell'atto, di organi e/o organismi dell'Unione, la forma e la portata che tale partecipazione deve assumere, nonché le regole di voto ⁽⁹⁾.

Per quanto concerne la direttiva 2019/1152, la sua base giuridica è l'art. 153, § 1, lett. b ⁽¹⁰⁾, in combinato disposto con l'art. 153, § 2, lett. b, TFUE ⁽¹¹⁾. A sua volta, l'art. 153 TFUE richiama l'art. 151 TFUE, concernente la politica sociale dell'Unione ⁽¹²⁾. In particolare, essa e gli Stati membri, tenuti presenti i diritti sociali fondamentali – definiti nella Carta sociale europea firmata a Torino il 18 ottobre 1961 e nella Carta comunitaria dei diritti sociali fondamentali dei lavoratori del 1989 – promuovono l'occupazione, il miglioramento delle condizioni di vita e di lavoro, che consenta la loro parificazione nel progresso, una protezione sociale adeguata, il dialogo sociale, lo sviluppo delle risorse umane atto a consentire un livello occupazionale elevato e duraturo e la lotta contro l'emarginazione.

Sotto il profilo operativo, l'Unione e gli Stati membri mettono in atto misure che tengono conto della diversità delle prassi nazionali, in particolare nelle relazioni contrattuali, e della necessità di mantenere la competitività dell'economia dell'Unione. Siffatte misure favoriranno l'armonizzarsi dei sistemi sociali, grazie alle procedure previste dai trattati e dal ravvicinamento delle disposizioni legislative, regolamentari e amministrative. Affinché ciò abbia luogo, la base giuridica della direttiva in questione attribuisce all'Unione la competenza a sostenere e completare l'azione degli Stati membri nel settore, tra gli altri, delle condizioni di lavoro. A tal fine, il Parlamento europeo e il Consiglio possono adottare unicamente delle direttive – contenenti prescrizioni minime e applicabili progressivamente –, le quali tengano conto delle condizioni effettive, ma anche delle normative nazionali nella materia di riferimento.

⁽⁸⁾ Tra i contributi più recenti si veda A. PISAPIA, *La base giuridica per l'adozione degli atti dell'Unione*, in *Studi sull'Integrazione Europea*, 2017, n. 3, p. 659 ss.

⁽⁹⁾ G.M. ROBERTI, *La giurisprudenza della Corte di giustizia sulla "base giuridica" degli atti comunitari*, in *FI*, 1991, IV, c. 100.

⁽¹⁰⁾ «1. Per conseguire gli obiettivi previsti all'articolo 151, l'Unione sostiene e completa l'azione degli Stati membri nei seguenti settori: [...] b) condizioni di lavoro».

⁽¹¹⁾ «2. A tal fine il Parlamento europeo e il Consiglio: [...] b) possono adottare nei settori di cui al paragrafo 1, lettere da a) a i), mediante direttive, le prescrizioni minime applicabili progressivamente, tenendo conto delle condizioni e delle normative tecniche esistenti in ciascuno Stato membro. Tali direttive evitano di imporre vincoli amministrativi, finanziari e giuridici di natura tale da ostacolare la creazione e lo sviluppo di piccole e medie imprese. Il Parlamento europeo e il Consiglio deliberano secondo la procedura legislativa ordinaria previa consultazione del Comitato economico e sociale e del Comitato delle regioni».

⁽¹²⁾ In dottrina cfr. A. SANTINI, *La politica sociale e dell'occupazione*, in U. DRAETTA, N. PARISI (a cura di), *Manuale di diritto dell'Unione europea. Parte speciale. Il diritto sostanziale*, Giuffrè, 2018, p. 247.

4. Segue: le motivazioni e i principali elementi caratterizzanti la direttiva 2019/1152

Con riferimento alle motivazioni, si osserva, innanzitutto, come esse siano generalmente contenute nei considerando dell'atto di diritto derivato cui si riferiscono e rappresentino, anch'esse, una delle condizioni per la sua validità poiché, in loro mancanza, l'atto è suscettibile di essere annullato per violazione delle forme sostanziali *ex art. 263, § 2, TFUE*.

L'indicazione delle motivazioni, sia di fatto che di diritto, è rivolta, per un verso, a consentire alla Corte di giustizia di esercitare il proprio sindacato sull'atto in questione, ripercorrendone l'iter logico di adozione e, per altro verso, a fare conoscere, tanto agli Stati membri che ai singoli interessati, le ragioni della relativa emanazione, anche in funzione dell'eventuale tutela dei propri diritti⁽¹³⁾. Sebbene, secondo una giurisprudenza consolidata, non debbano necessariamente essere indicati tutti gli elementi di fatto e di diritto pertinenti, poiché oltre al tenore letterale, occorre considerare il contesto e l'insieme delle norme che disciplinano la materia⁽¹⁴⁾, occorre sottolineare come la loro specificazione contribuisca a garantire il rispetto del principio della certezza del diritto.

Come accennato, le motivazioni dell'emanazione della direttiva 2019/1152 sono molteplici. Alcune sono di ampia portata e ribadiscono principi generali di politica sociale, oltre che conquiste dei lavoratori. Altre, invece, hanno un elevato grado di specificità. Tra le prime vi è quella, già ricordata, sancita dall'art. 31 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. Di pari portata e importanza è il riferimento al pilastro europeo dei diritti sociali, proclamato a Göteborg il 17 novembre 2017⁽¹⁵⁾. In particolare, si menziona il pilastro n. 5, in base al quale indipendentemente dal tipo e dalla durata del rapporto di impiego, i lavoratori hanno diritto a un trattamento equo e paritario per quanto riguarda le condizioni di lavoro e l'accesso alla protezione sociale e alla formazione; devono essere promosse forme innovative di lavoro che garantiscano condizioni di lavoro di qualità; devono essere evitati i rapporti di lavoro che

⁽¹³⁾ C. giust. 7 luglio 1981, causa 158/80, *Rene*, punto 25. Sull'obbligo di motivazione si veda U. VILLANI, *Istituzioni*, cit., p. 289 ss.; nonché R. ADAM, A. TIZZANO, *Manuale di diritto dell'Unione europea*, Giappichelli, 2017, p. 168 ss.

⁽¹⁴⁾ Si veda, *ex multis*, C. giust. 9 novembre 1995, causa C-466/93, *Atlanta Fruchthandelsgesellschaft mbH e altre*, punto 16; C. giust. 10 dicembre 2003, causa C-127/00, *Hässle*, punto 43.

⁽¹⁵⁾ Trattasi di un articolato insieme di documenti che contengono principi giuridicamente non vincolanti. Cfr. CESE, *Impatto della dimensione sociale e del pilastro europeo dei diritti sociali sul futuro dell'Unione europea*, SOC/564, 19 ottobre 2017, § 1.3. Esso rappresenta, una «guida per realizzare risultati sociali e occupazionali efficaci in risposta alle sfide attuali e future, così da soddisfare i bisogni essenziali della popolazione, e per garantire una migliore attuazione e applicazione dei diritti sociali». Cfr. la [proclamazione interistituzionale sul Pilastro europeo dei diritti sociali](#), punto n. 12 del preambolo. In tema si veda E. TRIGGIANI, *Il principio di solidarietà nell'Unione europea*, in *DLRI*, 2021, n. 170, p. 235 ss., nonché U. VILLANI, *La politica sociale nel Trattato di Lisbona*, in *RGL*, 2012, n. 1, p. 25 ss.; A. CIANCIO, *Verso un "pilastro europeo dei diritti sociali"*, in *Federalismi.it*, 2016, n. 13; S. GIUBBONI, *L'insostenibile leggerezza del Pilastro europeo dei diritti sociali*, in *PD*, 2018, n. 4, p. 557 ss.; P. GARGIULO, *Il futuro dell'Europa sociale: contenuto, problemi e limiti del pilastro europeo dei diritti sociali*, in *La Comunità Internazionale*, 2019, n. 2, p. 233 ss.

portano a condizioni di lavoro precarie, anche vietando l'abuso dei contratti atipici, e che i periodi di prova siano di durata ragionevole ⁽¹⁶⁾.

Il legislatore UE è consapevole dei profondi cambiamenti intercorsi nel mercato del lavoro negli ultimi trent'anni. Esso, infatti, constata come gli sviluppi demografici e della digitalizzazione abbiano dato corso a nuove forme di lavoro che hanno favorito l'innovazione, la creazione di posti di lavoro e la crescita del mercato del lavoro medesimo. Alcune di esse si distanziano notevolmente dai rapporti di lavoro tradizionali in termini di prevedibilità, creando incertezza in merito alla protezione sociale e ai diritti applicabili ai lavoratori interessati. In questo mondo del lavoro in evoluzione, cresce l'esigenza che i lavoratori siano pienamente e tempestivamente informati per iscritto, in un formato per loro facilmente accessibile, in merito alle condizioni essenziali del loro lavoro. Per inquadrare adeguatamente lo sviluppo di nuove forme di lavoro, vanno riconosciuti ai lavoratori dell'Unione anche alcuni nuovi diritti minimi intesi a promuovere la sicurezza e la prevedibilità dei rapporti di lavoro e a consentire, al tempo stesso, che si realizzi una convergenza verso l'alto in tutti gli Stati membri e che venga salvaguardata l'adattabilità del mercato del lavoro.

Il legislatore UE, quindi, muove dalla consapevolezza della necessità di stabilire a livello dell'Unione prescrizioni minime relative, da un lato, alle informazioni sugli elementi essenziali del rapporto di lavoro e, dall'altro, alle condizioni di lavoro applicabili a ciascun lavoratore, per garantire che tutti i lavoratori dell'Unione fruiscano di un livello adeguato di trasparenza e di prevedibilità per quanto riguarda le loro condizioni di lavoro, mantenendo al contempo una ragionevole flessibilità del lavoro non standard e salvaguardandone così i benefici per i lavoratori e i datori di lavoro.

Affinché quanto asserito nei considerando fosse successivamente codificato, la Commissione ha avviato una consultazione in due fasi con le parti sociali tra le quali, però, non c'è stato accordo. Ciò nonostante, anche grazie all'intervento della Corte di giustizia, si sono stabiliti i criteri per la determinazione della condizione di lavoratore che hanno permesso a particolari categorie di lavoratori di rientrare nell'ambito di applicazione della direttiva in questione. Trattasi dei lavoratori domestici, dei lavoratori a chiamata, dei lavoratori intermittenti, dei lavoratori a voucher, dei lavoratori tramite piattaforma digitale ⁽¹⁷⁾, dei tirocinanti e degli apprendisti. Ne restano esclusi i lavoratori effettivamente autonomi, ma non quelli falsamente autonomi, ossia quelli che, al fine di evitare taluni obblighi giuridici o fiscali – generalmente a carico del datore di lavoro – sono formalmente dichiarati come lavoratori autonomi pur soddisfacendo tutti i criteri che caratterizzano un rapporto di lavoro subordinato.

Il legislatore UE è parimenti consapevole della necessità di adattare l'elenco degli elementi essenziali del contratto di lavoro per tenere conto dell'evoluzione del mercato del lavoro, in particolare della diffusione di forme di lavoro non standard. Per

⁽¹⁶⁾ Sulla discontinuità della direttiva (UE) 2019/1152 rispetto al passato si vedano i contributi di J.M. MIRANDA BOTO, *Annotazioni sulla nuova direttiva (UE) 2019/1152. Condizioni di lavoro trasparenti e prevedibili nell'Unione europea*, e di V. FERRANTE, *Novità dall'Europa nella regolazione dell'orario di lavoro. La direttiva n. 1152 del 2019*, entrambi in M. CORTI (a cura di), *Il pilastro europeo dei diritti sociali e il rilancio della politica sociale dell'UE*, Vita e Pensiero, 2021, p. 53 ss. e p. 99 ss.

⁽¹⁷⁾ L'art. 6 della proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio, relativa al miglioramento delle condizioni di lavoro nel lavoro mediante piattaforme digitali, presentata dalla Commissione il 9 dicembre 2021, COM(2021)762 final, fa salvi «gli obblighi e i diritti delle piattaforme di lavoro digitali e dei lavoratori delle piattaforme digitali a norma della direttiva (UE) 2019/1152».

esempio, il lavoratore che non ha un luogo di lavoro fisso o predominante sarà informato sulle eventuali disposizioni esistenti per lo spostamento tra i luoghi di lavoro, nonché sulla procedura che deve essere seguita dal datore di lavoro e dal lavoratore in caso di cessazione del rapporto di lavoro includono il termine per la presentazione di un ricorso contro un licenziamento. Per quanto invece concerne le informazioni sull'orario di lavoro – che includono quelle su pause, riposi quotidiani e settimanali e durata del congedo retribuito, garantendo in tal modo la tutela della sicurezza e della salute dei lavoratori –, se ne richiede la coerenza con la direttiva 2003/88/CE del Parlamento europeo e del Consiglio. Le informazioni da fornire sulla retribuzione, invece, includono tutti gli elementi, indicati separatamente, compresi, se del caso, i contributi in denaro o in natura, il pagamento del lavoro straordinario, i premi e altri compensi, percepiti direttamente o indirettamente dal lavoratore per il suo lavoro.

Il fatto che elementi della retribuzione dovuti a norma di legge o di un contratto collettivo non siano stati inclusi in tali informazioni non costituisce un motivo per non fornirli al lavoratore; se, a causa della natura dell'impiego, come nel caso di un contratto a chiamata, non è possibile indicare una programmazione del lavoro fissa, i datori di lavoro sono tenuti a informare i lavoratori in merito alle modalità di determinazione del loro orario di lavoro, comprese le fasce orarie in cui possono essere chiamati a lavorare e il periodo minimo di preavviso che devono ricevere prima dell'inizio di un incarico di lavoro.

Per quanto riguarda le informazioni sui sistemi di sicurezza sociale, esse includono l'identità delle istituzioni di sicurezza sociale che ricevono i contributi sociali, ove pertinente, relativi a prestazioni di malattia, di maternità, di paternità e parentali, prestazioni per incidenti sul lavoro e malattie professionali e prestazioni di vecchiaia, di invalidità, di reversibilità, di disoccupazione, di prepensionamento e familiari. Peraltro, i datori di lavoro non sono tenuti a fornire tali informazioni se la scelta dell'istituzione di sicurezza sociale è compiuta dal lavoratore. Le informazioni da fornire sulla protezione sociale a carico del datore di lavoro comprendono, ove pertinente, l'esistenza di una copertura da parte di regimi di pensione complementare ai sensi della direttiva 2014/50/UE del Parlamento europeo e del Consiglio e della direttiva 98/49/CE del Consiglio.

I lavoratori devono essere informati per iscritto, all'inizio del rapporto di lavoro, dei diritti e degli obblighi derivanti dal medesimo e la direttiva 2019/1152 impegna gli Stati a che le pertinenti informazioni sul rapporto di lavoro siano fornite dai datori di lavoro prima del termine della durata del contratto inizialmente concordata. Infine, alla luce del crescente utilizzo degli strumenti di comunicazione digitale, le informazioni che devono essere fornite per iscritto a norma della direttiva possono essere fornite per via elettronica.

Nelle valutazioni prodromiche all'adozione della direttiva è stata tenuta in considerazione anche la problematicità dei periodi di prova, che consentono alle parti del rapporto di lavoro di verificare che i lavoratori e le posizioni per le quali sono stati assunti siano compatibili, fornendo al contempo sostegno ai lavoratori. L'ingresso nel mercato del lavoro o la transizione verso una nuova posizione non dovrebbe implicare un lungo periodo di insicurezza. Come stabilito nel "Pilastro europeo dei diritti sociali", per i periodi di prova è prevista una durata ragionevole (un cospicuo numero di Stati membri ha fissato la durata massima generale dei periodi di prova in un

intervallo compreso tra tre e sei mesi) ⁽¹⁸⁾, prorogabili in misura corrispondente qualora il lavoratore sia stato assente dal lavoro, per esempio a causa di malattia o congedo, al fine di consentire al datore di lavoro di verificare l'idoneità del lavoratore al compito in questione. Nel caso di rapporti di lavoro a tempo determinato inferiori a 12 mesi, gli Stati membri sono chiamati ad assicurare che la durata di tale periodo di prova sia adeguata e proporzionale alla durata prevista del contratto e alla natura dell'impiego. Ove previsto dal diritto o dalle prassi nazionali, i lavoratori possono maturare diritti connessi al lavoro durante il periodo di prova.

Specifica attenzione è rivolta al c.d. lavoro imprevedibile ⁽¹⁹⁾. Infatti, i lavoratori la cui organizzazione del lavoro è interamente o in gran parte imprevedibile dovrebbero beneficiare di un livello minimo di prevedibilità se la programmazione del lavoro è determinata principalmente dal datore di lavoro, sia direttamente, per esempio mediante l'assegnazione di incarichi di lavoro, che indirettamente, per esempio chiedendo al lavoratore di rispondere alle richieste dei clienti. Le ore e i giorni di riferimento, che devono essere intesi come le fasce orarie in cui può essere svolto lavoro su richiesta del datore di lavoro, vanno stabiliti per iscritto all'inizio del rapporto di lavoro. Un periodo minimo di preavviso ragionevole, che deve essere inteso come il periodo di tempo tra il momento in cui un lavoratore è informato in merito a un nuovo incarico di lavoro e il momento in cui inizia l'incarico, costituisce un altro elemento necessario di prevedibilità per i rapporti di lavoro con un'organizzazione interamente o in gran parte imprevedibile.

Ai lavoratori va garantita la possibilità di rifiutare un incarico di lavoro se questo non rientra nelle ore e nei giorni di riferimento o se non è stato notificato loro conformemente al periodo di preavviso minimo, senza subire conseguenze negative per averlo rifiutato. Se un lavoratore la cui organizzazione del lavoro è interamente o in gran parte imprevedibile ha convenuto con il suo datore di lavoro di svolgere uno specifico incarico di lavoro, deve potersi organizzare di conseguenza. E va tutelato dalla perdita di reddito derivante dall'annullamento tardivo di un incarico di lavoro concordato.

Il problema della formazione resta al centro del dibattito sulla politica sociale e il legislatore UE tiene ampiamente in considerazione questa esigenza. Nei 'considerando' della direttiva 2019/1152, infatti, si afferma che se i datori di lavoro sono tenuti a norma del diritto dell'Unione o nazionale o di contratti collettivi a erogare una formazione ai lavoratori per lo svolgimento del lavoro per cui sono impiegati, è importante garantire che tale essa sia erogata con equità a tutti i lavoratori, compresi quelli in forme di lavoro non standard. I costi di questa formazione non sono a carico del

⁽¹⁸⁾ Eccezionalmente, i periodi di prova possono durare più di sei mesi, se ciò è giustificato dalla natura dell'impiego, come nel caso di posizioni dirigenziali, esecutive o nella pubblica amministrazione, o è nell'interesse del lavoratore, come nel contesto di misure specifiche per la promozione dell'occupazione a tempo indeterminato, in particolare per i lavoratori giovani.

⁽¹⁹⁾ Tra i contratti per il lavoro c.d. imprevedibile rientrano i contratti di lavoro a chiamata o analoghi, compresi i contratti a zero ore, poiché il datore di lavoro dispone della flessibilità di poter chiamare il lavoratore in funzione delle proprie necessità. Gli Stati membri che consentono tali contratti sono chiamati ad assicurare che esistano misure efficaci per prevenirne l'abuso, per esempio attraverso limitazioni dell'uso e della durata di tali contratti, una presunzione confutabile dell'esistenza di un contratto di lavoro o rapporto di lavoro con un numero garantito di ore retribuite basato sulle ore lavorate in un precedente periodo di riferimento, o altre misure equivalenti che garantiscano un'efficace prevenzione delle pratiche abusive.

lavoratore e la stessa va computata come orario di lavoro e, ove possibile, svolta durante l'orario di lavoro ⁽²⁰⁾. Gli Stati membri dovrebbero adottare le misure necessarie per tutelare i lavoratori dalle pratiche abusive in materia di formazione.

Infine, il legislatore UE prende atto dei risultati della consultazione pubblica effettuata nell'ambito del "Pilastro europeo dei diritti sociali", che ha evidenziato la necessità di rafforzare di implementare la legislazione dell'Unione in materia di lavoro e rafforzare la sua applicazione al fine di garantirne l'efficacia. La valutazione della direttiva 91/533 – effettuata nel quadro del Programma di controllo dell'adeguatezza e dell'efficacia della regolamentazione della Commissione – ha confermato che l'efficacia della legislazione dell'Unione in materia di lavoro potrebbe essere migliorata mediante meccanismi di applicazione rafforzati. Secondo la consultazione, i sistemi di ricorso basati unicamente sulle domande di risarcimento del danno sono meno efficaci di quelli che prevedono anche sanzioni, come gli importi forfettari o la perdita delle licenze, per i datori di lavoro che non rilasciano le dichiarazioni scritte. È inoltre emerso che i lavoratori raramente presentano ricorso durante il rapporto di lavoro e ciò compromette l'obiettivo di fornire la dichiarazione scritta, che è garantire che i lavoratori siano informati sugli elementi essenziali del rapporto di lavoro. Si ritiene pertanto necessario introdurre disposizioni relative all'applicazione che garantiscano l'uso di presunzioni favorevoli, qualora non vengano fornite le informazioni sul rapporto di lavoro, o l'uso di una procedura nell'ambito della quale il datore di lavoro possa essere tenuto a fornire le informazioni mancanti e possa subire sanzioni in caso di non conformità, o entrambi ⁽²¹⁾.

5. Il rispetto dei principi di proporzionalità e sussidiarietà nella direttiva 2019/1152

Ogni atto di diritto derivato dell'UE produttivo di effetti giuridici verso i terzi, oltre al principio di attribuzione – che regola la distribuzione delle competenze tra Stati membri e Unione – deve rispettarne altri due, che disciplinano l'esercizio di tali competenze: quello di proporzionalità e di quello di sussidiarietà.

In base al principio di proporzionalità, disciplinato nell'art. 5, § 4, TUE, «il contenuto e la forma dell'azione dell'Unione si limitano a quanto necessario per il conseguimento degli obiettivi dei trattati». Esso si applica con riferimento a tutte le tipologie di competenze dell'Unione (esclusive, concorrenti, di sostegno, ecc.), che vanno esercitate utilizzando i diversi atti a disposizione della stessa, al fine di individuare qual è il tipo migliore da adottare, in funzione dell'obiettivo da raggiungere ⁽²²⁾. Come già visto, nel caso della direttiva 2019/1152 sono le norme del TFUE che ne costituiscono la base giuridica a vincolare le sue istituzioni all'adozione di una direttiva. Tale scelta, peraltro,

⁽²⁰⁾ Detto obbligo non riguarda la formazione professionale o quella necessaria ai lavoratori per ottenere, mantenere o rinnovare una qualifica professionale, nella misura in cui il diritto UE o nazionale o un contratto collettivo non impongano al datore di lavoro di fornirla al lavoratore.

⁽²¹⁾ Per esempio, il ricorso potrebbe seguire una procedura in virtù della quale il lavoratore o una parte terza, come un rappresentante del lavoratore o altra autorità o altro organo competente, notificano al datore di lavoro che mancano alcune informazioni e che egli è tenuto a fornire informazioni complete e corrette in modo tempestivo.

⁽²²⁾ U. VILLANI, *Istituzioni*, cit., p. 97.

è coerente con l'esigenza di stabilire, a livello dell'Unione, delle prescrizioni minime relative, per un verso, alle informazioni sugli elementi essenziali del rapporto di lavoro e, per altro verso, alle condizioni di lavoro applicabili a ciascun lavoratore. In tal modo, si intende garantire, a tutti i lavoratori dell'Unione, di poter fruire di un livello adeguato di trasparenza e di prevedibilità per quanto riguarda le loro condizioni di lavoro, mantenendo al contempo una ragionevole flessibilità del lavoro non standard e salvaguardandone così i benefici per i lavoratori e i datori di lavoro.

La direttiva 2019/1152 lascia impregiudicata la prerogativa degli Stati membri di introdurre o mantenere disposizioni più favorevoli ⁽²³⁾. I diritti acquisiti a norma del quadro giuridico in essere continuano ad applicarsi, a meno che la direttiva non introduca disposizioni più favorevoli. L'attuazione della direttiva in questione non può, quindi, neanche implicitamente, ridurre i diritti esistenti stabiliti dall'attuale diritto dell'Unione o nazionale in materia di condizioni di lavoro, né può costituire un motivo valido per ridurre il livello generale di protezione offerto ai lavoratori nel settore disciplinato dalla medesima direttiva. In particolare, essa non può essere utilizzata come motivo per introdurre contratti di lavoro a zero ore o di tipo simile.

Il principio di sussidiarietà, invece, previsto dall'art. 5, § 3, TUE, si applica nei settori di competenza non esclusiva dell'UE e stabilisce che essa interviene solo nella misura in cui l'azione degli Stati non sia sufficiente (né a livello centrale, né a livello sub-statale) a raggiungere un determinato risultato o a esercitare una determinata competenza, mentre ciò essere conseguito meglio a livello UE. Riguardo al principio di sussidiarietà, l'approvazione di una direttiva rileva in quanto trattasi di un atto meno "intrusivo" nelle competenze (anche) statali e, quindi, meno limitante per gli Stati, e che richiede la loro compartecipazione ai fini della sua messa in opera. Nel caso di specie, la sussidiarietà giustifica l'adozione della direttiva 2019/1152, poiché il suo obiettivo – vale a dire migliorare le condizioni di lavoro, promuovendo un'occupazione più trasparente e prevedibile e garantendo nel contempo l'adattabilità del mercato del lavoro – non può essere conseguito in misura sufficiente dagli Stati membri ma, considerata la necessità di stabilire prescrizioni minime comuni, può essere conseguito meglio a livello dell'Unione europea ⁽²⁴⁾.

⁽²³⁾ Come dichiarato dalla Commissione nella citata proposta di direttiva: «Il principio di proporzionalità è pienamente rispettato poiché l'ambito di applicazione della proposta è limitato alla comunicazione di informazioni coerenti ai lavoratori circa le loro condizioni di lavoro e al riconoscimento ai lavoratori di diritti fondamentali senza i quali si potrebbe innescare una corsa al ribasso delle norme sociali. La direttiva proposta prevede misure per ridurre gli oneri e favorire la conformità. [...] La proposta lascia agli Stati membri la possibilità di mantenere o stabilire norme più favorevoli per i lavoratori e di tenere conto di caratteristiche specifiche della situazione nazionale, e consente di modificare la composizione dei diritti sostanziali mediante contratti collettivi. Essa accorda di conseguenza una certa flessibilità per quanto riguarda la scelta delle misure di attuazione concrete».

⁽²⁴⁾ Cfr. il considerando 46 della direttiva. La Commissione, nella citata proposta di direttiva, ha motivato la necessità di una nuova direttiva in questa materia, affermando: «Gli obblighi di informazione relativi alle condizioni di lavoro sono stati stabiliti a livello dell'UE dalla direttiva 91/533/CEE. La valutazione REFIT di tale direttiva ha confermato che in questo settore resta necessaria un'azione a livello dell'UE, in linea con il principio di sussidiarietà. Le modifiche sono necessarie per adeguare la direttiva agli sviluppi del mercato del lavoro intervenuti dalla sua adozione nel 1991 e per sopperire alle carenze individuate nella valutazione REFIT. È giustificato introdurre a livello dell'UE i diritti sostanziali aggiuntivi di cui al capo III in quanto un'azione intrapresa esclusivamente dagli Stati membri in risposta alle forme di lavoro subordinato nuove e non standard non garantirebbe

6. L'attuazione della direttiva 2019/1152 a livello statale e le possibili conseguenze del suo mancato, errato o tardivo recepimento

Come accennato, la direttiva 2019/1152 ha fissato al 1° agosto 2022 il termine per il suo recepimento da parte degli Stati membri. La parziale obbligatorietà delle direttive e la circostanza che non sono direttamente applicabili comportano l'insorgere di talune questioni nel caso in cui uno o più di essi non le recepisca, o lo faccia in maniera errata o incompleta, ovvero tardiva. Si tratta di fattispecie tra loro diverse, ma accomunate dalla violazione dell'obbligo imposto agli Stati UE dal TFUE di raggiungere l'obiettivo fissato dalla direttiva, al che consegue una situazione di disomogeneità della disciplina giuridica da essa prevista, con connesso rischio di disparità di trattamento dei soggetti (persone fisiche e giuridiche) presenti nei diversi Stati membri. L'inadempimento della direttiva può derivare da un comportamento commissivo od omissivo delle autorità statali. Né rileva che la violazione sia dovuta al comportamento di un organo del potere centrale (legislativo, esecutivo, giudiziario) o di quello sub-statale (per esempio, un ente locale).

Il verificarsi di una delle fattispecie richiamate può dare luogo a diverse conseguenze, accomunate dalla circostanza di non essere finalizzate a sanzionare l'inadempimento dello Stato, quanto piuttosto a prevenirlo, evitando una disomogeneità nell'applicazione della direttiva negli Stati membri. Si tratta di strumenti volti a portare gli Stati UE ad adempiere a obblighi che hanno assunto e che trovano il loro fondamento nei Trattati istitutivi – negoziati, firmati e ratificati dagli Stati UE – e che sono stati approvati con il coinvolgimento del Consiglio, istituzione a carattere intergovernativo, che comprende i rappresentanti a livello ministeriale di tutti gli Stati membri.

Il primo strumento utilizzabile nei confronti dello Stato o degli Stati UE che violano una direttiva è il ricorso di inadempimento dinanzi alla Corte di giustizia. Di regola è la Commissione, ai sensi dell'art. 258 TFUE, a presentare questo ricorso (c.d. procedura di infrazione), dopo aver messo lo Stato in condizione di mettere fine all'inadempimento, mentre quasi del tutto inutilizzata è la possibilità – offerta dall'articolo successivo – per uno Stato membro di attivare una procedura di infrazione nei confronti di un altro Stato membro.

Si segnala che, secondo l'art. 260, § 2, TFUE, qualora la Corte di giustizia riconosca l'infrazione commessa da uno Stato UE e questo non adempia alla sentenza, può essere attivata una seconda procedura di infrazione, all'esito della quale lo Stato può essere condannato al pagamento di una somma forfettaria e/o di una penalità di mora (c.d. doppia condanna). La stessa disposizione, al fine di accrescere il livello di

necessariamente lo stesso livello di protezione in termini di trasparenza e prevedibilità e rischierebbe di ampliare le divergenze tra gli Stati membri con una potenziale concorrenza basata sulle norme sociali. Le imprese continuerebbero allora a competere in condizioni di disparità e ciò potrebbe ostacolare il funzionamento del mercato interno. La direttiva proposta si basa su un grado minimo di armonizzazione dei sistemi degli Stati membri che rispetta le competenze degli Stati membri a fissare norme più stringenti e consente alle parti sociali di variare la combinazione di diritti sostanziali e obblighi mediante contratti collettivi. Coerentemente con l'articolo 153, paragrafo 2, lettera b), del TFUE, essa sostiene e completa le azioni degli Stati membri mediante prescrizioni minime applicabili progressivamente».

adempimento degli Stati membri, dispone che, già con il primo ricorso per infrazione, la Commissione, quando reputa «che lo Stato membro interessato non abbia adempiuto all'obbligo di comunicare le misure di attuazione di una direttiva adottata secondo una procedura legislativa» (ordinaria o speciale, che entrambe prevedono il coinvolgimento di Consiglio e Parlamento; la direttiva 2019/1152 è stata approvata con procedura legislativa ordinaria), può già chiedere alla Corte di comminare una sanzione pecuniaria nei confronti di tale Stato.

Nella prassi, numerose sono le procedure di infrazione attivate dalla Commissione, così come le sentenze emesse dalla Corte di giustizia nei confronti degli Stati membri inadempienti. Peraltro, si tratta di una procedura che impiega diversi anni prima di risolvere la situazione di inadempimento, con evidenti ricadute sull'uniforme applicazione della disciplina giuridica posta dalle direttive. Con riferimento alla direttiva 2019/1152, si segnala come al termine fissato per il suo recepimento essa non sia stata ancora eseguita da numerosi Stati membri ⁽²⁵⁾, ma non è stato presentato alcun ricorso per infrazione dinanzi alla Corte di giustizia, né è stata avviata la fase c.d. precontenziosa da parte della Commissione ⁽²⁶⁾.

Per ovviare al suddetto problema della mancata uniformità nell'applicazione del diritto UE, la Corte di giustizia ha applicato anche alle direttive la ben nota teoria della efficacia diretta, secondo la quale se una norma dell'ordinamento in questione non direttamente applicabile presenta determinate caratteristiche – chiarezza, precisione e assenza di condizioni – e se dagli obblighi rivolti agli Stati è possibile ricavare un diritto a favore di un singolo, questi può utilizzarlo nei confronti dello Stato (c.d. efficacia diretta verticale) ⁽²⁷⁾. Ecco allora che, a fronte di un mancato, errato, tardivo adempimento di uno Stato membro dell'obbligo di risultato imposto dalla direttiva, la Corte ha ricavato la possibilità dei singoli di avvalersi comunque di un diritto rinveniente dalla medesima. L'efficacia diretta viene così a configurarsi come una sorta di “reazione” nei confronti degli Stati (in tutto o in parte) inadempienti. Applicando questa teoria abbiamo già visto che, in base a quanto prevede il TFUE, essi sono liberi di scegliere come adempiere alla direttiva, farlo, ma devono farlo entro il termine in essa stabilito. Ne consegue che i loro comportamenti negligenti, volutamente omissivi o ritardatari, ecc., sono resi meno efficaci, anche in considerazione dell'elevato numero di direttive che vengono approvate dalle istituzioni dell'Unione. Infine, quando una direttiva ha efficacia diretta, in virtù del principio del primato del diritto UE sugli ordinamenti giuridici nazionali, ogni singolo giudice è tenuto a disapplicare il diritto nazionale e ad applicare la direttiva.

⁽²⁵⁾ Al 31 dicembre 2022 non vi avevano ancora provveduto: Danimarca, Irlanda, Grecia, Spagna, Cipro, Lussemburgo, Ungheria, Polonia, Portogallo e Slovenia.

⁽²⁶⁾ Al fine di favorire il recepimento della direttiva (UE) 2019/1152, nel giugno 2021 la Commissione ha pubblicato on-line uno specifico rapporto, redatto da un gruppo di esperti e intitolato *Transposition of Directive (EU) 2019/1152 on transparent and predictable working conditions in the European Union*. Un interessante studio preliminare è stato condotto da V. BOZHKO, I. KULCHII, V. ZADOROZHNYI, *Comparative legal analysis of the Directive 2019/1152 of the European Parliament and of the Council of 20 June 2019 on transparent and predictable working conditions in the European Union with the current labour law of all its Member States*, in *SHS Web of Conferences*, 2020, vol. 85, articolo n. 01005.

⁽²⁷⁾ In materia la giurisprudenza e la bibliografia sono assai ampie; si veda, per tutti, G. CONTALDI, *Effetto diretto e primato del diritto comunitario*, in S. CASSESE (a cura di), *Dizionario di diritto pubblico*, Giuffrè, 2006, p. 2124 ss.

La direttiva 2019/1152, data la chiarezza e la precisione degli obblighi informativi che incombono sul datore di lavoro, potrebbe considerarsi provvista di efficacia diretta. Ciò implicherebbe, tuttavia, una violazione del principio di eguaglianza sostanziale tra il lavoratore pubblico e quello privato. Se, infatti, il primo potrebbe invocare dinanzi al giudice la suddetta direttiva – in ossequio alla suddetta efficacia diretta verticale – il secondo non potrebbe farlo. Infatti, la sua controparte, ossia il suo datore di lavoro, è anch'esso un soggetto privato che non ha, però, responsabilità per la mancata attuazione della medesima direttiva da parte dello Stato membro. In altri termini, non essendo ammessa l'efficacia diretta orizzontale (tra due soggetti privati) di una direttiva, si finirebbe per tutelare in modo diverso delle situazioni uguali.

Secondo costante giurisprudenza della Corte di giustizia lo Stato inadempiente, dopo la scadenza del termine di recepimento di una direttiva, può anche essere condannato al risarcimento dei danni, qualora dalla mancata, inesatta o tardiva attuazione della direttiva consegua un danno a carico del singolo e vi sia un nesso di causalità tra l'inadempimento dello Stato e siffatto danno ⁽²⁸⁾. Ciò è a dirsi anche per le direttive prive di efficacia diretta e, sotto questo profilo, aumenta la pressione sugli Stati UE al fine dell'adempimento anche di questo tipo di direttive.

Peraltro, riconoscere efficacia diretta a una direttiva e/o il risarcimento del danno, in caso di mancata o errata attuazione, non libera lo Stato inadempiente dall'obbligo di dar loro corretta attuazione, “eliminando” dall'ordinamento giuridico nazionale le norme in contrasto con quelle della direttiva, sì da consentirle di essere applicata in maniera uniforme in tutti gli Stati membri.

7. Il recepimento della direttiva 2019/1152 nell'ordinamento giuridico italiano

Per quanto riguarda l'Italia, il nostro ordinamento giuridico si adatta alle direttive (o, se si preferisce, recepisce le direttive) principalmente attraverso lo strumento della delega legislativa, che prevede che il Parlamento approvi una legge delega, con la quale dia mandato al Governo ad adottare gli atti di esecuzione ⁽²⁹⁾. Al fine di dare attuazione in Italia al diritto derivato UE non direttamente applicabile – quindi, principalmente, alle direttive –, la legge delega contiene un elenco di provvedimenti che il nostro Stato ha l'obbligo di eseguire e il Parlamento delega il Governo a farlo.

La scelta di ricorrere a una legge delega quale “contenitore” di una serie di direttive da recepire è stata dovuta alla circostanza che, in passato, è accaduto frequentemente che il Parlamento non fosse in grado di attuare nei termini e in modo adeguato il diritto derivato UE non direttamente applicabile, o lo facesse in maniera disordinata, approvando singole leggi con riferimento a ogni direttiva. Questo ha prodotto confusione, ma soprattutto frequenti inadempimenti dell'Italia, che a più riprese è stata condannata per infrazione dalla Corte di giustizia ⁽³⁰⁾, o si è trovata a essere il

⁽²⁸⁾ Si tratta della nota giurisprudenza formatasi a partire da C. giust. 19 novembre 1991, cause riunite C-6/90 e C-9/90, *Franconich e a.*, recentemente ribadita da C. giust. 18 gennaio 2022, causa C-261/20, *Thelen Technopark Berlin*, punto 41.

⁽²⁹⁾ F. MUNARI, *Gli effetti del diritto dell'Unione europea sul sistema interno delle fonti*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 2013, n. 4, p. 725 ss.

⁽³⁰⁾ In tema si veda, da ultimo, R. ADAM, *L'Italia e le procedure di infrazione: ragioni e rimedi*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 2021, n. 2, p. 371 ss.

“laboratorio” per la sua giurisprudenza in tema di efficacia diretta verticale delle direttive e di risarcimento del danno per la loro mancata o errata attuazione.

L’evoluzione legislativa volta a utilizzare la legge delega ha visto l’avvicinarsi di diverse leggi, attraverso le quali il meccanismo è andato precisandosi e perfezionandosi: la c.d. legge Fabbri (l. n. 183/1987), seguita dalla c.d. legge La Pergola (l. n. 86/1989) e dalla c.d. legge Buttiglione (l. n. 11/2005). In ordine di tempo, l’ultima legge che ha disciplinato la questione è la l. n. 234/2012, che ha confermato lo strumento della legge delega, chiamata legge di delegazione europea ⁽³¹⁾. In base ad essa ogni anno il Governo, entro la fine di febbraio, verifica quali atti di diritto derivato UE non direttamente applicabili (principalmente direttive) devono essere attuati, anche in ragione del termine in essi previsto per il loro recepimento. All’esito di questa ricognizione, il Governo chiede al Parlamento di approvare una legge delega, per consentire di recepire gli atti di diritto UE non direttamente applicabili tramite decreti delegati.

La legge di delegazione europea è il principale, ma non l’unico strumento di cui possono avvalersi i nostri organi costituzionali al fine di attuare il diritto derivato UE non direttamente applicabile. La l. n. 234/2012, infatti, ha previsto anche l’istituto della c.d. legge europea, utilizzabile dal Parlamento nel caso in cui preferisca recepire direttamente un determinato atto di diritto UE non direttamente applicabile ⁽³²⁾.

La direttiva 2019/1152 è stata recepita in Italia con il d.lgs. n. 104/2022, approvato in esecuzione della l. n. 53/2021, recante delega al Governo per il recepimento delle direttive europee e l’attuazione di altri atti dell’Unione europea – la suddetta legge di delegazione europea – per gli anni 2019-2020. Ai sensi dell’art. 21, parr. 4 e 5 della direttiva 2019/1152, gli Stati membri, in conformità del diritto e delle prassi nazionali, adottano misure adeguate al fine di garantire l’effettiva partecipazione delle parti sociali ⁽³³⁾, nonché promuovere e rafforzare il dialogo sociale in vista dell’attuazione della stessa. Essi possono affidare alle parti sociali l’attuazione della direttiva, laddove esse lo richiedano congiuntamente e a condizione che gli Stati membri adottino tutte le misure necessarie per essere sempre in grado di assicurare i risultati prescritti dalla

⁽³¹⁾ Per una valutazione critica sul suo funzionamento si veda R. MASTROIANNI, *L’attuazione a livello nazionale degli atti europei: le regole della legge 234 del 2012 alla prova della prassi recente*, in *CI – Europa*, 2018, n. 1, p. 99 ss.

⁽³²⁾ Nel nostro ordinamento, anche le Regioni e le Province autonome hanno talune competenze di attuazione del diritto derivato UE, che sono state rafforzate con la riforma del titolo V Cost., occorsa con la l. cost. n. 3/2001. Quando una direttiva riguardi una materia di competenza regionale, spetterà alle Regioni e alle Province autonome darvi seguito e adottare gli atti volti a recepirli. In tema di rapporti tra diritto UE, diritto interno di rango nazionale e diritto interno regionale si veda G. ARRIGO, *Rapporti tra ordinamento comunitario e ordinamento interno dopo la modifica del Titolo V della Costituzione*, in A. DI STASI (a cura di), *Diritto del lavoro e federalismo*, Giuffrè, 2004, p. 201 ss.; A. TROJSI, *Sistema delle fonti e politiche del lavoro e della formazione professionale: Unione europea, Stato e Regioni*, in *Diritti Regionali*, 2018, p. 515 ss., p. 516-517.

⁽³³⁾ Con la locuzione “parti sociali” ci si riferisce ai rappresentanti dei dirigenti d’azienda e dei lavoratori (organizzazioni dei datori di lavoro e sindacati). Esse hanno un ruolo irrinunciabile nella *governance* sociale ed economica, poiché rappresentano, da ogni punto di vista, gli interessi e i problemi del mondo lavorativo, dalle condizioni di lavoro allo sviluppo della formazione continua, passando per la definizione delle norme salariali. Le parti sociali hanno il diritto di impegnarsi, per conto dei propri membri, in un dialogo che potrebbe culminare in accordi collettivi riguardanti le problematiche che di volta in volta si presentano e possono impegnare i propri membri a intraprendere determinate azioni in fase negoziale.

presente direttiva. Con riferimento al recepimento della direttiva 2019/1152 in Italia, si sono registrate numerose critiche in merito a tale profilo, motivate dallo scarso coinvolgimento di rilevanti settori del mondo del lavoro, quali gli ordini e le associazioni di professionisti.

Condizioni di lavoro trasparenti e prevedibili in prospettiva comparata

di Paolo Pardolesi

Abstract – La direttiva (UE) 2019/1152 relativa a condizioni di lavoro trasparenti e prevedibili nell’Unione Europea estende sostanzialmente gli obblighi dei datori di lavoro di fornire informazioni sugli aspetti essenziali del loro rapporto con i lavoratori. In questo saggio l’autore accosta la tradizione europea al modello di common law cercando affinità e discrasie tra il mondo del lavoro statunitense e quello britannico.

Abstract – The EU Directive 2019/1152 on transparent and predictable working conditions in the European Union substantially extends the obligations of employers to provide information on the essential aspects of their relationship with employees. In this essay the autor have approached the European tradition with the common law model, looking for affinities and discrepancies between the American and British world of work.

Sommario: 1. Introduzione. – 2. La panoramica europea: finalità della direttiva (UE) 2019/1152. – 2.1. Ambito di applicazione e obblighi informativi – 2.2. Meccanismi di tutela. – 3. Il modello statunitense. – 3.1. *L’Handbook employee*. – 4. L’esperienza giuridica inglese – 4.1. Le origini e l’*Employment Right Act del 1996* – 4.2. Le informazioni ai lavoratori in Uk *post Brexit*.

1. Introduzione

Una premessa, che non vuol essere un *disclaimer*. Non sono un lavorista e ciò avrebbe dovuto indurmi a declinare l’invito, cortese ma sin troppo fiducioso, a scrivere sul tema delle condizioni di lavoro trasparenti e prevedibili (sia pure in prospettiva comparata, questa sì di mia competenza). Ho troppo rispetto per le capacità specialistiche per mettermi panni che non sono miei. Ma sono curioso; e il tema s’iscrive, per tanti motivi, anche d’attualità, fra quelli davvero stimolanti, anche per i non addetti ai lavori. Sì che, in veste di profano interessato, mi sono messo alla ricerca di qualche informazione in più. Le note che seguono sono la ricognizione di un viaggio, che ho iniziato quasi con titubanza, ma che, alla fine, si è rivelato proficuo. Almeno per chi l’ha intrapreso.

2. La panoramica europea: finalità della direttiva (UE) 2019/1152

La direttiva (UE) 2019/1152 – tesa al miglioramento delle condizioni di lavoro attraverso un’occupazione più trasparente e prevedibile che garantisca l’adattabilità del

mercato del lavoro – introduce secondo la logica del “*race to the bottom*” una serie di diritti c.d. minimi inderogabili e aggiorna le norme sulle informazioni da fornire ai lavoratori in merito alle loro condizioni di lavoro, contribuendo a rafforzare la dimensione sociale dell’Europa (1).

Più in chiaro, muovendo dal pilastro dell’art. 31 della Carta dei diritti fondamentali dell’UE (in forza del quale ogni lavoratore ha diritto a condizioni di lavoro sane, sicure e dignitose nonché ad una limitazione della durata massima del lavoro, a periodi di riposo giornalieri e settimanali e a ferie annuali retribuite), l’Unione Europea mira ad implementare in tutti gli Stati membri i principi 5 e 7 del pilastro europeo dei diritti sociali: «tra i mutamenti cui la direttiva intende far fronte vi è, in primo luogo, l’emergere di forme di lavoro inedite e sempre più lontane dal modello della subordinazione, quali, ad esempio, il lavoro a chiamata, il lavoro intermittente, il lavoro a voucher o tramite piattaforma digitale. Forme di lavoro, quelle appena citate, che muovono tutte nella direzione dell’incertezza e dell’imprevedibilità delle condizioni di lavoro. Da qui l’esigenza che anche questi lavoratori siano pienamente e tempestivamente informati, per iscritto e in un formato facilmente accessibile, in merito alle condizioni essenziali di lavoro, e che siano loro riconosciuti nuovi diritti minimi tesi a promuovere la sicurezza e la prevedibilità dei rapporti» (2). Quanto dire che, indipendentemente dal tipo e dalla durata del rapporto di lavoro, si deve garantire ai lavoratori un trattamento equo e paritario in merito a condizioni di lavoro, accesso, protezione sociale e formazione (3).

In particolare, prendendo le mosse dall’analisi dello spazio temporale antecedente il licenziamento, si afferma come i lavoratori abbiano diritto tanto a conoscere le reali motivazioni della loro destituzione, quanto a ricevere un ragionevole periodo di preavviso (4).

Altro aspetto di assoluto rilievo concerne l’opportunità che i lavoratori debbano avere il diritto di accedere a una risoluzione delle controversie efficace e imparziale e, in

(1) Per una ricognizione sulla cennata direttiva si veda, orientativamente, S. BORRELLI, G. ORLANDINI, *Appunti sulla nuova legislazione sociale europea. La direttiva sul distacco transnazionale e la direttiva sulla trasparenza*, in *Questione Giustizia*, 2019, p. 54 ss.; F. BANO, *Il lavoro invisibile nell’agenda digitale di Europa 2020*, in *LD*, 2020, p. 475 ss.; G. BERGAMASCHI, *Trasparenza e prevedibilità delle condizioni di lavoro dopo la Direttiva Ue*, in *GLav*, 2019, p. 22.

(2) Così, G. BERGAMASCHI, *op. cit.*, p. 22, che osserva come «da Risoluzione del 19 gennaio 2017 invitava a estendere le attuali norme minime alle nuove tipologie di rapporto di lavoro, migliorare l’applicazione del diritto dell’UE, accrescere la certezza giuridica nell’ambito del mercato unico e prevenire la discriminazione; ciò completando la normativa unionale in vigore e garantendo a tutti i lavoratori un nucleo di diritti azionabili, indipendentemente dal tipo di contratto o rapporto di lavoro. E, in seguito, la Risoluzione del 4 luglio 2017 sulle condizioni di lavoro e l’occupazione precaria, esortava la Commissione a rivedere la direttiva sulle dichiarazioni scritte onde tenere conto delle nuove forme di occupazione. Ciò posto, la Relazione di accompagnamento alla proposta della direttiva in esame indica con chiarezza che l’obiettivo generale della direttiva proposta è promuovere un’occupazione più sicura e prevedibile e garantire nel contempo l’adattabilità del mercato del lavoro, migliorando le condizioni di vita e di lavoro».

(3) Fine mediato la “transizione” a forme di lavoro a tempo indeterminato. Così come sul versante informativo si punta su informazioni per iscritto all’inizio del rapporto di lavoro in ordine a diritti/obblighi derivanti dal rapporto di lavoro e condizioni del periodo di prova.

(4) Del resto, già la carta sociale europea, prevedeva l’impegno delle parti di «riconoscere a tutti i lavoratori un ragionevole periodo di preavviso nel caso di cessazione del lavoro»: ciò perché altro, rispetto al diritto al preavviso, è quello alla relativa indennità sostitutiva, senz’altro disponibile.

caso di licenziamento ingiustificato, il diritto di ricorso ed una compensazione adeguata. In questa prospettiva, la direttiva in parola pone l'accento sulla retribuzione rimarcando la necessità che – al fine di prevenire la povertà lavorativa – debba essere equa e offrire un tenore di vita dignitoso: 1) si devono garantire retribuzioni minime adeguate (che soddisfino i bisogni del lavoratore e della sua famiglia in funzione delle condizioni economiche e sociali nazionali) salvaguardando nel contempo l'accesso al lavoro e gli incentivi alla ricerca di una stabile occupazione; 2) le retribuzioni dovranno essere fissate in maniera trasparente e prevedibile, nel rispetto delle prassi nazionali e dell'autonomia delle parti sociali; 3) conformemente alle legislazioni e ai contratti collettivi, dovrà essere garantita ai datori di lavoro la necessaria flessibilità per adattarsi rapidamente ai cambiamenti del contesto economico; 4) si incoraggiano tutte le forme innovative di lavoro in grado di garantire condizioni di qualità (così come l'imprenditorialità e il lavoro autonomo) e, infine, 5) si sostiene la mobilità professionale. Sulla scorta di considerazioni di tal fatta, non sorprende come nella convenzione in commento vengano osteggiati i rapporti di lavoro che portano al precariato, anche vietando l'abuso dei contratti atipici ed i periodi di prova devono avere una durata ragionevole.

2.1. Ambito di applicazione e obblighi informativi

Al fine di raggiungere le finalità *supra* cennate, il legislatore unionale ha provveduto ad ampliare l'ambito di applicazione della precedente direttiva (ossia la direttiva (UE) 1991/533) concernente i soli lavoratori subordinati. Non a caso, ai sensi dell'art. 1 § 2, i destinatari della direttiva che ci occupa sono tutti i lavoratori dell'Unione «che hanno un contratto di lavoro o un rapporto di lavoro quali definiti dal diritto, dai contratti collettivi, o dalle prassi in vigore in ciascuno Stato membro tenendo conto della giurisprudenza della Corte di Giustizia» ⁽⁵⁾. Tra i soggetti di cui si occupa la regolazione vi sono anche i lavoratori a zero ore, come gli operatori delle catene di fast food, dei centri logistici, gli scaffalisti dei supermercati, i domestici o c.d. lavoratori a voucher e tramite piattaforma, gli autisti o i corrieri a chiamata ⁽⁶⁾.

⁽⁵⁾ Più nello specifico, tutti coloro che lavorano più di tre ore a settimana in un periodo di riferimento di quattro settimane consecutive (ovvero più di 12 ore al mese) e sono vincolati da un contratto di lavoro (o un rapporto di lavoro) definiti dal diritto, dai contratti collettivi o dalle prassi in vigore in ciascuno Stato membro, tenendo conto della giurisprudenza della Corte di giustizia dell'UE. A tenore della Corte di giustizia dell'Unione europea, sentenza 3 giugno 2021: «per quanto riguarda le condizioni di impiego, i lavoratori a tempo determinato non possono essere trattati in modo meno favorevole dei lavoratori a tempo indeterminato» e «per prevenire gli abusi derivanti dall'utilizzo di una successione di contratti o rapporti di lavoro a tempo determinato, gli Stati membri, previa consultazione delle parti sociali a norma delle leggi, dei contratti collettivi e della prassi nazionali, e/o le parti sociali stesse, dovranno introdurre, in assenza di norme equivalenti per la prevenzione degli abusi e in un modo che tenga conto delle esigenze di settori e/o categorie specifici di lavoratori, una o più misure relative a: a) ragioni obiettive per la giustificazione del rinnovo dei suddetti contratti o rapporti; b) la durata massima totale dei contratti o rapporti di lavoro a tempo determinato successivi; c) il numero dei rinnovi dei suddetti contratti o rapporti».

⁽⁶⁾ Sul punto merita un cenno quanto sancito recentemente da un'ultima sentenza della Sala de Social spagnola: «[n]ella società postindustriale il concetto di dipendenza è diventato più flessibile. Le innovazioni tecnologiche hanno favorito la nascita di sistemi di controllo digitalizzati per la prestazione

Quanto agli obblighi informativi, i datori di lavoro devono comunicare ai lavoratori per iscritto, e al più tardi entro una settimana dal primo giorno lavorativo, gli elementi essenziali del rapporto di lavoro, tra cui: a) le identità delle parti del rapporto di lavoro; il luogo di lavoro e la natura dell'impiego; b) la data di inizio e, se si tratta di un rapporto di lavoro a tempo determinato, la data di fine, così come la durata e le condizioni del periodo di prova, se previsto; c) la retribuzione di base ogni altro elemento costitutivo della retribuzione, compresi gli straordinari e la periodicità e le modalità di pagamento; d) la durata normale della giornata o della settimana di lavoro, se l'organizzazione del lavoro è prevedibile; e, infine, e) se l'organizzazione del lavoro è imprevedibile, il datore di lavoro informa il lavoratore riguardo alle ore e ai giorni di riferimento nei quali può essere imposto al lavoratore di lavorare, al periodo minimo di preavviso prima dell'inizio di un incarico, al numero garantito di ore retribuite (7).

Mentre la scadenza entro la quale il datore di lavoro deve informare i lavoratori è di un mese dal primo giorno di lavoro per: 1) la durata del congedo retribuito; 2) il diritto alla formazione; 3) i contratti collettivi che disciplinano le condizioni di lavoro del lavoratore; 4) ove la responsabilità incombà al datore di lavoro, l'identità delle istituzioni di sicurezza sociale che ricevono i contributi sociali; 5) i periodi di preavviso in caso di cessazione del rapporto di lavoro o le modalità di determinazione di detti periodi di preavviso; 6) nel caso di lavoratori tramite agenzia interinale, l'identità delle imprese utilizzatrici (ovvero quelle imprese che fanno uso dei servizi dell'agenzia interinale), quando e non appena è nota.

Per i lavoratori ricollocati («distaccati») in un altro Stato membro o in un paese terzo il datore di lavoro deve somministrare i documenti richiesti prima della partenza del lavoratore, contenenti almeno le seguenti informazioni supplementari: 1) i paesi in cui deve essere svolto il lavoro all'estero e la durata prevista; 2) la valuta in cui verrà corrisposta la retribuzione; 3) se del caso, le prestazioni in denaro o in natura inerenti agli incarichi; 4) se sia previsto il rimpatrio e, in caso affermativo, le condizioni che disciplinano il rimpatrio del lavoratore.

La direttiva, poi, nel capo III, sempre nell'ottica di garantire la stabilità e la prevedibilità delle condizioni di lavoro, predispose una serie di disposizioni concernenti i cd. diritti minimi per i lavoratori, tra i quali il diritto (8): a) ad un periodo di prova non superiore a sei mesi, a meno che ciò non sia nell'interesse del lavoratore o giustificato dalla natura dell'impiego; b) a lavorare per un altro datore di lavoro al di fuori dell'orario di lavoro stabilito senza trattamento sfavorevole, a meno che le restrizioni di

dei servizi. L'esistenza di una nuova realtà produttiva obbliga ad adattare i concetti di dipendenza e alienità alla realtà sociale del tempo in cui le norme devono essere applicate».

(7) Sul punto si veda G. BERGAMASCHI, *op. cit.*, p. 25, che rimarca come da quanto rilevato si possa desumere «l'intervenuto ampliamento del contenuto dell'obbligo informativo, oggi riguardante, diversamente da quanto previsto dalla precedente direttiva, anche i seguenti aspetti del rapporto lavorativo, prima non contemplati: durata e condizione della prova, diritti alla formazione, condizioni relative al lavoro straordinario, programmazione del lavoro variabile, sistemi di sicurezza sociale».

(8) «Il legislatore unionale prevede, altresì, che gli Stati membri si dotino di strumenti utili a proteggere da conseguenze sfavorevoli chi, per ottenere il rispetto dei diritti di cui alla direttiva in commento, abbia avviato un procedimento contro il proprio datore. A ciò dovranno aggiungersi misure dirette a vietare il licenziamento di chi abbia esercitato detti diritti e a porre in capo al datore di lavoro l'onere di provare che l'eventuale recesso sia da ricondursi a motivi diversi. Le previsioni di cui sopra dovranno essere accompagnate da un sistema di sanzioni effettive, proporzionate e dissuasive» (G. BERGAMASCHI, *op. cit.*, p. 36).

incompatibilità siano giustificate da motivi obiettivi; c) per i lavoratori la cui organizzazione del lavoro è interamente o in gran parte imprevedibile, rifiutare un incarico di lavoro se questo non rientra nelle ore e nei giorni di riferimento senza subire conseguenze negative; d) a richiedere, dopo sei mesi di servizio presso lo stesso datore di lavoro, una forma di lavoro con condizioni di lavoro più prevedibili e sicure; e, infine, e) a ricevere una formazione gratuita, qualora il datore di lavoro sia tenuto, a norma del diritto dell'Unione o nazionale o dei contratti collettivi, ad erogare tale formazione ⁽⁹⁾.

2.2. Meccanismi di tutela

Al fine di assicurare una reale (quanto efficace) tutela dei lavoratori, la recente direttiva invita gli Stati membri ad introdurre dei sistemi di presunzioni favorevoli che operino qualora il datore di lavoro non ottemperi ai propri doveri di informazione o meccanismi di risoluzione rapida delle controversie. In tale prospettiva, gli Stati membri dovranno provvedere affinché: 1) l'eventuale periodo di prova non superi i sei mesi (salvo casi eccezionali ove la natura dell'impiego o l'interesse del lavoratore giustifichino una durata maggiore); 2) il lavoratore possa accettare un impiego presso altri datori di lavoro, fatta salva la possibilità di prevedere restrizioni sulla base di motivi oggettivi (quali, tra gli altri, la tutela della salute e dell'integrità del lavoratore, la protezione della riservatezza degli affari, l'esigenza di prevenire eventuali conflitti di interesse); 3) «qualora l'organizzazione del lavoro sia interamente (o in gran parte imprevedibile), il lavoratore (i) sia chiamato a svolgere la propria prestazione entro giorni e ore predeterminati (ii) sia informato con un preavviso ragionevole dell'assegnazione di un nuovo incarico (iii) ove le prime due condizioni non siano rispettate, abbia il diritto di rifiutare un incarico senza conseguenze negative sul rapporto (iv) abbia diritto a una compensazione ove il datore annulli l'incarico precedentemente concordato dopo un determinato termine ragionevole»; 4) siano introdotte misure per prevenire il ricorso abusivo ai contratti di lavoro a chiamata (o ad analoghi contratti di lavoro); 5) un lavoratore con almeno sei mesi di servizio presso lo stesso datore, nel caso in cui abbia superato l'eventuale periodo di prova, possa chiedere il passaggio a una forma di lavoro con condizioni più prevedibili/sicure e riceva dal datore una risposta scritta e motivata entro un mese; e, infine, 6) «la formazione erogata dai datori di lavoro sia gratuita, sia considerata come orario di lavoro e, ove possibile, si svolga durante l'orario di lavoro» ⁽¹⁰⁾.

A ben vedere, come rimarcato dal formatore dottrinale, in una prospettiva pratica non si chiede di attuare un diritto di precedenza che scatti qualora ci siano nuove assunzioni a tempo indeterminato, ma si impone che gli Stati membri, in favore di un lavoratore con almeno sei mesi di servizio presso lo stesso datore di lavoro, garantiscano la possibilità di chiedere una forma di lavoro con condizioni di lavoro più prevedibili e sicure, se disponibile, ricevendo una risposta scritta motivata entro un mese dal

⁽⁹⁾ Sul punto cfr. C. giust. 9 marzo 2021, C-344/19, in *RIDL*, 2021, II, p. 331, con nota di S. BELLOMO, L. ROCCHI, *Orario di lavoro, reperibilità, fruizione del tempo libero. La Corte di giustizia e il parziale superamento della sentenza Matzak del 2018*.

⁽¹⁰⁾ Sul punto si veda G. BERGAMASCHI, *op. cit.*, pp. 26-27.

datore di lavoro. Ovviamente, per evitare che diventi una mera formalità, tale sistema dovrebbe essere corredato da misure di contesto in grado effettivamente di supportare e premiare le pratiche virtuose ⁽¹¹⁾. In altri termini, questo ultimo sistema può contribuire a implementare comportamenti antielusivi da parte dei datori di lavoro nell'uso della flessibilità, costringendo almeno ad elaborare, motivandola, la negazione della stabilità ⁽¹²⁾. Più in chiaro, in tema di formazione, l'art. 13 prevede che qualora un datore di lavoro sia tenuto, a norma del diritto dell'Unione o nazionale o dei contratti collettivi, ad erogare a un lavoratore formazione ai fini dello svolgimento del lavoro per il quale è stato assunto, la stessa debba essere considerata come orario di lavoro ⁽¹³⁾.

Gli Stati membri possono consentire alle parti sociali di concludere contratti collettivi che stabiliscano condizioni di lavoro che differiscono da quelle testé cennate sempre che ciò avvenga nel rispetto della protezione generale dei lavoratori. Per quanto attiene all'uso di contratti di lavoro a chiamata o analoghi (a mo' di esempio non esaustivo i contratti di *gig-economy* o i contratti a zero ore) si devono adottare misure efficaci per prevenirne l'abuso quali: 1) limitazioni dell'uso e della durata di contratti di lavoro a chiamata o analoghi; e 2) presunzione confutabile dell'esistenza di un rapporto di lavoro con un numero garantito di ore retribuite basato sulle ore lavorate in un precedente periodo di riferimento. D'altronde, gli Stati membri sono tenuti a garantire che, qualora un lavoratore non abbia ricevuto le informazioni pertinenti a tempo debito, questi abbia accesso ad almeno una delle seguenti soluzioni: a) sporgere denuncia a un'autorità o a un organo competente e ricevere un'adeguata riparazione in modo tempestivo ed efficace; oppure b) beneficiare delle presunzioni favorevoli. Per questa via, si devono favorire gli accessi ai c.d. metodi alternati di risoluzione delle controversie sia per i lavoratori il cui rapporto di lavoro è cessato, sia per i lavoratori vittime di qualsiasi trattamento sfavorevole da parte del datore di lavoro proteggendoli da qualsiasi conseguenza sfavorevole derivante da un reclamo presentato ⁽¹⁴⁾.

⁽¹¹⁾ M.D. FERRARA, *Uso e abuso della somministrazione di lavoro: la reiterazione di missioni successive al vaglio della Corte di Giustizia dell'Unione Europea*, in *ADL*, 2021, n. 2.

⁽¹²⁾ M.D. FERRARA, *Dall'ideologia della flessibilità al rischio della precarietà: dignità e flessibilità del lavoro*, in *VTDL*, 2020, n. 3, p. 653.

⁽¹³⁾ Sul tema si è pronunciata C. giust. 28 ottobre 2021, causa C-909/19, a tenore della quale «Il periodo di tempo durante il quale un lavoratore segue una formazione professionale impostagli dal suo datore di lavoro, che si svolge al di fuori del suo luogo di lavoro abituale, nei locali del prestatore dei servizi di formazione, e durante il quale egli non esercita le sue funzioni abituali, costituisce orario di lavoro, ai sensi dell'art. 2, punto 1, della direttiva 2003/88/CE». In tema, cfr. C. VALENTI, *La "messa a disposizione" del lavoratore oltre il normale orario di lavoro: quando la formazione obbligatoria deve essere remunerata*, in *DRI*, 2022, n. 2, p. 362; nonché M. ALTIMATI, *Sulla formazione obbligatoria rientrando nella nozione di orario di lavoro: l'interpretazione della Corte di Giustizia*, in *ADL*, 2022, n. 4, il quale afferma che le conclusioni a cui giunge la Corte appaiono senza dubbio rilevanti anche nell'ottica dell'ordinamento interno: tra i settori maggiormente interessati da controversie in ordine alla corretta qualificazione degli adempimenti formativi a carico dei dipendenti vi è quello scolastico e di recente una sentenza di merito – Trib. Milano 21 luglio 2021 – ha riconosciuto il diritto alla retribuzione a favore di un docente di un istituto superiore, destinatario di un corso obbligatorio in tema di sicurezza sul lavoro, in quanto rappresentante dei lavoratori per la sicurezza.

⁽¹⁴⁾ In Italia è nota l'ADR come procedura di risoluzione alternativa (in inglese, *Alternative Dispute Resolution*) che ha il vantaggio di offrire una soluzione rapida, semplice ed extragiudiziale alle controversie tra consumatori e imprese poiché il d.lgs. n. 130/2015, recependo la direttiva ADR per i consumatori 2013/11/UE ha introdotto una nuova disciplina delle procedure ADR.

Da scongiurare in senso assoluto ogni possibilità di licenziamento ritorsivo causato dall'esercizio dei diritti affermati dalla direttiva stessa.

3. Il modello statunitense

Volgendo lo sguardo all'esperienza nordamericana occorre rimarcare come i contratti di lavoro si differenzino notevolmente da quelli nostrani: di primo acchito, infatti, appare evidente come – sebbene i rapporti di lavoro risultino meno “ingessati” e notevolmente più flessibili – i compensi possano risultare più elevati e vi sia una notevole possibilità di avanzamento di carriera.

A ben vedere, i contratti di lavoro a stelle e strisce si suddividono in quattro grandi categorie: a) *exempt* e *non exempt* (sono i contratti più flessibili dove non è necessario né per il datore, né per l'impiegato dare un preavviso in caso di dimissioni e licenziamento); b) *regular full time* (ossia quelli a tempo pieno e indeterminato); c) *regular part-time* (concernenti i lavoratori a tempo definito e indeterminato); e, infine, d) *temporary* (riguardanti quei rapporti di lavoro con una durata prestabilita).

Più nello specifico, appare giocoforza rimarcare due difformità di assoluto rilievo: 1) nelle tipologie di lavoro “*at will*” il rapporto contrattuale può essere interrotto in qualsiasi momento, senza preavviso e senza (quella che nella nostra realtà giuridica viene chiamata) giusta causa ⁽¹⁵⁾; 2) nei contratti regolari a tempo pieno o limitato viene

⁽¹⁵⁾ «Employment law in America generally operates under the presumption that employment for an unspecified or indefinite term is at-will. This means that employment can be terminated by either the employee or employer at any time and for any reason, excepting improper discriminatory reasons, or for no reason at all» (N. BUCCIARELLI PEDERSEN, [A subjective approach to contract? How court interpret employee handbook disclaimers](#). Più nello specifico, nell'esperienza giuridica nordamericana, la presunzione che l'occupazione per un periodo di tempo non specificato sia “at will” è generalmente ricondotta alle parole di Horace Wood che nel suo *Treatise on the Law of Master and Servant* affermò che «with us the rule is inflexible, that a general or indefinite hiring is *prima facie* a hiring at will, and if the servant seeks to make it out a yearly hiring, the burden is upon him to establish it by proof [...] it is an indefinite hiring and is determinable at the will of either party, and in this respect there is no distinction between domestic and other servants». Tale regola si diffuse rapidamente negli Stati Uniti: non a caso nel 1895 fu adottata dalla New York Court of Appeals che – nelle pieghe della decisione del caso *Martin vs New York Life Insurance co.*, 42 N.E. 416 (N.Y. 1895) – statui come un'assunzione a tempo indeterminato dovesse essere presunta “at will”. Per un approfondimento di tali tematiche si veda, per tutti, J. FEINMANN, *The development of the employment-at will*, in *The American Journal of Legal History*, 1976, vol. 20, n. 2, pp. 118-135, che rileva come tale regola sia stata devastante per i lavoratori in quanto «transformed long-term and semi-permanent relationships into non-binding agreements terminable at will. If employees could be dismissed on a moment's notice, obviously they could not claim a voice in the determination of the conditions of work or the use of the product of their labor». Per molti anni, muovendo dalla teoria della volontà dei contratti, le corti hanno utilizzato il diritto contrattuale come baluardo di protezione per la presunzione di impiego a volontà: in breve, si riteneva che le parti intendessero che l'impiego fosse a volontà, che qualsiasi contratto di lavoro a lungo termine fosse privo di reciprocità di obblighi o che il dipendente dovesse fornire un corrispettivo indipendente per l'impiego a lungo termine. Nondimeno, in tempi più recenti, le corti hanno lentamente iniziato, da un lato, a scartare gli ultimi due motivi (in quanto fondamentalmente incoerenti con il generale rifiuto del diritto contrattuale di esaminare l'adeguatezza del corrispettivo di un contratto) e, dall'altro, prendendo le mosse dalla considerazione che sempre più dipendenti intentavano causa per licenziamento illegittimo sulla base di contratti impliciti, hanno iniziato a chiedersi se ci fosse davvero un intento reciproco che l'impiego fosse a volontà. A tale proposito, vi è stato chi ha rimarcato come

previsto un periodo di prova di almeno novanta giorni durante il quale entrambe le parti possono recedere dal contratto senza motivare la loro scelta e senza preavviso. Cerchiamo, per quanto possibile, di fare chiarezza sul punto. Quando si viene “scelti” da un’azienda spesso il contratto si presenta come una “*offer letter*” che può essere ridiscussa e rinegoziata di volta in volta. Il rapporto di lavoro a tempo determinato (e molto spesso anche quello a tempo indeterminato) è legato ai risultati effettivamente ottenuti o agli obiettivi raggiunti (ne consegue, pertanto, una stretta aderenza della busta paga al raggiungimento degli stessi). Di sovente accade che i rapporti di lavoro si basino su consulenze connesse ad un progetto particolare legato (*rectius* blindato) da un accordo di riservatezza che impedisce la divulgazione di informazioni che potrebbero avvantaggiare la concorrenza. Nondimeno, di là dalla cennata flessibilità, occorre rilevare come il datore di lavoro a stelle e strisce sia obbligato per legge ad attecnersi ad alcune norme che riguardano le pari opportunità, la non discriminazione e la sicurezza sugli ambienti di lavoro. Per questa via, particolare rilievo assume il cd. *employee handbook* (ossia una sorta di manuale, considerato una estensione del contratto di lavoro, contenente le principali linee di condotta a cui è tenuto lo stesso datore di lavoro) ⁽¹⁶⁾.

«with most of the barriers to contract analysis presented by the employment-at-will doctrine swept away, the application of traditional contract approaches to the employment relationship has proceeded in many modern courts» (M.J. ZIMER, C.A. SULLIVAN, R.H. WHITE, *Employment Discrimination: Selected Cases and Statute 2003*, Wolters Kluwer, 2003, pp. 15-16). Per questa via non sorprende che «courts have recognized certain contractual rights within the employment relationship that may arise from oral statements made by management, employment offer letters and replies, employment application forms, performance appraisals, compensation and benefit statements, employers’ practices and policies, and employee handbooks and personnel manuals» (così, N. BUCCIARELLI PEDERSEN, *op. cit.*, p. 7).

⁽¹⁶⁾ «Because these handbooks often serve to shape employee expectations about disciplinary procedures and job security, many courts have found them to be binding on an implied contract theory» (N. BUCCIARELLI PEDERSEN, *op. cit.*, p. 9). Sul punto, P. BERKS, *Social Change and Judicial Response: The Handbook Exception to Employment At Will*, in *Employee Rights and Employment Policy Journal*, 2000, vol. 4, osserva come, «under the “handbook exception”, an employer could unwittingly limit his ability to terminate an employee by disseminating a handbook that granted to employees the rights on the job beyond those traditionally recognized by the employment-at-will rule». Per questa via, uno dei primi casi a riconoscere la possibilità che un *employee handbook* costituisca un contratto implicito è stato *Woolley v. Hoffman-La Roche, Inc.*, 491 A.2d 1257 (N.J. 1985), nelle pieghe del quale l’attore, assunto senza un contratto di lavoro scritto, aveva ricevuto un “manuale del personale” un mese dopo l’assunzione. Quando venne licenziato la tesi a sostegno fu che le clausole di risoluzione del manuale del personale richiedenti determinate procedure prima della risoluzione erano contrattualmente applicabili. La Corte Suprema del New Jersey ha concordato, statuendo che «when an employer of a substantial number of employees circulates a manual that, when fairly read, provides that certain benefits are an incident of the employment (including, especially, job security provisions), the judiciary, instead of ‘grudgingly’ conceding the enforceability of these provisions [...] should construe them in accordance with the reasonable expectation of the employees». Per un’analisi critica *sull’employee handbook* si rinvia orientativamente a R.L. LEVY, *Judicial interpretation of employee handbooks: the creation of a common law information-eliciting penalty default rule*, in *The University of Chicago Law Review*, 2005, vol. 72, n. 2; K.D. FLETCHER, *The disjointed doctrine of the handbook exception to employment at will: a call for clarity through contract analysis*, in *Gonz. L. Rev.*, 1998-1999, vol. 34.

3.1. *L'employee handbook*

Il sistema economico statunitense prevede che i responsabili delle risorse umane provvedano ad illustrare ad ogni nuovo impiegato (sin dal suo ingresso in azienda) la storia sociale, la *vision*, gli obiettivi raggiunti (e da perseguire) nel tempo e i valori consolidati dalla compagine lavorativa.

Il secondo imprescindibile *step* da compiere per il nuovo assunto concerne l'inserimento/presentazione aziendale. In breve, al nuovo dipendente verranno presentati: lo staff di appartenenza, le procedure di valutazione periodica, le mansioni, i segreti aziendali ed i vincoli legati alla conoscenza del prodotto della clientela e di informazioni riservate nonché le azioni legali connesse alla violazione dell'accordo di riservatezza che dovrà firmare contestualmente all'assunzione.

In questa prospettiva, come cennato in precedenza, uno degli argomenti di cui maggiormente si occupa il cennato *employee handbook* è la descrizione dei fattori di discriminazione sancendo che nessuno può subire ritorsioni per questioni attinenti a: sesso, razza, religione, convinzioni personali, handicap, età e orientamento sessuale⁽¹⁷⁾. Più in chiaro, le discriminazioni potranno essere dirette (allorché immediatamente lesive del fattore protetto) o indirette (allorquando una disposizione, una prassi, un criterio, un atto, un patto o un comportamento apparentemente neutro mettano o possano mettere i lavoratori in una posizione di "particolare svantaggio" rispetto ad altre persone)⁽¹⁸⁾.

Nel manuale del lavoratore viene ampiamente descritto il periodo di prova con la possibilità di entrambi le parti di recedere dal rapporto tramite comunicazione nonché gli orari lavorativi, le pause pranzo, i permessi orari che possono essere richiesti per esigenze personali o familiari. L'azienda descrive ampiamente anche l'utilizzo che farà dei dati personali in suo possesso attinenti alla persona del lavoratore. Le informazioni rilasciate prevedono altresì un'ampia descrizione della valutazione della *performance* del lavoratore che – avvenendo solitamente ogni sei mesi – concerne il raggiungimento

(17) Nel 2012 l'agenzia federale per le pari opportunità (*Equal Employment Opportunity Commission-EEOC*) ha stabilito che il VII titolo della *Civil Rights Act* (1964) non può consentire alcun tipo di discriminazione fondata sull'identità di genere nei luoghi di lavoro in quanto forma discriminatoria basata sul sesso; nel 2015 la stessa Commissione ha concluso alla stessa maniera anche per quel che riguarda la discriminazione nel posto di lavoro basata sull'orientamento sessuale.

(18) Il 21 luglio 2014 il presidente Obama ha firmato l'ordine esecutivo n. 13672, aggiungendo l'"identità di genere" alle categorie protette contro la discriminazione in assunzione della forza lavoro federale civile e l'"orientamento sessuale" e l'identità di genere alle categorie protette contro la discriminazione nell'assunzione e Occupazione da parte dei contraenti e subappaltatori del governo federale. Nel giugno 2020, una sentenza della Corte Suprema ha esteso l'interpretazione della parola "sex" presente nel *Civil Rights Act* del 1964, stabilendo il divieto di discriminazione dei lavoratori non soltanto in base al sesso biologico, ma anche all'orientamento sessuale. In vero già agli inizi del nostro secolo la Suprema Corte nel caso *Lawrence v. Texas* [539 U.S. 558,578 (2003)] ha riconosciuto il diritto a non essere discriminati per il proprio orientamento sessuale come costituzionalmente garantito dalla *due process of law* chiarendo che andasse disapplicato lo statuto del Texas che riteneva reato l'attività sessuale intrapresa tra due lavoratori appartenenti allo stesso sesso poiché il diritto di libertà costituzionalmente garantito dalla *due process clause* riconosce agli individui la possibilità di condurre pratiche private senza l'ingerenza dello Stato.

degli obiettivi aziendali connessi ad un incremento salariale a benefit o compensazioni dei danni provocati ⁽¹⁹⁾.

Nelle pieghe dell'*employee handbook* vi è una sezione disciplinare (ossia la descrizione di comportamenti che potrebbero essere sanzionati da parte del datore di lavoro) che comprende solitamente le seguenti azioni: a) accessi alla proprietà aziendale non autorizzati o fuori dall'orario di lavoro; b) l'utilizzo di macchinari o forniture aziendali; c) furto ; d) insubordinazione; e) vandalismo o distruzione dei beni aziendali, f) concorrenza sleale nei confronti del datore; e, infine, g) falsa rappresentazione dell'azienda al pubblico, alla clientela o ad altri impiegati. Inoltre, il datore di lavoro deve informare i propri dipendenti delle possibili cause di licenziamento anche per motivi non disciplinari, nonché delle eventuali opzioni lasciate al lavoratore di fornire le proprie dimissioni.

Ampio spazio nell'*handbook* del lavoratore viene dato alle politiche di sicurezza nei luoghi di lavoro che comprendono corsi di aggiornamento, visite mediche, riunioni memo e comunicazioni scritte sui comportamenti adeguati alla sicurezza da tenere nei luoghi aziendali. In caso di incidente viene descritta con dovizia di particolari come comportarsi e a chi rivolgersi per ottenere il ristoro delle lesioni eventualmente subite. Invero, assumono particolare rilievo le informazioni sulla salute dei lavoratori ovvero la politica aziendale che prevede solitamente delle visite mediche per garantire l'idoneità del lavoratore allo svolgimento delle mansioni affidategli, fermo restando le particolari attenzioni rivolte ai soggetti fragili o che abbiano notiziato l'azienda di esigenze mediche peculiari (nel manuale consegnato al dipendente sono disciplinati le forme assicurative garantite al lavoratore per i trattamenti sanitari e la possibilità di stipulare polizze vita in favore di beneficiari familiari o terzi). Solitamente, nel cennato manuale vengono descritte, per un verso, le *policies* aziendali per il rimborso delle spese con la preventiva approvazione dei supervisori (nonché le concessioni di autorizzazione al parcheggio in azienda) e, per l'altro, le informazioni riguardanti le retribuzioni e i compensi erogati in virtù dei contratti stipulati (laddove si prevede la paga giornaliera, il tetto degli straordinari e le modalità di accredito dello stipendio sui singoli conti bancari dei dipendenti).

Last but not least all'interno dell'*handbook* è sempre presente anche il codice etico e quello di condotta aziendale: a) il primo, fissa uno standard morale in base al quale un'azienda prende decisioni su ciò che è giusto o sbagliato, aiutando i dipendenti a prendere decisioni e a condurre gli affari con onestà e integrità ⁽²⁰⁾; b) il secondo si manifesta come un insieme di regole e regolamenti che spiegano il comportamento accettabile in una situazione specifica (ovvero illustra ai professionisti come devono

⁽¹⁹⁾ A tale proposito, D. MURMANE MACKEY, *Employment at will and employer liability*, American Management Association, 1986, p. 65 ss., rimarca come «there are several different purposes served by the employee handbook. Such a handbook, which outlines the policies and procedures of the employer, is often given to the employee upon hiring or soon after. The handbook may serve to: (1) inform employees of the rules of the organization and the advantages of being employed there; (2) fulfill newer federal laws requiring that employees be provided information relating to the employer's policies on safety, benefits and non-discrimination; and/or (3) inform employees about how they can expect the procedures of the organization to be applied to them in their individual capacity».

⁽²⁰⁾ Il codice etico include tipicamente i valori dell'azienda, dettagli su come l'azienda intende implementare i propri valori e la propria visione e indicazioni per i dipendenti sugli standard etici e su come raggiungerli.

agire all'interno dell'organizzazione, decretando il comportamento appropriato e disciplinando le principali aree di rischio legale, etico come pari opportunità, politiche su molestie, abuso di sostanze, violenza, sicurezza, protezione delle risorse dell'azienda, protezione della proprietà intellettuale, uso della proprietà aziendale, sicurezza delle informazioni) (21).

4. L'esperienza giuridica inglese

Conclusa questa (volutamente succinta) parentesi – volta ad offrire un quadro riassuntivo dei profili che scandiscono trama e traccia dei contratti di lavoro nell'esperienza giuridica statunitense – possiamo ad esaminare più da vicino le peculiarità e i profili funzionali sottesi alla realtà giuridica inglese in cui – oltre ai doveri reciproci di cooperare e di dare un ragionevole preavviso alla risoluzione del contratto – è possibile ravvisare un obbligo contrattuale “well-accepted” (implicito per legge) in forza del quale i datori di lavoro devono fornire ai dipendenti un luogo di lavoro sicuro: «[t]his duty has somehow been moulded to fit into a contractual framework, despite evidence of its origins in tort. While this result seems an obscure result, it has never been the subject of judicial question» (22).

4.1. Le origini e l'*Employment Right Act* del 1996

Il primo atto sulle informazioni da fornire al lavoratore va sicuramente individuato nell'*Employment Right Act del 1996* che ha sancito il c.d. *written statement of particulars* (ossia il diritto di un impiegato ad aver un contratto di lavoro redatto in forma scritta che gli deve essere fornito entro le otto settimane dall'inizio dell'impiego) in cui avrebbero dovuto essere previste il diritto alle ferie, alla malattia per maternità, ai permessi retribuiti nonché alla retribuzione ed alla esplicazione dei motivi del licenziamento.

Il licenziamento veniva così connesso a motivazioni oggettive riguardanti: a) la capacità o le qualifiche dell'impiegato per lo svolgimento di un dato lavoro, per cui è stato assunto dal suo datore; b) la condotta dell'impiegato; c) il pensionamento dell'impiegato; d) i casi di esubero; e) l'impossibilità di continuare a lavorare nella posizione ricoperto senza violazione di un obbligo o restrizione imposta dalla *common law*.

Ma la vera novità inserita nell'atto è la svolta rappresentata dalla definizione di impiegato insita nella legge e nella disciplina dettagliata degli obblighi incombenti sul datore di lavoro attinenti non solo alla retribuzione bensì anche alla salute/sicurezza sui luoghi di lavoro, al preavviso in caso di licenziamento, agli accordi transattivi e ai danni

(21) Il codice di condotta deve essere osservato da tutti i dipendenti e con riferimento al quale vengono valutate le attività svolte ed i comportamenti tenuti nell'orario di lavoro, tanto che chiunque ne disattenda il rispetto sarà soggetto alle conseguenti misure disciplinari e potrà incorrere anche in azioni civili e/o penali.

(22) «The implied duty of cooperation developed as a term that was general in its application to all contracts and was derived from a case concerning a supply contract. At its inception, the implied duty to terminate an employment contract on reasonable notice originated as a norm once the trend away from yearly to indefinite hiring started to develop» (G. GOLDING, [The origins of terms implied by law into English and Australian employment contracts](#)).

per illeciti contrattuali ⁽²³⁾. Per questa via particolare attenzione meritano due *leading cases* britannici: 1) *O’Kelly v. Trusthouse Forte plc* (1983) e 2) *Nethermere (St Neots) Ltd v. Gardiner* (1984). Nella prima controversia (*O’Kelly v. Trusthouse Forte plc*), il datore di lavoro (il signor John Donaldson) aveva sostenuto che alcuni camerieri occasionali (sia quelli di sala che quelli dell’agenzia), assunti tramite un’agenzia interinale, non erano a tutti gli effetti impiegati perché tecnicamente potevano anche non presentarsi per il turno di lavoro e potevano essere licenziati in qualsiasi momento. La tesi che consentiva il licenziamento *ad nutum* si fondava sulla mancanza nel contratto di “mutualità” (ovvero dell’obbligo di lavorare ad ogni ora e della promessa di un lavoro nel futuro che pertanto sguarnivano il lavoratore delle tutele tipiche del contratto tra un impiegato e il suo datore) ⁽²⁴⁾.

Il successivo caso (*Nethermere St Neots Ltd contro Gardiner*), avendo come protagoniste delle lavoratrici part-time che cucivano tasche nei pantaloni della compagnia Nethermere, contemplava un disaccordo riguardo la contrattualizzazione del rapporto lavorativo. In breve, poiché le lavoratrici venivano pagate a cottimo, ci si interrogava se avessero il diritto di ricevere un pagamento per i giorni di ferie e malattia. Parte datoriale (ovvero Stephenson LJ) riteneva che vi dovessero essere un minimo irriducibile di obblighi da entrambe le parti da rispettare in un contratto di servizio (cioè uno scambio di stipendio per lavoro e controlli sufficienti da effettuare per stabilire un rapporto impiegato-datore). Ma la Corte sancì l’equiparazione delle lavoratrici a cottimo agli impiegati nonostante l’insussistenza di condizioni di reciprocità basandosi sulla considerazione di alcuni fattori rilevanti: a) i datori di lavoro fornivano ai richiedenti una macchina con cui svolgere il lavoro; b) le lavoratrici venivano pagate allo stesso tasso di quelli che lavoravano nella fabbrica; c) vi erano fogli di presenza inviati dai datori di lavoro e questi determinavano la loro retribuzione; e, infine, d) le ricorrenti non correavano alcun rischio economico e che non avevano alcuna possibilità di trarre profitto da una sana gestione. Pertanto, la realtà economica della situazione delle ricorrenti era compatibile con un contratto di servizio ⁽²⁵⁾.

Da questa pronuncia storicamente si è affermato il diritto dei lavoratori dipendenti (e ad essi equiparati) di ottenere un bagaglio di diritti ed informazioni minimo tra cui il diritto di essere pagati almeno il salario minimo nazionale, la protezione contro detrazioni illecite dalla busta paga, le ferie annue retribuite ed un giustificato motivo al licenziamento ⁽²⁶⁾.

4.2. Le informazioni ai lavoratori in Uk *post Brexit*

A fronte di quanto affermato nel tempo il Regno Unito, al fine di mantenere lo standard minimo di diritti accordati ai lavoratori ed in coerenza con quanto concordato dall’Unione Europea, nell’accordo di recesso (*Brexit*), così come accaduto per la *Regulation* sulla privacy, ha fornito l’indicazione sulle informazioni da inserire nei

⁽²³⁾ Per un’approfondita ricognizione sul punto si rinvia a G. GOLDING, *op. cit.*, *passim*.

⁽²⁴⁾ *O’Kelly vs Trusthouse Forte Ltd* [1983] ICR 728.

⁽²⁵⁾ *Nethermere (St Neots) Ltd vs Gardiner And Another* [1984] ICR 612.

⁽²⁶⁾ Sul punto si rinvia a H. COLLINS, *Regulating Contracts*, Oxford University Press, 1999, *passim*.

contratti di lavoro, adeguandosi di fatto a quanto sancito dalla direttiva europea (UE) 2019/1152.

Proviamo, per quanto possibile, a fare chiarezza sul punto. Innanzitutto, in Gran Bretagna resta in vigore l'*Agency Workers Regulations* del 2010 che fissa i termini e le condizioni necessarie di ogni contratto di lavoro agli artt. 5 e 6 della legislazione. In sintesi vengono sempre descritti: 1) la retribuzione; 2) la durata dell'orario di lavoro; 3) il lavoro notturno; 4) i periodi di riposo; 5) le pause di riposo; 6) le ferie annuali; 7) l'indennità di malattia professionale; 8) i pagamenti relativo alla maternità, alla paternità o congedo di adozione; 9) qualsiasi pagamento riferibile al licenziamento del lavoratore; 10) qualsiasi pagamento o ricompensa effettuato nell'ambito di un regime di partecipazione finanziaria; e, infine, 11) qualsiasi premio, incentivo o ricompensa che non sia direttamente attribuibile all'entità o alla qualità del lavoro svolto da un lavoratore e che sia dato a un lavoratore per un motivo diverso dalla quantità o dalla qualità del lavoro svolto, tale da incoraggiare la lealtà del lavoratore o da premiare il servizio a lungo termine del lavoratore.

Dopo aver decretato le condizioni standard del lavoratore dipendente assunto dal datore di lavoro in UK, si è proceduto ad assicurare il *National Minimum Wage* (ossia l'importo minimo che i datori di lavoro possono legalmente riconoscere ai dipendenti)⁽²⁷⁾ nelle pieghe del quale devono essere inclusi tutti gli ulteriori elementi di retribuzione definiti obbligatori per legge nazionale (in merito al lavoro settimanale medio del dipendente quest'ultimo non può superare le quarantotto ore, salvo eccezioni comunicate per iscritto. Così come i lavoratori hanno sempre diritto ad undici ore di riposo tra un giorno lavorativo e l'altro e ad una giornata di riposo alla settimana, nonché a ventotto giorni di ferie pagate all'anno).

Infine, come *supra* cennato, negli accordi di uscita dall'UE si è deliberato sulle modalità di recesso del Regno Unito dall'UE (avvenuta il 31 gennaio 2020) contemplando un periodo di transizione/attuazione durante il quale il diritto dell'UE ha continuato a trovare applicazione nel Regno Unito. In breve, la legislazione dell'UE che si applicava direttamente o indirettamente al Regno Unito prima del 31 dicembre 2020 è stata mantenuta nel diritto del Regno Unito come forma di legislazione nazionale nota come "legislazione dell'UE mantenuta". Più in chiaro, per ciò che concerne l'ambito lavorativo, è stato previsto un accordo di "non regressione" concernente il diritto del lavoro e i diritti dei lavoratori. In termini pratici, ciò significa che a partire dal 2021 il Regno Unito, sebbene non sia più tenuto a seguire il diritto dell'UE in materia di occupazione, ha accettato di non ridurre il livello di protezione sociale esistente in modo tale da non falsare la concorrenza e lasciare in vigore quanto sancito dalla direttiva 2019/1152 in favore dei dipendenti.

⁽²⁷⁾ Il *national minimum wage* da aprile 2021 è £ 8.91 all'ora per i dipendenti di età superiore o uguale all'età di ventitré anni.

La trasparenza sui luoghi di lavoro. Profili di diritto amministrativo

di M.T. Paola Caputi Jambrenghi

Abstract – La trasparenza nasce nel 1865 in una norma fondamentale di diritto amministrativo, ove viene istituzionalizzata una forma di trasparenza fondamentale per la tutela degli interessi dei soggetti coinvolti nella vicenda amministrativa: la partecipazione procedimentale. Il diritto del lavoro attinge alle norme e all'esperienza del diritto amministrativo per costruire la trasparenza sui luoghi di lavoro, al fine di garantire effettività alla tutela del lavoratore, attingendo alle regole di trasparenza in tutte le sue accezioni e corollari tra cui quelli del diritto di accesso alle informazioni, della partecipazione ai procedimenti che interessano il lavoratore e della totale collaborazione del datore di lavoro/amministrazione per la realizzazione degli interessi del lavoratore/cittadino.

Abstract – Transparency was born in 1865 in a fundamental rule of administrative law, where a form of transparency is institutionalized, fundamental for the protection of the interests of the subjects involved in the administrative matter: procedural participation. Labor law draws on the rules and experience of administrative law to build transparency in the workplace, in order to guarantee the effectiveness of the protection of the worker, drawing on the rules of transparency in all its meanings and corollaries between including those of the right of access to information, of participation in procedures involving the worker and of the total collaboration of the employer/administration for the realization of the interests of the worker/citizen.

Sommario: 1. L'imperitura *ratio* della garanzia della trasparenza amministrativa: dalle origini ai giorni nostri. – 2. Dalla trasparenza amministrativa a quella nei rapporti di lavoro. – 3. Il rinnovato sistema delle garanzie e delle tutele nel d.lgs. 104 del 2022. Alcuni rilievi critici

1. L'imperitura *ratio* della garanzia della trasparenza amministrativa: dalle origini ai giorni nostri

La trasparenza nasce nel diritto amministrativo e il diritto del lavoro attinge alle norme e all'esperienza del primo per costruire la trasparenza sui luoghi di lavoro.

Per dare valore a questa affermazione -che forse appare provocatoria agli occhi dei giuslavoristi- è utile ricostruire brevemente la sequenza temporale delle 'vicende normative' che nell'ordinamento di diritto amministrativo ed in quello di diritto del lavoro hanno segnato l'introduzione di regole tassative in tema di trasparenza, dirette a tutelare la sfera giuridica rispettivamente degli amministrati e dei lavoratori, al netto della possibile coincidenza tra le due categorie di soggetti, di fronte ad una Carta fondamentale che qualifica la nostra come una Repubblica fondata sul lavoro.

Il breve *excursus* che si propone, ben lungi dall'essere finalizzato a rivendicazioni sulla maternità della trasparenza, sarà utile a ripercorrere i primi passi compiuti dall'ordinamento giuridico verso la "costruzione" dell'istituto della trasparenza amministrativa e della garanzia del sistema delle tutele ad esso connesso, unico reale scopo dell'introduzione di un obbligo di trasparenza nell'azione delle pp.aa., al fine di rintracciare le garanzie "di nuova generazione" assicurate dal d.lgs. 27 giugno 2022, n. 104, rubricato "Attuazione della direttiva (UE) 2019/1152 del Parlamento europeo e del Consiglio del 20 giugno 2019, relativa a condizioni di lavoro trasparenti e prevedibili nell'Unione europea", c.d. decreto trasparenza.

La trasparenza nel diritto amministrativo non nasce con la legge generale sul procedimento amministrativo (legge 7 agosto 1990, n. 241), avendo origini ben più remote, pur sempre legate alla garanzia di una tutela effettiva dei soggetti interessati.

Era il 17 giugno del 1908 quando Filippo Turati affermava alla Camera di Deputati, con grande lungimiranza per quei tempi, che "*Dove un superiore pubblico interesse non imponga un momentaneo segreto, la casa dell'amministrazione dovrebbe essere di vetro*". Nella visione di Turati, la trasparenza ha il fine che oggi viene cristallizzato in tutte le norme relative all'agire trasparente dalla p.a., quello di garantire prima e tutelare poi i diritti dei cittadini, prevenendo un uso distorto della cosa pubblica e promuovendo forme diffuse di controllo sulle attività delle istituzioni e sull'utilizzo delle risorse pubbliche.

La trasparenza amministrativa nasce nel 1865 in una norma fondamentale di diritto amministrativo, ove vengono istituzionalizzate due forme di trasparenza, indispensabili per la tutela degli interessi dei soggetti coinvolti nella vicenda amministrativa: la partecipazione procedimentale e la motivazione dei provvedimenti. Si tratta della legge abolitiva dei tribunali del contenzioso amministrativo ⁽¹⁾, espressione della c.d. giustizia ritenuta, poiché esercitata dagli stessi organi di governo, senza alcuna garanzia di neutralità da parte del giudicante. L'allegato E della legge 20 marzo 1865, n. 2248, all'art. 1 aboliva i "giudici ordinari del contenzioso amministrativo" ⁽²⁾, istituiti con le regie patenti del 1842, ai quali era demandata la tutela dei cittadini nei confronti dell'amministrazione, lasciando, invece, invariata la disciplina dei "giudici speciali del contenzioso amministrativo": la Corte dei conti per le controversie in tema di contabilità pubblica e il Consiglio di Stato per quelle in tema di pensioni ⁽³⁾.

Venne quindi disegnato un nuovo sistema di giustizia, ove «tutte le cause per contravvenzioni e tutte le materie nelle quali si faccia questione di un diritto civile e politico» furono assegnate al giudice ordinario (art. 2), mentre tutti «gli affari non compresi»

⁽¹⁾ Dal modello della "giustizia ritenuta" del periodo napoleonico, caratterizzato dall'istituzione nel 1800 dei Consigli di Prefettura con la funzione di giudici di primo grado, essendo affidato il secondo grado di giudizio alla espressione di pareri sulla controversia da parte del Consiglio di Stato, istituito nel 1799, fu elaborato, passando per diversi "tentativi" di fondare un sistema di tutele giurisdizionali, con le regie patenti del 25 agosto 1842 (modificate con regio editto del 29 ottobre 1847) un sistema di contenzioso amministrativo, affidato in primo grado al Consiglio di intendenza ed in secondo grado alla Camera dei conti -espressamente riconosciuti come organi giurisdizionali, ossia come tribunali amministrativi- su determinate materie individuate dall'editto del 1847, confluiti dopo l'emanazione dello Statuto albertino, nei Consiglio di governo in primo grado e Consiglio di Stato in secondo grado.

⁽²⁾ A questi - Consiglio di governo e Consiglio di Stato - erano devolute, in particolare, le controversie sui contratti d'appalto, sul trattamento economico del personale dipendente degli enti locali, quelle relative a imposte dirette e tasse, ai confini tra Comuni, al demanio stradale e alla polizia idraulica.

⁽³⁾ Per una approfondita analisi delle vicende della costruzione del sistema di giustizia amministrativa, cfr. A. TRAVI, *Lezioni di giustizia amministrativa*, Giappichelli, 2022.

nelle ipotesi di cui all'art. 2 ricaddero nella competenza delle autorità amministrative, le quali, mediante un procedimento trasparente e partecipato decidevano in via giustiziale le sorti del cittadino che avesse la ventura di incontrare l'azione amministrativa. Sicché all'art. 3 della legge di abolizione dei tribunali del contenzioso amministrativo, venne istituzionalizzata una forma embrionale di trasparenza amministrativa, attraverso la previsione di due istituti fondamentali che costituiscono oggi importanti strumenti di attuazione dell'agire in modo trasparente da parte della p.a.: la motivazione del provvedimento e la partecipazione procedimentale, garantite, insieme ad una ulteriore forma di tutela giustiziale -per le impugnazioni in via gerarchica delle decisioni assunte in prima istanza delle autorità competenti- dalla norma per la quale «1. Gli affari non compresi nell'articolo precedente saranno attribuiti alle autorità amministrative, le quali, ammesse le deduzioni e le osservazioni in iscritto delle parti interessate, provvederanno con decreti motivati, previo parere dei consigli amministrativi che pei diversi casi siano dalla legge stabiliti.

2. Contro tali decreti, che saranno scritti in calce del parere egualmente motivato, è ammesso il ricorso in via gerarchica in conformità delle leggi amministrative» (art. 3, l. 20 marzo 1865, n. 2248, Allegato E).

Questo breve *excursus* della costruzione *in nuce* della trasparenza amministrativa, fin dalla seconda metà del 1800, a garanzia degli interessi degli amministrati, ci consente di approdare ai giorni nostri, rilevando come la tendenza a rendere sempre più trasparente l'operato della pubblica amministrazione, in funzione della suddetta garanzia, si sia sviluppata lentamente a partire dal secondo dopoguerra, con una serie di norme "minori", per poi essere istituzionalizzata e portata a sistema mediante le norme sull'accesso ai documenti amministrativi (legge 241 del 1990), fino ad arrivare al decreto legislativo 33 del 2013 che codifica in maniera puntuale per tutte le amministrazioni pubbliche specifici obblighi di pubblicazione online di una grande varietà di informazioni; infine con il d.lgs. n. 97 del 2016, c.d. decreto FOIA che introduce, affiancandolo all'accesso documentale o procedimentale di cui alla legge 241 del 1990 s.m.i. (artt. 22 e ss.), l'accesso civico e quello generalizzato. Le differenze e le caratteristiche -perlopiù di perimetrazione rispettivamente soggettiva e oggettiva- dei diversi tipi di accesso, nonché i rapporti che intercorrono tra questi, in punto di obblighi e di poteri dell'amministrazione e del giudice, sono ben chiariti nella sentenza resa dall'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato, il 2 febbraio 2020 ⁽⁴⁾.

Nella prospettiva tracciata, sembra potersi rilevare come la casa dell'amministrazione sia diventata finalmente di vetro, attraverso la garanzia dell'esercizio delle diverse forme di accesso assicurate dalla legge, incluso quello alle pagine web della sezione Amministrazione Trasparente, presente in tutti i siti istituzionali delle pp.aa., che consente al cittadino una accessibilità quasi totale a dati e documenti in possesso della pubblica amministrazione, salvi soltanto i limiti imposti dalla legge, per lo più a tutela dell'altrui riservatezza.

Va tuttavia avvertito che la trasparenza come forma di tutela e garanzia degli interessi dei soggetti coinvolti nell'azione amministrativa, non può ritenersi limitata alle diverse forme di accesso ormai garantite in vario modo, bensì, come abbiamo rilevato, già nella primissima forma di trasparenza amministrativa rintracciata nella legge del 1865, essa trova piena realizzazione anche attraverso la garanzia del contraddittorio

(4) Cfr. C. Stato 2 febbraio-7aprile 2020, n. 10.

nell'ambito del procedimento che coinvolge il soggetto interessato, nonché attraverso la chiara ed esaustiva motivazione che deve essere comunicata, insieme al provvedimento e finanche nel principio di imparzialità, come si chiarisce *infra*, infine dall'obbligo di pubblicazione online di ogni atto non coperto dal divieto di divulgazione per la tutela di particolari esigenze.

L'esigenza di assicurare al cittadino un'azione amministrativa del tutto trasparente, garantita dalle diverse forme di accesso, nonché dall'obbligo di motivazione dei provvedimenti e ancora dalla garanzia del contraddittorio procedimentale, muove dalla *ratio* per la quale la trasparenza è preconditione per l'esercizio di ogni altro diritto fondamentale nel nostro ordinamento perché «*solo conoscere consente di determinarsi, in una visione nuova del rapporto tra potere e cittadino che, improntata ad un aperto e, perciò stesso, dialettico confronto tra l'interesse pubblico e quello privato, fuoriesce dalla logica binaria e conflittuale autorità/libertà*» ⁽⁵⁾: si tratta dell'esigenza di garantire il principio di effettività della tutela, che sarebbe svuotato di contenuto se non fosse riconosciuto il passaggio *from need to right to know*, come opportunamente chiarito dalla citata Adunanza plenaria del Consiglio di Stato n. 10 del 2020, che attinge dalla *definizione* contenuta nella circolare n. 2 del 6 giugno 2017 del ministero per la pubblica amministrazione (al secolo ministero per la semplificazione e la pubblica amministrazione), rubricata «Attuazione delle norme sull'accesso civico generalizzato (c.d. FOIA)».

L'intreccio tra l'esigenza di garantire l'effettività della tutela giurisdizionale e la trasparenza, in ragione dell'acquisita consapevolezza dell'interrelazione di fondo tra democrazia, trasparenza e libertà, appare ancor più evidente, allorché si consideri che la profondità dell'ostensibilità è graduata in base alla qualificazione della posizione giuridica che dà fondamento al diritto di accesso. Sicché, come evidenziato dai giudici di Palazzo Spada, nella disciplina di cui all'artt. 22 e ss. della l. n. 241 del 1990, gli obiettivi di tutela dell'interesse qualificato consentono un accesso più in profondità a dati pertinenti, mentre nel caso dell'accesso generalizzato, le esigenze di controllo diffuso del cittadino possono consentire un'ostensione meno in profondità, sebbene più estesa. Per questa via, l'Adunanza plenaria rintraccia nella trasparenza (nella specie nel suo principale strumento di attuazione, il diritto d'accesso) uno dei valori fondamentali alla luce dei quali viene costruito il rapporto tra il potere pubblico e il cittadino, chiarendo come tra questi vi sia l'imparzialità che non può essere onorata attraverso la mera conoscibilità dell'azione pubblica garantita dalla pubblicità, essendo necessario che essa si esprima nell'intelligibilità dei processi decisionali. Si tratta della corretta applicazione dell'art. 10 della CEDU che al comma 1 chiarisce che ogni persona ha diritto alla libertà di espressione e che tale diritto include «*la libertà di ricevere [...] informazioni [...] senza che vi possa essere ingerenza da parte delle autorità pubbliche*», mentre il successivo comma 2 stabilisce che l'esercizio delle libertà garantite «*può essere sottoposto alle formalità, condizioni, restrizioni o sanzioni che sono previste dalla legge e che costituiscono misure necessarie, in una società democratica*», per la tutela di una serie di interessi, pubblici e privati.

Anche la Corte Edu si è espressa chiarendo che l'accesso ai documenti pubblici non è da ricondurre alla sfera delle libertà negative, bensì che esso vada inteso come libertà

⁽⁵⁾ Così i giudici di Palazzo Spada, riuniti in Adunanza plenaria, nella sentenza n. 10/2020, cit. Sul rapporto, opportunamente capovolto, tra libertà e autorità, cfr. da ultimo V. CAPUTI JAMBRENGHI, *Libertà e autorità 1*, ES, 2021, e *Libertà e autorità 2*, ES, 2023.

positiva e che la disponibilità del patrimonio informativo delle pubbliche amministrazioni è indispensabile per assicurare un esercizio effettivo del diritto individuale di esprimersi, alimentando il dibattito pubblico su materie di interesse generale ⁽⁶⁾.

2. Dalla trasparenza amministrativa a quella nei rapporti di lavoro

Così come un cittadino consapevole consente un'amministrazione della cosa pubblica più efficiente, partecipata e rispondente alle esigenze della collettività, allo stesso modo, è evidente che il mercato del lavoro, in sofferenza ormai da tempo, per motivi che appare ultroneo richiamare in questa sede, non può che trarre un significativo giovamento, allorché sia sorretto da un impianto normativo incentrato, come parrebbe essere quello attuale, arricchito oggi dal d.lgs. 104/2022, non tanto sugli obblighi informativi del datore di lavoro, quanto sui diritti di informazione del lavoratore. Sicché, la trasparenza nei rapporti di lavoro diventa fondamentale, nella cennata prospettiva, per garantire una effettiva tutela del lavoratore, attingendo alle regole della trasparenza amministrativa in tutte le sue accezioni e corollari, tra i quali rientrano il diritto di accesso alle informazioni, la partecipazione ai procedimenti che interessano il lavoratore e la totale collaborazione del datore di lavoro/amministrazione per la realizzazione degli interessi del lavoratore/cittadino, che si riflettono inevitabilmente sul buon funzionamento del mercato del lavoro/attività amministrativa.

È pur vero, che il percorso della trasparenza nei rapporti di lavoro ha origini ben più recenti rispetto alla trasparenza amministrativa, constatazione che incide in misura rilevante sul sistema delle relative tutele e garanzie predisposte dalla normativa, se è vero, come affermato nella letteratura giuslavoristica che la normativa in commento è «inizialmente passata quasi in sordina», anche perché «quello dei “diritti di informazione” dei lavoratori è un capitolo minore del diritto del lavoro italiano, che trova il suo precedente, antico quanto isolato, nell'art. 96 delle d.a.c.c. sulla comunicazione della qualifica e della categoria (legale) di inquadramento» ⁽⁷⁾.

Sembrirebbe, infatti, che sia stata la normativa europea a dare un impulso significativo al riconoscimento del diritto di informazione del lavoratore, in specie attraverso un primo atto del Consiglio europeo che, in recepimento del Programma d'azione per l'attuazione dei diritti sociali fondamentali ⁽⁸⁾, stilato dalla Commissione nel 1989, emanò la direttiva 91/533/CE, c.d. *Cinderella Directive*, recepita con d.lgs. 26 maggio 1997, n. 152 ⁽⁹⁾ sull'obbligo del datore di lavoro di informare il lavoratore in ordine alle condizioni applicabili al contratto e al rapporto di lavoro.

La direttiva del 1991 aveva come obiettivo primario quello di conferire in capo al lavoratore un preciso diritto di avere a disposizione informazioni scritte chiare in ordine agli elementi essenziali del contratto di lavoro, sicché egli potesse disporre di un

⁽⁶⁾ Cfr. Corte EDU 8 novembre 2016, *Magyar Helsinki Bizottság v. Hungary*, ricorso n. 18030/11.

⁽⁷⁾ Cfr. A. TURSÌ, *Il “decreto trasparenza”: profili sistematici e problematici*, in *LDE*, 2022, n. 3.

⁽⁸⁾ Derivante dalla Carta comunitaria dei diritti sociali fondamentali, adottata dal Consiglio europeo di Strasburgo il 9 dicembre 1989.

⁽⁹⁾ Rubricato *Attuazione della direttiva 91/533/CEE concernente l'obbligo del datore di lavoro di informare il lavoratore delle condizioni applicabili al contratto o al rapporto di lavoro*.

documento scritto in base al quale potesse chiedere tutela dei propri diritti, nonché avere piena consapevolezza di questi ultimi.

Con la recente direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio, n.2019/1152/UE rubricata «Condizioni di lavoro trasparenti e prevedibili nell'Unione europea», recepita con d.lgs. 104/2022 in commento, lo stesso obiettivo diventa parte integrante di una politica strategica per il miglioramento del mercato del lavoro, basata sull'obiettivo di «*migliorare le condizioni di lavoro promuovendo un'occupazione più trasparente e prevedibile, pur garantendo nel contempo l'adattabilità del mercato del lavoro*» (art.1, sub1, direttiva 20 giugno 2019, n. 2019/1152).

3. Il rinnovato sistema delle garanzie e delle tutele nel d.lgs. 104/2022. Alcuni rilievi critici

1. Il d.lgs. n. 104/2022 impone diversi obblighi di informazione a carico del datore di lavoro, specificando quali debbano essere le informazioni minime formalizzate nel contratto di lavoro (articoli 4-6) e le modalità di comunicazione al lavoratore (mediante consegna di copia del contratto o della comunicazione di instaurazione del rapporto) e aggiungendo alcune importanti informazioni rispetto a quelle già previste nella normativa del 1997 che con questo decreto viene modificata e completata; inoltre, stabilendo quali debbano essere le prescrizioni minime relative alle condizioni di lavoro in diversi settori, opportunamente richiamati e disciplinati dalla norma ⁽¹⁰⁾.

Peraltro, come chiarisce la circolare n. 19 del 20 settembre 2022 del Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali («Indicazioni su taluni specifici profili degli obblighi informativi»), l'obbligo informativo non è assolto con l'astratto richiamo delle norme di legge che regolano gli istituti oggetto dell'informativa, «bensì attraverso la comunicazione di come tali istituti, nel concreto, si atteggiino, nei limiti consentiti dalla legge, nel rapporto tra le parti, anche attraverso il richiamo della contrattazione collettiva applicabile al contratto di lavoro» (c.d. impegno lavorativo sotto soglia).

2. Alcune disposizioni sono introdotte specificamente a tutela del lavoratore. Nello specifico, l'art. 12 prevede la facoltà per il lavoratore (oltre al ricorso all'autorità giudiziaria e amministrativa e le procedure previste dalla contrattazione collettiva applicabile) di promuovere le procedure di conciliazione di cui agli artt. 410-412 *quater* del cpc o dalle camere arbitrali di cui all'art. 31, comma 12, della legge n. 183/2010. I successivi articoli 13 e 14 disciplinano la protezione del lavoratore rispetto a comportamenti ritorsivi del datore di lavoro, previsioni finalizzate a tutelare dal trattamento e conseguenze sfavorevoli nonché dal licenziamento o dal recesso del committente per aver invocato l'applicazione delle nuove norme.

Molte disposizioni del decreto in commento sono state oggetto di chiarimento da parte di due circolari, quella poco sopra richiamata n. 19 del 20 settembre 2022 da parte del ministero competente e la circolare INL n. 4 del 10 agosto 2022 (Profili

⁽¹⁰⁾ Precisamente in tema di periodo di prova (art. 7), cumulo di impieghi (art. 8), prevedibilità minima del lavoro (art. 9), possibilità per il lavoratore con un'anzianità di almeno sei mesi di richiedere il riconoscimento di una forma di lavoro con condizioni più prevedibili, sicure e stabili (art. 10) e la garanzia che la formazione obbligatoria sia gratuita e considerata orario di lavoro (art. 11).

sanzionatori connessi all'inadempimento degli obblighi informativi). In quest'ultima circolare si chiarisce che la denuncia da parte del lavoratore in ordine al mancato rispetto da parte del datore di lavoro degli obblighi informativi imposti dal d.lgs. 104/2022 è condizione di procedibilità per la comminatoria della relativa sanzione, sicché dovrà essere lo stesso lavoratore a segnalare l'inadempimento del datore di lavoro (testualmente il novellato art. 4 del d.lgs. 26 maggio 1997, n. 152 dispone che l'intervento sanzionatorio dell'Ispettorato possa avvenire soltanto allorché il lavoratore denunci «il mancato, ritardato, incompleto o inesatto assolvimento degli obblighi»), chiedendo che gli sia comminata la relativa sanzione da parte dell'Ispettorato del Lavoro, che non potrà agire d'ufficio. Né la circolare INL offre lumi o commenti sulla specifica disposizione normativa, lasciando interamente a carico del lavoratore la scelta sul se perdere la serenità sul lavoro e forse lo stesso posto di lavoro o rinunciare a far valere i suoi diritti per un mero esercizio di “dovere civico” verso l'Ispettorato.

Una siffatta previsione non appare particolarmente conforme ad una *ratio* di tutela del lavoratore, non ricavando il lavoratore alcunché dalla denuncia effettuata se non la circostanza di diventare ben presto invisibile al suo datore di lavoro, mettendo a rischio la propria posizione lavorativa, al solo fine di esigere il rispetto delle regole che egli stesso ha l'onere di supervisionare, non potendo contare sul controllo d'ufficio di un Ispettorato che questa ispezione non è tenuto a fare.

Vero è che, come appena chiarito, il decreto non lascia alcuna lacuna nello stabilire la protezione del lavoratore da comportamenti ritorsivi del datore di lavoro, tuttavia, al netto della mediazione da parte delle associazioni sindacali (sia consentito di avanzare il sospetto che la norma sia posta a favore di queste ultime, più che a protezione del lavoratore), la previsione in commento non appare “calata nella realtà” del rapporto di lavoro, come chiarisce il Ministero del Lavoro, allorché ha evidenziato che «La *ratio* della riforma è quella di ampliare e rafforzare gli obblighi informativi, ma tale operazione di ampliamento e di rafforzamento deve essere calata nella concretezza del rapporto di lavoro» ⁽¹⁾.

3. Scorrendo i considerando della direttiva sulla trasparenza sui luoghi di lavoro, può dirsi che il richiamo al pilastro europeo dei diritti sociali (considerando n. 3) risponde a quella che abbiamo definito come la *ratio* della garanzia della trasparenza, senza la quale è precluso l'esercizio di ogni diritto fondamentale del cittadino. Questo incide in guisa assai rilevante sulla stessa efficienza del mercato del lavoro (da qui l'interesse pubblico alla garanzia della trasparenza sui luoghi di lavoro), che ha subito rilevanti trasformazioni, anche in ragione degli sviluppi demografici e della digitalizzazione (considerando n. 4), sicché ritroviamo disposizioni in ordine alla possibilità di adattare l'elenco degli elementi essenziali del contratto di lavoro in relazione all'evoluzione del mercato (considerando n. 15); nonché sulla *ratio* della riscoperta opportunità di garantire a tutti i lavoratori dell'Unione livelli adeguati di trasparenza e prevedibilità delle loro condizioni di lavoro (considerando n.6).

Anche l'esigenza di trasparenza sul luogo fisico in cui il lavoro viene svolto (l'azienda, l'ufficio, ecc.), sulla retribuzione, sul preavviso minimo ragionevole, sulla formazione, infine sulle comunicazioni per via elettronica per l'adempimento degli obblighi informativi, rispondono all'esigenza di consapevolizzare il lavoratore su ogni aspetto

⁽¹⁾ Cfr. circ. 20 settembre 2022, n. 19, p. 2.

dell'attività lavorativa, sicché questa possa svolgersi in modo proficuo e sereno, confidando nel sistema delle tutele predisposto dall'ordinamento giuridico, sicché ne tragga giovamento l'intero mercato del lavoro in termini di efficienza, di soddisfazione delle esigenze del mercato e di vita del cittadino lavoratore.

4. Va infine rilevato, avanzando una critica, pur marginale, alla normativa in commento, che l'art. 1, quarto comma lett. B) del decreto 104/2022 esclude dalla sua applicazione in toto – quindi anche del capo III, sulle prescrizioni minime relative alle condizioni di lavoro- i «rapporti di lavoro caratterizzati da un tempo di lavoro predeterminato ed effettivo di durata pari o inferiore a una media di tre ore a settimana in un periodo di riferimento di quattro settimane consecutive».

Per quando sia evidente che si tratta di prestazioni lavorative del tutto marginali, tuttavia si ritiene che imporre la disapplicazione integrale della normativa, allorché i rapporti di lavoro instaurati abbiano una durata predeterminata non inferiore alla soglia minima stabilita per legge, significherebbe porre nel nulla le garanzie accordate al lavoratore, che devono essere uniformi e “universali” in quanto applicabili a tutti i lavoratori, anche ove si tratti di stagisti e tirocinanti, al fine di rendere l'intero mercato del lavoro efficiente e, soprattutto, efficacemente informato e consapevole; peraltro la disposizione che limita il campo di applicazione dell'intera normativa posta a presidio della tutela del lavoratore consapevole, rischia di agevolare forme di lavoro sommerso e precario, allorché un'assunzione di questo genere sollevi il datore di lavoro dal rispetto degli obblighi informativi ⁽¹²⁾.

Per trarre qualche breve rilievo conclusivo, si ritiene che la normativa posta a presidio dei diritti di informazione del lavoratore, sia pur perfettibile per alcuni aspetti che nei contributi di questo volume non si è mancato di evidenziare, costituisca un rilevante passo in avanti verso la consapevolizzazione del lavoratore in ordine ai suoi diritti e doveri verso il datore di lavoro e verso l'intero mercato del lavoro, in una prospettiva di efficientamento sempre maggiore di un settore che costituisce il fulcro principale attorno al quale ruota la crescita del nostro Paese.

⁽¹²⁾ Si vedano tuttavia le considerazioni di A. TURSI, *Il decreto trasparenza*, cit., il quale evidenzia che «nel decreto “trasparenza”, la precarietà del lavoro viene declinata come condizione potenzialmente inerente a qualsiasi tipologia contrattuale (dal lavoro a chiamata a quello a tempo indeterminato), poiché determinata in funzione non solo della quantità del lavoro e della durata del rapporto di lavoro, ma anche e soprattutto in funzione della programmabilità, prevedibilità e variabilità del lavoro. Proprio per questa ragione, ponendosi il legislatore europeo un'istanza di ragionevole delimitazione applicativa della nuova disciplina, ha scelto un criterio, interno e trans-tipico, afferente proprio al profilo temporale». Ma, prosegue l'A., «per questa stessa ragione, l'esclusione dell'applicazione del decreto non opera nel caso in cui non esista alcuna predeterminazione del tempo di lavoro, e dunque non sia garantita una quantità minima di lavoro all'inizio del rapporto».

Parte II

L'ambito di applicazione

di Francesca Chietera

Abstract – Il d.lgs. n. 104/2022, di attuazione della direttiva (UE) 2019/1152 del Parlamento europeo e del Consiglio del 20 giugno 2019, relativa a condizioni di lavoro trasparenti e prevedibili nell'Unione europea, amplia significativamente il novero dei soggetti titolari dei diritti di informazione, estendendo la sua applicazione anche oltre i confini del rapporto di lavoro subordinato. L'ampliamento dell'ambito soggettivo di applicazione della direttiva nasce dall'esigenza di adeguare la regolazione trasparente dei rapporti di lavoro ad un mondo del lavoro in continua evoluzione.

Abstract – Legislative decree 104/2022, implementing directive (EU) 2019/1152 of the European Parliament and of the Council of 20 June 2019, relating to transparent and predictable working conditions in the European Union, significantly broadens the range of persons entitled to information rights to the employment relationship, extending its application also beyond the boundaries of the subordinate employment relationship. The extension of the directive's scope of application stems from the need to adapt the transparent regulation of labour relations to an ever-changing world of work.

Sommario: 1. La direttiva 91/533/CEE: il ristretto (e controverso) ambito di applicazione. – 2. Il d.lgs. n. 152/1997 di attuazione della direttiva 91/533/CEE. – 3. La direttiva 2019/1152 del Parlamento europeo e del Consiglio del 20 giugno 2019. – 4. Il d.lgs. n. 104/2022 di attuazione della direttiva (UE) 2019/1152 del Parlamento europeo e del Consiglio del 20 giugno 2019. – 4.1. I soggetti inclusi. – 4.2. I soggetti esclusi.

1. La direttiva 91/533/CEE: il ristretto (e controverso) ambito di applicazione soggettivo

L'art. 1 della direttiva 91/533/CEE del 14 ottobre 1991 del Consiglio, emanata sulla scorta dell'allora vigente art. 100 del Trattato, prevedeva l'ambito di sua applicazione in favore di «qualsiasi lavoratore subordinato che abbia un contratto o un rapporto di lavoro definito dalla legislazione vigente in uno Stato membro e/o disciplinato dal diritto vigente in uno Stato membro».

Il riferimento, ai fini della individuazione dell'ambito soggettivo di applicazione della direttiva, al lavoratore subordinato, probabilmente derivato dal fatto che il testo inglese della direttiva riguardava il “*paid employee*” e quello francese il “*travailleur salarié*”

(¹) si scontra(va) con il dato obiettivo della inesistenza, nell'ambito del diritto dell'Unione europea, di una precisa definizione di carattere generale di lavoratore subordinato (²), a tal fine preferendosi un rinvio alla nozione di lavoratore subordinato presente nei singoli Stati membri: opzione che tuttavia, come rilevato dalla stessa Commissione, finisce per pregiudicare l'applicazione coerente ed omogenea del diritto del lavoro nell'ambito del diritto dell'Unione, incidendo negativamente sulla protezione dei lavoratori (³), potendosi «escludere a piacimento determinate categorie di persone dalle garanzie offerte dal Trattato» (⁴).

L'assenza di un preciso riferimento definitorio in tema di lavoro/lavoratore subordinato – se non ai limitati fini di consentire la libera circolazione all'interno dell'Unione, ai sensi di quanto disposto dall'art. 45 TFUE – non ha tuttavia impedito alla Corte di Giustizia, pur con uno scrutinio necessariamente casistico, di elaborare gradualmente una nozione di lavoratore subordinato in ambito eurounitario, funzionale all'applicazione di uno statuto protettivo minimo, individuato per materia, che nel corso del tempo ha progressivamente superato il ristretto ambito della subordinazione, come intesa nel territorio nazionale (⁵), nel quale, peraltro, *l'actio finium regundorum* pare particolarmente complessa, essendo il terreno di riferimento soggetto a continui movimenti tellurici (⁶).

Partendo dal presupposto che «la natura giuridica di un rapporto di lavoro con riguardo al diritto nazionale non può avere alcuna conseguenza sulla qualità di lavoratore ai sensi del diritto dell'Unione» (⁷), la Corte di Giustizia ha infatti elaborato una serie di criteri di individuazione tipologica del lavoratore subordinato, da ricercarsi in chiunque svolga attività reali ed effettive, per un certo periodo di tempo, a favore di altro soggetto e sotto la direzione di quest'ultimo, percependo una retribuzione quale contropartita (⁸), sganciata da un contesto prettamente mercantile e viceversa

(¹) D. CASALE, *La direttiva 91/533 sull'obbligo del datore di informare il lavoratore delle condizioni applicabili al contratto di lavoro e la prova del contratto*, in AA.VV., *Diritto del lavoro dell'Unione Europea*, Utet, 2010, p. 510.

(²) S. GIUBBONI, *Per una voce sullo status di lavoratore subordinato nel diritto dell'Unione europea*, in RDSS, 2018, n. 2, pp. 207-227; G. PACELLA, *La nozione euro-unitaria di lavoratore dipendente alla prova della gig-economy: si pronuncia la Corte di Giustizia Europea*, in LLI, 2020, n. 1, pp. 16-32; sulla evoluzione della nozione di lavoratore subordinato nelle pronunce della Corte di giustizia, cfr. S. GIUBBONI, *Note sparse sugli usi della nozione euro unitaria di subordinazione dell'ordinamento interno*, in RIDL, 2022, n. 1, p. 55 ss.

(³) N. KOUNTORIS, *The concept of "worker" in European labour law: Fragmentation, autonomy and scope*, in ILJ, 2018, p. 193.

(⁴) C. giust. 19 marzo 1964, causa C-75/63, *Unger c. Bedrijfsvereniging voor Detailhandel en Ambachten*.

(⁵) Cfr., ad es., C. giust. 10 settembre 2014, causa C-270/13, *Haralambidis c. Casilli*, che ha riconosciuto, ai fini dell'applicazione dell'art. 45 TFUE, la natura di lavoratore subordinato al presidente dell'autorità portuale di Brindisi, nominato dal Ministro delle Infrastrutture e dei Trasporti; ovvero C. giust. 4 dicembre 2014, causa C-229/14, *Ender Balkaya c. Kiesel Abbruch- und Recycling Technik* che, con riferimento alla direttiva 98/59/CE del 20 luglio 1998 del Consiglio, in materia di licenziamenti collettivi, ha riconosciuto la natura di lavoratore subordinato ad un membro della direzione di una società di capitali, che svolgeva la propria attività sotto la direzione ed il controllo di un altro organo della società stessa, percependo un corrispettivo per l'attività svolta.

(⁶) F. CARINCI, *La subordinazione rivisitata alla luce dell'ultima legislazione: dalla "subordinazione" alle "subordinazioni"?*, in ADL, 2018, n. 4-5, pp. 961-982; A. PERULLI, *Oltre la subordinazione. La nuova tendenza espansiva del diritto del lavoro*, Giappichelli, 2021.

(⁷) C. giust. 21 febbraio 2018, causa C-518/15, *Ville de Nivelles c. Matzak*, punto 29.

(⁸) C. giust. 14 ottobre 2010, causa C-66/85 *Lawrie-Blum*, punto 17.

finalizzata a gettare le basi di un «principio comunitario di tutela del lavoro, in grado di collocarsi di fronte alle tradizionali libertà economiche»⁽⁹⁾.

L'art. 1 co. 2 della direttiva 91/533/CEE disponeva, altresì, che gli stati membri potessero prevedere la non applicazione della direttiva ai lavoratori il cui contratto o rapporto di lavoro avesse a) una durata complessiva non superiore ad un mese e/o una durata complessiva dell'orario di lavoro settimanale non superiore ad otto ore; b) carattere occasionale e/o particolare, purché la non applicazione fosse sorretta da ragioni obiettive.

2. Il d.lgs. n. 152/1997 di attuazione della direttiva 91/533/CEE

Già in epoca antecedente al recepimento della direttiva 91/533/CEE, vigevano varie disposizioni che disciplinavano, per tematiche sparse, obblighi informativi della parte datoriale. A partire dall'art. 96 disp. att. c.c., che poneva l'obbligo in capo alla parte datoriale di «far conoscere al prestatore di lavoro, al momento dell'assunzione, la categoria e la qualifica che gli sono state assegnate in relazione alle mansioni per cui è stato assunto», si sono poi succedute una serie di norme mirate ad un progressivo obbligo di ostensione di informazioni relative al rapporto di lavoro, finalizzate a garantire l'esercizio di diritti rivenienti dal rapporto di lavoro; trattasi di obblighi a volte estremamente specifici⁽¹⁰⁾, a volte viceversa di contenuto generico (*rectius*, talmente ampio da diventare evanescente) come ad esempio quello previsto dall'art. 47 *ter* del d.l. 3 settembre 2019 n. 101, convertito, con modificazioni, nella l. 2 novembre 2019 n. 128, di dare ai lavoratori «ogni informazione utile per la tutela dei loro interessi, dei loro diritti e della loro sicurezza».

Gli obblighi informativi introdotti dal d.lgs. n. 152/1997⁽¹¹⁾ si applica(va)no (art. 1) al «datore di lavoro pubblico e privato», con inespreso ma evidente riferimento al rapporto di lavoro subordinato, di natura sia privata che pubblica.

L'art. 5 del d.lgs. n. 152/1997 prevedeva viceversa espressamente la non applicazione degli obblighi di informazione in esso contenuti: a) ai rapporti di lavoro di durata complessiva non superiore ad un mese con un orario di lavoro non superiore ad otto ore settimanali; b) nei confronti del coniuge, dei parenti e degli affini, non oltre il terzo grado del datore di lavoro con lui conviventi.

⁽⁹⁾ M. D'ANTONA, *Sistema giuridico comunitario*, in B. CARUSO, S. SCIARRA (a cura di), *Massimo D'Antona. Opere. Scritti sul metodo e sulla evoluzione del diritto del lavoro. Scritti sul diritto del lavoro comparato e comunitario*, Giuffrè, 2000, p. 402.

⁽¹⁰⁾ Cfr., ad es., l'art. 33 del d.lgs. n. 81/2015, che impone all'agenzia di somministrazione di comunicare al lavoratore: a) gli estremi dell'autorizzazione rilasciata al somministratore; b) il numero dei lavoratori da somministrare; c) l'indicazione di eventuali rischi per la salute e la sicurezza del lavoratore e le misure di prevenzione adottate; d) la data di inizio e la durata prevista della somministrazione di lavoro; e) le mansioni alle quali saranno adibiti i lavoratori e l'inquadramento dei medesimi; f) il luogo, l'orario di lavoro e il trattamento economico e normativo dei lavoratori.

⁽¹¹⁾ In ordine al quale si rinvia a C. FALERI, *Asimmetrie informative e tutela del prestatore di lavoro*, Giuffrè, 2007; E. GRAGNOLI, *Prime considerazioni sul decreto trasparenza sul lavoro trasparenza nel lavoro privato*, in *LG*, 1997, p. 982; F. SCARPELLI, *Diritti di informazione individuali e collettivi: l'incidenza sulla configurazione*, in *RGL*, 2000, I, p. 272.

3. La direttiva 2019/1152 del Parlamento europeo e del Consiglio del 20 giugno 2019

Le criticità relative all'ambito di applicazione della direttiva 91/533/CEE risultano esaustivamente rappresentate nei considerando della direttiva 2019/1152 del Parlamento europeo e del Consiglio del 20 giugno 2019.

Il notevole ampliamento dell'ambito di applicazione soggettivo in materia di obblighi informativi introdotti dalla nuova direttiva nasce dalla consapevolezza, per un verso, che la direttiva 91/533/CEE non trovava applicazione in favore di tutti i lavoratori dell'Unione e, per altro verso, che, in conseguenza degli sviluppi del mercato del lavoro, sono emerse lacune nella protezione delle sempre crescenti e mutevoli nuove forme di lavoro (considerando n. 5).

In ragione di quanto sopra, si è quindi ritenuto opportuno stabilire a livello dell'Unione prescrizioni minime relative da un lato alle informazioni sugli elementi essenziali del rapporto di lavoro e, dall'altro, alle condizioni di lavoro applicabili a ciascun lavoratore, al fine di garantire che tutti i lavoratori dell'Unione fruiscano di un livello adeguato di trasparenza e di prevedibilità per quanto riguarda le loro condizioni di lavoro, mantenendo al contempo una ragionevole flessibilità del lavoro non standard e salvaguardandone così i benefici per i lavoratori e i datori di lavoro.

La direttiva è chiara (considerando n. 8) nell'escludere dal suo ambito di applicazione il lavoro autonomo puro e genuino, viceversa includendo il "falso lavoro autonomo", che si verifica quando, al fine di aggirare obblighi giuridici o fiscali, il lavoratore è formalmente dichiarato autonomo, pur potendosi riscontrare nella sua prestazione lavorativa i criteri di individuazione tipologica dettati dalla Corte di Giustizia per la sua riconduzione nell'ambito della nozione di lavoratore eurounitario ⁽¹²⁾.

La chiara esclusione del lavoro autonomo "puro" (negli elementi e nella sostanza) dall'ambito di applicazione della direttiva, non comporta tuttavia, quale conseguenza, che tale ambito si debba ridurre unicamente al lavoro subordinato, come delineato dall'art. 2094 c.c., posto che le maggiori criticità applicative si pongono con riferimento ai lavoratori autonomi "deboli", rispetto ai quali maggiormente si avverte l'esigenza di ampliare i confini protettivi del diritto del lavoro dell'Unione.

Ed è proprio in favore di questa "terra di mezzo" che la direttiva intende ampliare i suoi confini protettivi, prevedendo la sua applicazione in favore di «tutti i lavoratori nell'Unione che hanno un contratto di lavoro o un rapporto di lavoro quali definiti al diritto, dai contratti collettivi o dalle prassi in vigore in ciascuno Stato membro, tenendo conto della giurisprudenza della Corte di giustizia».

La tecnica regolativa utilizzata al fine di individuare il campo di applicazione della direttiva è quindi composita: da un lato vi è il riferimento secco ai criteri di qualificazione sussidiari previsti dalle disposizioni, normative o contrattuali, contenute nella legislazione di ogni singolo stato membro; dall'altro, vi è comunque un rinvio "mobile" alla giurisprudenza della Corte di Giustizia, i cui contenuti sono inevitabilmente destinati a mutare in ragione della introduzione di nuovi lavori e di nuove modalità di espletamento della prestazione, che la direttiva, superando il rigido binario

(12) C. giust. 4 dicembre 2014, causa C-413/13, *FNV c. Staat der Nederlanden*.

autonomia/subordinazione, comunque intende tutelare, ampliando i confini di protezione del diritto del lavoro oltre il lavoro subordinato, come inteso dall'art. 2094 c.c. (13).

A tal fine, nell'applicazione della direttiva dovrà tenersi conto dei criteri elaborati dalla Corte di Giustizia con riferimento alla nozione di lavoratore eurounitario, verificando la sussistenza dei criteri di individuazione tipologica progressivamente dalla stessa elaborati (14).

L'art. 1 § 3 della direttiva 2019/1152 prevede infine che gli Stati membri possono decidere di non applicare gli obblighi ivi stabiliti ai lavoratori il cui rapporto di lavoro sia caratterizzato da un tempo di lavoro predeterminato ed effettivo di durata pari o inferiore a una media di tre ore a settimana in un periodo di riferimento di quattro settimane consecutive. A tal fine, è considerato nella media delle tre ore il tempo di lavoro prestato a tutti i datori di lavoro che costituiscono una stessa impresa, uno stesso gruppo o una stessa entità o vi appartengono.

Viceversa, in coerenza con la finalità di realizzarne lo scopo (art. 1 § 1) – che è quello di migliorare le condizioni di lavoro promuovendo un'occupazione più trasparente e prevedibile – la direttiva dovrebbe trovare applicazione nei confronti dei lavoratori che non abbiano una quantità garantita di lavoro, compresi quelli con contratto a zero ore, indipendentemente dal numero di ore dagli stessi effettivamente lavorate (considerando n. 12) (15).

La direttiva 2019/1152 (art. 1 § 6) prevede che gli Stati membri, sulla base di motivi oggettivi, possono prevedere che la disciplina di cui al capo III (sulle prescrizioni minime relative alle condizioni di lavoro) non trovino applicazione nei confronti dei funzionari pubblici, dei servizi pubblici di emergenza, delle forze armate, delle autorità di polizia, dei magistrati, dei pubblici ministeri, degli investigatori o di altri servizi preposti all'applicazione della legge.

Gli Stati membri possono altresì decidere di non applicare gli obblighi di cui agli artt. 12 (transizione a un'altra forma di lavoro), 13 (formazione obbligatoria) e 15, § 1 (presunzioni giuridiche e meccanismo di risoluzione rapida) alle persone fisiche che agiscono in qualità di datori di lavoro nei nuclei familiari laddove il lavoro venga svolto per tali nuclei familiari.

Da ultimo, l'art. 1, § 8 prevede che il capo II della direttiva (relativo alle informazioni sul rapporto di lavoro) si applichi in favore dei lavoratori marittimi e ai pescatori, fatte salve le direttive 2009/13/CE e (UE) 2017/159. Non si applicano, viceversa, ai

(13) *Contra* V. FERRANTE, *La nozione di lavoro subordinato nella dir. 2019/1152 e nella proposta di direttiva europea rivolta a tutelare i lavoratori delle piattaforme*, Working Paper CSDLE M. D'Antona – INT, 2022, n. 158, p. 16, secondo cui «la direttiva è attentissima proprio a definire il suo campo di applicazione facendolo coincidere, sia pure attraverso il richiamo alla giurisprudenza della Corte di Giustizia, con un'area che sembra perfettamente sovrapponibile a quella disegnata dall'art. 2094 c.c.».

(14) Nel considerando 8 della direttiva si rinvia alle sentenze C. giust. 3 luglio 198, causa C-66/85, *Lawrie-Blum c. Land Baden*; C. giust. 14 ottobre 2010, causa C-428/09, *Union syndicale Solidaires Isère c. Premier ministre*; C. giust. 9 luglio 2015, causa C-229/14, *Balkaya c. Kiesel Abbruch- und Recycling Technik GmbH*; C. giust. 4 dicembre 2014, causa C-413/13, *FNV c. Staat der Nederland*; C. giust. 17 novembre 2016, causa C-216/15, *Betriebsrat der Rubrlandklinik gGmbH c. Rubrlandklinik gGmbH*.

(15) L'estensione dell'ambito di applicazione della direttiva ai cd. *zero hours contracts* viene ritenuta una "scelta forte", in quanto «la trasparenza è assicurata per i lavoratori più esposti all'incertezza e ai mutamenti del mercato» da A. ZILLI, *La trasparenza nel lavoro subordinato. Principi e tecniche di tutela*, Pacini, 2022, p. 137.

lavoratori marittimi ed ai pescatori gli obblighi di cui all'art. 4, § 2, lett. *m* e *o*, e gli artt. 7, 9, 10 e 12 della direttiva.

4. Il d.lgs. n. 104/2022 di attuazione della direttiva (UE) 2019/1152 del Parlamento europeo e del Consiglio del 20 giugno 2019

4.1. I soggetti inclusi

L'art. 1 del d.lgs. 27 giugno 2022 n. 104 estende il suo ambito di applicazione: a) al contratto di lavoro subordinato, ivi compreso quello di lavoro agricolo, a tempo indeterminato e determinato, anche a tempo parziale; b) al contratto di lavoro somministrato; c) al contratto di lavoro intermittente; d) al rapporto di collaborazione con prestazione prevalentemente personale e continuativa organizzata dal committente di cui all'art. 2, co. 1, del d.lgs. 15 giugno 2015, n. 81 ⁽¹⁶⁾; e) al contratto di collaborazione coordinata e continuativa di cui all'art. 409, n. 3 c.p.c.; f) al contratto di prestazione occasionale di cui all'art. 54-*bis* del d.l. 24 aprile 2017, n. 50, convertito, con modificazioni, dalla l. 21 giugno 2017, n. 96.

Il decreto si applica altresì ai rapporti di lavoro dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni di cui all'art. 1, co. 2, del d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165, ovvero dei dipendenti pubblici contrattualizzati, e a quelli degli enti pubblici economici.

L'estensione degli obblighi informativi previsti dal decreto riguarda quindi tutti i lavoratori subordinati, nell'impiego sia pubblico (privatizzato) che privato.

Da ultimo, il d.lgs. n. 104/2022 si applica: a) ai lavoratori marittimi e ai lavoratori della pesca, fatta salva la disciplina speciale vigente in materia; b) ai lavoratori domestici, fatta eccezione per le previsioni di cui agli artt. 10 (in materia di transizione a forme di lavoro più prevedibili, sicure e stabili) e 11 (in materia di formazione).

Sicuramente degna di nota, pur nella sua problematica applicazione, è l'applicazione delle disposizioni contenute nel decreto 104/2022, ai rapporti di collaborazione con prestazione prevalentemente personale e continuativa organizzata dal committente, di cui all'art. 2 co. 1, del d.lgs. 16 giugno 2015 n. 81 ed ai contratti di collaborazione coordinata e continuativa di cui all'art. 409 n. 3 c.p.c.

Se per le collaborazioni organizzate dal committente la norma potrebbe ritenersi "ridondante" ⁽¹⁷⁾, ove si consideri che per detta tipologia di lavoratori si applicano le norme in materia di lavoro subordinato e di conseguenza anche quelle relative agli obblighi informativi, sicuramente più problematica è l'estensione dell'ambito di applicazione delle disposizioni del decreto 104/2022 in favore dei collaboratori coordinati e continuativi *ex art.* 409 n. 3 c.p.c., realizzata mediante una tecnica regolativa articolata (se non confusa) che, pur prevedendo l'applicazione generalizzata delle norme contenute nel decreto ai contratti di collaborazione coordinata e continuativa di cui all'art. 409 n. 3 c.p.c. (art. 1 co. 1 lett. *e*), in realtà ne propone un'applicazione selettiva in relazione al contenuto dei singoli obblighi informativi, in taluni casi peraltro mediata da un non meglio definito giudizio di compatibilità.

⁽¹⁶⁾ Per i quali si rinvia ai contributi di F. CAPPONI, C. GAROFALO e M. CALABRIA, tutti in questo volume, tomo I, parte II, sez. II.

⁽¹⁷⁾ A. TURSI, *Il "decreto trasparenza": profili sistematici e problematici*, in *LDE*, 2022, n. 3, p. 6.

Il d.lgs. n. 104/2022 esordisce affermando (art. 1, co. 1, lett. *e*) che le disposizioni ivi contenute si applicano ai collaboratori coordinati e continuativi *ex art.* 409 n. 3 c.p.c.; il che farebbe propendere per l'applicazione integrale del decreto in favore di detta tipologia di collaboratori.

In realtà, ad onta di quanto affermato nel citato art. 1 co. 1 lett. *e*, nell'articolato normativo l'applicazione del decreto in favore dei collaboratori coordinati e continuativi *ex art.* 409 n. 3 c.p.c. è prevista in maniera diversificata: in alcune disposizioni, mediante il richiamo diretto a tale tipologia di lavoratori, previa valutazione di compatibilità; in altre, le singole disposizioni non richiamano in alcun modo detta tipologia di collaboratori.

Partendo dal capo II del decreto, riguardante le informazioni di carattere generale sul rapporto di lavoro, l'art. 1 co. 5 novellato del d.lgs. n. 152/1997 prevede che al rispetto degli obblighi informativi di carattere generale di cui al co. 1 del medesimo articolo sia tenuto «nei limiti della compatibilità» il committente, nell'ambito dei rapporti di lavoro di cui all'art. 409 n. 3 c.p.c.

La difficoltà interpretativa della disposizione nasce evidentemente dal fatto che il contenuto degli obblighi informativi previsti dal d.lgs. n. 152/1997 è stato “pensato” in relazione a rapporti di lavoro subordinato, sicché il contenuto di taluni obblighi non risulta automaticamente esportabile nell'alveo del lavoro autonomo, nel quale rientrano i contratti di collaborazione coordinata e continuativa di cui all'art. 409 n. 3 c.p.c. ⁽¹⁸⁾.

Evidente come il criterio di compatibilità utilizzato nel decreto al fine di verificare l'ampiezza degli obblighi informativi ricadenti sul committente possa generare incertezze applicative (e di conseguenza sanzionatorie), dovendosi effettuare una valutazione casistica della tipologia del rapporto e sulle modalità di espletamento della prestazione, dai risultati prevedibilmente non omogenei. A conferma di quanto innanzi, la circ. INL 8 agosto 2022 n. 4, oltre ad affermare che la compatibilità degli obblighi informativi va accertata caso per caso in relazione alla tipologia di prestazione effettivamente richiesta, limita la valutazione di compatibilità “*ex ante*” alle «informazioni dettate dalla legge da a) ad f) del nuovo art. 1 del D. Lgs. 152/1997», ritenute quindi obbligatorie anche per i collaboratori coordinati e continuativi *ex art.* 409 n. 3 c.p.c.

Con riferimento, viceversa, agli ulteriori obblighi previsti al capo III del d.lgs. n. 104/2022 riguardante le prescrizioni minime relative alle condizioni di lavoro, la valutazione va effettuata con riferimento alle singole disposizioni, posto che solo per alcune di esse è espressamente prevista l'applicazione in favore dei collaboratori coordinati e continuativi *ex art.* 409 n. 3 c.p.c., mentre per altre non vi è alcun riferimento a tale tipologia di collaboratori.

In particolare, è da escludere che si applichino in favore dei collaboratori coordinati e continuativi *ex art.* 409 n. 3 c.p.c., ai quali infatti non fa riferimento l'art. 7 del d.lgs. n. 104/2022, le disposizioni relative alla durata massima del periodo di prova, essendo il patto di prova oggettivamente incompatibile con tale tipologia di rapporti; viceversa, l'art. 8 del d.lgs. n. 104/2022 estende l'applicazione integrale della disciplina ivi prevista in tema di cumulo di impieghi ai collaboratori coordinati e continuativi *ex art.* 409 n. 3 c.p.c. e l'art. 9 quella relativa alla prevedibilità minima del lavoro. Nulla il decreto prevede in ordine all'applicazione, in favore dei collaboratori coordinati e continuativi,

⁽¹⁸⁾ G. PROIA, *Le novità, sistemiche e di dettaglio, del decreto trasparenza*, in *MGL*, 2022, n. 3, p. 579.

delle disposizioni di cui agli artt. 10 (in materia di transizione a forme di lavoro più prevedibili, sicure e stabili) e 11 (in materia di formazione obbligatoria), sicché tali disposizioni non dovrebbero ritenersi applicabili in favore dei collaboratori coordinati e continuativi *ex art.* 409 n. 3 c.p.c.; trattasi di un'opzione interpretativa di carattere sistematico e comunque realistica, che tuttavia si scontra con l'incipit del decreto, secondo il quale lo stesso troverebbe integrale applicazione nei confronti dei collaboratori coordinati e continuativi *ex art.* 409 n. 3 c.p.c., come innanzi evidenziato.

Per concludere sul punto, se sicuramente va valutata positivamente l'estensione degli obblighi informativi – con le esclusioni e le limitazioni innanzi esposte – in capo ai committenti in relazione ai contratti di collaborazione coordinata e continuativa *ex art.* 409 n. 3 c.p.c., non può non evidenziarsi come l'incertezza regolativa e l'utilizzo di un criterio discrezionale quale quello della compatibilità di disposizioni tarate sul rapporto di lavoro subordinato ai rapporti di collaborazione, peraltro in assenza di chiare indicazioni ministeriali, genererà prassi interpretative differenti ed inevitabile contenzioso ⁽¹⁹⁾.

4.2. I soggetti esclusi

L'art. 1 co. 4 del d.lgs. n. 104/2022 prevede che siano esclusi dal campo di applicazione del decreto i rapporti di lavoro autonomo “puro” di cui al titolo III del libro V del codice civile e quelli di lavoro autonomo sportivo, di cui al d.lgs. 28 febbraio 2021 n. 36, purché non riconducibili a rapporti di collaborazione coordinata e continuativa *ex art.* 409 n. 3 c.p.c. (e sempre che non si tratti di falsi lavoratori autonomi, indipendentemente dal *nomen* attribuito al rapporto tra le parti, come espressamente previsto dal considerando n. 8 della direttiva 2019/1152). Sono altresì esclusi dal campo di applicazione del decreto i rapporti di lavoro caratterizzati da un tempo di lavoro predeterminato ed effettivo di durata pari o inferiore a una media di tre ore a settimana in un periodo di riferimento di quattro settimane consecutive. A tal fine, è considerato nella media delle tre ore il tempo di lavoro prestato in favore di tutti i datori di lavoro che costituiscono una stessa impresa, uno stesso gruppo di imprese. Detta esclusione non opera, viceversa, in relazione ai rapporti di lavoro nell'ambito dei quali non sia stata stabilita una quantità garantita di lavoro retribuito prima dell'inizio del lavoro (i cd. *zero-hours contracts*), rispetto ai quali l'esigenza di tutela è evidentemente maggiore. Sono altresì espressamente esclusi i rapporti di agenzia e rappresentanza, probabilmente in ragione del loro carattere spiccatamente commerciale ⁽²⁰⁾, nonché i rapporti di collaborazione prestati nell'impresa del datore di lavoro dal coniuge, dai parenti e dagli affini non oltre il terzo grado, che siano con lui conviventi.

Da ultimo, sono esclusi dal campo di applicazione del decreto i rapporti di lavoro del personale dipendente di amministrazioni pubbliche in servizio all'estero, limitatamente alle disposizioni contenute nell'art. 2 novellato del d.lgs. n. 152/1997, riguardante i distacchi di lavoratori nell'ambito di prestazioni transnazionali di servizi,

⁽¹⁹⁾ Per ulteriori approfondimenti sull'applicazione del d.lgs. n. 104/2022 ai collaboratori coordinati e continuativi si rinvia al contributo di F. FERRARO, in questo volume, tomo I, parte II, sez. I.

⁽²⁰⁾ A. TURSI, *op. cit.*, p. 9.

nonché, infine, i dipendenti in regime di diritto pubblico, di cui all'art. 3 del d.lgs. n. 165/2001⁽²¹⁾.

Rimangono infine vigenti le ipotesi di esclusione previste dall'art. 5 co. 1 del d.lgs. n. 152/1997, a mente del quale gli obblighi di informazione non trovano applicazione:

- a) nei rapporti di lavoro di durata complessiva non superiore ad un mese e il cui orario di lavoro non superi le otto ore settimanali;
- b) nei confronti del congiunge, dei parenti e degli affini, non oltre il terzo grado, del datore di lavoro con lui conviventi.

⁽²¹⁾ Per i quali si rinvia al contributo di G. PISTORE, in questo volume, tomo I, parte II, sez. I.

L'estensione degli obblighi informativi alle collaborazioni coordinate e continuative e alle collaborazioni organizzate dal committente

di Fabrizio Ferraro

Abstract – Il contributo analizza le criticità derivanti dall'estensione della disciplina del d.lgs. n. 104/2022, in attuazione della direttiva 2019/1152, ai rapporti di collaborazione coordinata e continuativa *ex art.* 409 n. 3 c.p.c. e ai rapporti di collaborazione organizzata dal committente *ex art.* 2 co. 1 d.lgs. n. 81/2015. Premessi brevi cenni al problematico coordinamento normativo con il d.lgs. n. 152/2017, si analizzano i caratteri principali delle collaborazioni incluse nel campo di applicazione del d.lgs. n. 104/2022. L'Autore dà conto altresì di alcune esclusioni espresse (agenzia e rappresentanza commerciale, contratti di lavoro autonomo del titolo III, capi I e II, del codice civile, rapporti tra familiari). L'indagine evidenzia poi le criticità insite nell'inclusione della fattispecie della collaborazione coordinata e continuativa, con particolare riferimento agli obblighi informativi, al cumulo di impieghi, alla "prevedibilità minima del lavoro" e alla protezione contro il recesso ritorsivo del committente. Cenni finali saranno dedicati all'esplicito richiamo alle collaborazioni organizzate dal committente tra le fattispecie destinatarie della disciplina in esame.

Abstract –The essay analyzes the issues arising from the Legislative Decree n. 104/2022, which implemented extensively the Directive 2019/1152. The Law includes the so called "collaborazioni coordinate e continuative" pursuant to art. 409 no. 3 of the Civil Procedure Code and the so called "collaborazioni etero-organizzate" pursuant to art. 2 paragraph 1 d.lgs. 81/2015. After some brief remarks on the field of application of the Legislative Decree no. 152/2017, the Author analyzes inclusions and exemptions (commercial agency, self-employment contracts under Title III, Chapters I and II of the Civil Code, relationships between family members, etc). Moreover, the survey points out the critical issues inherent in the inclusions, with reference to the obligation to provide information, the parallel employment, the 'minimum predictability of work' and the protection from dismissal and burden of proof. Finally, the Author highlights the issues arising from the application of Legislative Decree no. 104 to the so called "collaborazioni etero-organizzate".

Sommario: 1. La trasparenza e prevedibilità delle condizioni di lavoro e le collaborazioni non subordinate. – 2. *Segue.* Il caleidoscopio dei campi di applicazione. – 3. Le ipotesi incluse. Le collaborazioni coordinate e continuative. – 4. *Segue.* Le collaborazioni organizzate dal committente. – 5. Le esclusioni espresse. – 6. Obblighi di informazione e rapporto di lavoro coordinato. – 6.1. Gli obblighi informativi estesi «nei limiti della compatibilità» – 6.2. Gli obblighi informativi nel caso di utilizzo di sistemi decisionali o di monitoraggio automatizzati – 7. Le altre discipline estese. Cenni. – 8. *Segue.* Il diritto di cumulare gli impieghi. – 9. *Segue.* Il diritto alla prevedibilità minima del lavoro. – 10. *Segue.* La protezione contro il recesso e gli altri trattamenti pregiudizievoli.

1. La trasparenza e prevedibilità delle condizioni di lavoro e le collaborazioni non subordinate

Il d.lgs. n. 104/2022, introdotto per trasporre nel nostro ordinamento la direttiva UE 1152/2019, estende alcune norme di tutela ai rapporti di collaborazione coordinata e continuativa dell'art. 409 n. 3 c.p.c. (art. 1, co. 1, lett. *d*, dove invero si usa il termine «contratti») e ai rapporti di collaborazione etero-organizzata dell'art. 2, co. 1, d.lgs. n. 81/2015 (art. 1, co. 1, lett. *d*).

Le disposizioni applicabili (anche) ai collaboratori non subordinati sono eterogenee nel contenuto: obblighi di forma (art. 4), cumulo di impieghi (art. 8), prevedibilità minima del lavoro (art. 9), transizione a forme di lavoro più prevedibili e sicure (art. 10), formazione obbligatoria (art. 11), misure di tutela tra le quali si annoverano una protezione più generale contro trattamenti ritorsivi e conseguenze sfavorevoli (artt. 12-13) e una protezione più specifica contro una particolare forma di recesso ritorsivo del committente o altre forme espulsive equivalenti (art. 14). Queste disposizioni corrispondono ad altrettanti nuclei di tutela che il legislatore immagina siano comuni al lavoro subordinato e ad alcune selezionate forme di lavoro autonomo ⁽¹⁾.

L'esplicito riferimento alle collaborazioni dell'art. 409 n. 3 c.p.c. all'interno di una disciplina relativa agli obblighi di informazione e alla trasparenza nel contratto di lavoro pone problemi nuovi e non agevolmente superabili, tanto sotto il profilo teorico e interpretativo, quanto ancora sotto il profilo pratico-applicativo ⁽²⁾.

Occorre spiegare meglio la ragione per la quale l'indicazione della collaborazione coordinata, fattispecie dai confini aperti, in un complesso normativo che presuppone certezza e, appunto, "trasparenza", rischi in alcuni casi di inficiare la scelta di estendere alcuni importanti diritti oltre la subordinazione ⁽³⁾. Al contempo, l'estensione di alcune protezioni a favore dei collaboratori non subordinati consente di rafforzare il convincimento circa il carattere "prototipico", nell'ordinamento, delle collaborazioni coordinate quali forme di lavoro autonomo nell'organizzazione. Norme come l'art. 8 e l'art. 9, per le ragioni che saranno meglio spiegate oltre, presuppongono un

⁽¹⁾ L'analisi dettagliata di ciascuna disposizione è già oggetto di separata trattazione in altri contributi dell'opera. Ai fini di questo più specifico contributo non posso che limitarmi a verificare le criticità derivanti dall'estensione di tali tutele oltre la subordinazione e provare a restituire il senso di questa operazione inclusiva, al lume del campo di applicazione della direttiva e di quello del decreto che la trasporta nell'ordinamento interno.

⁽²⁾ Tra i primi commenti cfr. M. MARAZZA, F. D'AVERSA, *Dialoghi sulla fattispecie dei "sistemi decisionali o di monitoraggio automatizzati" nel rapporto di lavoro (a partire dal Decreto trasparenza)*, in *Giustiziacivile.com*, 2022, n. 11, pp. 1 ss.; G. PROIA, *Il decreto trasparenza*, in *GLav*, 2022, n. 39, pp. 1 ss.; G. PROIA, *Le novità, sistemiche e di dettaglio, del decreto trasparenza*, in *MGL*, 2022, n. 3, p. 571 ss.; G. PROIA, *Trasparenza, prevedibilità e poteri dell'impresa*, in *Labor*, 2022, p. 641 ss.; A. ZILLI, *Condizioni di lavoro (finalmente) trasparenti e prevedibili*, *ivi*, p. 661 ss.; A. TURSÌ, *La "trasparenza" dei diritti dei lavoratori nel decreto "trasparenza"*, in *DRI*, 2023, dattiloscritto. Cfr. anche la circ. INL 10 agosto 2022, n. 4, e, per i profili legati alla disciplina del trattamento dei dati personali, con la quale sono vistose le sovrapposizioni, cfr. la nota del Garante 24 gennaio 2023.

⁽³⁾ Sul tema la letteratura è vasta. Segnalo il recente contributo al dibattito di G. SANTORO-PASSARELLI, *L'impatto della crisi economica sul lavoro autonomo e su quello subordinato*, in G. SANTORO-PASSARELLI, *Realtà e forma del diritto del lavoro. Tomo IV*, Giappichelli, 2022, p. 269 ss., e di T. TREU, A. PERULLI, *"In tutte le sue forme e applicazioni". Per un nuovo Statuto del lavoro*, Giappichelli, 2022.

inserimento organizzativo forte dei collaboratori, che fa da riscontro alla funzione organizzativa dei diversi contratti riconducibili allo schema dell'art. 409 n. 3 c.p.c. (4). Merita invece un ragionamento a sé stante, e comunque diverso da quello che si deve svolgere per i collaboratori coordinati, l'estensione del d.lgs. n. 104/2022 a favore dei collaboratori cosiddetti etero-organizzati ex art. 2, co. 1, d.lgs. n. 81/2015. La scelta di estendere questa nuova disciplina a favore di questi rapporti potrebbe essere intesa o nel senso della volontà del legislatore di identificare la disciplina applicabile a una distinta fattispecie negoziale nel campo del lavoro autonomo; o, in alternativa, come una "norma apparente" per coloro che, al di là della natura di questi rapporti, considerino in ogni caso già applicabile integralmente «la disciplina del rapporto di lavoro subordinato» (ma, a ben vedere, anche per coloro che queste discipline potessero già essere incluse tra quelle compatibili e quindi applicabili). Ciò induce a riflettere in anticipo sulla funzione dell'estensione legislativa in questo caso, al fine di capire se sia volta a sottolineare velatamente, e senza imporre alcun trapasso di fattispecie, l'insincerità delle collaborazioni etero-organizzate immerse nella "zona grigia"; o, di contro, se serva a rafforzare l'apparato di protezioni di lavoratori nell'organizzazione altrui, ma realmente autonomi sotto il profilo delle modalità esecutive della prestazione. Sul punto tornerò oltre (§ 5), ma i risultati del discorso non potranno che dipendere dalla funzione assegnata da ciascun autore alla norma del *Jobs Act*.

In merito all'impianto generale della legge si può premettere che le prescrizioni della direttiva europea (direttiva n. 1152/2019) sono state pensate per il lavoratore subordinato, come evidenzia la ricchezza di riferimenti all'orario di lavoro (o, nella trasposizione italiana, a norme come l'art. 2105 c.c. o ancora alla disciplina dei licenziamenti individuali). Ne segue che il loro contenuto non sarà «sempre congruente rispetto alle peculiarità dei rapporti che, pur prevedendo forme di coordinamento con il committente, sono di lavoro autonomo» (5). Occorre quindi trovare una chiave interpretativa che consenta l'estensione ponderata di queste norme a forme di lavoro non subordinato.

A tal fine, è necessario soffermarsi sulla scelta del legislatore italiano che, nel trasporre una normativa di origine euro-unitaria, ha ritenuto di estenderla a favore di collaboratori sicuramente autonomi, ciò che con le direttive sociali non è (quasi) mai avvenuto. Questa opzione induce a riflettere non solo sull'estensione della nozione di lavoratore nella UE – atteso che il diritto scritto dell'Unione europea non conosce un'unica nozione «armonizzatrice» (6) e rimette agli Stati più spesso la definizione del campo di applicazione soggettivo delle tutele – ma anche sulla scelta di estendere tutele che presuppongono una più stretta connessione organizzativa con l'organizzazione altrui (7). Del resto, la nozione di lavoratore è stata sviluppata intorno al

(4) Sia consentito un rinvio, per ogni opportuna precisazione, a F. FERRARO, *Studio sulla collaborazione coordinata*, Giappichelli, 2023.

(5) G. PROIA, *Il decreto trasparenza*, in *GLav*, 2022, n. 39, p. 7.

(6) M. PALLINI, *Il lavoro economicamente dipendente*, Cedam, 2013, p. 33; cfr. G. BRONZINI, *La nozione di "dipendenza" comunitaria: una soluzione per la digital economy*, in *ADL*, 2018, n. 4-5, pp. 987-988, il quale chiarisce che si tratta di nozione «non universalizzabile ed accessoria a quella nazionale».

(7) Cfr. già P. ICHINO, *Sulla questione del lavoro non subordinato ma sostanzialmente dipendente nel diritto europeo e in quello degli Stati membri*, in *RIDL*, 2015, II, p. 575, dove si precisa che la «dipendenza organizzativa» diviene un parametro per l'inclusione dei rapporti di lavoro da proteggere.

problema della libera circolazione dei lavoratori ⁽⁸⁾ e, sotto questo profilo, non si ammettono interpretazioni restrittive ⁽⁹⁾.

I recenti sviluppi della politica sociale dell'Unione europea evidenziano una presa di coscienza delle istituzioni euro-unitarie in ordine alla necessità di includere nelle direttive sociali anche lavoratori "autonomi", al fine di garantire l'accesso a tutele contro la perdita o la carenza del lavoro e di migliorare, pure attraverso contratti collettivi, le condizioni di lavoro senza che si generino conflitti con il principio *antitrust* ⁽¹⁰⁾. Si tratta di un processo in divenire che sconta ancora incertezze e resistenze, sol che si consideri che le nozioni di lavoratore e di rapporto di lavoro, seppure in espansione, restano affidate alle geometrie variabili dei rapporti multilivello. D'altro canto, il riferimento espresso ai risultati della giurisprudenza della Corte di Giustizia potrebbe costituire una prima forma, ancora debole, di armonizzazione, a condizione che quel riferimento cominci a campeggiare più di frequente nelle direttive ⁽¹¹⁾.

⁽⁸⁾ S. GIUBBONI, *Diritto del lavoro europeo. Una introduzione critica*, Cedam, 2017, p. 124 ss.

⁽⁹⁾ M. AIMO, *Subordinazione e autonomia: che cosa ha da dire l'Unione europea?* in *Labor*, 2021, p. 395. Cfr. S. GIUBBONI, *Diritto del lavoro europeo*, Cedam, 2017, p. 123, e S. GIUBBONI, voce *Worker*, in A. BARTOLINI, R. CIPPITANI, V. COLCELLI (a cura di), *Dictionary of Statuses within Eu law*, Springer, 2019, p. 645 ss.; cfr., anche in relazione alla paradigmatica C. giust., 4 dicembre 2014, *FNV Kunsten*, causa C-413/13, G. PIGLIALARMÌ, *Lavoro autonomo, pattuizioni collettive e normativa antitrust: dopo il caso FNV Kunsten, quale futuro?*, in *LDE*, 2021; M. BIASI, *Ripensando il rapporto tra il diritto della concorrenza e la contrattazione collettiva relativa al lavoro autonomo all'indomani della l. n. 81/2017*, in *ADL*, 2018, p. 443 ss., e M. BIASI, *'We will all laugh at gilded butterflies'. The shadow of antitrust law on the collective negotiation of fair fees for self-employed workers*, in *European Labour Law Journal*, 2018, p. 356 ss. Cfr. anche P. GEMMA, *La nozione euro-unitaria di lavoratore dipendente alla prova della gig-economy: si pronuncia la Corte di Giustizia europea*, in *LLI*, 2020, p. 18 ss. Cfr. sul tema P. ICHINO, *Collective Bargaining and Antitrust Laws: an Open Issue*, in *IJCLLR*, 2001, vol. 17, n. 2, pp. 185-198.

⁽¹⁰⁾ Su questi processi cfr. L. VALENTE, *La politica sociale UE recente e i progressi possibili per una nozione europea di lavoratore*, in *RIDL*, 2021, n. 4, p. 339 ss., e V. FERRANTE, *La nozione di lavoro subordinato nella dir. 2019/1152 e nella proposta di direttiva europea rivolta a tutelare i lavoratori "delle piattaforme"*, in *Biblioteca '20 Maggio'*, 2022, n. 1, p. 1 ss. Può essere richiamato il regolamento (UE) 2021/691 del Parlamento europeo e del Consiglio emanato il 28 aprile 2021 sul Fondo europeo di adeguamento alla globalizzazione per i lavoratori espulsi dal lavoro (FEG), che include tra i beneficiari i lavoratori autonomi la cui attività sia cessata nell'ambito di eventi di ristrutturazione significativi. Cfr. anche le altre rilevanti iniziative che, nel proprio campo di applicazione, fanno riferimento al lavoratore *tout court* (si pensi alla direttiva (UE) 2022/2041 sui salari minimi adeguati o alla raccomandazione 2019/C 387/01 del Consiglio, dell'8 novembre 2019). È possibile anche citare una iniziativa del 2020 volta a legittimare la contrattazione a intervenire nel rendere i lavoratori autonomi destinatari di protezioni sociali contro la disoccupazione. Si registra in effetti una tendenza all'inclusività dell'area dei diritti sociali, a scapito dell'area della libera concorrenza, che riguarda, per la prima volta, anche il lavoro autonomo. Cfr. altresì la recente *Proposal for a Council Recommendation on adequate minimum income ensuring active inclusion*, SWD(2022)313 final, che include espressamente il lavoro autonomo nel proprio raggio d'azione; e la proposta di Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio relativa al miglioramento delle condizioni di lavoro nel lavoro mediante piattaforme digitali, della fine del 2021. Sul pilastro europeo dei diritti sociali cfr. P. SCHOUKENS, A. BARRIO, S. MONTEBOVI, *The EU social pillar: An answer to the challenge of the social protection of platform workers?*, in *European Journal of Social Security*, 2018, p. 219 ss. Cfr. su alcuni recenti sviluppi della politica eurounitaria anche G. BRONZINI, *Economia della condivisione e lavoro autonomo: una prospettiva europea*, in A. PERULLI (a cura di), *Lavoro autonomo capitalismo piattaforme*, Cedam, 2018, p. 1 ss.

⁽¹¹⁾ M. RISAK, T. DULLINGER, *The concept of 'worker' in EU law. Status quo and potential for change*, ETUI Report, 2018, n. 140, p. 1 ss.

La direttiva n. 1152/2019 si prefigge lo scopo di «migliorare le condizioni di lavoro promuovendo un'occupazione più trasparente e prevedibile, pur garantendo nel contempo l'adattabilità del mercato del lavoro» (art. 1.1). Stabilisce infatti «diritti minimi che si applicano a tutti i lavoratori nell'Unione che hanno un contratto di lavoro o un rapporto di lavoro quali definiti dal diritto, dai contratti collettivi o dalle prassi in vigore in ciascuno Stato membro, tenendo conto della giurisprudenza della Corte di giustizia» (art. 1.2).

Il considerando n. 8 della direttiva auspica l'applicazione delle proprie previsioni al «falso lavoro autonomo»⁽¹²⁾, mentre «i lavoratori effettivamente autonomi non dovrebbero rientrare nell'ambito di applicazione della presente direttiva, in quanto non soddisfano [...] criteri» di determinazione del rapporto di lavoro elaborati dalla Corte di Giustizia⁽¹³⁾.

Ciononostante, il legislatore italiano ha ritenuto di considerare tra i “lavoratori” destinatari delle protezioni anche lavoratori sicuramente autonomi come i collaboratori coordinati e continuativi, probabilmente perché ha supposto che il *considerando* della direttiva, attraverso l'uso del condizionale (almeno nella traduzione italiana), avesse lasciato nella penombra della previsione una categoria intermedia tra il falso lavoro autonomo, da ricondurre all'area del lavoro subordinato, e il lavoro autonomo, per così dire, indipendente, da ricondurre all'area dell'impresa. La categoria bloccata in mezzo al “guado” è rappresentata, nel dibattito europeo, dal gruppo, dai confini incerti, dei lavoratori autonomi economicamente dipendenti (con, in prima fila, i lavoratori delle piattaforme). Ma la nozione di dipendenza economica non ha autonomia nell'ordinamento italiano⁽¹⁴⁾, né può dedursi un concetto generale di dipendenza

(12) Sull'uso ambiguo dell'espressione da parte della Corte di giustizia si legga M. BIASI, “*We will all laugh at gilded butterflies*”. *The shadow of antitrust law on the collective negotiation of fair fees for self-employed workers*, in *European Labour Law Journal*, 2018, n. 9, pp. 354 ss.

(13) Cass. 7 ottobre 2021, n. 27310; C. giust. 4 dicembre 2014, causa C-413/2013; C. giust. 11 dicembre 2015, causa C-422/2014. Cfr. in tema M. AIMO, *Subordinazione e autonomia: che cosa ha da dire l'Unione europea?*, in *Labor*, 2021, p. 403. Il rinvio alla nozione di lavoratore delineata dalla Corte di Giustizia consente di escludere che il rapporto di lavoro sia “puramente” autonomo ogniqualvolta ricorrano il carattere «reale ed effettivo» della prestazione «per un certo periodo di tempo», una generica soggezione alla direzione ad opera di un “datore” di lavoro e l'onerosità in forza del riconoscimento di una retribuzione in cambio del lavoro eseguito. Si tratta però di costrutti in evoluzione. *Ex multis* C. giust. 3 maggio 2012, causa C-337/2010, *Neidel*. Per l'analisi della giurisprudenza si rinvia a A. PERULLI, *The legal and jurisprudential evolution of the notion of employee*, in *European Labour Law Journal*, 2020; E. MENEGATTI, *The evolving Concept of “worker” in EU law*, in *ILLeJ*, 2019, n. 12, p. 71 ss., anche per direzione va intesa in senso non tecnico e richiama più l'inserimento nell'organizzazione produttiva, e A. PERULLI, *The legal and jurisprudential evolution of the notion of employee*, in *European Labour Law Journal*, 2020, pp. 1-14. Si potrebbe anche valorizzare l'idea secondo la quale quel «certo periodo di tempo» non sia riferita al trascorrere materiale del tempo – ossia la “esecuzione prolungata” – ma implichi un tempo valutabile in termini quantitativi ai fini dell'adempimento e quindi un rapporto di durata. Di talché, se è incerta l'inclusione dei collaboratori coordinati a seconda dei dubbi su come intendere il requisito della “direzione”, sarebbe certa almeno l'esclusione di quei contratti d'opera e d'opera intellettuale che si esauriscono in un “servizio” ad adempimento istantaneo. Ciò, nella consapevolezza del carattere informale della nozione eurounitaria e, al contempo, della necessità che essa trovi pur sempre riscontro sul piano delle fattispecie di ciascun ordinamento secondo un modello flessibile di integrazione.

(14) Cfr., anche sulle differenze rispetto all'ordinamento spagnolo, G. SANTORO-PASSARELLI, *Falso lavoro autonomo e lavoro autonomo economicamente debole ma genuino: due nozioni a confronto*, in *RIDL*, 2013, n. 1, pp. 103-121.

economica dall'art. 9 della l. n. 192/1998. La si fa per lo più corrispondere, pragmaticamente e con tutte le approssimazioni del caso, a diverse figure che presentano elementi di debolezza o dipendenza simili, per alcuni profili e non per altri, a quelli del lavoro subordinato.

Il legislatore italiano ritiene meritevoli di queste tutele anche le collaborazioni coordinate, nonostante siano forme di lavoro autonomo e la stessa disposizione rimarchi tale appartenenza con la concessiva «anche se non a carattere subordinato», in quanto ritiene che questi rapporti costituiscano prototipi del lavoro autonomo debole prestato nell'organizzazione altrui. Non è dato capire se tale scelta, dalla prospettiva italiana, sia espressione della direttiva (nel senso che ogni collaboratore coordinato è anche un “lavoratore” nell'UE) ovvero se si sia trattato di una scelta compiuta a valle dell'ordinamento multilivello ⁽¹⁵⁾.

Si può anticipare una prima conclusione. La direttiva in esame, nonostante non disponga espressamente l'applicazione al lavoro autonomo, contiene elementi di apertura alla scelta degli Stati di considerare “lavoratore” anche un soggetto che non rispetta i crismi del lavoro subordinato secondo la legge nazionale. Il legislatore italiano ha quindi compiuto una scelta nient'affatto imposta dall'ordinamento eurounitario, ma ragionevolmente spiegabile sotto quella stessa luce.

La più rilevante conseguenza di questa interpretazione, sul piano dei rapporti tra ordinamenti multilivello, è che la previsione, in alcune norme applicabili ai collaboratori coordinati, del limite della «compatibilità», non parrebbe censurabile per inesatta trasposizione della direttiva.

Peraltro, l'applicazione alle collaborazioni coordinate di alcune specifiche disposizioni pensate per il lavoro subordinato consente di evidenziare alcune similitudini tra le due forme di «collaborazione», entrambi funzionali all'inserimento nell'organizzazione altrui, anche se molto diverse, sotto il profilo qualitativo, sono le prerogative attribuite al creditore del lavoro ai fini del “governo” della prestazione.

Ulteriore conseguenza di questa autonoma scelta estensiva nella trasposizione della direttiva, dalla prospettiva del nostro ordinamento, è l'apertura di un nuovo ventaglio di opportunità in ordine all'applicazione di altre direttive sociali – già in vigore o che saranno approvate – nelle parti in cui siano compatibili con i caratteri dei rapporti di lavoro non subordinato e, in particolare, con rapporti di collaborazione coordinata e continuativa secondo il modello generale transtipico dell'art. 409 n. 3 c.p.c.

Le collaborazioni coordinate e continuative in questo processo rappresentano un sicuro punto di riferimento del legislatore italiano in quanto raffigurano in modo “ottimale” il lavoro autonomo da tutelare. Il d.lgs. n. 104 ne dà conferma ⁽¹⁶⁾.

⁽¹⁵⁾ Si pensi alla diversa considerazione assegnata ai contratti collettivi dei lavoratori autonomi dall'ordinamento interno (senza risalire alla legge Vigorelli, si possono citare l'art. 63 del d.lgs. n. 276/2003, l'art. 47-*quater* del d.lgs. n. 81/2015 e l'art. 2, comma 1, del d.lgs. n. 81/2015) nel confronto con l'ordinamento eurounitario (dove ancora si sente l'eco della controversia *FNV Kunsten Informatie en Media v Staat der Nederlanden*).

⁽¹⁶⁾ Così mi sembra che si esprima anche A. TURSI, *La “trasparenza” dei diritti dei lavoratori nel decreto “trasparenza”*, in *DRI*, 2023, dattiloscritto, § 4, quando conferma che la direzione di questa *policy* rappresenta un cambio di rotta rispetto alla l. n. 81/2017.

2. *Segue. Il caleidoscopio dei campi di applicazione*

Prima di analizzare più nel dettaglio le norme sulle collaborazioni coordinate⁽¹⁷⁾, occorre evidenziare un fattore di complessità insito nella struttura del d.lgs. n. 104/2022. Tale decreto compie, infatti, operazioni di taglio diverso, a volte contraddittorie, in materia di obbligo di informazione gravante (anche) sul committente del lavoro coordinato e continuativo⁽¹⁸⁾.

Alla luce della lettura congiunta del d.lgs. n. 104/2022 e del d.lgs. n. 152/1997, non è chiaro come l'art. 1 del d.lgs. n. 104, che definisce il campo di applicazione di tutto il decreto, si rapporti alle singole disposizioni in materia di obblighi informativi che, attraverso l'art. 4, d.lgs. n. 104/2022, confluiscono nei rinnovati artt. 1, 1-*bis*, 2, 3 e 4 del d.lgs. n. 152/1997. Le norme in ultimo citate, a loro volta, precisano ulteriormente, rispetto a ciascuna disposizione, il campo di applicazione anche introducendo esclusioni speciali di fattispecie generalmente incluse (cfr. art. 8, co. 4).

Non è chiaro neppure come il campo di applicazione generale dell'art. 1 del d.lgs. 104 si relazioni alle singole disposizioni dello stesso decreto, che, se il più delle volte precisano l'applicabilità alle collaborazioni dell'art. 409 n. 3 c.p.c. con affermazioni limpide (art. 8, co. 3; e art. 9, co. 6) o con segni inequivocabili (la parola «committente»), altre volte tacciono, come nel caso degli artt. 11 e 12.

Questa confusione, con alcuni nodi irrisolti, ha dato e darà luogo a molteplici dubbi interpretativi e, di conseguenza, rischia di creare più opacità che trasparenza. Ad ogni modo, anche per non ripetersi nel corso della trattazione, è bene precisare fin da subito che i due campi di applicazione sembrano integrarsi. Ad esempio, le precisazioni

⁽¹⁷⁾ Si rendono necessarie due avvertenze. Innanzitutto, per restare al tema del contributo, pare coerente omettere la trattazione dell'estensione ai contratti di prestazione occasionale di cui all'art. 54-*bis* del d.l. n. 50/2017, convertito con modificazioni dalla l. n. 96/2017 (art. 1, comma 7, d.lgs. n. 152/1997, nuovo testo). Inoltre, non sarà possibile approfondire i profili sanzionatori (cfr. art. 4, d.lgs. n. 152/1997, che rinvia all'art. 19, comma 2, del d.lgs. n. 276/2003), se non per sottolineare alcune difficoltà applicative che scaturiscono dalla criticabile individuazione del campo di applicazione in riferimento a fattispecie per diversi motivi indefinite come le collaborazioni processuali dell'art. 409, n. 3, c.p.c. e le collaborazioni etero-organizzate, in contrasto con le esigenze di tassatività e certezza di un sistema sanzionatorio.

⁽¹⁸⁾ Per provare a districare una normativa tanto disordinata può essere utile elencare gli interventi che hanno coinvolto le fattispecie oggetto di esame. Il d.lgs. n. 104/2022 si applica ai collaboratori coordinati, oltre che a quelli etero-organizzati (art. 1, commi 1, lett. *d* ed *e*, e 4, lett. *a*); introduce una regola di carattere generale sulle «modalità di comunicazione delle informazioni obbligatorie» contemplate dal decreto, quindi le informazioni dell'art. 4, che modifica gli artt. 1, 1-*bis*, 3 e 4 del d.lgs. n. 152/1997; ma anche quelle dell'art. 5, la norma che modifica diverse singole disposizioni (art. 3); modifica gli artt. 1, 1-*bis*, 3 e 4 del d.lgs. n. 152/1997, confermando per ciascuna di queste norme l'applicabilità alle collaborazioni non subordinate (art. 4); sostituisce l'art. 47-*ter* del d.lgs. n. 81/2015 sulle informazioni da rendere al lavoro autonomo mediante piattaforma (art. 5, comma 2, lett. *d*); introduce *ex novo* alcune tutele tratte dalla direttiva europea del 2019, estendendone espressamente l'applicazione alle collaborazioni dell'art. 409, n. 3, c.p.c. (artt. 8, cumulo di impieghi, e 9, prevedibilità minima del lavoro) o nominando accanto al datore di lavoro il «committente» (art. 10, transizione a forme di lavoro più prevedibili, sicure e stabili; art. 14, protezione contro il licenziamento o contro il recesso del committente e onere della prova; art. 16, disciplina transitoria in merito alla quale rinvio al § 7.2); dispone l'applicabilità di altre disposizioni ai collaboratori non subordinati per il tramite di appositi rinvii al d.lgs. n. 152/1997 (art. 13, protezione dai trattamenti e conseguenze sfavorevoli) o, implicitamente, al campo di applicazione del d.lgs. n. 104/2022 stesso (artt. 11, formazione, e 12, meccanismi di risoluzione rapida e diritto di ricorso).

contenute all'interno dei commi 5 e 7 dell'art. 1, del co. 7 dell'art. 1-*bis* e del co. 3 dell'art. 2 (d.lgs. n. 152) sono regole speciali che modificano o integrano il campo di applicazione disegnato in via generale dall'art. 1, d.lgs. n. 104/2022, impedendo che una specifica disposizione ricada nell'area più generale. Pertanto, è inevitabile trattare in questo contributo anche quella parte della disciplina dell'art. 1 che tocca indirettamente le collaborazioni coordinate (ed etero-organizzate), sottraendo alla relativa area alcuni rapporti (§ 4).

3. Le ipotesi incluse. Le collaborazioni coordinate e continuative

L'art. 1, co. 1, lett. *e*, d.lgs. n. 104/2022, contempla le collaborazioni coordinate. Alcune disposizioni successive ribadiscono tale scelta, dalla quale derivano alcune criticità che è ben evidenziare.

All'art. 409 n. 3 c.p.c. sono riconducibili le più diverse figure professionali, rispondenti pure a diversi contratti nominati e no, purché i relativi rapporti si concretino in una prestazione d'opera coordinata, continuativa e personale.

Su questi caratteri e sulla norma definitoria del secondo periodo (art. 15, l. n. 81/2017) non è consentito dilungarsi ⁽¹⁹⁾. Basti dire che il riferimento alla nozione processuale consente di ritenere inclusi rapporti di durata a esecuzione continuata caratterizzati, a mio avviso, da un inserimento organizzativo e dall'attribuzione al committente di una naturale facoltà di coordinamento in funzione della specificazione dei contenuti del risultato obbligatorio già oggetto di accordo. Non rileva, invece, ai fini del requisito della continuità, il carattere occasionale o intermittente della prestazione ⁽²⁰⁾.

Ciò consente di sottolineare come regole uniformi – non solo in materia di obblighi informativi, ma anche in tema di cumulo di impieghi, prevedibilità del lavoro e protezione contro il “licenziamento” – impattino su assetti di interessi assai diversificati; e questi assetti, così diversi tra di loro, assorbiranno l'impatto delle nuove disposizioni in modo non uniforme. In questo senso si spiega la scelta, per alcuni versi ragionevole, di escludere contratti di agenzia e contratti d'opera intellettuale in cui può essere dedotta una collaborazione coordinata. Le esclusioni pongono dunque un freno (parziale) alla connaturata condizione di trans-tipicità della norma processuale espressamente richiamata dall'art. 1, co. 1, lett. *e*, d.lgs. n. 104/2022. Esclusi i contratti di agenzia e rappresentanza commerciale e quelli d'opera intellettuale, il d.lgs. n. 104/2022, troverà applicazione anche a contratti di trasporto, mandato e spedizione che potrebbero aver costituito rapporti giuridici di collaborazione coordinata e continuativa *ex*

⁽¹⁹⁾ Cfr. V. PINTO, *L'integrazione dell'art. 409, n. 3, c.p.c. e la riconfigurazione delle collaborazioni coordinate e continuative*, in M. LANOTTE (a cura di), *Il lavoro autonomo e occasionale*, Giuffrè, 2018, p. 63 ss.

⁽²⁰⁾ A tal riguardo occorre precisare che le collaborazioni cosiddette “occasionalì”, intendendosi per tali quelle che non raggiungono la soglia oltre la quale si applica l'aliquota previdenziale, saranno, salvo che non ricorra la condizione della “breve durata” (§ 6.1), parimenti destinatarie della disciplina, in quanto il legislatore non ha fatto riferimento alla nozione previdenziale (cfr. art. 50 TUIR al quale rinvia l'art. 2, comma 26, della l. n. 335/1995), che comprende i rapporti ricondotti al campo di applicazione della Gestione separata INPS, bensì alla nozione processuale civilistica. Peraltro, le stesse disposizioni trovano applicazione anche ai «contratti di prestazione occasionale» *ex* art. 54-*bis*, d.l. n. 50/2017, convertito con modificazioni dalla l. n. 96/2017.

art. 409 n. 3 c.p.c., oltre che a una ampia schiera di contratti atipici rispondenti a quello stesso paradigma.

A ciò si aggiunga, da una parte, che il ricorso dei caratteri della collaborazione coordinata è talvolta incerto o che il ricorso di una collaborazione è escluso per ragioni di risparmio previdenziale. D'altra parte, la varietà dei contesti delle collaborazioni coordinate complica anche la valutazione di compatibilità imposta dall'art. 1, co. 7, d.lgs. n. 152/1997 (§ 6.2).

Simili incertezze pongono un grave problema applicativo: la violazione degli obblighi normativi in materia di informazioni è infatti punita con una sanzione amministrativa e, quindi, la condotta che la integra deve essere tassativamente determinata (art. 1, co. 1, l. n. 689/1981) ⁽²¹⁾. Di contro, risulta a volte incerta persino la pendenza dell'obbligo.

Viene il dubbio che gli obblighi possano imporsi esclusivamente in caso di accordi che le parti fin dal principio “formattino” come contenitori di collaborazioni coordinate e continuative. Questa ipotesi sembrerebbe sostenibile alla luce del richiamo dell'art. 1, co. 1, lett. e, d.lgs. n. 104, dove si legge che le norme del decreto si applicano al «contratto di collaborazione coordinata e continuativa di cui all'articolo 409, n. 3, del codice di procedura civile». Si tratta però di un'interpretazione contraddetta tanto dall'art. 4 stesso, in materia di obblighi, dove si utilizza il più corretto termine “rapporto”; tanto dal co. 1 dell'art. 1 nella parte in cui, quando introduce l'elenco delle fattispecie incluse, cita «contratti e rapporti», con una postura a-tecnica e criticabile – tratta invero dalla normativa euro-unitaria (cfr. già 91/533/CEE) – ma che rivela, in fin dei conti, l'indifferenza del termine. A ciò si aggiunga che il «contratto di collaborazione» è appunto l'accordo per costituire un rapporto giuridico patrimoniale (art. 1321 c.c.), di talché, anche se le parti disconoscessero, nel contratto, la ricorrenza del coordinamento e/o della continuatività, questi caratteri sarebbero ricavabili dal comportamento successivo delle parti (art. 1362 c.c.); e anche così contribuirebbero alla necessaria reinterpretazione del contratto.

Il d.lgs. n. 104/2022 non detta norme specifiche per il lavoro autonomo nelle pubbliche amministrazioni, ma solamente per il personale – si intende sempre dipendente – delle PA (v. oltre); ne segue che le disposizioni del decreto si applicano ai «contratti di lavoro autonomo» dell'art. 7, co. 6, d.lgs. n. 165/2001, se posseggano i requisiti dell'art. 409 n. 3 c.p.c.

Del resto, questo decreto di ispirazione paritaria, che equipara a ogni effetto collaboratori subordinati e coordinati, trova di certo applicazione al personale dipendente delle PA (cfr. art. 1, co. 2, d.lgs. n. 104; e le esclusioni del co. 4, lett. e ed f; rinvio ai contributi dedicati al tema). Inoltre, sia l'art. 1-*bis*, sia l'art. 3 (§ 1.1) sottolineano, pleonasticamente ma a scanso di equivoci, che il “committente” obbligato a informare e poi comunicare ogni variazione è sia quello pubblico, sia quello privato; e la citazione nell'art. 1, co. 1, d.lgs. n. 152/1997, del «datore di lavoro pubblico e privato», si deve comunque intendere come riferibile pure al committente, in forza dell'estensione espressa del co. 7. Per tale ragione il decreto n. 104 deve trovare applicazione anche ai rapporti di collaborazione coordinata e continuativa instaurati a norma dell'art. 7,

⁽²¹⁾ Cfr. Cass. 10 ottobre 2019, n. 25490, e Cass. 19 maggio 2008, n. 12679. Si legga in tema E. CASSETTA, voce *Sanzione amministrativa*, in *DDPub*, 1997, vol. XIII, p. 598 ss.; e P. CERBO, *Le sanzioni amministrative*, Giuffrè, 1999, p. 28 ss.

co. 6 ss., d.lgs. n. 165/2001 o ai sensi delle altre norme speciali in materia. Peraltro, proprio le norme sugli obblighi informativi, quando identificano il destinatario dei vincoli, riportano la dizione «il datore di lavoro o committente privato o pubblico» che non lascia spazio a equivoci di sorta.

Si può pure evidenziare che restano estranei a queste previsioni i contratti d'opera e i contratti d'opera intellettuale (art. 1, co. 4, lett. a, d.lgs. n. 104/2022). Invero molti rapporti di lavoro autonomo con la PA sono riconducibili al contenitore del contratto d'opera intellettuale, di talché il numero dei rapporti ai quali, in concreto, troveranno applicazione le nuove misure è limitato ⁽²²⁾.

A ciò si aggiunga che nelle pubbliche amministrazioni i rapporti che così si atteggiavano – ma compaiono ancora, in questa formulazione, l'indicazione dell'esclusiva personalità e il riferimento a tempo e luogo quali modalità esecutive etero-organizzate – sono oggetto di uno specifico divieto, sono colpiti dalla nullità e determinano responsabilità erariale e dirigenziale, oltre che la mancata erogazione della retribuzione di risultato (co. 5-*bis* dell'art. 7, d.lgs. n. 165/2001).

È possibile anche anticipare una delle due conclusioni del ragionamento (per la prima cfr. § 1 di questo capitolo, in fine). Aver annoverato la collaborazione coordinata tra i rapporti destinatari di tutele come quelle previste dal d.lgs. n. 104/2022 consente di trovare conferma della sostenibilità della tesi che vede nella collaborazione coordinata un modello negoziale con rilevanza giuridica propria. L'attribuzione di diritti e prerogative, come in particolare quelli *sub* art. 8 e 9, che presuppongo, quale conseguenza di una precisa conformazione delle situazioni giuridiche che regolano, il riflesso sulla prestazione dell'organizzazione del lavoro, confermano, al presente, l'esigenza di chiarire il senso giuridico del coinvolgimento del lavoro autonomo nell'organizzazione altrui e convincono ulteriormente della necessità, per il futuro, di immaginare una più solida base regolativa del contratto e una ampia e completa disciplina di tutela, al fine di offrire una legittimazione sul piano giuridico a rapporti che hanno stabile cittadinanza nell'ordinamento giuridico ⁽²³⁾.

4. *Segue. Le collaborazioni organizzate dal committente*

Il legislatore ha equiparato ai lavoratori subordinati e coordinati, agli effetti del d.lgs. n. 104/2022, anche i lavoratori etero-organizzati ⁽²⁴⁾.

⁽²²⁾ Potrebbe inoltre essere dubbio, a seconda di come si interpreti la disposizione in esame, se risultino assoggettati alla disciplina in questione anche i rapporti di lavoro dei medici di medicina generale e dei pediatri di libera scelta, inquadrati nel SSN come collaboratori coordinati e continuativi delle ASL. Di certo non beneficiano degli obblighi informativi gli specializzandi di medicina che la giurisprudenza non considera “lavoratori subordinati o parasubordinati” in quanto impegnati in attività formativa (*ex plurimis* Trib. Modena 5 giugno 2019, n. 121). Per lo stesso motivo non spetta a dottorandi e assegnisti di ricerca (C. Stato 15 luglio 2019, n. 4975), pur essendo questi soggetti iscritti alla Gestione separata INPS accanto ai collaboratori coordinati e continuativi.

⁽²³⁾ Sulla questione, che non può essere approfondita in questa sede, si consenta un rinvio a F. FERARO, *Studio sulla collaborazione coordinata*, Giappichelli, 2023.

⁽²⁴⁾ Non è possibile riassumere qui, neppure per cenni, il dibattito che si è sviluppato intorno a questa disposizione, se non in modo inevitabilmente incompleto. Rinvio, ai fini di una ricognizione e per le citazioni del caso, allo scritto citato *supra* (in particolare cap. IX, sez. III).

Alla luce dell'esplicito riferimento all'art. 2, co. 1, d.lgs. n. 81/2015 nel d.lgs. n. 104/2022, è certo che i fautori della tesi favorevole a considerare i collaboratori etero-organizzati come lavoratori autonomi colgano la proverbiale "palla al balzo" per ricavare una duplice dimostrazione: da una parte, le collaborazioni etero-organizzate sono annoverate dall'art. 1 del d.lgs. n. 104 separatamente, alla stregua di un diverso *genus*, quindi distinte tanto da quelle coordinate, quanto da quelle subordinate; d'altra parte, e di conseguenza, si potrebbe ritenere che la disciplina applicabile ai collaboratori etero-organizzati sia proprio quella del d.lgs. n. 104/2022, che potrebbe aggiungersi a quella «compatibile» nel caso delle collaborazioni etero-organizzate. In ciò consisterebbe anche la differenza rispetto alle collaborazioni coordinate.

Ebbene, tali assunti non convincono per una serie di ragioni.

Innanzitutto, le due fattispecie in esame, lavoro coordinato ed etero-organizzato, benché in apparenza si somiglino per la tecnica utilizzata nell'individuazione dei caratteri rilevanti, si atteggiavano molto diversamente, non solo, come è evidente, nel contenuto – dacché il coordinamento non sussume l'etero-organizzazione ma è alternativo ad essa – ma anche sotto il profilo della disciplina applicabile e della funzione sistematica. L'estensione disposta dal d.lgs. n. 104, del resto, non ha lo stesso "significato" per le due ipotesi normative.

Nel caso dell'art. 409 n. 3 c.p.c., questa estensione si inserisce in quel percorso assimilativo di lunga data che conferma, a monte, un giudizio operato di volta in volta sulla meritevolezza degli interessi perseguiti (art. 1322 c.c.) e introduce, a valle, nuove norme inderogabili per bilanciare la disparità tra committente e collaboratore coordinato o per circondare con ulteriori garanzie la persona che lavora e, in particolare, al lavoratore autonomo nell'organizzazione altrui (artt. 3, 4 e 35 ss. Cost.). Per questi rapporti, l'estensione della normativa in esame è particolarmente significativa.

Invece, nel caso delle collaborazioni etero-organizzate, si deve ritenere che le norme oggetto di espressa estensione (artt. 1, 1-*bis* e 3, l. n. 152/1997, come modificati dall'art. 4 del d.lgs. n. 104; e artt. 8 ss. del d.lgs. n. 104) già integrassero la «disciplina del rapporto di lavoro subordinato» applicabile in forza della norma dell'art. 2, co. 1, d.lgs. n. 81/2015. Lo dimostra la scelta di annoverare tra i destinatari della normativa innanzitutto le collaborazioni coordinate, la fattispecie "più autonoma": sarebbe del tutto irrazionale, anche ipotizzando che l'art. 2 consenta una selezione di tutele del lavoro subordinato, negare che tra queste tutele da selezionare figurino le disposizioni del d.lgs. n. 104 già applicabili persino ai lavoratori autonomi coordinati. Infatti, se il legislatore non avesse menzionato le collaborazioni etero-organizzate, nessuno avrebbe dubitato dell'applicazione del d.lgs. n. 104. Ne segue anche che l'individuazione tra i destinatari delle collaborazioni etero-organizzate dimostra l'autosufficienza della norma del *Jobs Act*, in quanto l'estensione disposta dall'art. 1, co. 1, d.lgs. n. 104, (e dagli artt. 4, 8 e 9 in particolare) si limita a reiterare "in piccolo" – si intende con riferimento a quel più ristretto campo di applicazione – il disposto dell'art. 2, co. 1, d.lgs. n. 81/2015. Allora le norme del d.lgs. n. 104 che citano le collaborazioni etero-organizzate al fine di applicare una disciplina già applicabile al rapporto di lavoro subordinato sono "apparenti".

Infine, concepire i rapporti di collaborazione etero-organizzata come una fattispecie contrattuale a sé stante conduce a un paradosso irrisolvibile. Ragionando in quel senso, si dovrebbe ammettere che le eccezioni del co. 2 dell'art. 2, d.lgs. n. 81/2015,

configurino collaborazioni etero-organizzate prive, al contempo, dei caratteri dell'art. 409 n. 3 c.p.c. – norma strutturalmente e funzionalmente incompatibile con l'art. 2, co. 1, d.lgs. n. 81/2015 (v. *supra*) – e dei caratteri del rapporto di lavoro subordinato *ex art.* 2094 c.c. A queste collaborazioni non si applicherebbe, di conseguenza, né la disciplina del lavoro coordinato, né la disciplina del lavoro subordinato (peraltro, nel campo di intervento del d.lgs. n. 104, identica alla prima, con qualche minimo aggiustamento interpretativo). Si tratterebbe di collaborazioni “esuli”, estromesse persino dal processo del lavoro e alle quali non potrebbero neppure applicarsi le norme del d.lgs. n. 104, dacché questo decreto fa riferimento solamente all'art. 2, co. 1.

All'indicazione espressa delle collaborazioni *ex art.* 2, co. 1, d.lgs. n. 81/2015, si potrebbe dare un senso diverso, ricomponendo come pezzi di puzzle altri elementi di giudizio.

Ebbene, il co. 1 dell'art. 1, d.lgs. n. 104/2022 chiama «contratto» quello di «collaborazione coordinata e continuativa di cui all'articolo 409, n. 3, del codice di procedura civile» (lett. *e*) e «rapporto di collaborazione» quello con prestazione prevalentemente personale e continuativa organizzata dal committente di cui all'art. 2, co. 1, d.lgs. 15 giugno 2015, n. 81 (lett. *d*; cfr. anche artt. 4, 8 e 9). È ovvio che su questa distinzione particolare, tutta interna al co. in questione, non possa fondarsi una dimostrazione, tanto più che lo stesso art. 409 n. 3 c.p.c. chiama quelli di lavoro coordinato «rapporti» (cfr. anche gli artt. 4, 8 e 9 dello stesso d.lgs. n. 104/2022). Tuttavia, tale rilievo può servire a spiegare il costrutto logico in base al quale il legislatore ha ritenuto corretto includere le due distinte ipotesi nel medesimo disegno regolativo, al fine di individuare il gravame dell'obbligo in capo al committente o al datore di lavoro. Si potrebbe infatti osservare che le collaborazioni coordinate sono prese in considerazione in quanto «contratti» e «rapporti»; diversamente, le collaborazioni etero-organizzate sono prese in considerazione esclusivamente in quanto «rapporti» e quindi solamente se emergano in concreto e non anche in quanto possano avere la propria fonte in accordi che prevedano espressamente quelle modalità della prestazione.

La questione, posta in questi termini, si riflette sull'apparato punitivo nel senso che le sanzioni amministrative s'applicheranno non solo se le violazioni avvengano nell'ambito di un contratto concluso nella forma della collaborazione coordinata, ma anche quando il rapporto venga riqualificato perché si scopra in giudizio la sussistenza dei caratteri delle collaborazioni coordinate o etero-organizzate oppure subordinate.

Ciò, si badi bene, è perfettamente in linea con l'approccio della direttiva (in particolare si legga il considerando 8), secondo la quale coloro che rientrano nell'area del “falso lavoro autonomo”⁽²⁵⁾ – ipotesi che «ricorre quando il lavoratore, al fine di evitare taluni obblighi giuridici o fiscali, è formalmente dichiarato come lavoratore autonomo pur soddisfacendo tutti i criteri che caratterizzano un rapporto di lavoro» – «dovrebbero rientrare nell'ambito di applicazione della presente direttiva»; e, si aggiunge, «è opportuno che la determinazione dell'esistenza di un rapporto di lavoro si fondi sui fatti correlati all'effettiva prestazione di lavoro e non [...] sul modo in cui le parti descrivono il rapporto».

È forse proprio questa la ragione per la quale il legislatore italiano ha chiamato in causa anche le collaborazioni dell'art. 2, co. 1, d.lgs. n. 81/2015. Ma, così facendo, alle irrazionalità di sistema causate dalla norma del *Jobs Act* appena richiamata, si sono

(25) Sulle ambiguità della nozione si è già detto al § 1.

aggiunte quelle generate dalla improvvida scelta di nominare espressamente le collaborazioni etero-organizzate tra i destinatari di una disciplina speciale, quella del d.lgs. n. 104.

5. Le esclusioni espresse

L'art. 1, co. 3 contiene un elenco di fattispecie astrattamente rientranti nell'art. dell'art. 409 n. 3 c.p.c., ma alle quali non si applicano le disposizioni del d.lgs. n. 104/2022.

Per questo motivo, si può segnalare fin da subito che l'intreccio delle norme sul campo di applicazione non è lineare. Infatti, il co. 1 dell'art. 1 sancisce infatti che il decreto «trova applicazione ... ai seguenti rapporti e contratti di lavoro» ma con salvezza delle «sole esclusioni di cui al co. 4». Se l'elenco dei commi da 1 a 3 fosse esaustivo, non ci sarebbe stato bisogno di riportare le «esclusioni». D'altra parte, a fronte di un preciso elenco di esclusioni, non si sarebbe sentito il bisogno di elencare i «rapporti e contratti» inclusi. L'intrico si complica nell'art. 1, co. 4, lett. a, il quale esclude contratti d'opera, d'opera professionale e di lavoro autonomo sportivo (d.lgs. n. 36/2021), ma fa salvo il caso, già incluso ai sensi del co. 1, in cui ricorra una collaborazione coordinata e continuativa (ma non anche una collaborazione etero-organizzata). Sul punto si tornerà oltre.

Nell'elenco delle esclusioni figurano i contratti di agenzia e rappresentanza commerciale (co. 4, lett. c), che costituiscono rapporti di collaborazione coordinata ogniqualvolta l'agente non operi in forma d'impresa (v. *supra*). L'esclusione non pone particolari problemi applicativi, salvo verificare se l'agenzia sia vera o fittizia, ovvero sia celi una collaborazione coordinata e continuativa. La questione aveva rilevanza, prima del 2015, in quanto il riscontro di una collaborazione atipica avrebbe consentito la conversione in rapporto di lavoro subordinato (art. 69, co. 1, d.lgs. n. 276/2003) ⁽²⁶⁾. Oggi rileva invece ai fini dell'applicazione delle tutele del d.lgs. n. 104.

La scelta di estraniare questi rapporti è opportuna in ragione delle peculiarità della fattispecie considerata ⁽²⁷⁾. L'agenzia, senza o con rappresentanza (artt. 1742 e 1752 c.c.), è un contratto tipico la cui disciplina presenta, rispetto alla generalità delle collaborazioni, un più alto tasso di regolazione eteronoma di fonte sia legale sia collettiva ⁽²⁸⁾. Le norme del decreto non si applicano in quanto confliggerebbero con alcuni consolidati equilibri del settore (cfr. art. 1743 c.c.) e con le peculiarità dell'attività di promozione che è oggetto dell'obbligazione dell'agente (cfr. art. 1746 c.c.).

Nessun particolare problema pone l'inclusione dei marittimi e degli addetti alla pesca. La norma che include questi soggetti in generale e quelle che esentano gli stessi

⁽²⁶⁾ Cfr. Trib. Marsala 24 febbraio 2017, n. 131.

⁽²⁷⁾ Cfr. direttiva 1986/653/CEE. La stessa opportunità non è stata colta dalla l. n. 81/2017 che, nel predisporre misure a tutela del lavoro autonomo imprenditoriale, ha imposto norme poco in linea con la tradizione e il normale svolgimento dei rapporti di agenzia: cfr. F.M. PUTATURO DONATI, *Agenti e Jobs Act degli autonomi: contraddittorietà sistematiche e incertezze applicative*, in *Commentario*, in G. ZILIO GRANDI, M. BIASI (a cura di), *Commentario breve allo statuto del lavoro autonomo e del lavoro agile*, Cedam, 2018, p. 257 ss.

⁽²⁸⁾ Gli accordi economici collettivi sono, del resto, la ragione per la quale il legislatore ha deciso di esplicitare la figura dell'agenzia nell'art. 409, n. 3, c.p.c. ed estendere, per gli effetti, la disciplina dell'art. 2113 c.c.

soggetti da alcuni particolari vincoli imposti dal decreto (cfr. ad esempio art. 1, co. 7, d.lgs. n. 152/1997), se valgono per i lavoratori subordinati, valgono parimenti per i collaboratori coordinati eventualmente impegnati in quelle attività.

Più problematica è la doppia (solo apparentemente tripla) esclusione disposta dalla lett. *a* del co. 4. L'accostamento in un'unica lettera del co. in questione del contratto d'opera intellettuale e dei contratti sportivi stride particolarmente, considerando il carattere alternativo sul piano sociale, economico e "contenutistico". Le due ipotesi, anche per questo motivo, devono essere esaminate separatamente.

Tra le due ipotesi, di più immediata comprensione è l'esclusione dei rapporti di lavoro autonomo contemplati dal Titolo V del d.lgs. n. 36/2021, come modificato dal d.lgs. n. 163/2022 (art. 1, co. 4, lett. *a*). Il rinvio è alla normativa sui rapporti di lavoro sportivo «posta a tutela della dignità dei lavoratori nel rispetto del principio di specificità dello sport» (art. 25, co. 2, d.lgs. n. 36) e che dovrebbe, salvo nuovi "assalti alla diligenza", entrare in vigore il 1° luglio 2023.

L'esclusione riguarda, in senso generale, i rapporti di lavoro autonomo, ma il legislatore precisa ancora che fanno eccezione le collaborazioni coordinate e continuative⁽²⁹⁾. Ne segue che la norma è, in questa parte, inutile atteso che, già alla luce della lett. *e* del co. 1 (art. 1, d.lgs. n. 104/2022), nessun rapporto di lavoro autonomo diverso dalle collaborazioni ivi indicate sarebbe rientrato nel campo di applicazione della disciplina in esame. Viceversa, ci si può chiedere quali altri contratti di lavoro autonomo possano risultare esclusi, oltre a quelli espressamente citati: dalla combinazione delle due parti della norma, si deduce l'esclusione dei contratti di lavoro autonomo continuativo, ma non coordinato – a mio avviso non già riconducibili al contratto d'opera – pure immaginabili nel settore sport (o anche fuori da questo specifico settore: si pensi al mandato tra condominio e amministratore persona fisica⁽³⁰⁾).

Più complesso è capire come operi l'esclusione dei rapporti del Titolo III del Libro V (art. 1, co. 4, lett. *a*), ossia contratto d'opera (artt. 2222 ss. c.c.) e d'opera intellettuale (artt. 2229 ss. c.c.).

Innanzitutto, giova precisare che il contratto d'opera sarebbe stato escluso comunque dalla lettura del co. 1, atteso che l'obbligazione del collaboratore coordinato è continuativa in senso stretto e quindi incompatibile con l'obbligazione ad adempimento istantaneo consistente nella realizzazione e consegna dell'*opus* (opera o servizio) con lavoro prevalentemente proprio e senza vincolo di subordinazione, contemplata dall'art. 2222 c.c.⁽³¹⁾. Se si accolga questa impostazione, non universalmente condivisa, la norma potrà essere esaminata considerando il rinvio come se fosse stato fatto al solo contratto d'opera intellettuale che invece è astrattamente compatibile con il rapporto di durata e con il coordinamento. Mi sembra l'unica soluzione tecnicamente accettabile.

Sono esclusi i contratti, cosiddetti, di «lavoro autonomo occasionale», (da non confondere con i contratti di prestazione occasionale *ex* art. 54-*bis* d.l. n. 50/2017 conv.

⁽²⁹⁾ Del resto, la normativa sul lavoro sportivo, che si inserisce in un più ampio quadro di riforma della materia, pone al centro dell'intervento la collaborazione coordinata, che diviene un rapporto di riferimento per le prestazioni che impegnano lo sportivo per un tempo limitato: cfr. art. 28, comma 2, d.lgs. n. 36/2021.

⁽³⁰⁾ Cass. 24 novembre 2021, n. 36430.

⁽³¹⁾ Cfr. G. PROIA, *Il decreto trasparenza*, in *GLav*, 2022, n. 39, p. 8.

mod. l. n. 96/2017, invece espressamente considerati dall'art. 1, co. 1, lett. *f* del d.lgs. n. 104/2022) e di recente al centro di una disposizione con funzioni general-preventive (cfr. art. 14, d.lgs. n. 81/2008) in quanto spesso utilizzati per finalità fraudolente. L'altro contratto tipico oggetto di espressa esclusione è il contratto d'opera intellettuale (artt. 2229 ss. c.c.).

Per intendere correttamente il senso dell'esclusione dei contratti d'opera intellettuale, è dirimente capire se la proposizione condizionale introdotta dal «purché» sia riferita anche a questi rapporti del Titolo III, oltre che a quelli di lavoro autonomo sportivo elencati più in prossimità di quella stessa subordinata. Dal punto di vista sintattico, questa frase di chiusura potrebbe essere riferibile sia alla prima (contatti d'opera) sia alla seconda categoria (lavoro autonomo sportivo), in difetto di indicazioni specifiche in senso contrario. È pur vero che l'art. 1, co. 1, include già i rapporti di collaborazione, di talché la precisazione che fa salvi i rapporti di collaborazione coordinata e continuativa, se riferita anche ai contratti del Titolo III del Libro V, potrebbe apparire del tutto superflua.

Viceversa, il riferimento ai contratti d'opera intellettuale acquisisce un più definito senso precettivo se i rapporti riconducibili a contratti d'opera intellettuale, al contrario dei rapporti degli sportivi, siano esclusi ancorché rivestano i caratteri propri dell'art. 409 n. 3 c.p.c. Questa interpretazione sarebbe da preferire per non ritenere la prescrizione che segue il «purché» del tutto apparente.

Dal punto di vista formale e pure considerando i contesti in cui le norme sugli obblighi informativi – e non solo – dovranno trovare applicazione, vi sono buone ragioni per escludere i liberi professionisti, anche quando e se la loro prestazione si concreti in un'opera coordinata e continuativa *ex* art. 409 n. 3 c.p.c. Questa interpretazione evita in effetti molteplici incertezze applicative, ma lascia un profondo senso di insoddisfazione.

Infatti, se si guardi alla sostanza del problema, non pare ragionevole estromettere, nel tempo attuale, rapporti che molto meno del passato manifestano quella forza contrattuale che la stessa disciplina del contratto tipico *ex* art. 2230 ss. c.c. sembra presupporre³²⁾, sia in considerazione del mutamento e della diversificazione delle dimensioni organizzative della “libera professione” che si esercita sempre più o in forma imprenditoriale o in forma di lavoro “economicamente dipendente” (e più di rado nella forma tradizionale del lavoro indipendente), sia per via dell'ampliamento dell'area delle professioni, soprattutto quelle non regolamentate. Ciò, a dispetto della livella dell'Unione Europea, che continua a considerare l'attività dei professionisti sempre e comunque una “prestazione di servizi” pienamente soggetta alle regole della concorrenza. Si tratta di processi cui si può solo fare cenno in questa sede e che attendono da tempo soluzioni regolative adeguate, carenti soprattutto sul versante della tutela del collaboratore mono-committente³³⁾ dello studio o della associazione professionale o della società tra professionisti (lavoratore già escluso dal campo di applicazione del lavoro a progetto, poi anche dal campo di applicazione dell'art. 69-*bis*, d.lgs. n. 276/2003 e

⁽³²⁾ Cfr., in materia di recesso del cliente, G. BURRAGATO, *Riflessioni in tema di recesso nel contratto d'opera intellettuale e rapporti di durata*, in G. DE NOVA (a cura di), *Recesso e risoluzione nei contratti*, Giuffrè, 1994, p. 997 ss., e M. LAMICELA, *La disciplina del recesso del cliente dai contratti di prestazione d'opera e servizi intellettuali a termine oltre gli angusti confini dell'art. 2237 c.c.*, in *Ricerche Giuridiche*, 2013, pp. 508 ss.

⁽³³⁾ Cfr. la proposta di legge D'Orso AC 2722/2020.

rimasto fuori, più in generale, dall'orbita degli interventi protettivi, con esclusione delle misure di tutela "all'acqua di rose" della l. n. 81/2017).

Ad ogni buon conto, dacché sull'esclusione delle collaborazioni coordinate riconducibili a un contratto d'opera intellettuale permangono notevoli dubbi, sarebbe opportuna, in particolare per questo punto controverso del decreto, una precisazione del legislatore. Si tratta infatti di obblighi passibili di sanzioni e che, quindi, devono rispondere al principio di tassatività.

L'ultima esclusione, trasversale rispetto alle fattispecie considerate dal co. 1, riguarda i familiari più stretti del datore di lavoro – coniuge (cfr. art. 1, co. 20, l. n. 76/2016) e parenti ed affini non oltre il terzo grado – che siano altresì conviventi. La *ratio*, intuitibile, consiste nell'esigenza di alleggerire i vincoli a carico dell'obbligato quando sussista un forte substrato fiduciario, il vincolo familiare che deriva dal sangue e la comunione di interessi economici e valori umani che deriva dalla convivenza, che garantirebbe già, secondo questa impostazione, la trasparenza e la linearità del comportamento del "capo dell'impresa". Per la stessa ragione andavano già esenti dagli obblighi informativi del d.lgs. n. 152/1997, ai sensi dell'art. 5, co. 1, lett. *b*, coniuge, parenti e affini, non oltre il terzo grado, se con lui conviventi.

L'esclusione deriva direttamente da un'indicazione delle direttive in materia di obblighi informativi e in specie, in ultimo, dal punto 7 dell'art. 1, direttiva n. 1152/2019, ai sensi della quale gli Stati membri possono decidere di non applicare alcune norme, tra le quali l'art. 12 sulla transizione verso forme di lavoro sicure, l'art. 13 sul diritto alla formazione e l'art. 15, § 1, lett. *a*, sulle «presunzioni favorevoli» al lavoratore in caso di mancato rispetto degli obblighi di informazione; ciò, limitatamente alle «persone fisiche che agiscono in qualità di datori di lavoro nei nuclei familiari laddove il lavoro venga svolto per tali nuclei familiari».

Al di là del giudizio di opportunità e del dubbio se sia o no discutibile e aggiornata questa scelta del legislatore multilivello o ancora se la scelta del legislatore italiano raggiunga l'obiettivo posto dalla direttiva, l'utilizzo del termine «datore» può far ritenere che la norma si riferisca esclusivamente ai rapporti di lavoro subordinato. Tuttavia, altre disposizioni del decreto n. 104, come l'art. 3, in materia di «modalità di comunicazione delle informazioni», nominano in senso più generico il solo datore del lavoro e non anche il committente, pur essendo applicabili, per espressa previsione dell'art. 1, anche ai rapporti di lavoro coordinato. Peraltro, non si giustificerebbe affatto, anzi sarebbe incomprensibile, una differenza di trattamento siffatta tra i familiari lavoratori subordinati e i familiari lavoratori coordinati.

Ciò detto, la norma intercetta non solo rapporti con il datore di lavoro familiare instaurati come "collaborazioni coordinate" ma anche, e a maggior ragione, il rapporto giuridico del familiare «che presta in modo continuativo la sua attività di lavoro nella famiglia o nell'impresa familiare» ai sensi e per gli effetti dell'art. 230-*bis* – che peraltro non contempla il terzo grado degli affini come la norma qui in esame – ricondotto dalla giurisprudenza e dottrina, con costanza, entro i confini dell'art. 409 n. 3 c.p.c. Occorre anche precisare che l'esclusione opererebbe solamente se i familiari siano anche conviventi, condizione non richiesta affatto dalla norma del codice civile ⁽³⁴⁾.

⁽³⁴⁾ Sembrerebbe escluso anche il «convivente di fatto» (cfr. anche 230-*ter* c.c.), dato che né la l. n. 76/2016 (ai sensi del cui art. 1, comma 36, per conviventi si deve intendere «due persone maggiorenni unite stabilmente da legami affettivi di coppia e di reciproca assistenza morale e materiale, non

6. Obblighi di informazione e rapporto di lavoro coordinato

Il primo nucleo della tutela estesa a favore dei collaboratori coordinati è costituito dall'estensione degli obblighi di informazione, già previsti dal d.lgs. n. 152/1997, ma notevolmente rafforzati dal d.lgs. n. 104.

Non possono essere approfonditi i fondamenti teorici del discorso su obblighi e correlati diritti di informazione nel rapporto di lavoro ⁽³⁵⁾, tema denso di implicazioni anche, se non soprattutto, fuori dai confini della nostra materia ⁽³⁶⁾. Basti dire che l'esigenza di implementare le norme del d.lgs. n. 152/1997, attuativo a sua volta della direttiva 91/533/CEE, nasce dalla recente direttiva n. 1152/2019 che fa dell'obbligo di informazione un cardine e quasi un presupposto delle altre tutele; come a dire che provare a ridurre le asimmetrie informative costituisce il primo passo per rendere effettive le tutele del lavoro. In questo senso gli obblighi di informazione si connettono alle altre protezioni per supportarne l'effettività.

L'estensione a un'area ampia di committenti di lavoro autonomo di obblighi informativi rappresenta un *quid novi* meritevole di attenzione e di spiegazione. La norma si può iscrivere in quel processo di assimilazione del lavoro cosiddetto parasubordinato al lavoro subordinato, che di solito riguarda protezioni considerate essenziali, ma che è, in questo momento storico, particolarmente significativa in quanto consente di evidenziare alcuni aspetti.

In primo luogo, la riformulazione dell'art. 409 n. 3 c.p.c. – sicuramente diretta a inspessire quello iato che, dal punto di vista concettuale e definitorio, intervalla autonomia e subordinazione – non impedisce di proseguire il percorso di protezione del collaboratore coordinato anche attraverso l'applicazione delle stesse tutele del lavoro subordinato (e del lavoro etero-organizzato), talvolta estese secondo compatibilità.

In secondo luogo, questa assimilazione consente di rimarcare la distanza delle collaborazioni dell'art. 409 n. 3 c.p.c. dal contratto d'opera, che non costituisce affatto, nonostante una diffusa convinzione, il modello generale del lavoro autonomo. È coerente con questa premessa l'espressa esclusione del contratto d'opera in forza della

vincolate da rapporti di parentela, affinità o adozione, da matrimonio o da un'unione civile»), né il d.lgs. n. 104/2022 lo equipara al “coniuge” ai particolari fini degli obblighi contemplati dalla normativa in esame. In merito si potrebbe sollevare qualche dubbio in ordine alla legittimità costituzionale della norma o, quantomeno, in ordine alla sua “razionalità” e coerenza con il sistema, atteso che gli oneri verso il convivente sarebbero maggiori, nonostante il legislatore abbia da tempo avviato un processo di equiparazione, nel solco di una reinterpretazione degli artt. 29, 30 e 31 Cost.

⁽³⁵⁾ Cfr. E. GRAGNOLI, *L'informazione nel rapporto di lavoro*, Giappichelli, 1996; si veda anche, di recente, A. ZILLI, *La trasparenza del lavoro subordinato. Principi e tecniche di tutela*, Pacini, 2022, e la più risalente monografia di L. SILVAGNA, *Il diritto di informazione nel rapporto di lavoro*, Giuffrè, 1977. Sulla differenza tra forma e informazione, torna più di recente A. TURSI, *La “trasparenza” dei diritti dei lavoratori nel decreto “trasparenza”*, in *DRI*, 2023, dattiloscritto, § 2.

⁽³⁶⁾ Cfr. G. GRISI, *Gli obblighi informativi quali rimedio dei fallimenti cognitivi*, in G. ROJAS ELGUETA, N. VARDI (a cura di), *Oltre il soggetto razionale. Fallimenti cognitivi e razionalità limitata nel diritto privato*, Roma Tre-Press, 2014, pp. 59-73; G. GRISI, voce *Informazione (obblighi di)*, in *Enc. Dir. – Annali*, 2011, vol. IV, p. 595 ss.; G. GRISI, *L'obbligo precontrattuale di informazione*, Jovene, 1990; L. DI DONNA, *Obblighi informativi precontrattuali*, Giuffrè, 2008.

previsione legale del co. 4 dell'art. 1, ancorché la medesima esclusione fosse già deducibile dal co. 1).

L'introduzione di obblighi di informazione ad ampio spettro potrebbe contribuire a ridurre i margini dell'elusione, atteso che l'introduzione di vincoli di trasparenza obbliga le parti a rivelare condizioni dell'accordo decisive ai fini della corretta qualificazione del rapporto e quindi della corretta interpretazione del contratto (si potrebbe leggere in tal senso l'art. 47-ter, d.lgs. n. 81/2015, v. oltre).

L'estensione a tutti collaboratori non subordinati fa seguito a un'altra esperienza di assimilazione della disciplina in materia di obblighi informativi del d.lgs. n. 152/1997. Non si può non ricordare come, nell'ambito della disciplina dedicata ai lavoratori autonomi addetti alla consegna di beni per conto altrui, in ambito urbano e con l'ausilio di veicoli, mediante piattaforme «anche» digitali (art. 47-bis ss., d.lgs. n. 81/2015, introdotti dall'art. 1, co. 1, lett. c, d.l. n. 101/2019 conv. l. n. 128/2019) ⁽³⁷⁾, il legislatore avesse già esteso la protezione previste dal d.lgs. n. 152/1997, senza alcuna clausola di compatibilità, e inoltre disponendo (cfr. art. 47-ter), in caso di violazione: a) l'applicazione della sanzione dell'art. 4 del d.lgs. n. 152 stesso; b) il diritto del lavoratore «a un'indennità risarcitoria di entità non superiore ai compensi percepiti nell'ultimo anno, determinata equitativamente con riguardo alla gravità e alla durata delle violazioni e al comportamento delle parti»; c) che la violazione stessa sarebbe stata «valutata come elemento di prova delle condizioni effettivamente applicate al rapporto di lavoro e delle connesse lesioni dei diritti previsti dal presente decreto» ma questa formula imperscrutabile lascia più dubbi che certezze: senza entrare troppo nel merito, non è chiaro come si possa utilizzare un non-detto – omissione di informazioni – come elemento di prova di un fatto diverso.

L'art. 5, co. 2, lett. c, d.lgs. n. 104/2022 ha riformato anche l'art. 47-ter, aggiornando i rinvii e aggiungendo una clausola di compatibilità riferita sia all'art. 1, dove la stessa clausola opera per tutti i collaboratori coordinati e continuativi ed etero-organizzati, sia all'art. 1-bis, dove invero, per quegli stessi rapporti, non si prevede alcun filtro (cfr. art. 1-bis, co. 7). Ne segue che il collaboratore coordinato potrà ricevere ogni informazione prevista, mentre, se operi mediante «piattaforma anche digitale», pure indipendentemente dalla ricorrenza dei requisiti dell'art. 409 n. 3 c.p.c., riceverà solo quelle considerate, secondo un metro di dubbia portata, «compatibili».

Ciò crea in potenza differenze di trattamento non giustificate, peraltro con riferimento alla disposizione che, regolando gli «obblighi informativi nel caso di utilizzo di sistemi decisionali o di monitoraggio automatizzati», sarebbe stato ragionevole estendere senza filtro di compatibilità innanzitutto a favore dei lavoratori autonomi delle piattaforme. Tuttavia, si potrebbe sostenere che la norma generale sui collaboratori già contiene la chiave di lettura del problema: se infatti tutti gli obblighi sono compatibili con i rapporti di lavoro dell'art. 409 n. 3 c.p.c., parimenti la clausola speciale di compatibilità prevista dall'art. 47-ter, co. 1, andrà neutralizzata con riferimento a questi rapporti in particolare; mentre potrà ancora essere utilizzata per capire quali informazioni sono dovute ai lavoratori impegnati con adempimenti istantanei, quindi nell'ambito di contratti d'opera o di contratti di lavoro autonomo continuativo ma non coordinato. Ciò, ammesso – ma in linea generale non concesso – che sia compatibile con la

⁽³⁷⁾ Impossibile attardarsi sul perché di questo intervento e sulle molte problematiche che le norme del capo V-bis del d.lgs. n. 81/2015, a partire da quella sul campo di applicazione, sollevano.

fattispecie dell'art. 2222 c.c. improntata alla piena autonomia del prestatore d'opera l'ipotesi in cui la piattaforma-committente determina «le modalità di esecuzione della prestazione» (art. 47-*bis*, co. 2).

Si deve ora entrare nel merito della disciplina, non per proporre un'analisi a tutto campo delle nuove tutele, ma solo per rintracciare le criticità applicative derivanti dall'estensione ai collaboratori coordinati.

6.1. Gli obblighi informativi estesi «nei limiti della compatibilità»

Un primo gruppo di obblighi informativi grava sul committente *ex* art. 409 n. 3 c.p.c. «nei limiti della compatibilità» (così il nuovo art. 1, co. 5, d.lgs. n. 152/1997). Il giudizio di compatibilità non sembra poter implicare la necessità delle parti, a valle, di soppesare il proprio interesse alle informazioni ⁽³⁸⁾.

Al contrario, la pendenza dell'obbligo andrà valutata con criteri di carattere obiettivo identificando il differenziale, di ordine strutturale e funzionale, con i prestatori di lavoro subordinato intorno alla cui sagome questi diritti sono stati ritagliati. Sarà necessario, insomma, verificare, per ciascuna informazione tra quelle elencate all'art. 1, co. 1, se questo differenziale renda intollerabile, perché sproporzionato o insensato il gravame dell'obbligo in capo al committente del lavoro coordinato. E poi è evidente che l'irrilevanza di una determinata informazione corrisponderà a un'ipotesi di esenzione specifica dall'obbligo.

Se così è, non sembra che possa esservi dubbio sull'obbligo del committente di comunicare alcune informazioni il cui oggetto interessa di norma anche il collaboratore coordinato ⁽³⁹⁾. Per alcune ipotesi si può segnalare come sia meno probabile che quella determinate informazioni risulti dovuta anche a un lavoratore coordinato. Si pensi ad esempio all'obbligo di comunicare quale sia il contratto collettivo (anche aziendale)

⁽³⁸⁾ Si pronuncia a favore di un accertamento «caso per caso» la circolare INL n. 4/2022.

⁽³⁹⁾ Sono dovute le seguenti informazioni: l'identità delle parti ivi compresa quella dei co-datori di cui agli artt. 30, comma 4-*ter*, e 31, commi 3-*bis* e 3-*ter*, del d.lgs. n. 276/2003 (lett. *a*); il luogo di lavoro, considerando infatti che «in mancanza di un luogo di lavoro fisso o predominante, il datore di lavoro comunica che il lavoratore è occupato in luoghi diversi, o è libero di determinare il proprio luogo di lavoro» (lett. *b*); la sede o il domicilio del datore di lavoro (lett. *c*); le caratteristiche o la descrizione sommaria del lavoro, quali alternative a inquadramento, livello e qualifica attribuiti al lavoratore (lett. *d*); la data di inizio del rapporto di lavoro (lett. *e*); la tipologia di rapporto di lavoro, precisando in caso di rapporti a termine la durata prevista dello stesso (lett. *f*); i) il diritto a ricevere la formazione erogata dal datore di lavoro, se prevista (lett. *l*); la durata del congedo per ferie, nonché degli altri congedi retribuiti cui ha diritto il lavoratore o, se ciò non può essere indicato all'atto dell'informazione, le modalità di determinazione e di fruizione degli stessi (lett. *l*); la procedura, la forma e i termini del preavviso in caso di recesso del datore di lavoro o del lavoratore (lett. *m*); l'importo iniziale della retribuzione o comunque il compenso e i relativi elementi costitutivi, con l'indicazione del periodo e delle modalità di pagamento (lett. *n*); quale sia il contratto collettivo, anche aziendale, applicato al rapporto di lavoro, con l'indicazione delle parti che lo hanno sottoscritto (lett. *g*), sul presupposto che un contratto collettivo sia applicabile perché le parti vi facciano rinvio; gli enti e gli istituti che ricevono i contributi previdenziali e assicurativi dovuti dal datore di lavoro e qualunque forma di protezione in materia di sicurezza sociale fornita dal datore di lavoro stesso (lett. *r*); gli elementi previsti dall'art. 1-*bis* qualora le modalità di esecuzione della prestazione siano organizzate mediante l'utilizzo di sistemi decisionali o di monitoraggio automatizzati (lett. *s*).

applicato, che più di rado graverà in concreto sui committenti del lavoro coordinato, in considerazione della minore diffusione dei contratti collettivi.

Sono invece incompatibili gli obblighi di informazione strettamente legati alla dimensione contrattuale e organizzativa propria della prestazione di lavoro subordinato, in particolare quando le informazioni presuppongono l'esercizio dei poteri o l'organizzazione gerarchica del lavoro o il rispetto di una disciplina dell'orario di lavoro di fonte legale o la presenza di schemi contrattuali caratteristici dell'area della subordinazione.

Può considerarsi non dovuta l'informazione della lett. g, in quanto fa riferimento a «lavoratori dipendenti da agenzia di somministrazione». Non esiste infatti il lavoro coordinato in somministrazione giacché non opera il divieto di interposizione. E, ancora prima, i collaboratori coordinati non potrebbero essere definiti come «lavoratori dipendenti».

Parimenti sembrerebbe avere meno senso obbligare il committente a riferire la durata di un «periodo di prova» ai sensi della lettera h, non perché sia impossibile immaginare che il committente testi le capacità del collaboratore coordinato prevedendo un regime particolare per una fase iniziale (compenso, preavviso di recesso, etc.), ma in quanto il riferimento è, con ogni evidenza, all'art. 2096 c.c.; mentre le parti di contratti di lavoro autonomo coordinato possono anche prevedere un periodo di “prova”, ad esempio regolando diversamente, in una prima fase, il termine di preavviso. Ciò, tuttavia non avrebbe particolari effetti. Parimenti, non trova applicazione ai collaboratori coordinati l'art. 7 d.lgs. n. 104/2022 sulla durata massima del periodo di prova ⁽⁴⁰⁾.

Non sembrano estensibili, se non accettando fratture concettuali delle nozioni di fondo che contraddistinguono il discrimine tra autonomia e subordinazione, le informazioni di cui alle lettere o e p, in quanto presuppongono un vero e proprio orario di lavoro ⁽⁴¹⁾.

⁽⁴⁰⁾ La ragione non risiede tuttavia nella circostanza per cui il collaboratore coordinato si obbliga al compimento di un risultato (così A. TURSI, *La “trasparenza” dei diritti dei lavoratori nel decreto “trasparenza”*, in *DRI*, 2023, dattiloscritto, § 4), dacché, se è vero che ogni obbligazione ha un proprio risultato, quello della collaborazione coordinata non corrisponde a un *opus* ai fini dell'adempimento istantaneo, bensì al lavoro continuativo nell'interesse organizzativo del committente. Si tratta pertanto di un contenuto dell'obbligazione coerente con le esigenze di provare in anticipo le capacità professionali. La ragione consiste invece sia nella scarsa compatibilità del regime legale della prova con le varie esigenze dei contesti del lavoro coordinato, atteso che, come detto, la norma sembra presupporre l'applicabilità dell'art. 2096 c.c. (si veda *supra*), sia nel mancato riferimento alla figura del “committente” del lavoro coordinato, al contrario di quanto avviene negli altri articoli dello stesso capo.

⁽⁴¹⁾ È noto che, anche secondo la giurisprudenza, la previsione di fasce orarie o tempi concordati della prestazione non sia incompatibile con l'autonomia esecutiva della prestazione. Cfr. Cass. 12 ottobre 2022, n. 29858; Cass. 15 giugno 2016, n. 12330; Cass. 9 marzo 2009, n. 5645. Tuttavia, la presenza di un orario di lavoro costituisce invece un indice rilevante della subordinazione. In ogni caso, la disciplina dell'orario di lavoro (d.lgs. n. 66/2003) non è estensibile in via analogica oltre il proprio campo di applicazione. A ciò si aggiunga che la lett. p in particolare presuppone che il rapporto di lavoro sia «caratterizzato da modalità organizzative in gran parte o interamente imprevedibili», espressione questa che non si riesce a conciliare agevolmente con la definizione di collaborazione coordinata dell'art. 409, n. 3, c.p.c., dacché questa norma presuppone che le modalità di coordinamento siano «stabilite di comune accordo». Per questo motivo è destinato a fallire il tentativo di ritagliare, nell'ambito di queste due disposizioni in particolare (lettere o e p), singoli profili che potrebbero interessare i collaboratori coordinati.

Risultano pacificamente estensibili anche le modalità di adempimento degli obblighi informativi e di accessibilità e conservazione delle ricevute di invio e ricezione delle informazioni (co. 9) e, in particolare, l'inserimento nel contratto individuale redatto per iscritto.

Con riferimento alle collaborazioni autonome, si può sottolineare tuttavia che, anche quando la collaborazione sia a tempo indeterminato, non sia infrequente la formalizzazione per iscritto del contratto di lavoro, ancorché non richiesta dalla legge a pena di nullità (cfr. art. 1325 n. 4 c.c.; talvolta le parti stesse o i contratti collettivi individuano un obbligo di forma *ex art.* 1352 c.c.) o ai fini della prova (cfr. art. 47-*ter*). Ciò in quanto, nonostante il rilievo secondario del *nomen iuris* ⁽⁴²⁾, il committente deve delineare accuratamente la prestazione oggetto dell'obbligazione, individuando le «modalità di coordinamento», al fine di ridurre (ma non eliminare) la possibilità che il rapporto venga ricondotto alla etero-organizzazione o direttamente alla subordinazione in giudizio.

Giova ricordare, ad ogni buon conto, che, ai sensi dell'art. 3, co. 2, l. n. 81/2017, è considerato abusivo e passibile di risarcimento del danno – probabilmente *in re ipsa* e liquidabile in via equitativa – il rifiuto ingiustificato, da parte del committente, della richiesta del lavoratore autonomo di documentare per iscritto l'accordo ⁽⁴³⁾.

Anche per i collaboratori coordinati può accadere che l'invio delle informazioni avvenga contestualmente alla consegna della copia della comunicazione di instaurazione del rapporto di lavoro di cui all'art. 9-*bis*, d.l. n. 510/1996 (conv. mod. l. n. 608/1996), dovuta del resto in caso di «lavoro autonomo in forma coordinata e continuativa».

Si aggiunga che le informazioni devono essere date al collaboratore anche se il rapporto si estingue prima del termine del mese concesso al committente per alcune categorie di informazioni, quando l'obbligo non sia già adempiuto con la consegna ai sensi del co. 3 dell'art. 1. Il successivo co. 4 prevede infatti che, «in caso di estinzione del rapporto di lavoro prima della scadenza del termine di un mese dalla data dell'instaurazione, al lavoratore deve essere consegnata, al momento della cessazione del rapporto stesso, una dichiarazione scritta contenente le informazioni di cui al co. 1, ove tale obbligo non sia stato già adempiuto». La norma sembra applicabile a ogni

⁽⁴²⁾ Cass. 13 ottobre 2022, n. 29973; App. Genova 28 marzo 2022, n. 68; App. Venezia 7 dicembre 2021, n. 430.; Cass. 12 aprile 2017, n. 9401; C. cost. 7 maggio 2015, n. 76. Non si può, d'altro canto, ignorare che il contratto è l'unico elemento noto al giudice prima di avviare l'istruttoria. Cfr. Cass. 19 novembre 2021, n. 35687, e Trib. Ivrea 17 maggio 2022, n. 118, che a ben vedere conferma l'assunto pur sottolineando come il nome dato al contratto costituisca il “punto di partenza” del giudizio, spettando invece al lavoratore la prova del diverso rapporto. Di recente cfr. anche C. cost. 7 maggio 2015, n. 76, e sul punto si legga F. AMENDOLA, *Subordinazione e autonomia: il sindacato di legittimità*, in *ADL*, 2018, n. 4-5, p. 1006. È bene chiarire che la centralità della negoziazione delle collaborazioni coordinate non può mutare l'approccio e il metodo della giurisprudenza che considera il *nomen iuris*, a dispetto di alcuni interessanti tentativi di rivalutazione (cfr. R. PESSI, *Fattispecie ed effetti nel diritto del lavoro*, in M. MARTONE (a cura di), *Contratto di lavoro e organizzazione. Tomo primo. Contratto e rapporto di lavoro*, Cedam, 2011, p. 70), un elemento meramente indiziario e comunque secondario rispetto al giudizio complessivo che si incentra primariamente sul comportamento tenuto dalle parti, in coerenza con l'art. 1362 c.c. Si vuole anche dire che il gravame dell'onere della prova non accentua di per sé, sotto il profilo sostanziale, la rilevanza relativa dell'indice della “volontà originaria” delle parti.

⁽⁴³⁾ La norma colpisce un comportamento illecito e non introduce a sua volta alcun obbligo di forma. Cfr. A. BARBA, *Studi sull'abuso di dipendenza economica*, Cedam, 2018, p. 193, anche in relazione alle ipotesi di “abusività” e inefficacia di cui all'art. 3, comma 1, della l. n. 81/2017.

ipotesi di estinzione (recesso del committente o del collaboratore, altre forme di risoluzione, etc.) ⁽⁴⁴⁾.

Si può anche accennare fin d'ora – ma la questione riguarda anche l'art. 1-*bis* – all'applicabilità della norma dell'art. 3 del d.lgs. n. 152/1997 (modificato dall'art. 4, co. 1, lett. *d*, d.lgs. n. 104/2022) sull'obbligo di comunicazione per iscritto di ogni variazione degli elementi degli artt. 1 e 1-*bis* (e 2), quando tale variazione «non derivi direttamente dalla modifica di disposizioni legislative o regolamentari, ovvero dalle clausole del contratto collettivo». Senza soffermarsi sui diversi contenuti e problemi posti dalla disposizione, basti dire che l'applicabilità alle collaborazioni coordinate di tale vincolo, entro il primo giorno di decorrenza degli effetti della modifica, è sottolineata dall'accostamento della figura del «committente pubblico e privato» a quella del datore di lavoro.

L'art. 2 del d.lgs. n. 152/2017 è invece inapplicabile ai collaboratori autonomi, in quanto riferito al distacco del lavoratore subordinato all'estero.

Occorre infine un rapido chiarimento sull'art. 3, d.lgs. n. 104/2022, che impone al «datore di lavoro» – non anche, espressamente, al committente – di comunicare a ciascun lavoratore «in modo chiaro e trasparente le informazioni previste dal presente decreto in formato cartaceo oppure elettronico» e di conservarle e renderle accessibili al lavoratore, e inoltre di conservare «la prova della trasmissione o della ricezione per la durata di cinque anni dalla conclusione del rapporto di lavoro». Anche questa norma, coesistente al buon funzionamento del complesso di questa normativa di tutela, è da ritenere applicabile ai committenti individuati dall'art. 1, co. 1 ss. dello stesso decreto.

6.2. Gli obblighi informativi nel caso di utilizzo di sistemi decisionali o di monitoraggio automatizzati

Anche l'art. 1-*bis*, d.lgs. n. 152/1997 (introdotto *ex novo* dall'art. 4, co. 1, lett. *b*, d.lgs. n. 104/2022), in materia di «obblighi informativi nel caso di utilizzo di sistemi decisionali o di monitoraggio automatizzati» ⁽⁴⁵⁾ deputati a fornire indicazioni rilevanti in relazione a molteplici aspetti del rapporto (cfr. co. 1), trova applicazione non solo ai lavoratori subordinati, ma anche ai collaboratori coordinati ed etero-organizzati (co. 7), evidentemente sul presupposto che anch'essi, dacché sono inseriti nell'organizzazione, patiscono la scarsa trasparenza di questi meccanismi automatizzati e necessitano, parimenti, di tutelarsi contro la capacità delle organizzazioni complesse basate sull'algoritmo di incidere, in modo più spesso indiretto, sulla quantità e qualità del lavoro prestato.

L'intenzione di rimarcare come la condizione di “soggezione all'algoritmo”, in caso di «utilizzo» e non anche di semplice installazione ⁽⁴⁶⁾, degeneri in forme analoghe di

⁽⁴⁴⁾ In caso di morte del collaboratore, non essendo l'obbligazione di lavoro trasmissibile *mortis causa*, non sembra che la comunicazione possa farsi agli eredi legittimi, in assenza di una specifica indicazione legislativa in tal senso. L'estinzione dell'obbligazione cancella anche l'obbligo da essa dipendente, ma non estingue l'eventuale illecito già consumato.

⁽⁴⁵⁾ Sulla nozione cfr. circ. Min. lav. n. 19/2022.

⁽⁴⁶⁾ M. MARAZZA, F. D'AVERSA, *Dialoghi sulla fattispecie dei “sistemi decisionali o di monitoraggio automatizzati” nel rapporto di lavoro (a partire dal Decreto trasparenza)*, in *Giustiziacivile.com*, 2022, n. 11, p. 3.

debolezza derivante da una consimile asimmetria informativa per lavoratori subordinati e coordinati si deduce anche dalla formula inclusiva, non utilizzata infatti nell'art. 1 – ma qui per la prima volta – «datore di lavoro o committente».

Non è consentito entrare nel merito di ogni singola norma dell'art. 1-*bis*. E tuttavia può essere utile sottolineare come la disposizione non si limiti a dettagliare alcuni obblighi di comunicazione ai lavoratori e alle rappresentanze sindacali e le relative modalità⁽⁴⁷⁾, come in buona sostanza fa l'art. 1. Questa disposizione introduce invece un più articolato e penetrante sistema di obblighi di *disclosure* del sistema informatico dell'azienda – di qui la salvezza, ai sensi del co. 8 dei segreti *ex art.* 98, d.lgs. n. 30/2005 – che includono il diritto di accesso e di richiesta informazioni e l'obbligo di risposta entro un tempo certo. Si tratta di un vero e proprio statuto regolativo per la *algorithmic fairness*.

Dovendo limitare lo spettro dell'indagine alla verifica di quei profili che rendono dubbia o problematica l'applicazione ai rapporti dell'art. 409 n. 3 c.p.c., si può partire dalla constatazione che, in questa norma, non compare alcuna clausola legale di compatibilità, di talché si potrebbe ritenere che le norme siano da applicare integralmente. Tuttavia, in primo luogo, non si può non notare come, in assenza di rappresentanze sindacali a difesa degli interessi collettivi dei collaboratori coordinati, sarà in concreto meno effettiva – ma non meno efficace sotto il profilo giuridico – la pretesa di accesso formulata da questi lavoratori.

Inoltre, per evitare effetti irrazionali, non devono considerarsi applicabili le disposizioni che introiettano elementi di ineliminabile incompatibilità, come, ad esempio, l'ultimo periodo del 1 co. dell'articolo in questione contenente un rinvio all'art. 4, l. n. 300/1970, ovviamente inapplicabile ai lavoratori non subordinati in assenza del presupposto di un potere di controllo analogo a quello intitolato al datore di lavoro.

Occorre, d'altro canto, chiarire i limiti, rispetto alla posizione specifica dei collaboratori coordinati, delle «variazioni delle condizioni di svolgimento del lavoro» derivanti da «ogni modifica incidente sulle informazioni fornite ai sensi del comma 2» e doverosamente comunicate entro 24 ore (art. 1-*bis*, co. 5). E una «variazione» di tal genere, *se* in conflitto con una previsione contrattuale o estranea all'ambito del risultato obbligatorio concordato, potrebbe essere contraria all'art. 3, co. 1, l. n. 81/2017, che vieta lo *ius variandi* del committente. O, in ogni caso, detta variazione, *se* incidente in senso propriamente modificativo sulle modalità esecutive della prestazione, rivelerebbe una condizione di etero-organizzazione implicita nei meccanismi di adeguamento al cui costante rispetto l'obbligazione di lavoro sarebbe formattata. Si può chiarire, con un esempio, che mutare alcuni standard del lavoro previsti dal contratto di collaborazione autonoma o il tempo o il luogo di lavoro sembra indicare l'esercizio in concreto di un potere datoriale; di contro, mutare il programma gestionale di uso comune o alcune modalità di uso dei *software* o alcune tecniche aggiornate di gestione del lavoro, non integra affatto un mutamento significativo ai fini del riscontro di un potere. Anzi, proprio la specificazione di modalità estrinseche, come ad esempio il cambio della fascia oraria o il fatto di doversi relazionare a uno a all'altro gruppo di lavoro, *se* previste dal contratto, sono coerenti con l'esercizio della facoltà di coordinamento in corso di rapporto.

⁽⁴⁷⁾ Si legge al comma 6 dell'art. 1-*bis* che la comunicazione deve avvenire «in modo trasparente, in formato strutturato, di uso comune e leggibile da dispositivo automatico».

In merito a questa disposizione si è sostenuto che, poiché la nozione di sistemi di monitoraggio automatizzati è sussumibile in quella degli «impianti audiovisivi ed altri strumenti di controllo» di cui all'art. 4, l. n. 300/1970, «per la parte degli “strumenti di monitoraggio automatizzati” l'art. 1-*bis* del d.lgs. n. 152/1997 non può che essere applicabile esclusivamente al lavoro autonomo coordinato e continuativo (art. 1-*bis*, comma 7)» e «non anche al lavoro subordinato per il quale, appunto, come del resto dispone la legge, “resta fermo quanto previsto dall'art. 4 della legge n. 300 del 1970 nella sua proiezione applicativa individuale ed anche collettiva (art. 4, comma 1)”»⁽⁴⁸⁾. Se da una parte è condivisibile che i sistemi di controllo si iscrivano tra gli «altri strumenti di controllo», d'altra parte la norma dispone una molteplicità di effetti e annovera nel dettaglio le informazioni da rendere, cosicché si può ritenere che il resto della disposizione si integri con l'art. 4 dello Statuto, contribuendo a specificare i contenuti della «adeguata informazione» del co. 3.

7. Le altre discipline estese. Cenni

Per quanto concerne le altre tutele estese a favore dei collaboratori non subordinati, può essere utile enucleare alcune criticità derivanti dalla scelta del legislatore (in questo, si è detto, non doverosa ai sensi della direttiva, ma proprio per questo motivo coraggiosa, sebbene altrettanto problematica), di arricchire all'improvviso lo statuto protettivo delle collaborazioni autonome, con disposizioni che recano la traccia, a volte particolarmente evidente, della subordinazione. È da rimarcare lo sforzo, peraltro, di collegare ai nuovi obblighi e divieti un apparato rimediale effettivo, a vantaggio della parte lesa, anche quando questa sia un lavoratore coordinato, del resto protetto dall'art. 4 Cost. e dagli artt. 35 ss. Cost.⁽⁴⁹⁾ ai cui nuclei queste norme si agganciano. Ritengo utile, per ragioni di opportunità, concentrare in questa sede l'analisi su quelle disposizioni che, anche per via dell'estensione alle collaborazioni coordinate, provocano i maggiori problemi di interpretazione o destano, a mio avviso, maggior interesse. Si tratta degli artt. 8, 9 e 14 del d.lgs. n. 104, disposizioni che, peraltro, corroborano l'idea di un più intenso coinvolgimento del prestatore d'opera coordinata nell'organizzazione dei lavori.

L'art. 10, in materia di «transizione a forme di lavoro più prevedibili, sicure e stabili», si applica al lavoro autonomo continuativo coordinato in forza del richiamo al «committente», oltre che in base alla regola generale sul campo di applicazione. Si tratta però di norma che disciplina però la fase di “uscita” dalla collaborazione coordinata, in quanto la richiesta al committente sarà verosimilmente diretta a ottenere un contratto che, se è più prevedibile, sicuro e stabile, sarà di lavoro subordinato⁽⁵⁰⁾.

⁽⁴⁸⁾ M. MARAZZA, F. D'AVERSA, *Dialoghi sulla fattispecie dei “sistemi decisionali o di monitoraggio automatizzati” nel rapporto di lavoro (a partire dal Decreto trasparenza)*, in *Giustiziacivile.com*, 2022, n. 11, p. 6.

⁽⁴⁹⁾ Cfr., in materia di art. 4 Cost. e lavoro autonomo, D. GAROFALO, *Formazione e lavoro tra diritto e contratto. L'occupabilità*, Cacucci, 2004, p. 40 ss.

⁽⁵⁰⁾ In questo senso si tratta di una estensione «misteriosa», come sottolinea A. TURSI, *La “trasparenza” dei diritti dei lavoratori nel decreto “trasparenza”*, in *DRI*, 2023, dattiloscritto, § 4.

L'art. 11, in materia di «formazione obbligatoria», costituisce un complemento della tutela della professionalità del lavoratore coordinato⁽⁵¹⁾. Sia consentito aggiungere che l'erogazione della formazione interna durante il periodo dedicabile alla esecuzione della prestazione – così può intendersi in senso adattivo la prescrizione per i lavoratori coordinati – non fa che accentuare la sensazione di un coinvolgimento nei meccanismi dell'organizzazione del collaboratore *ex art. 409 n. 3 c.p.c.*

Non è neppure possibile proporre un esame approfondito delle disposizioni del Capo IV, con l'eccezione, appunto, dell'art. 14, sul quale ritengo giusto focalizzarmi in ragione di alcuni profili meritevoli di una particolare sottolineatura⁽⁵²⁾.

8. *Segue. Il diritto di cumulare gli impieghi*

L'art. 8 è già stato richiamato nel corso dell'opera. La sua estensione ai collaboratori coordinati è particolarmente significativa. Ai sensi di questa disposizione il datore o il committente «non può vietare al lavoratore lo svolgimento di altra attività lavorativa in orario al di fuori della programmazione dell'attività lavorativa concordata, né per tale motivo riservargli un trattamento meno favorevole», con salvezza di quanto già prevede l'art. 2105 c.c. Il datore può invece «limitare o negare» a condizione che lo svolgimento del secondo lavoro comporti un pregiudizio per la salute e la sicurezza o non infici la garanzia di un servizio pubblico⁽⁵³⁾ o, ancora, nel «caso in cui la diversa e ulteriore attività lavorativa sia in conflitto d'interessi con la principale, pur non violando il dovere di fedeltà di cui all'articolo 2105 del codice civile».

La nuova disposizione ha una formulazione ellittica, dacché “vieta di vietare”, ma non è chiaro se si intenda che sono invalide eventuali «clausole di esclusiva» appositamente pattuite, non infrequenti invero nei contratti di collaborazione coordinata (cfr. anche art. 1743 c.c., anche se, come detto, il decreto non trova applicazione ai contratti di agenzia: § 5 di questo capitolo).

In passato il problema si era posto in chiave qualificatoria e, in particolare, ai fini del riscontro del carattere della collaborazione. La giurisprudenza deduceva infatti dalla pluricommitenza del professionista che non poteva ricorrere una collaborazione coordinata, ma non poteva invero escludersi, di per sé, la ricorrenza di più rapporti⁽⁵⁴⁾. La dottrina aveva chiarito tuttavia, in senso condivisibile, come non potesse escludersi automaticamente la ricorrenza della collaborazione in caso di pluricommitenza, dovendosi al contrario verificare la ricorrenza degli elementi della fattispecie dell'art.

⁽⁵¹⁾ Cass. 17 settembre 2008, n. 23744, in *ADL*, 2009, p. 131, con nota di R. SALOMONE, *Sul diritto a lavorare del prestatore non subordinato*.

⁽⁵²⁾ Cfr. su questi temi G. PROIA, *Le novità, sistemiche e di dettaglio, del decreto trasparenza*, in *MGL*, 2022, n. 3, p. 593.

⁽⁵³⁾ Secondo la circ. Min. lav. n. 19/2022, l'espressione «integrità del servizio pubblico», «poiché resta ferma, ai sensi dell'articolo 8, co. 4, la disciplina del lavoro pubblico di cui all'articolo 53 del d.lgs. n. 165/2001», è da intendersi limitata a quei servizi pubblici gestiti da enti o società cui non si applica la disciplina dei rapporti di lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche. Questa indicazione non è del tutto condivisibile nel nostro caso, se si pensi che l'art. 53 non trova certo applicazione ai collaboratori coordinati e continuativi; ne segue che questa condizione di esclusività potrebbe anche essere opposta da alcune PA committenti.

⁽⁵⁴⁾ Cass. 5 dicembre 1997, n. 12376; Cass. 19 maggio 1994, n. 4918; Cass. 15 ottobre 1986, n. 6053; Cass. 30 gennaio 1989, n. 573; Cass. 19 aprile 1982, n. 2421; Cass. 14 novembre 1980, n. 6108.

409 n. 3 c.p.c. tra i quali non figura la dipendenza economica ⁽⁵⁵⁾. Può però dirsi che la collaborazione coordinata ricorre a fronte di un coinvolgimento della persona nel progetto produttivo che, tendenzialmente, si può escludere quando le prestazioni del lavoratore autonomo sono “sul mercato”, perché – indipendentemente dal fatto di essere esse stesse continuative o indipendentemente dal fatto che esse consistono nell’esecuzione in vista del risultato (*opus*) – non sono *funzionali* all’organizzazione dei lavori ⁽⁵⁶⁾.

La norma del d.lgs. n. 104/2022 sancisce uno spazio di libera scelta del collaboratore, costituendo in capo a lui un diritto soggettivo di intrattenere altri rapporti di lavoro alle condizioni dei primi due commi dell’art. 8. Ne segue che la conclusione di un secondo contratto di lavoro, in qualsiasi forma, che non comporti l’obbligo di prestare «attività lavorativa» durante la programmazione oraria già concordata con il primo datore o committente, non costituisce inadempimento né potrebbe far venir meno la “fiducia”, salvo ovviamente che risulti violato l’art. 2105 c.c. o ricorra una delle condizioni dettate dalle lett. *a*, *b* e *c* del co. 2.

A giudicare dal tenore letterale e dagli interessi tutelati, la disposizione del 1 co. sembrerebbe assolutamente inderogabile. In questo carattere consiste il dato di reale novità, soprattutto per le collaborazioni coordinate. Mentre, infatti, pur a fronte di un obbligo di non concorrenza desunto dalle clausole generali (v. oltre), si è sempre considerata generalmente valida una clausola di esclusività (cfr. già art. 64, co. 1, d.lgs. n. 276/2003), per effetto di questa previsione alla pattuizione dell’esclusività segue la nullità di una clausola di esclusiva *ex art.* 1418 c.c., pur quando il lavoratore sia ricompensato con una somma di denaro o con altri vantaggi ⁽⁵⁷⁾. Viceversa, è valida la clausola di esclusiva di tipo “causale” e relativo, con cui si specifichi, in relazione al settore e ai contenuti della prestazione, quali ipotesi concrete rientrino nel co. 2.

D’altro canto, mentre il 1 co. sancisce che il datore «non può vietare» (ovverosia non ne ha il potere, quindi *non deve*), il secondo precisa che il datore «può limitare o negare al lavoratore lo svolgimento di un altro e diverso rapporto di lavoro» e rientra quindi nelle possibilità del titolare di questo diritto esercitarlo o disporne, ancorché sia dubbio, alla luce degli interessi superiori contemplati dalle lettere *a* e *b* in particolare, se la norma sia in effetti derogabile *in melius* (e ancor prima, a dire il vero, se nei termini di una derogabilità *in melius* si possa ragionare in questo caso).

Il legislatore non si è curato neppure di alcuni possibili attriti tra norma e realtà, che hanno particolare evidenza nel campo delle collaborazioni coordinate. La norma darà sicuramente luogo a problemi applicativi di ordine pratico di non facile soluzione e, quindi, a un nuovo evitabile contenzioso.

Innanzitutto, la norma richiama l’«altra attività lavorativa» o, al secondo co., «un altro e diverso rapporto di lavoro». Un primo appunto riguarda la locuzione «altro e diverso rapporto di lavoro»»: un altro rapporto, con altro datore di lavoro o committente, è

⁽⁵⁵⁾ M. MARTONE, *Lavoro coordinato e pluralità di rapporti*, in *ADL*, 1998, p. 581 ss.

⁽⁵⁶⁾ Il lavoro coordinato contribuirebbe all’organizzazione dei lavori secondo un’idea da tempo propugnata da una parte della dottrina. Cfr. M. PERSIANI, *Autonomia, subordinazione e coordinamento nei recenti modelli di collaborazione lavorativa*, in *DL*, 1998, p. 203 ss.; M. MARAZZA, *Saggio sull’organizzazione del lavoro*, Cedam, 2002, p. 161; cfr. E. GHERA, *La subordinazione e i rapporti atipici nel diritto italiano*, in U. CARABELLI, B. VENEZIANI (a cura di), *Du travail salarié au travail indépendant*, Cacucci, 2003, p. 84.

⁽⁵⁷⁾ Dubitativamente *contra* G. PROIA, *Le novità, sistemiche e di dettaglio, del decreto trasparenza*, in *MGL*, 2022, p. 592.

già soggettivamente «diverso»; per dare un senso a questa coppia di aggettivi si dovrebbe ipotizzare che la norma si applichi solamente in caso di diversità oggettiva, ma è assolutamente misterioso il criterio di valutazione della diversità (tipo legale? oggetto dell'obbligazione? modalità?). Nell'incertezza, sembra corretto sostenere che «altro» e «diverso» costituiscano un'endiadi.

Inoltre, non è chiaro se l'altra "attività lavorativa" debba rientrare tra le ipotesi incluse nel campo di applicazione del d.lgs. n. 104 (art. 1). Si può fare l'esempio, non di certo irrealistico, del collaboratore autonomo che abbia anche l'occasione di esercitare come agente per un'impresa di cosmetici o come consulente del lavoro. La formulazione della norma è piuttosto ampia e non sembra si possano ricavare dalla lettera della legge limitazioni di sorta. L'incompatibilità potrebbe verificarsi anche rispetto a (secondi) rapporti esclusi dal campo di applicazione del d.lgs. 104 e, in teoria, anche rispetto a prestazioni della durata di pochi giorni o di poche ore, nell'ambito di contratti di lavoro autonomo "occasionale" *ex art. 2222 c.c.*

Ciò significa anche, all'opposto, che un'esclusiva, indipendentemente dalla norma in esame, potrà essere concordata nell'ambito di un contratto d'opera intellettuale o di un contratto di agenzia (art. 1743 c.c.), senza i limiti posti da questa disposizione. Mentre, quando i due rapporti ricadono nel campo di applicazione del decreto, saranno due i datori o committenti che potranno trovarsi a valutare – o contemporaneamente o, come è più probabile che accada, secondo un ordine cronologico del tutto estemporaneo, ma comunque senza alcun reciproco coordinamento – la compatibilità del "secondo lavoro".

Altro elemento critico dipende dal fatto che la disposizione non prevede alcun obbligo di comunicazione di carattere informativo in capo al lavoratore circa gli altri "impieghi". Mi sembra che questa comunicazione, quando non sia già richiesta al momento dell'assunzione – come è prassi fare con la presentazione di appositi formulari e questionari – sia comunque dovuta, in quanto espressione del dovere generale di correttezza (tanto più se si stipuli una clausola di esclusiva con esplicito riferimento alle ipotesi del co. 2). L'informazione, infatti, consente al datore o al committente di esercitare le prerogative "impeditive" del co. 2, quindi permette di valutare se il "secondo lavoro" risulti in contrasto con i tre nuclei di interesse protetti dalla disposizione citata. Ad ogni modo, si tratterebbe di una comunicazione non necessariamente preventiva, ma inviabile pure al momento in cui emerga un'incompatibilità del secondo lavoro. Può pure accadere che l'informazione sia data nella sede di un'eventuale contestazione preventiva di un addebito disciplinare del lavoratore subordinato o nella lettera con cui si contesta, più spesso a fini risarcitori, l'inadempimento (verosimilmente, ma non necessariamente, di non scarsa importanza *ex art. 1455 c.c.*) del collaboratore, per svolgimento "sospetto" di una prestazione lavorativa in contrasto con il co. 2.

Si deve inoltre considerare che le tre ipotesi del co. 2, la ricorrenza di ciascuna delle quali consente al committente di vietare l'altro "impiego", presuppongono valutazioni esterne al contenuto del rapporto obbligatorio e di pertinenza del datore di lavoro o del committente, peraltro tecnicamente complesse e che presuppongono una conoscenza di stati di fatto e condizioni non agevolmente accertabili (v. oltre).

Perciò, se da una parte svolgere un'altra attività lavorativa non può costituire inadempimento ai sensi del 1 co., d'altra parte «lo svolgimento di un altro e diverso rapporto di lavoro» in contrasto con il co. 2 ben difficilmente, in assenza di una più chiara

pattuizione o di una specifica indicazione da parte del datore o del committente (v. *supra*), potrà essere contestato al lavoratore in quanto, non avendo questi la possibilità di valutare se risultino integrati gli estremi delle ipotesi contemplate dall'elenco del co. 2, neppure potrà esserci un'imputazione a titolo di colpa (o dolo), come noto indispensabile affinché si configuri una responsabilità contrattuale *ex art.* 1218 c.c.

Non può dirsi lo stesso nel caso di mancato rispetto del vincolo di fedeltà, atteso che lo stesso art. 2105 c.c. – o comunque, secondo la giurisprudenza, il canone della buona fede *ex art.* 1375 c.c. da cui si desumerebbe una consimile regola di non concorrenza (v. oltre) – delinea il profilo della condotta esigibile alla stregua di un obbligo del lavoratore e non di un potere di limitazione del datore, il cui esercizio è in ultima analisi rimesso a valutazioni di ordine discrezionale e in parte estranee al contenuto dell'attività di lavoro. Del resto, se il datore (o il committente), pur *potendo* vietare il secondo lavoro, non lo faccia, è assai difficile considerare in difetto, quindi inadempiente, il lavoratore che presti la propria attività per altri, pur quando tale diversa e ulteriore attività incida non solo su interessi privati – come nel caso in cui emerga un «conflitto», teoricamente estraneo all'ambito di applicazione degli obblighi negativi di fedeltà, ancorché sia molto difficile tracciare il confine in concreto ⁽⁵⁸⁾ – ma anche su interessi a rilevanza pubblicistica, come l'integrità psico-fisica della persona o il regolare funzionamento del servizio pubblico. Semmai, in quest'ultimo caso, potrebbe imputarsi al datore di lavoro o al committente stesso di non essersi attivato, verificando la compatibilità con l'altra occupazione, proprio a tutela della salute del proprio collaboratore (a) o per garantire l'integrità del servizio pubblico al cui buon funzionamento deve contribuire (b).

Ciò dovrebbe spingere i committenti pubblici e privati a verificare più a fondo le scelte extralavorative del collaboratore, richiedendo al momento dell'instaurazione del rapporto quale sia la sua condizione occupazionale e, in particolare, se abbia una seconda occupazione e di che tipo (atteso che solo attraverso una più approfondita indagine potranno essere oggetto di verifica i profili di incompatibilità).

Al di là di questi primi rilievi critici di ordine più generale, la disposizione in esame accresce la sensazione di un parallelismo degli interessi, con riferimento al diritto *al* lavoro dell'art. 4 Cost., tra collaboratori coordinati e subordinati, entrambi cittadini e «lavoratori» che concorrono sullo stesso piano al «progresso materiale o spirituale della società» (art. 4, co. 2, Cost.) e «all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese» (art. 3, co. 2, Cost.). Si conferma inoltre che comune è l'elemento della *collaborazione*, inteso come sintesi di alcuni profili del rapporto in ragione di un inserimento organizzativo della prestazione continuativa e personale nell'organizzazione altrui. La collaborazione corrisponde a un tratto del rapporto in parte comune a lavoro subordinato e coordinato, ancorché molto diverse siano le prerogative del datore di lavoro e del committente ai fini del concreto incastro dell'attività di lavoro

⁽⁵⁸⁾ Nel settore dello sport, dove *dovrebbe*, salvo ulteriori – non improbabili – “colpi di coda”, approdare in forze il diritto del lavoro dal 1° luglio 2023 (art. 25 ss., d.lgs. n. 36/2021), è più facile, sia rispetto ai componenti delle “squadre” (atleti, allenatori, direttori sportivi, ecc.), sia rispetto agli istruttori, che il committente possa eccepire un “conflitto di interessi” talvolta proprio in applicazione di regole proprie di quell’“ordinamento”. Forse sarebbe stato opportuno, per via delle particolarità del settore, esentare tutti i contratti degli sportivi dal regime generale e predisporre regole specifiche.

nell'organizzazione⁽⁵⁹⁾. Traspare del resto, sia dall'art. 8 sia dall'art. 9 del decreto in commento, la consimile incidenza di alcuni profili organizzativi sulle prestazioni di lavoro continuativo, subordinato o coordinato.

Uno dei dubbi correlati all'estensione del campo di applicazione soggettivo della norma è se il richiamo alla disposizione dell'art. 2105 c.c. o alla disciplina dei riposi (co. 2, lett. a) valga a giustificare l'applicazione analogica a favore delle collaborazioni non subordinate.

Per trovare una risposta soddisfacente è bene soffermarsi ancora a riflettere sulla valenza delle obbligazioni negative modellate sui contenuti dell'art. 2105 c.c. nel campo del lavoro non subordinato⁽⁶⁰⁾. È significativo che una giurisprudenza non risalente, in materia di patto di non concorrenza, abbia considerato «privo di causa il patto accessorio con cui si obblighi l'altra parte ad astenersi dalla concorrenza in corso di rapporto»⁽⁶¹⁾. Insomma, riconoscendo le peculiarità della collaborazione coordinata e una similitudine, sotto questo profilo, con la subordinazione, le clausole generali vengono modellate in modo da aderire almeno, nel contenuto, al precetto dell'art. 2105 c.c.⁽⁶²⁾. Da ciò si ricava che, in concreto, e indipendentemente dall'applicazione analogica, consimili obblighi di non fare continuano a valere, di talché l'altro impiego non potrà comunque favorire un concorrente di mercato del committente (o, in ogni caso, un soggetto in «conflitto d'interessi», come recita la lett. c del co. 2)⁽⁶³⁾.

Riassumendo, l'art. 8, co. 1 e 2, dalla prospettiva sicuramente peculiare delle collaborazioni non subordinate, prova a far quadrare tre concetti diversi in una

⁽⁵⁹⁾ Non è sicuramente questa la sede per una più ampia disamina del tema. Cfr., per ricostruire il dibattito anche alla luce della interposizione sistematica del concetto di etero-organizzazione, le diverse posizioni di G. SANTORO-PASSARELLI, *Ancora su eterodirezione, etero-organizzazione, su coloro che operano mediante piattaforme digitali, i riders e il ragionevole equilibrio della Cassazione n. 1663 del 2020*, in *MGL*, 2020, n. straordinario, p. 203 ss.; M. MARAZZA, *In difesa del lavoro autonomo (dopo la legge n. 128 del 2019)*, in *RIDL*, 2020, p. 61 ss.; M. PERSIANI, *La disciplina delle collaborazioni non subordinate ovvero il giuoco dell'oca*, in AA.VV., *Scritti in onore di Oronzo Mazzotta*, Cacucci, 2022, tomo II, p. 1085 ss.; A. PERULLI, *Collaborazioni etero-organizzate, coordinate e continuative e subordinazione: come orientarsi nel pensiero*, in *DRI*, 2020, p. 267 ss.; A. ZOPPOLI, *Le collaborazioni eterorganizzate tra antiche questioni, vincoli di sistema e potenzialità*, *ivi*, p. 703 ss.

⁽⁶⁰⁾ Cfr. M.G. MATTAROLO, *Obbligo di fedeltà del prestatore di lavoro. Art. 2105*, Giuffrè, 2000, pp. 228-231.

⁽⁶¹⁾ Cass. 23 luglio 2008, n. 20312.

⁽⁶²⁾ In tal senso la giurisprudenza, dopo aver negato l'applicazione analogica dell'art. 2105 c.c., afferma che, quando sussista un "rapporto collaborativo" come quello descritto dall'art. 409, n. 3, c.p.c., il dovere di fedeltà, per quanto riguarda le obbligazioni negative riassumibili nel concetto di "non concorrenza", si impone subito, come già previsto dall'art. 64, comma 2, del d.lgs. n. 276/2003, quale esplicitazione del dovere di correttezza *ex art.* 1175 c.c. e del dovere di buona fede nell'esecuzione del contratto *ex art.* 1375 c.c. Cfr. App. Roma 9 luglio 2021, n. 2812; Cass. 21 marzo 2013, n. 7141; Cass. 23 luglio 2008, n. 20312. Ad ogni modo una delle sentenze citate sembra riferire, non correttamente, l'art. 2105 c.c. al momento successivo alla cessazione del rapporto, cfr. anche Cass. 11 dicembre 1985, n. 6252, in *MGC*, 1985, n. 12. Sul punto si segnala anche Cass. 23 agosto 1990, n. 8584, dalla cui massima sembrerebbe dedursi l'applicazione analogica dell'art. 2105 c.c., ma la sentenza è massimata male: questa pronuncia si limita a ribadire che l'«obbligo di fedeltà incombe sul prestatore d'opera e anche sull'agente durante lo svolgimento ed in dipendenza del rapporto di lavoro subordinato e parasubordinato».

⁽⁶³⁾ La nozione potrebbe essere intesa nel senso della concorrenza "potenziale", anche se la giurisprudenza ritiene che tale situazione rilevi già ai sensi dell'art. 2105 c.c.: cfr. G. PROIA, *Il decreto trasparenza*, in *GLav*, 2022, n. 39, p. 16.

configurazione intrecciata che si articola lungo tre anelli concentrici: la non concorrenza sul modello dell'art. 2105 c.c., il limite alla possibilità di imporre un'esclusiva e il "contro-limite" dell'assenza di conflitto d'interessi, accanto alla salute e alla garanzia del servizio pubblico.

Rispetto a questa geometria complessa di situazioni giuridiche, non v'è alcuna difficoltà a ragionare in parallelo tra lavoro subordinato e lavoro coordinato, anche ai fini di una interpretazione delle lett. *b* e *c* che tenga conto delle peculiarità della disciplina applicabile ai collaboratori coordinati. Si potrebbero in effetti evidenziare alcune particolarità fonti di altrettante difficoltà interpretative.

Sul giudizio in ordine al conflitto di interessi (lett. *c*), che dovrebbe riguardare, ai sensi di legge, casi diversi dalla fedeltà dell'art. 2105 c.c., potrebbe anche incidere il diverso grado di quel connotato che la giurisprudenza, ai fini dell'applicazione analogica dell'art. 2119 c.c., chiama *intuitus fiduciae* e che caratterizza, in modo simile ma non identico, collaboratori subordinati e coordinati ⁽⁶⁴⁾. Si potrebbe immaginare un conflitto di interessi già quando il committente abbia in programma l'espansione su un mercato dove già opera l'altro datore o committente.

Incide invece molto diversamente, per i collaboratori coordinati, il "controlimite" del pregiudizio alla salute e alla sicurezza. È bene precisare che, nonostante non manchino difficoltà concrete di adattamento di alcune norme tutorie, il d.lgs. n. 81/2008 si applica integralmente ai collaboratori coordinati che eseguano la prestazione nei «luoghi di lavoro» di cui ha la disponibilità il committente (cfr. art. 2, co. 1, lett. *a*; e art. 3, co. 7); sono invece soggetti al regime di autotutela dell'art. 21, d.lgs. n. 81/2008, i collaboratori cosiddetti "esterni" ⁽⁶⁵⁾. Di talché, in questo secondo caso, difficilmente il committente, quasi privo di obblighi, potrà impedire il secondo lavoro alla luce della lett. *a* (fermo che, secondo accreditate e condivisibili tesi, l'art. 2087 c.c. dovrebbe trovare applicazione anche a questi rapporti e così dovrebbe ampliarsi l'obbligazione di sicurezza del committente ⁽⁶⁶⁾).

Inoltre, i riposi settimanali (citati dal co. 2, lett. *a*, dell'art. 8 in esame) come anche le ferie e la «durata massima della giornata lavorativa» – quindi *ex converso* il riposo giornaliero – sono materia di rilevanza costituzionale ai sensi dell'art. 36, co. 2 e 3, Cost., commi questi strettamente connessi all'art. 32 Cost. Le norme di principio di fonte costituzionale potrebbero (e dovrebbero) riguardare anche il lavoro autonomo continuativo e coordinato, seppure con ogni necessario adattamento ⁽⁶⁷⁾. Ai collaboratori, ad ogni modo, non trova applicazione la disciplina legislativa dell'orario di lavoro e di «durata dei riposi» (artt. 7 e 9, d.lgs. n. 66/2003). Ne segue che l'ordine di valutazione del datore e quello del committente circa il possibile limite al cumulo di impieghi di cui al co. 2, lett. *a*, possono considerarsi solo in parte analoghi, dacché il giudizio risulterà più stringente – perché, al contempo, sarà più trasparente il parametro utilizzato per misurare i "riposi" – nel caso del datore di lavoro subordinato, in ragione

⁽⁶⁴⁾ Cfr. Trib. Milano 7 gennaio 2021, in *DeJure*.

⁽⁶⁵⁾ Cfr., sui problemi di ordine applicativo di queste distinzioni, P. PASCUCCI, *La nuova disciplina della sicurezza sul lavoro del 2008/2009: una rapsodia su novità e conferme*, Working Paper di Olympus, 2011, n. 1, p. 9; e cfr. anche A. DELOGU, *Salute, sicurezza e "nuovi" lavori: le sfide prevenzionali nella gig economy e nell'industria 4.0*, in *Diritto della Sicurezza sul Lavoro*, 2018, n. 2, p. 62 ss.

⁽⁶⁶⁾ P. ALBI, *Adempimento dell'obbligo di sicurezza e tutela della persona. Art. 2087*, Giuffrè, 2008, p. 208 ss.

⁽⁶⁷⁾ M.G. GAROFALO, *Unità e pluralità del lavoro nel sistema costituzionale*, in AA.VV., *Scritti in onore di Edoardo Ghera*, Cacucci, 2008, tomo I, p. 454.

della integrale applicabilità del Capo III del d.lgs. n. 66/2003 (in materia di riposi, pause e ferie), salvo che non ricorrano le condizioni dell'art. 17 co. 5⁽⁶⁸⁾.

9. *Segue. Il diritto alla prevedibilità minima del lavoro.*

L'art. 9 introduce una disposizione innovativa, centrale nel nuovo quadro dei diritti in materia di trasparenza e prevedibilità.

Anche questa disposizione s'applica in astratto, senza ombra di dubbio, alle collaborazioni coordinate e a quelle etero-organizzate (co. 6; ma si veda anche il «riferimento alla tipologia del rapporto di lavoro» del co. 1). E anche in questo caso l'applicazione oltre il confine con la subordinazione richiede alcune accortezze interpretative, sulle quali concentrerò l'analisi.

La norma sancisce che, se «l'organizzazione del lavoro sia interamente o in gran parte imprevedibile», il datore di lavoro non può imporre al lavoratore di svolgere l'attività lavorativa, salvo che ricorrano contestualmente alcune condizioni (v. oltre).

Questa prima parte della norma potrebbe produrre importanti conseguenze sul contenzioso incentrato sulla qualificazione del rapporto di lavoro dei *riders* che, secondo alcune ricostruzioni, sarebbero autonomi in quanto liberi di accettare o no l'incarico di consegna. Mi sembra che la disposizione confermi che quella stessa libertà può sussistere anche nel caso del lavoro subordinato, a seconda della “tipologia del rapporto” (*recte* delle modalità di svolgimento concordate, con richiamo anche al contratto di lavoro intermittente) e anzi è sancita quale regola generale a fronte di un'organizzazione del lavoro non prevedibile.

La norma introduce eccezioni alla libera accettazione, in caso di lavoro “prevedibile” e cioè da eseguire «entro ore e giorni di riferimento predeterminati» (lett. *a*, con rinvio all'art. 1, co. 1, lett. *p*, n. 2, d.lgs. n. 152/1997) e previa «informazione sull'incarico o la prestazione da eseguire, con il ragionevole periodo di preavviso» (art. 1, co. 1, lett. *p*, n. 3, d.lgs. n. 152/1997).

Se tali condizioni non sussistono, l'incarico può essere rifiutato senza pregiudizi anche di natura disciplinare. Qui la “natura disciplinare” configura un richiamo, *latissimo sensu*, a tutte quelle reazioni che il committente può adottare in occasione di un rifiuto della prestazione promessa, ossia la risoluzione in caso di inadempimento di non scarsa importanza *ex art.* 1455 c.c. o il recesso per giusta causa⁽⁶⁹⁾ e l'azionamento di una clausola penale *ex art.* 1382 c.c., oltre al risarcimento dei danni. La norma configura quindi un *diritto potestativo di rifiuto*⁽⁷⁰⁾ intitolato, a quelle condizioni, anche al lavoratore coordinato.

⁽⁶⁸⁾ Cfr. però sull'estensione della disciplina dell'orario di lavoro, la vicenda oggetto della sentenza C. giust. 22 aprile 2020, causa C-692/19, B. c. *Yodel Delivery Network Ltd*, e in tema cfr. G. PACELLA, *La nozione euro-unitaria di lavoratore dipendente alla prova della gig-economy: si pronuncia la Corte di Giustizia europea*, in *LLJ*, 2020, n. 6, p. 17 ss., in particolare sulla nozione euro-unitaria di *worker*.

⁽⁶⁹⁾ App. Brescia 11 aprile 2022, n. 128; ma, sugli effetti del recesso senza giusta causa, in un caso di contratto d'opera intellettuale, cfr. Cass. 24 novembre 2021, n. 36531.

⁽⁷⁰⁾ Si potrebbe sottolineare, per anticipare una delle possibili obiezioni a questa qualificazione, che non si tratterebbe, ad ogni modo, di una «condizione meramente potestativa», quindi nulla *ex art.* 1355 c.c., in quanto il rifiuto sarebbe ben ancorato a una «razionale valutazione di opportunità e convenienza» e ricorrono, in particolare nel caso del lavoro debole o economicamente dipendente,

Si deve sottolineare che questo diritto di rifiuto opera a condizione che l'organizzazione del lavoro sia («interamente o in gran parte») imprevedibile, presupposto oggettivo che, al di là delle innumerevoli riserve sulla tecnica legislativa, non sussiste di certo quando il collaboratore si obblighi a prestare il proprio lavoro coordinato entro fasce orarie e secondo modalità da lui stesso concordate con il committente a norma dell'art. 409 n. 3 c.p.c. o scelte. Mentre il problema si pone per le attività “a chiamata” (uso l'espressione in senso lato) o comunque tutte quelle ipotesi in cui il committente richieda una disponibilità alla proposta nell'ambito di contratti-quadro che, a mio avviso, ben possono assumere la forma di contratti di collaborazione coordinata con prestazione d'opera “intermittente”. La situazione più diffusa è quella, ben nota, dei *riders* formalmente autonomi – e salvo verificare le effettive modalità di esecuzione della prestazione – ma si può pensare a molti altri rapporti di consulenza così strutturati (si pensi ai contratti del sistemista o del programmatore esperto di sicurezza informatica il cui *service level agreement* preveda un intervento entro tempi certi in caso di rischi di intrusione di hacker o di blocchi di sistema). La norma rafforza, per i *riders* soggetti alle norme del capo V-*bis*, la previsione del co. 2 dell'art. 47-*quinquies*, d.lgs. n. 81/2015, ai sensi della quale «l'esclusione dalla piattaforma e le riduzioni delle occasioni di lavoro ascrivibili alla mancata accettazione della prestazione sono vietate».

La norma disciplina anche specifici obblighi informativi a carico del datore o del committente quando, in conformità ai criteri del contratto collettivo, si stabilisca un numero di «ore minime retribuite» (co. 3, lett. *a* e *b*). Si tratta di un'ipotesi quasi sconosciuta al lavoro coordinato, non potendo, in assenza di un orario di lavoro, essere concordato un cosiddetto “minimo orario” e soprattutto sono estremamente rari i contratti collettivi che se ne occupano in questi termini ⁽⁷¹⁾. Né, d'altra parte, sembra possibile intendere il minimo orario come uno standard della prestazione di lavoro autonomo.

Ben più interessante, ai nostri fini, è il co. 4, che disciplina l'ipotesi della revoca dell'incarico o della prestazione di lavoro programmata senza un ragionevole preavviso. In tal caso si deve riconoscere al lavoratore (coordinato o subordinato che sia) «la retribuzione inizialmente prevista per la prestazione pattuita dal contratto collettivo, ove applicabile o, in mancanza, una somma a titolo di compensazione per la mancata esecuzione dell'attività lavorativa, la cui misura non può essere in ogni caso inferiore al 50 per cento del compenso inizialmente pattuito per la prestazione annullata».

La revoca improvvisa di un incarico assegnato in costanza di rapporto – quindi non un recesso – nel caso del lavoro autonomo coordinato, potrebbe configurare inadempimento e, di conseguenza, questa disposizione non farebbe altro che disciplinarne le conseguenze attraverso una forfetizzazione del danno. La somma *a forfait*, invero, potrebbe risultare sotto il profilo della quantificazione economica, meno vantaggiosa del rimedio civilistico del risarcimento. Al contempo sarà di più immediata ed effettiva “esigibilità”, sia perché talvolta la revoca dell'incarico non è agevolmente qualificabile come inadempimento, né è di facile identificazione il danno, sia in quanto nella disposizione in esame è esplicitato un incontestabile riferimento numerico fonte di certezza,

quei «fattori estrinseci, idonei a influire sulla determinazione della volontà» (Cass. 28 agosto 2014, n. 18239).

⁽⁷¹⁾ Cfr. CCNL Assocall 2018; sul CCNL Assocall-Ugl 22 luglio 2013, si veda il commento di Garofalo, DJSGE, 2016.

sia in quanto sarebbe difficile contestare in concreto singole, isolate, revoche a fini risarcitori, soprattutto quando, come spesso accade, è basso il valore economico della singola prestazione (si pensi ad alcuni lavoratori coordinati delle piattaforme digitali) o in ogni caso perché non si riesca a provare il danno subito.

Ad ogni buon conto, la norma, anche per ragioni di costituzionalità della previsione, non esclude che il lavoratore coordinato vanti, dimostri e ottenga il maggior danno, come nelle ipotesi in cui il abbia già rifiutato un'altra commessa e, inoltre, subisca la revoca improvvisa: il committente in questo caso può essere ritenuto responsabile sia con riferimento al danno emergente forfettizzato da questa disposizione, sia con riferimento al lucro cessante e potrebbe anche configurarsi, se ne ricorrono le condizioni, un danno da perdita di *chance*.

Fonte di dubbio è anche la “ragionevolezza” del preavviso, sinonimo di congruità, termini che implicano sempre un giudizio incentrato sulle peculiarità della fattispecie considerata e sui contenuti della prestazione. Si possono mutuare in modo ponderato i ragionamenti svolti dalla dottrina sul congruo preavviso di recesso del committente ai sensi dell'art. 3, co. 1, l. n. 81/2017.

10. Segue. La protezione contro il recesso e gli altri trattamenti pregiudizievoli

Ai sensi dell'art. 14 del d.lgs. n. 104 «sono vietati il licenziamento e i trattamenti pregiudizievoli del lavoratore conseguenti all'esercizio dei diritti previsti dal presente decreto e dal decreto legislativo 26 maggio 1997, n. 152, come modificato dal presente decreto».

L'estensione di questa disposizione crea un più consistente argine alla tradizionale libertà di recesso del committente.

Il recesso dal contratto senza termine continua a obbligare la parte che recede unicamente al preavviso, dovuto ogniqualevolta il lavoro autonomo sia continuativo, in coerenza con la clausola di buona fede, in applicazione dell'art. 3, co. 1, l. n. 81/2017 (cfr. anche art. 1569 c.c.). Mentre l'apposizione di un termine, salvo che le parti non concordino espressamente il recesso *ante tempus*, comporta la necessità di una giusta causa. La disposizione in esame vieta, accanto agli atti estintivi e agli altri equiparati, i «trattamenti pregiudizievoli» (v. oltre).

Similmente a quanto fatto nell'art. 8 del d.lgs. 104 rispetto alla previsione dell'art. 2105 c.c., la disposizione in esame fa salve, ai commi 2 e 3, due disposizioni della disciplina dedicata al licenziamento individuale del prestatore di lavoro subordinato, l'art. 2 sulla forma del licenziamento e l'art. 5 sull'onere della prova. Occorre chiedersi, anche in questo caso, se l'applicabilità della norma alla diversa ipotesi delle collaborazioni autonome giustifichi una diretta estensione o una applicazione analogica della disciplina degli artt. 2 e 5, l. n. 604/1966. La risposta può essere, pure in questo caso negativa. Del resto, le norme sono fatte “salve” unitamente ai loro rispettivi campi – e contesti – di applicazione (art. 2, co. 4; e, in generale, art. 10, l. n. 604/1966).

Si può però dire che la disposizione comporti un avvicinamento sistematico, quando si ipotizzi il collegamento tra esercizio del diritto e la scelta unilaterale di estinguere il rapporto, tra licenziamento intimato dal datore e recesso del committente. La norma, infatti, obbliga tanto il primo quanto il secondo a fornire per iscritto, entro un tempo certo di sette giorni e in caso di richiesta del lavoratore, i motivi della scelta di

estromettere il lavoratore (secondo un meccanismo che ricorda nella formulazione l'art. 2, co. 2, l. n. 604/1966, prima della l. n. 92/2012). Motivi che il committente sarà tenuto a comunicare indipendentemente dal fondato sospetto di un violazione del divieto. Anche il recesso del committente deve essere, a richiesta, motivato; ciò, anche se il motivo sia, in questo caso, sotto il profilo formale, giuridicamente irrilevante. Sembra invero emergere, tra le pieghe del disposto legale, una forma particolare di rilevanza giuridica indiretta del motivo addotto dal committente, atteso che la sua inconsistenza in fatto potrebbe costituire uno degli elementi di prova del carattere “ritorsivo” del recesso ai sensi del primo co. della norma in esame.

Tuttavia, a differenza del caso del licenziamento, la mancata o incompleta o falsa indicazione dei motivi non sembra essere separatamente sanzionata, né può dirsi inefficace ai sensi dell'art. 2, l. 604 cit., il recesso, proprio in quanto non trova applicazione analogica la norma sulla forma del licenziamento. L'unica conseguenza per il committente che non assolva correttamente l'obbligo di indicare i motivi in risposta alla richiesta del proprio collaboratore sarà la maggiore difficoltà di dare la prova di cui è onerato (v. oltre).

L'avvicinamento dei regimi si apprezza, infatti, anche nel rovesciamento dell'onere della prova, essendo il datore o il committente, come accade nel caso del licenziamento ingiustificato *ex art. 5, l. 604/1966*, a dover provare che i motivi addotti a fondamento del licenziamento o degli altri provvedimenti equivalenti adottati a carico del lavoratore non siano riconducibili a quelli di cui al co. 1.

La norma, peraltro, non si applica solo al recesso (*ex art. 1373, co. 2 c.c. ss.*; eventualmente *ex art. 1725 c.c.*), ma anche a forme di estromissione più sottili, che è non è agevole osservare con le lenti delle categorie tradizionali. Il legislatore europeo forgia poi l'espressione, tutta da chiarire, «misure equivalenti al licenziamento» probabilmente al fine di sfuggire al problema dell'identificazione di un atto formale di recesso quale presupposto per la tutela; sembra, alla luce di tale formulazione ampia e di questa *ratio*, che si possano considerare anche comportamenti “escludenti” come la chiusura di un account con conseguente impossibilità di accedere a un indispensabile applicativo o la modifica di chiavi elettroniche d'accesso (cosiddette credenziali).

Potrebbe farsi rientrare in questa ipotesi anche la mancata *call* di un lavoratore coordinato “intermittente”. La chiamata (o, se si vuole, l'offerta di prestazione), anche se non dovuta, potrebbe essere considerata pur sempre oggetto di un'aspettativa suscettibile di tutela alla luce delle clausole di buona fede e correttezza (artt. 1175 e 1375 c.c.). Non chiamare mai un determinato lavoratore disponibile alla prestazione potrebbe anche corrispondere al modulo comportamentale dell'“abuso del diritto” – diritto di effettuare la chiamata formalmente nella disponibilità del committente – potenzialmente rilevante anche sotto l'ombrello dell'art. 14. Ciò, a condizione che la mancata *call* non sia normale esercizio dell'attività organizzativa, ma sia finalizzata a penalizzare il lavoratore che abbia esercitato uno dei diritti previsti dal d.lgs. n. 104 o dal d.lgs. n. 152 (quindi se abbia richiesto le informazioni dovute o abbia rifiutato la sottoscrizione di una clausola di esclusiva o, ancora, abbia rifiutato la prestazione richiesta, senza ragionevole preavviso e nell'ambito di un'organizzazione di lavoro imprevedibile ⁽⁷²⁾). Sussiste, del resto, uno strettissimo legame, ai sensi del co. 1 della

(72) Peraltro, nel caso del lavoro autonomo mediante piattaforme digitali, condotte dirette ad escludere il prestatore in occasione di un rifiuto della prestazione o a ridurre le sue occasioni di lavoro ricadono

norma in esame, tra l'esercizio di questi specifici diritti e la reazione del recesso o altra misura equivalente. L'esercizio di uno dei diritti in questione subentra nel fatto costitutivo del recesso illegittimo e la relativa questione deve, di conseguenza, essere introdotta in giudizio dal lavoratore che agisca ai sensi dell'art. 14 co. 1 e 3, d.lgs. n. 104/2022. L'inversione dell'onere della prova riguarda infatti il motivo addotto, ma presuppone la dimostrazione che vi sia stato il tentativo del lavoratore di esercitare il diritto negato.

Dacché la norma non esplicita le conseguenze della violazione del disposto in esame, si può ipotizzare, facendo ricorso dalle regole generali in materia di contratti e atti unilaterali, che il recesso in violazione di una norma inderogabile di legge sia nullo *ex art.* 1418, co. 1, c.c. ⁽⁷³⁾.

Tuttavia, la nullità del recesso del committente potrebbe comportare solamente gli effetti risarcitori ordinari, giammai il ripristino del rapporto ⁽⁷⁴⁾. Cosicché un collaboratore a termine che subisce un recesso nullo ai sensi della norma in esame – celato dietro un recesso per giusta causa o dietro un recesso libero se le parti abbiano concordato tale possibilità – avrà diritto al risarcimento del danno commisurato al compenso dovuto fino alla cessazione del rapporto; mentre il collaboratore a tempo indeterminato, fermi gli effetti del recesso e della risoluzione nei contratti ad esecuzione continuata o periodica (art. 1373, co. 2, c.c.; e art. 1458 c.c.) potrà domandare il risarcimento del danno liquidabile, verosimilmente, solo in via equitativa (art. 1226 c.c.). L'ineffettività della misura è, in entrambe le ipotesi, lampante.

Del resto, alla violazione del d.lgs. n. 152/1997, rilevata anche in seguito alla denuncia del lavoratore, consegue l'applicazione di una sanzione amministrativa (art. 19, co. 2,

pure nell'art. 47-*quinquies* del d.lgs. n. 81/2015 e, qualora ne ricorrano le condizioni, potrebbero configurare abuso di dipendenza economica ai sensi dell'art. 9 della l. n. 192/1998, applicabile al lavoro autonomo in forza dell'art. 3, comma 4, della l. n. 81/2017.

⁽⁷³⁾ Non si tratterebbe comunque di licenziamento "espressamente" nullo qualificazione questa che potrebbe rilevare ai fini dell'art. 2, comma 1, del d.lgs. n. 23/2015, ma è del tutto indifferente nel nostro caso del lavoro coordinato. Non è escluso che questo recesso, quando costituisca manifestazione di una rappresaglia del committente contro l'esercizio di un diritto, possa essere qualificato come sottotipo del licenziamento "ritorsivo" o meglio intimato per motivo illecito determinante se ricorrano le condizioni dell'art. 1345 c.c. (cfr. art. 1418, secondo comma, c.c.). In caso di licenziamento del lavoratore subordinato, da queste differenti qualificazioni possono derivare differenti reazioni dell'ordinamento, a seconda di come si interpreti l'avverbio "espressamente" presente all'art. 2, comma 1, d.lgs. n. 23/2015 e relativamente a quel campo di applicazione. Ma si tratta, in ogni caso, di ipotesi che convergono, in via tendenziale e salvo voler valorizzare l'avverbio "espressamente", verso la reintegrazione di diritto speciale (art. 18, primo comma, l. n. 300/1970, o art. 2, d.lgs. n. 23/2015). Di contro, anche non sono previste conseguenze diverse derivanti dalla violazione nel campo di applicazione della collaborazione coordinata.

⁽⁷⁴⁾ Cfr. App. Perugia 20 settembre 2019, n. 174, secondo la quale «il ripristino coattivo di una relazione lavorativa costituisce un'eccezione non estensibile al di fuori dei casi tassativamente previsti dalla legge. Se ciò è vero, vertendosi in tema di rapporto di lavoro autonomo, il vaglio di una domanda di risarcimento di danno cagionati da un recesso unilaterale va affrontato, in mancanza di disposizioni speciali, in base alle norme dettate al riguardo dal codice civile. In sostanza, la reintegrazione nel posto di lavoro è una tutela in forma specifica che l'ordinamento non riconosce mai ai lavoratori autonomi, ma solamente ai lavoratori subordinati e limitatamente ai casi tassativamente previsti dalla legge (cfr. per tutti artt. 3, l. n. 108/1990, e 18 Stat. lav.). L'assunto è pacifico e discende d'altronde, prima ancora che dal dato normativo, dalla natura stessa degli istituti, essendo inimmaginabile, se non ossimorico, che un rapporto fondato sull'autonomia e quindi sulla libertà di recesso, possa tollerare l'ordine autoritativo di prosecuzione che è prerogativa eccezionale tipica di alcuni casi del lavoro dipendente».

d.lgs. n. 276/2003), la cui efficacia deterrente è, in questo caso, sicuramente maggiore rispetto a quella che deriva dalle più blande conseguenze civilistiche. Alla sanzione amministrativa per violazione delle norme del d.lgs. n. 152 cit. si aggiunge anche la diversa sanzione (art. 41, co. 2, d.lgs. n. 198/2006), applicabile, salvo che il fatto non costituisca reato, quando, ai sensi dell'art. 13, d.lgs. n. 104/2022, il committente adotti «comportamenti di carattere ritorsivo o che, comunque, determinano effetti sfavorevoli nei confronti dei lavoratori o dei loro rappresentanti che abbiano presentato un reclamo al datore di lavoro o che abbiano promosso un procedimento, anche non giudiziario al fine di garantire il rispetto dei diritti di cui al presente decreto e di cui al decreto legislativo 26 maggio 1997, n. 152». Si tratta di una disposizione di chiusura che consentirà di sanzionare ogni “reazione” illecita volta a colpire l'esercizio, nelle sedi consone, dei diritti contemplati da questi nuovi sistemi di tutela del lavoro coordinato.

Si potrebbe porre, infine, il problema dell'applicabilità del termine di decadenza, che generalmente consegue al recesso del committente dai rapporti di collaborazione coordinata ex art. 32, co. 3, lett. *b*, l. 183/2010 ⁽⁷⁵⁾, a fronte di un recesso *invalido* del committente, come quello in violazione dell'art. 14, d.lgs. n. 104/2022. Ebbene, nel rispetto del carattere eccezionale dell'istituto e interpretando con rigore il disposto, si potrebbe sostenere che, mentre l'impugnazione del licenziamento intimato dal datore di lavoro è dovuta «anche in tutti i casi di invalidità» ai sensi dell'art. 32, co. 2, della stessa l. n. 183/2010, il recesso nullo del committente non sembrerebbe essere gravato dal termine, in quanto il co. 3 dell'art. 32 dispone l'applicazione dell'art. 6, l. n. 604/1966, non anche delle altre norme sulla decadenza. Tuttavia, una volta estrapolati i termini decadenziali, per effetto del “collegato lavoro” (l. n. 183/2010), dal proprio contesto originario – e quindi al netto del pregresso dibattito sull'estensione dell'art. 6 ai licenziamenti nulli nel contesto regolativo del licenziamento individuale (l. n. 604/1966), dibattito che avrebbe indotto il legislatore a specificare l'applicabilità del termine in caso di invalidità – non si dovrebbe dubitare che l'espressione «recesso del committente», senza ulteriori specificazioni, includa pure l'ipotesi in cui l'atto sia nullo per violazione dell'art. 14 in esame.

Per quanto riguarda gli altri «trattamenti pregiudizievoli» vietati dall'art. 14, sempre limitatamente al caso del lavoro coordinato, si potrebbe rimarcare il collegamento con l'art. 3, co. 1, l. n. 81/2017, che vieta, oltre al recesso senza preavviso, la modifica unilaterale delle condizioni contrattuali o il pagamento ritardato dei compensi (e cfr. anche art. 2 della l. n. 81 citata, che dispone un rinvio al d.lgs. n. 231/2002 ⁽⁷⁶⁾). Si ragioni ancora sulle diverse possibili ipotesi di abuso della dipendenza economica (art. 3 co. 4, l. n. 81/2017, che rinvia all'art. 9, l. n. 192/1998) ⁽⁷⁷⁾. Questa indicazione flessibile comprende una vasta gamma di reazioni illecite: si pensi all'operatore di call center in modalità *outbound* ostacolato nella prenotazione della postazione o al consulente al quale non si concedano più, come previsto dal contratto o dall'uso, strumenti di lavoro essenziali o alla negazione dei rimborsi spese.

⁽⁷⁵⁾ F.M. PUTATURO DONATI, *Decadenza e posizione del lavoratore*, ESI, 2018, p. 238 ss.

⁽⁷⁶⁾ Cfr. D. GAROFALO, *La tutela del credito del lavoratore autonomo*, in *LDE*, 2021, n. 3, p. 1 ss.

⁽⁷⁷⁾ Si tratta di una disposizione applicata in casi assai limitati e, a quanto consta, in un solo caso con riferimento al lavoro autonomo: cfr. App. Bologna 15 dicembre 2020, con nota di M. BIASI, *Il corto raggio delle tutele “civilistiche” nel lavoro autonomo non imprenditoriale*, in *DRI*, 2021, n. 2, p. 503 ss.

Le misure per il pubblico impiego non contrattualizzato (art. 6; art. 15, d.lgs. n. 104/2022)

di Giovanna Pistore

Abstract – Il contributo analizza l’assetto delineato dal d.lgs. n. 104/2022 per quanto concerne il pubblico impiego non contrattualizzato. Dapprima viene indagata la latitudine dei diritti di informazione attribuiti ai lavoratori, alla luce della clausola di compatibilità contenuta nell’art. 6, d.lgs. n. 104/2022. Quindi, vengono ricostruite le misure di tutela, considerando il rinvio alle disposizioni dei singoli ordinamenti di settore operato dall’art. 15, d.lgs. n. 104/2022.

Abstract – The essay analyzes the framework outlined by legislative-decree no. 104/2022 as regards “not-contracted” civil servants. First, the latitude of the information rights attributed to workers is investigated, in the light of the compatibility clause settled by art. 6, legislative-decree no. 104/2022. Then, the protective measures are reconstructed, considering the reference to specific sector regulations made by art. 15, legislative-decree no. 104/2022.

Sommario: 1. Premessa. – 2. I diritti soggettivi di informazione azionabili dal lavoratore: la clausola di compatibilità *ex* art. 6, d.lgs. n. 104/2022. – 3. L’apparato protettivo alla luce del rapporto pubblicistico tra amministrazione e dipendente. – 4. Ulteriori profili processuali: il riparto degli oneri probatori. – 5. *Segue.* Il risarcimento del danno. – 6. Il comportamento pregiudizievole dell’amministrazione nei confronti dei rappresentanti dei lavoratori. – 7. *Segue.* Il personale militare. – 8. La tutela degli obblighi previsti dall’art. 1-*bis*, d.lgs. n. 152/1997 e il principio amministrativo di legalità algoritmica. – 9. Brevi notazioni finali.

1. Premessa

Nel disciplinare i diritti del personale in regime di diritto pubblico stabiliti dalla direttiva (UE) 2019/1152, il legislatore interno assume una posizione composita in cui al riconoscimento di alcune prerogative fa da contraltare la volontà di preservare i caratteri distintivi che hanno precluso, per questa categoria di lavoratori, il processo di contrattualizzazione realizzato dal TU del Pubblico Impiego ⁽¹⁾.

⁽¹⁾ Le categorie coinvolte sono: magistrati ordinari, amministrativi e contabili; avvocati e procuratori dello Stato; personale militare e delle Forze di Polizia di Stato; personale della carriera dirigenziale penitenziaria; personale della carriera diplomatica e della carriera prefettizia; dipendenti della Banca d’Italia; dipendenti della Consob; personale del Corpo nazionale dei vigili del fuoco, anche di livello dirigenziale, con esclusione del personale volontario di cui al d.P.R. n. 362/2000 e del personale volontario di leva; dipendenti dell’Autorità garante della concorrenza e del mercato; dipendenti dell’Autorità per la regolazione dei servizi di pubblica utilità; dipendenti dell’Autorità garante delle

Le norme rilevanti del d.lgs. 27 giugno 2022, n. 104, sono tre, brevi ma significative. Innanzitutto, l'art. 6 del d.lgs. n. 104/2022 estende l'applicazione del capo II, inerente agli obblighi informativi del datore di lavoro, anche a questi lavoratori, compatibilmente con le disposizioni dei rispettivi ordinamenti settoriali. La norma va letta congiuntamente all'art. 1, co. 4, lett. *f* e all'art. 15 del d.lgs. n. 104/2022.

L'art. 1, co. 4, lett. *f*, d.lgs. n. 104/2022, esclude dall'applicazione del capo III i rapporti di lavoro in regime di diritto pubblico. Di conseguenza, sono inoperanti le disposizioni che recano le Prescrizioni minime relative alle condizioni di lavoro. Invece l'art. 15 del d.lgs. n. 104/2022 dispone che per i rapporti di lavoro di cui all'art. 3 del d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165, trovano applicazione, relativamente alle misure di tutela del capo IV, le disposizioni dei rispettivi ordinamenti di settore ⁽²⁾.

Quindi, da un lato il d.lgs. n. 104/2022 apre al riconoscimento di diritti di informazione immediatamente azionabili dai dipendenti, secondo una prospettiva nuova e potenzialmente dirimpante. È noto come, nell'ambito dei rapporti in questione, la considerazione del lavoratore quale soggetto di diritti tenda a sbiadire, a fronte di una pregnante dimensione pubblicistica. Di fondo però, nella trama del decreto, questa dimensione permane e viene tradotta sia nell'inoperatività delle prescrizioni stabilite al capo III, sia nella conformazione di rimedi alternativi a quelli del capo IV. Difatti, l'apparato di tutela predisposto seguita ad essere slegato dal corpus normativo principale e generale e ricondotto ai singoli ordinamenti di settore, in omaggio a quel principio di specificità già affermato dall'art. 3, d.lgs. n. 165/2001 ed esplicitamente declinato quanto meno per le Forze armate, le Forze di polizia e il Corpo nazionale dei vigili del fuoco dall'art. 19, l. n. 183/2010 ⁽³⁾.

In questo contributo si cercherà allora di analizzare quali siano, in concreto, i diritti di informazione attribuiti ai lavoratori e le relative misure di tutela, raffrontandole per quanto possibile con le garanzie predisposte dal d.lgs. n. 104/2022 a favore dei lavoratori, anche pubblici, soggetti al regime privatistico.

2. I diritti soggettivi di informazione azionabili dal lavoratore: la clausola di compatibilità ex art. 6, d.lgs. n. 104/2022

Si è visto in premessa che, con statuizione sintetica, l'art. 6 del d.lgs. n. 104/2022 stabilisce che le previsioni del capo II, relative alle informazioni sul rapporto di lavoro,

comunicazioni; professori universitari e ricercatori; dipendenti della Camera dei Deputati e del Senato; dipendenti della Corte costituzionale.

⁽²⁾ Per quanto riguarda l'analisi sistemica sul pubblico impiego non contrattualizzato, si rinvia al trattato curato da F. CARINCI, V. TENORE, *Il pubblico impiego non privatizzato*, Giuffrè, 2007-2010. Cfr. anche V. TENORE, *Atti gestionali del personale pubblico non privatizzato: applicabilità (in parte) del d. lgs. n. 165/2001 e conseguente passaggio di competenze dal Ministro alla Dirigenza*, in *LPA*, 2021, n. 1, p. 55 ss.; A. POZZI, *Il contenzioso lavoristico delle carriere non privatizzate innanzi al giudice amministrativo: principio di specialità, discrezionalità tecnica, risarcimento del danno, pregiudizialità amministrativa, colpa dell'amministrazione*, ivi, 2007, n. 6, p. 1031. Relativamente ai singoli ordinamenti, si veda E. CASTORINA, *Lo status dei docenti universitari*, in *Rivista AIC*, 2021, n. 6, p. 73 ss.; R. GIOVANELLI, *Il ricorso gerarchico in materia di sanzioni disciplinari militari "condiziona" la giurisdizione*, in *Il Diritto Amministrativo*, 2022, n. 12.

⁽³⁾ Su cui cfr. V. LAMONACA, *La «specificità» delle Forze armate, delle Forze di polizia e del Corpo nazionale dei vigili del fuoco*, in M. MISCIONE, D. GAROFALO (a cura di), *Il Collegato Lavoro 2010*, Ipsoa, 2011, p. 749 ss.

si applichino al personale in regime di diritto pubblico «compatibilmente con le disposizioni dei rispettivi ordinamenti di settore». La norma attribuisce ai lavoratori dei diritti soggettivi perfetti, seppur mediati dalla clausola di compatibilità.

Per disegnare il perimetro di questi diritti occorre dunque esaminare come debba essere intesa detta clausola di compatibilità. Le connotazioni possibili sono due.

La prima, più immediata e agevole, è che gli obblighi di informazione siano inoperanti qualora riguardino istituti non applicabili al personale non contrattualizzato. Su questo versante depone il raffronto con le modifiche apportate dall'art. 4, d.lgs. n. 104/2022, all'art. 1 del d.lgs. n. 152/1997, il cui novellato co. 5, per le collaborazioni, recita che agli obblighi informativi ivi previsti sia tenuto anche il committente «nei limiti della compatibilità». Quindi l'amministrazione, per forza di cose, è esclusa dall'applicazione dell'art. 5, d.lgs. n. 104/2022, circa gli obblighi informativi previsti per il libretto famiglia, per il contratto di lavoro intermittente, per la somministrazione e per il lavoro autonomo mediante piattaforme digitali.

V'è però un'altra accezione della compatibilità, che conduce l'interprete attraverso un sentiero più arduo. La domanda che sorge, in particolare, è se il canone di compatibilità rechi con sé, quale referente, gli interessi pubblici connessi alla peculiare connotazione del rapporto, i quali costituirebbero dei limiti di ordine contenutistico tali da paralizzare, eventualmente, gli stessi obblighi informativi. Ne discende che il legislatore riconoscerebbe i diritti soggettivi di informazione anche al personale non contrattualizzato, ma solo se ciò non è precluso dagli scopi pubblicistici dell'amministrazione, secondo l'attitudine costante che, nella giurisprudenza relativa a queste categorie di dipendenti, ha segnato il riconoscimento e la delimitazione dei diritti lavoristici. Di fronte alla trasposizione di una direttiva comunitaria, l'esegesi deve seguire le coordinate ricostruttive proprie dell'ordinamento multilivello, e segnatamente il principio dell'interpretazione conforme, come formulato dalla Corte di giustizia. Tale principio postula che, nell'applicare le disposizioni di una normativa appositamente adottata al fine di attuare quanto prescritto da una direttiva, il giudice nazionale e l'amministrazione devono interpretare il diritto interno «per quanto possibile alla luce del testo e dello scopo della direttiva onde conseguire il risultato perseguito da quest'ultima e conformarsi pertanto all'art. 249, terzo comma, Tr. CE» ⁽⁴⁾. Ciò esige che il diritto nazionale venga preso in considerazione «per valutare in quale misura possa essere applicato in modo tale da non addivenire ad un risultato contrario a quello cui mira la direttiva» ⁽⁵⁾, partendo dalla presunzione che in sede di recepimento il legislatore non abbia inteso violare le norme comunitarie, ma conformarvisi in toto ⁽⁶⁾. Astrattamente, l'obbligo di interpretazione conforme incontra un limite quando la norma interna appaia assolutamente incompatibile con il diritto dell'Unione, il qual caso consentirebbe al privato di chiedere unicamente il risarcimento dei danni nei confronti dello Stato inadempiente. Tuttavia, nonostante le affermazioni di principio, pure in

⁽⁴⁾ C. giust. 15 aprile 2008, causa C-268/06, *Impact*, e la giurisprudenza ivi citata.

⁽⁵⁾ C. giust. 5 ottobre 2004, cause riunite da C-397-01 a C-403-01, *Pfeiffer*.

⁽⁶⁾ M. RUVOLO, *Interpretazione conforme e situazioni giuridiche soggettive*, in *Europa e Diritto Privato*, 2006, n. 4, p. 1407 ss. Si veda anche R. CONTI, *Il principio di effettività della tutela giurisdizionale ed il ruolo del giudice: l'interpretazione conforme*, in *PD*, 2007, n. 3, p. 377 ss.; G.L. GARDINI, *Rinvio pregiudiziale, disapplicazione, interpretazione conforme: i deboli anticorpi europei e la 'forza sovrana' dell'atto amministrativo inoppugnabile*, in *Diritto Amministrativo*, 2014, n. 22, p. 217 ss.

tali ipotesi la Corte di giustizia ha esteso la nozione di interpretazione conforme fino a ricomprendervi la disapplicazione della disposizione nazionale contrastante col diritto comunitario, considerando «come interpretazione conforme anche ciò che interpretazione non è» (7).

Ora, scorrendo la direttiva 2019/1152, pare che il legislatore comunitario abbia differenziato il regime inerente agli obblighi di informazione rispetto a quello del relativo apparato di tutela.

Al riguardo, il considerando 9 afferma che «gli Stati membri dovrebbero poter garantire, se giustificato da motivi oggettivi, che talune disposizioni della (...) direttiva non si applichino a determinate categorie di funzionari pubblici – servizi pubblici di emergenza, forze armate, autorità di polizia, magistrati, pubblici ministeri, investigatori o altri servizi preposti all'applicazione della legge – data la specifica natura dei compiti che sono chiamati a svolgere o le loro condizioni di lavoro». Questa premessa generale, però, si traduce nella più limitata norma precettiva del successivo art. 1, § 6, il quale legittima gli Stati membri a «prevedere, sulla base di motivi oggettivi, che le disposizioni di cui al capo III non si applichino a funzionari pubblici, servizi pubblici di emergenza, forze armate, autorità di polizia, magistrati, pubblici ministeri, investigatori o altri servizi preposti all'applicazione della legge». Pertanto, il diritto interno può stabilire delle eccezioni alle norme previste dal capo III della direttiva, cioè alle Prescrizioni minime alle condizioni di lavoro. Il chiaro dato testuale, invece, non consente alcuna limitazione per quanto concerne l'applicabilità del capo II, relativo alle Informazioni sul rapporto di lavoro.

In tale ottica, risulta difficile intendere la collocazione dell'art. 5, co. 1, lett. c, d.lgs. n. 152/1997, che esclude dagli obblighi informativi per le prestazioni di lavoro all'estero il personale assegnato per i posti in funzione delle rappresentanze diplomatiche ed uffici dipendenti all'estero. La disposizione, non modificata dal d.lgs. n. 104/2022, non appare facoltizzata né dalla direttiva 2019/1152, né dalla previa direttiva 91/533/CE – ora abrogata –, di cui il d.lgs. n. 152/1997 costituiva originariamente la trasposizione. Ciò porta ad alcuni, scomodi dubbi in ordine ad una sua possibile disapplicazione.

Ulteriori problemi applicativi derivano, inoltre, dalla previsione *ex* art. 5, ultimo co., d.lgs. n. 104/2022. La disposizione interviene sull'art. 4-*bis* del d.lgs. 21 aprile 2000, n. 181, relativo alle Modalità di assunzione e adempimenti successivi, modificandone il co. 2. Si stabilisce che «all'atto dell'instaurazione del rapporto di lavoro, prima dell'inizio dell'attività lavorativa, i datori di lavoro pubblici e privati sono tenuti a fornire al lavoratore le informazioni sul rapporto di lavoro, secondo le modalità e i tempi di cui agli articoli 1 e 1-bis del decreto legislativo 26 maggio 1997, n. 152», ma da tale obbligo viene escluso «il personale di cui all'articolo 3 del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165».

Perseguendo l'interpretazione conforme alla direttiva, deve intendersi che l'esclusione in parola sia circoscritta unicamente alla dimensione temporale della comunicazione, a cui fa riferimento l'art. 4-*bis*, co. 2, d.lgs. n. 181/2000. Di conseguenza, l'amministrazione non dovrà assolvere agli obblighi informativi «all'atto dell'instaurazione del rapporto, prima dell'inizio dell'attività lavorativa». Nondimeno, il datore di lavoro pubblico non è esente da alcun obbligo, perché in assenza di una specifica disciplina

(7) M. RUVOLO, *Interpretazione*, cit.

di dettaglio deve farsi riferimento all'art. 5, § 1, della direttiva 2019/1152, trasposto nella norma di chiusura *ex art.* 1, co. 3, d.lgs. n. 152/1997. Pertanto, le informazioni di cui all'art. 1, co. 1, d.lgs. n. 152/1997 sono in ogni caso fornite per iscritto al lavoratore entro i sette giorni successivi all'inizio della prestazione lavorativa. Le informazioni previste dall'art. 1, co. 1, d.lgs. n. 152/1997, lettere *i, l, m, q* e *r* possono essere fornite al lavoratore entro un mese dall'inizio della prestazione lavorativa ⁽⁸⁾. Resta fermo inoltre l'obbligo, previsto dall'art. 1-*bis*, co. 5, d.lgs. n. 152/1997 relativamente all'utilizzo di sistemi decisionali o di monitoraggio automatizzati, di informare i lavoratori per iscritto, almeno ventiquattro ore prima, di ogni modifica incidente sulle relative informazioni che comportino variazioni delle condizioni di svolgimento del lavoro.

Stabiliti questi punti fermi, potrebbe però prospettarsi una tesi alternativa, ritenendo che comunque il considerando 9 della direttiva (UE) 2019/1152 acconsenta, per il personale in regime di diritto pubblico, a possibili deroghe in ordine sia al capo II che al capo III della direttiva. È opportuno premettere che una simile impostazione sembrerebbe preclusa alla luce dell'altro criterio di interpretazione delle norme comunitarie, cioè quello dell'“effetto utile”, per cui le disposizioni dell'Unione dovrebbero essere interpretate riconoscendo loro la maggiore effettività possibile ⁽⁹⁾. Proviamo però a percorrere ugualmente questa strada, per capire se, così obiettando, potrebbero riemergere delle legittime limitazioni all'esercizio dei diritti di informazione per i dipendenti pubblici non contrattualizzati.

Sul punto soccorrono i principi delineati dalla Corte di giustizia, chiamata a pronunciarsi sulla latitudine dell'art. 2, § 2, della direttiva 89/391/CEE la quale, con clausola analoga a quella del considerando 9, prevedeva che la direttiva non fosse applicabile «quando particolarità inerenti ad alcune attività specifiche nel pubblico impiego, per esempio nelle forze armate o nella polizia, o ad alcune attività specifiche nei servizi di protezione civile vi si oppongono in modo imperativo». La disposizione è stata interpretata ritenendo che l'esclusione ivi contemplata non si fondasse «sull'appartenenza dei lavoratori a uno dei settori del pubblico impiego previsti da tale disposizione, considerato nel suo insieme, ma esclusivamente sulla natura specifica di taluni compiti particolari svolti dai lavoratori dei settori presi in considerazione da tale disposizione, natura che giustifica una deroga [...] a motivo della necessità assoluta di garantire un'efficace tutela della collettività» ⁽¹⁰⁾. Quindi, non è legittimo un qualsiasi vincolo derivante aprioristicamente dalla peculiare natura del rapporto di lavoro.

⁽⁸⁾ Cioè: i) il diritto a ricevere la formazione erogata dal datore di lavoro, se prevista; l) la durata del congedo per ferie, nonché degli altri congedi retribuiti cui ha diritto il lavoratore o, se ciò non può essere indicato all'atto dell'informazione, le modalità di determinazione e di fruizione degli stessi; m) la procedura, la forma e i termini del preavviso in caso di recesso del datore di lavoro o del lavoratore; q) il contratto collettivo, anche aziendale, applicato al rapporto di lavoro, con l'indicazione delle parti che lo hanno sottoscritto; r) gli enti e gli istituti che ricevono i contributi previdenziali e assicurativi dovuti dal datore di lavoro e qualunque forma di protezione in materia di sicurezza sociale fornita dal datore di lavoro stesso.

⁽⁹⁾ I. INGRAVALLO, *L'effetto utile nell'interpretazione del diritto dell'Unione Europea*, Cacucci, 2017, in particolare p. 74 ss.

⁽¹⁰⁾ C. giust. 15 luglio 2021, causa C-742/19, *B.K. c. Republika Slovenija*, riguardo all'attività dei militari; si veda anche C. giust. 16 luglio 2020, causa C-658/18, *U.X. c. Governo della Repubblica Italiana*.

La posizione del giudice comunitario risulta già di per sé risolutiva, ma analoghi principi possono inferirsi anche sul fronte interno.

La Corte costituzionale, in tema di libertà sindacale del personale militare (C. cost. n. 120/2018 ⁽¹¹⁾, su cui più diffusamente v. *infra*, § 7), ha esplicitato che la previsione di condizioni e limiti all'esercizio dei diritti fondamentali dei lavoratori è un compito rimesso al legislatore. Nella decisione però, data la sussistenza di un vuoto normativo, è poi la stessa Corte che individua specifici vincoli derivanti dalle disposizioni già presenti nell'ordinamento. Ma se il Giudice delle leggi ben può svolgere questa operazione discrezionale, sorgono alcuni dubbi sulla possibilità che un'analoga facoltà possa essere rimessa alle parti nel rapporto obbligatorio.

Ammettendo però che ciò sia permesso, ai fini che ci interessano è importante individuare la ratio dei vincoli consentiti. E tale *ratio* viene delineata in modo chiaro dalla stessa Consulta la quale, richiamando i propri precedenti, ribadisce che le possibili esclusioni devono essere motivate dal solo fine di garantire il regolare assolvimento dei compiti propri del personale in regime di diritto pubblico, in quanto strettamente collegati alla tutela di beni dei cittadini aventi rilevanza costituzionale. La logica sottesa è la medesima della l. n. 146/1990, sullo sciopero nei servizi pubblici essenziali: è consentito limitare l'esercizio dei diritti dei lavoratori nella misura in cui esso possa incidere sul godimento, da parte dei cittadini, dei diritti della persona costituzionalmente tutelati. Questo aspetto emerge anche nella giurisprudenza del Consiglio di Stato: «l'osmosi con gli istituti dettati per gli impieghi civili alle dipendenze delle Pubbliche Amministrazioni è mediata, filtrata e conformata da un principio generale di preservazione delle specificità settoriali [...], traggiate non come valore finale in sé, bensì come ineludibile esigenza strumentale, necessaria per consentire l'ottimale perseguimento delle peculiari e delicate funzioni loro proprie» ⁽¹²⁾.

Guardando alle prerogative stabilite dal capo II del d.lgs. n. 104/2022, non si intende come l'esercizio, da parte dei lavoratori, di tali diritti possa in alcun modo incidere sul regolare svolgimento dei servizi pubblici a cui sono chiamati. Di conseguenza non è possibile intendere la clausola di compatibilità nel senso di facultizzare l'amministrazione ad opporre specifiche esigenze di ordine pubblicistico, che paralizzino o comunque limitino il pieno assolvimento dei propri obblighi informativi.

Semmai, la difficoltà in cui incorre il datore di lavoro pubblico è quella di esplicitare i limiti a cui sono soggette le fattispecie oggetto di informazione, proprio in virtù dei peculiari compiti a cui è chiamato il personale non contrattualizzato ⁽¹³⁾. Ma tale aspetto non inficia gli obblighi di informazione previsti dalla direttiva, e soprattutto la stretta correlazione tra trasparenza delle condizioni lavorative ed esercizio effettivo dei diritti sottesi. In questo il legislatore, costringendo l'amministrazione a rendere intellegibile la disciplina del rapporto di lavoro non contrattualizzato, segna una prima

⁽¹¹⁾ Per un commento alla decisione, L. IMBERTI, *La delicata funzione di supplenza della Magistratura in attesa della legge sulla libertà sindacale del personale militare*, in *LDE*, 2021, n. 3.

⁽¹²⁾ C. Stato 21 dicembre 2020, n. 8180.

⁽¹³⁾ Questione che, infatti, emerge reiteratamente nell'esercizio dei diritti da parte del personale in regime di diritto pubblico. Ad esempio, più volte il CSM si è pronunciato sull'applicabilità ai magistrati di alcune disposizioni lavoristiche: si veda sul punto L. TOMASI, *Destreggiarsi tra carichi di lavoro esigibili, carichi effettivi e compiti di cura. Quali tutele in caso di effettiva discriminazione*, relazione tenuta al corso della Scuola Superiore della Magistratura *Le pari opportunità nella realtà lavorativa giudiziaria contemporanea in una prospettiva europea*, Milano, 23 ottobre 2017.

breccia nel muro della rigida autoritatività ove normalmente, nell'esercizio dei poteri datoriali, l'interesse pubblico viene utilizzato apoditticamente per comprimere l'esercizio dei diritti dei lavoratori.

3. L'apparato protettivo alla luce del rapporto pubblicistico tra amministrazione e dipendente

Passando al vaglio delle misure di tutela, è bene premettere come la direttiva UE n. 2019/1152 indichi una via univoca per tutte le categorie di lavoratori.

Viene ribadito, infatti, che «è necessaria un'adeguata protezione giudiziaria e amministrativa contro un trattamento sfavorevole in risposta a un tentativo di esercitare i diritti sanciti dalla [...] direttiva, a un reclamo verso il datore di lavoro o a un procedimento giudiziario o amministrativo inteso a garantire il rispetto della [...] direttiva» (considerando 42), vincolando gli Stati membri a «prevedere sanzioni effettive, proporzionate e dissuasive [...]» (considerando 45). Indi, vengono delineate le coordinate a cui le norme interne attuative devono attenersi per quanto concerne le presunzioni giuridiche e la previsione di un meccanismo di risoluzione rapida delle controversie (art. 15); il diritto di ricorso in caso di violazione dei diritti stabiliti dalla direttiva (art. 16); la protezione da trattamenti o conseguenze sfavorevoli (art. 17); la protezione contro il licenziamento e il relativo regime probatorio (art. 18) e la previsione di sanzioni (art. 19).

Le basi plasmate dalla disciplina comunitaria vengono tuttavia sviluppate dal legislatore interno seguendo una duplice via che scinde la posizione della generalità dei lavoratori, regolata al capo IV del d.lgs. n. 104/2022 seguendo pedissequamente le statuizioni della direttiva, da quella del personale in regime di diritto pubblico, rimessa ai singoli ordinamenti di settore.

Entrando però nel merito, già a prima vista emerge come gli statuti settoriali non contemplino specifiche disposizioni che risultino equipollenti rispetto all'apparato sanzionatorio di cui al capo IV del d.lgs. n. 104/2022 e alla direttiva. D'altro canto, altrimenti non potrebbe essere, data l'elaborazione degli ordinamenti settoriali in un contesto e con una funzione diversi rispetto a quelli preconizzati dalla disciplina comunitaria. L'individuazione di un regime protettivo transita dunque attraverso le maglie del rapporto pubblicistico tra lavoratore e amministrazione.

Quanto alle concrete fattispecie tutelabili, i casi che possono darsi sono due. Il primo è la violazione dei diritti soggettivi e in particolare, nell'ipotesi che ci occupa, quelli di informazione previsti dal capo II del d.lgs. n. 104/2022, considerati per se stessi. Il secondo, invece, è la valutazione dei rimedi azionabili a fronte di atti datoriali conseguenti all'esercizio dei diritti previsti dai d.lgs. n. 104/2022 e n. 152/1997.

Prima di addentrarci nella disamina delle singole variabili menzionate, risulta opportuno svolgere una premessa inerente al riparto della giurisdizione in *subiecta* materia.

È noto che, in linea di principio, le controversie in materia di pubblico impiego non contrattualizzato appartengono alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo. Ciò in virtù dell'art. 63, co. 4, d.lgs. n. 165/2001, per cui «restano devolute alla giurisdizione del giudice amministrativo [...], in sede di giurisdizione esclusiva, le controversie relative ai rapporti di lavoro di cui all'articolo 3, ivi comprese quelle attinenti ai diritti patrimoniali connessi», e dell'art. 133, co. 1, lett. *i*, c.p.a., che devolve alla

giurisdizione esclusiva del g.a. «le controversie relative ai rapporti di lavoro del personale in regime di diritto pubblico».

Tuttavia, le pronunce sui confini della giurisdizione esclusiva ai sensi dell'art. 133 c.p.a. definiscono un quadro più articolato, benché non esente da profili problematici e zone d'ombra, che a rigore imporrebbe di valutare, caso per caso, la natura dell'*agere* amministrativo censurato.

Cercando di sintetizzarne le sfaccettature, la Corte costituzionale, vieppiù adita sul punto, ha affermato che per radicare la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo non basta che la controversia ricada nella materia prescelta dal legislatore, ma occorre altresì che l'amministrazione eserciti, ancorché in via indiretta o mediata, un potere pubblico ⁽¹⁴⁾. L'amministrazione quindi deve agire, in tali ambiti predefiniti, come autorità e cioè attraverso la spendita di poteri amministrativi, che possono essere sviluppati sia tramite atti unilaterali e autoritativi, sia attraverso moduli consensuali, sia mediante comportamenti, purché questi ultimi siano posti in essere nell'esercizio di un potere pubblico e non consistano, invece, in meri comportamenti materiali avulsi da tale esercizio ⁽¹⁵⁾.

Sulla stessa scia la Suprema Corte ⁽¹⁶⁾, che ha ricorrentemente negato la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo «quando la controversia su diritti non attiene a rapporti costituiti o modificati da provvedimenti amministrativi, ma ad una condotta della parte pubblica ad essi non immediatamente collegata» ⁽¹⁷⁾.

Quindi, rientrano nella giurisdizione esclusiva l'attività provvedimentale e i comportamenti giuridici. Ne sono esclusi, invece, i comportamenti materiali.

La dottrina ha poi modulato tale assunto, riconducendo alla giurisdizione esclusiva i «comportamenti realizzati nell'ambito di un rapporto complessivamente pubblico in quanto sorto con l'esercizio (o in ragione dell'esistenza) di un potere pubblico», ove la pubblica amministrazione agisce nella veste complessiva di autorità. Per tale via viene legittimata la devoluzione esclusiva al giudice amministrativo delle controversie relative al pubblico impiego, come confermato incontrovertibilmente dalla giurisprudenza, che assume come criterio di riparto la materia del «rapporto di lavoro» e dei «diritti patrimoniali» connessi in generale, senza interrogarsi sulla distinzione tra le situazioni giuridiche azionate ⁽¹⁸⁾ (diversa, invece, è la posizione per le controversie promosse dalle associazioni sindacali, anche se sulla base di un diverso sillogismo ricostruttivo: v. *infra*, § 6).

Forse però, nel prosieguo del ragionamento che ci occupa, vale la pena tenere presente anche l'orientamento formatosi sulle altre ipotesi *ex art.* 133, co. 1, c.p.a., per indagare se anche nel pubblico impiego non contrattualizzato la giurisdizione esclusiva – con

⁽¹⁴⁾ C. cost. 15 luglio 2016, n. 179; C. cost. 11 maggio 2006, n. 191, in *FI*, 2006, n. 6, c. 1625 ss. con nota di Travi e De Marzo; C. cost. 6 luglio 2004, n. 204.

⁽¹⁵⁾ C. cost. 5 febbraio 2010, n. 35.

⁽¹⁶⁾ Cass. ord. 21 settembre 2017, n. 22009; Cass., sez. un., 28 giugno 2013, n. 16304.

⁽¹⁷⁾ F. SCIARRETA, *Giurisdizione amministrativa "esclusiva" nella tutela dei diritti soggettivi nei confronti delle pubbliche amministrazioni*, in www.federalismi.it, 31 gennaio 2018; P.M. VIPIANA, voce *Giurisdizione amministrativa esclusiva*, in *DDPub*, 1991, vol. VII, p. 377 ss.

⁽¹⁸⁾ Cass., sez. un., 12 aprile 2022, n. 11772, relativa alla domanda di equo indennizzo proposta da un dipendente della Polizia di Stato; Cass. 24 marzo 2010, n. 6997. Per un commento adesivo alle pronunce, L. DI SALVATORE, *Sul riparto di giurisdizione nel pubblico impiego. A chi spetta decidere sulla domanda proposta da un dipendente della Polizia di Stato volta ad ottenere l'equo indennizzo?*, in *LPA*, 2022, n. 3, p. 551.

l'annesso regime di tutela – sia indefettibilmente l'unica via percorribile, oppure potrebbero prospettarsi, in determinati casi, altre strade quanto all'individuazione del plesso giurisdizionale e alla disciplina applicabile.

Relativamente ai rimedi esperibili qualora vengano violati i diritti soggettivi di informazione, deve ritenersi ravvisabile l'inadempimento di un'obbligazione fondata sul d.lgs. n. 104/2022, art. 4. A rigore, però, la “comunicazione” da parte dell'amministrazione non è qualificabile come provvedimento amministrativo, ma come atto paritetico, che non sottende l'esercizio di un potere autoritativo e non è in grado di degradare diritti. La giurisprudenza relativa al personale in regime pubblicistico ascrive gli atti paritetici alla giurisdizione esclusiva, precisando che essi riguardano una posizione di diritto soggettivo azionabile entro il relativo termine prescrizionale e non nel termine decadenziale generalmente previsto ⁽¹⁹⁾. Tuttavia, scorrendo le pronunce relative ad altre materie di giurisdizione esclusiva, gli esiti sono diversi: l'agire autoritativo è di competenza del giudice amministrativo, diversamente da quello paritetico, che deve essere devoluto al giudice ordinario ⁽²⁰⁾. Di conseguenza, pur prendendo atto delle incontrovertibili decisioni relative al pubblico impiego non contrattualizzato, sorgono alcuni dubbi in ordine alla possibile riconducibilità delle controversie ora esaminate alla giurisdizione ordinaria.

Venendo al secondo tema di indagine, nel multiforme atteggiarsi del reale gli atti datoriali conseguenti all'esercizio dei diritti previsti dai d.lgs. n. 104/2022 e n. 152/1997 possono assumere natura provvedimento o comportamentale.

Nel caso di provvedimento, indagando i possibili vizi dell'atto, può osservarsi che lo stesso si pone in contrasto con la disciplina imperativa stabilita dal d.lgs. n. 104/2022 e dal d.lgs. n. 152/1997. Ma se nel diritto civile tale contrasto costituirebbe un'ipotesi di c.d. nullità “virtuale” ⁽²¹⁾, nel diritto amministrativo un analogo percorso è precluso ⁽²²⁾.

Come chiarito più volte dalla granitica giurisprudenza amministrativa, «la categoria della nullità nel diritto amministrativo rappresent[a] una forma di invalidità eccezionale e tipica che, in omaggio ai principi di certezza dei rapporti giuridici e di stabilità degli assetti plasmati dagli atti amministrativi a tutela di interessi superindividuali, non opera in maniera "virtuale", cioè in assenza di una norma che la preveda testualmente [...]. In questo si coglie la prima profonda differenza rispetto alla disciplina civilistica del negozio giuridico, dove, invece, la nullità rappresenta la forma di invalidità "residuale", destinata ad operare, alla luce della generale previsione di cui all'art. 1418,

⁽¹⁹⁾ TAR Puglia 19 gennaio 2016, n. 149; TAR Sicilia 7 aprile 2016, n. 970, che rinvia a C. Stato 8 luglio 2009, n. 4368.

⁽²⁰⁾ *Ex multis*, TAR Sicilia 7 aprile 2022, n. 1211; TAR Campania 25 ottobre 2021, n. 6679.

⁽²¹⁾ Come, ad es., nel regime delineato dall'art. 14, comma 1, del d.lgs. n. 104/2022. Tale disposizione, infatti, nel prevedere che «sono vietati il licenziamento e i trattamenti pregiudizievoli del lavoratore conseguenti all'esercizio dei diritti previsti dal presente decreto e dal decreto legislativo 26 maggio 1997, n. 152», sembra configurare un'ipotesi di c.d. “nullità virtuale”.

⁽²²⁾ V. CERULLI IRELLI, *Invaldità ed inesistenza degli atti amministrativi e delle leggi (prime osservazioni)*, in DP, 2015, n. 1, p. 203 ss. Cfr. pure A. BARTOLINI, *La nullità del provvedimento nel rapporto amministrativo*, Giappichelli, 2002; M. D'ORSOGNA, *Il problema della nullità in diritto amministrativo*, Giuffrè, 2004; F. LUCIANI, *Contributo allo studio del provvedimento amministrativo nullo*, Giappichelli, 2010; F. VETRÒ, *L'azione di nullità dinanzi al giudice amministrativo*, ESI, 2012; M. TRIMARCHI, *La validità del provvedimento amministrativo*, ETS, 2013. Si vedano anche N. PAOLOANTONIO, voce *Nullità*, in *Enc. Dir. – Annali*, 2007, p. 855 ss.; P. LAZZARA, voce *Nullità (dir. amm.)*, in *Diritto On Line – Treccani*, 2013.

comma 1, c.c., in via “virtuale”, ogni qualvolta il contratto è contrario a norma imperativa, salvo che la legge disponga diversamente»⁽²³⁾.

La tassatività delle cause di nullità è enunciata dall’art. 21-*septies*, l. n. 241/1990, il quale sancisce la nullità del provvedimento amministrativo in specifiche ipotesi a cui si aggiungono gli «altri casi espressamente previsti dalla legge» (c.d. nullità testuali). La norma, dunque, «non contempla la nullità dell’atto amministrativo per contrasto con norme imperative; e ciò [...] costituisce una soluzione di compromesso in considerazione del fatto che le norme riguardanti l’azione amministrativa, avendo carattere pubblicistico, sono sempre imperative e la comminazione della nullità per la loro violazione risulterebbe particolarmente pericolosa rispetto alle esigenze di certezza e di stabilità dell’azione amministrativa». Con una conseguenza molto importante in punto di diritto: le violazioni di norme imperative «si convertono in cause di annullabilità del provvedimento, da farsi valere entro il breve termine di decadenza a tutela della stabilità del provvedimento amministrativo e di certezza dei rapporti giuridici»⁽²⁴⁾.

Segnatamente, le ipotesi riconducibili alla c.d. nullità virtuale sono state riportate al vizio di violazione di legge⁽²⁵⁾; dato però il carattere residuale della figura potrebbe prospettarsi, in presenza dei relativi presupposti, che l’atto sia viziato da eccesso di potere. In particolare, possono ricorrere due figure sintomatiche: lo sviamento di potere, dato dal perseguimento di un fine diverso da quello che fonda l’attribuzione del potere, e l’ingiustizia manifesta, per cui l’atto si pone in contrasto con i principi di imparzialità, difettando di causa⁽²⁶⁾. Ad ogni modo, il rimedio demolitorio rimane il medesimo, cioè l’annullabilità a mente dell’art. 21-*octies*, co. 1, l. n. 241/1990.

Per quanto concerne, invece, le fattispecie comportamentali, l’applicazione delle coordinate giurisprudenziali testé esposte conduce a sottoporle, *tout court*, alla giurisdizione esclusiva, con gli annessi riflessi processuali. Le ipotesi concrete che possono venire in rilievo sono le più disparate. Possono individuarsi sia condotte fondate sull’inadempimento di un’obbligazione (si pensi, anche se è un caso di scuola, al mancato pagamento della retribuzione), sia illeciti derivanti dalla violazione delle regole di correttezza e buona fede, di diritto privato, a cui si deve uniformare il comportamento dell’amministrazione. Tra questi ultimi casi, possono rilevare anche fattispecie latamente endoprocedimentali. In proposito un’evenienza particolare – individuata dalle SS.UU. in altra materia⁽²⁷⁾, ma prospettabile anche nella tematica che ci occupa – riguarda la lesione del legittimo affidamento generato, nel lavoratore, da un comportamento ondivago della pubblica amministrazione, segnato da reiterate richieste di

⁽²³⁾ C. Stato 3 marzo 2016, n. 882; C. Stato 13 giugno 2007, n. 3173; C. Stato 26 novembre 2008, n. 5845; C. Stato 16 febbraio 2012, n. 792; C. Stato 12 luglio 2013, n. 4364. In letteratura, M. TIBERII, *La nullità e l’illecito. Contributo di diritto amministrativo*, ESI, 2003, in particolare p. 43 ss.; P.M. VIPIANA, V. CINGANO, *L’atto amministrativo*, Cedam, 2012, p. 230.

⁽²⁴⁾ C. Stato 30 marzo 2018, n. 2028; C. Stato 23 agosto 2010, n. 5902; C. Stato 15 marzo 2010, n. 1498.

⁽²⁵⁾ C. Stato 30 marzo 2018, n. 2028.

⁽²⁶⁾ Per un’approfondita disamina sulla figura dell’eccesso di potere si rinvia a G. SIGISMONDI, *Eccesso di potere e clausole generali. Modelli di sindacato sul potere pubblico e sui poteri privati a confronto*, Jovene, 2012, e alla copiosa bibliografia ivi contenuta; per un raffronto tra il sindacato sull’esercizio dei poteri datoriali e di quelli amministrativi, G. SIGISMONDI, *La tutela nei confronti del potere pubblico e dei poteri privati: prospettive comuni e aspetti problematici*, in DP, 2003, n. 2, p. 475 ss. Cfr. P. GASPARRI, voce *Eccesso di potere*, in *Enc. Dir.*, 1965, vol. XIV, p. 124 ss.

⁽²⁷⁾ Cass., sez. un., 28 aprile 2020, n. 8236; C. Stato 4 maggio 2018, n. 5.

integrazione documentale e da un' indefinita procrastinazione nell'adozione del provvedimento amministrativo. E anche in questo frangente, si ripropone la dicotomia tra quanto statuito relativamente al pubblico impiego non contrattualizzato, ossia la cognizione del giudice amministrativo, rispetto alle decisioni rese in altre materie, ove si ritiene pacifica la giurisdizione del giudice ordinario.

4. Ulteriori profili processuali: il riparto degli oneri probatori

La collocazione nell'alveo del processo amministrativo si riflette, inoltre, sui profili probatori.

Il processo amministrativo è governato dal principio dispositivo dell'onere della prova ai sensi dell'art. 2697 c.c. e dell'art. 63 c.p.a., che pone in capo a chi agisce in giudizio l'onere di indicare e provare i fatti a fondamento della propria pretesa.

Tale canone viene però temperato ove ricorra una disuguaglianza di posizioni tra amministrazione e privato, che giustifica l'acquisizione *ex officio* di prove da parte del giudice. Si tratta del principio dispositivo con metodo acquisitivo, dapprima elaborato dalla giurisprudenza e successivamente cristallizzato dal legislatore in più norme del Codice del processo amministrativo. Specificamente, l'art. 64, co. 1, c.p.a., attribuisce alle parti «l'onere di fornire gli elementi di prova che siano nella loro disponibilità»; il giudice amministrativo può disporre, anche d'ufficio, l'acquisizione di informazioni e documenti «che siano nella disponibilità della pubblica amministrazione» (art. 64, co. 3, c.p.a.); il presidente di sezione o un magistrato delegato possono assumere i provvedimenti necessari per assicurare la completezza dell'istruttoria, anche ordinando l'esibizione di atti e documenti alla pubblica amministrazione (art. 65, co. 1 e 3, c.p.a.). Il potere acquisitivo, tuttavia, non può estendersi senza alcun limite: l'art. 63, co. 1, c.p.a., pur legittimando i poteri istruttori d'ufficio, tiene ben fermo l'onere della prova a carico delle parti. Pertanto, la parte interessata è tenuta a fornire comunque elementi di seria consistenza, ovvero un "principio di prova", e il giudice potrà sopperire ad eventuali mancanze solo previa verifica dell'assolvimento dell'onere probatorio su di essa incombente ⁽²⁸⁾.

⁽²⁸⁾ C. Stato 17 aprile 2015, n. 1978: nel processo amministrativo, ai sensi dell'art. 64, comma 1, c.p.a., vige il principio dell'onere della prova sancito dall'art. 2697 c.c., di talché il g.a. può anche in grado di appello esercitare i suoi poteri istruttori, tra l'altro, in caso di ravvisata incompletezza dell'istruttoria, fermo restando che nessun accertamento può essere disposto a suffragio di una tesi difensiva ove la parte interessata non abbia fornito al riguardo almeno un principio di prova. La mancata ottemperanza da parte dell'amministrazione alla richiesta rivolta dal giudice di fornire documentati chiarimenti rileva come comportamento omissivo del tutto ingiustificato e, pertanto, tale da indurre a fare applicazione del disposto dell'art. 2697 c.c. e dell'art. 64, comma 4, c.p.a., che autorizza il giudice amministrativo a desumere argomenti di prova dal contegno processuale delle parti. Invero, sebbene la PA abbia la più ampia facoltà di costituirsi in giudizio e di scegliere la propria strategia difensiva, essa ha anche un preciso dovere giuridico di adempiere agli incumbenti istruttori disposti dal g.a., in quanto l'ordine istruttorio viene diretto all'amministrazione non in qualità di parte processuale, bensì in quanto autorità pubblica che deve collaborare con il giudice al fine di accertare la verità dei fatti (così TAR Lazio 5 novembre 2018, n.10607). Ciò però non vale per il risarcimento del danno. Si veda TAR Lazio 7 gennaio 2020, n. 66, in *FA*, 2020, n. 1, p. 91, per cui nell'azione di responsabilità per danni, il principio dispositivo opera con pienezza e non è temperato dal metodo acquisitivo proprio dell'azione di annullamento (art. 64, commi 1 e 3, c.p.a.); quest'ultimo, infatti, in tanto si giustifica in

Poste queste basi, la giurisprudenza ha modulato diversamente l'intensità dei poteri istruttori, a seconda che vengano in rilievo interessi legittimi o diritti soggettivi.

Il metodo acquisitivo viene applicato in misura più estensiva a fronte di un'attività provvedimentale, che appare sovente ricondotta, in *re ipsa*, a una situazione di disparità delle parti. Questo perché, nel processo amministrativo impugnatorio per la tutela di interessi legittimi, «la ragione di tale modello istruttorio riposa sulla necessità di riequilibrare la posizione di sostanziale disparità tra le parti del giudizio, essendo evidente come [...] la posizione processuale della parte privata, nell'accedere alla documentazione rilevante, risenta della condizione di sostanziale inferiorità rispetto alla pubblica amministrazione, con la conseguente necessità dell'intervento in soccorso da parte del giudice amministrativo»⁽²⁹⁾.

Più restrittivo è l'approccio qualora la controversia riguardi diritti soggettivi rientranti nella giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo. In questo campo, infatti, la giurisprudenza è proclive a valutare l'onere del principio di prova con particolare rigore. Pertanto, si afferma che «nei giudizi su diritti soggettivi che si svolgono davanti al giudice amministrativo, la misura e l'ampiezza dell'onere della prova deve essere valutato caso per caso, avuto riguardo al dato sostanziale della disponibilità o meno delle prove in capo alle parti e, su questa base, tarare e calibrare, in modo assai rigoroso, l'esercizio istruttorio “suppletivo” condotto dal giudice»⁽³⁰⁾, il quale viene espressamente definito come «*extrema ratio*». Nondimeno, nel pubblico impiego non contrattualizzato, appare difficile negare la sussistenza di una situazione di disparità tra lavoratore e pubblica amministrazione datrice, tale da legittimare l'intervento istruttorio del giudice.

Il raffronto tra il regime amministrativistico e le tutele predisposte dal d.lgs. n. 104/2022, consente di osservare che, al di là della diversità tra i plessi giurisdizionali, l'assetto in parola presenta plurime affinità con l'impianto istruttorio del processo del lavoro.

A partire dall'intreccio, consustanziale ad entrambe le costruzioni probatorie, tra onere di allegazione, difficoltà delle parti e poteri istruttori. Tale connessione, infatti, risulta immanente anche all'art. 421 c.p.c., nelle coordinate esplicitate dall'esegesi pretoria, che fa discendere l'applicazione della norma codicistica dalla circostanza che «sussista l'opportunità di integrare il quadro probatorio già tempestivamente delineato dalle parti e, quindi, di colmare eventuali lacune (il che non si verifica quando la parte non abbia depositato documenti o non abbia formulato tempestive richieste di prova); l'iniziativa dell'ufficio sia indispensabile e non volta a supplire alle carenze probatorie delle parti (come nel caso di richieste tardive o assoluta carenza di prova in ordine ai fatti di causa)»⁽³¹⁾.

Quindi, andando oltre le apparenze, i meccanismi propri del processo amministrativo si avvicinano in una certa misura a quanto indicato nella direttiva UE n. 2019/1152,

quanto sussista la necessità di equilibrare l'asimmetria informativa tra amministrazione e privato la quale contraddistingue l'esercizio del pubblico potere e il correlato rimedio dell'azione di impugnazione, mentre non si riscontra in quella di risarcimento dei danni, in relazione alla quale il criterio della c.d. vicinanza della prova determina il riespandersi del predetto principio dispositivo sancito in generale dall'art. 2697, primo comma, c.c.

⁽²⁹⁾ C. Stato 27 luglio 2021, n. 5560.

⁽³⁰⁾ *Ibidem*.

⁽³¹⁾ App. Bologna 24 dicembre 2020, n. 581; Cass. 11 marzo 2011, n. 5878.

quando predica che «l'onere della prova per stabilire che non vi è stato licenziamento o pregiudizio equivalente per il fatto che il lavoratore ha esercitato i diritti previsti dalla presente direttiva dovrebbe incombere al datore di lavoro se il lavoratore presenta dinanzi a un tribunale o a un'altra autorità od organo competente prove fattuali dalle quali si può presumere che sia stato licenziato o che abbia subito misure di effetto equivalente per tali motivi» (considerando 44). Affermazione che il legislatore della d.lgs. n. 104/2022 traduce statuendo, all'art. 14, co. 3, che «fatto salvo quanto previsto dall'articolo 5 della legge 15 luglio 1966, n. 604, qualora il lavoratore faccia ricorso all'autorità giudiziaria competente, lamentando la violazione del co. 1, incombe sul datore di lavoro o sul committente l'onere di provare che i motivi addotti a fondamento del licenziamento o degli altri provvedimenti equivalenti adottati a carico del lavoratore non siano riconducibili a quelli di cui al comma 1». Pure nel processo amministrativo, è prevista la necessità di un principio di prova rimesso al lavoratore, il quale però viene regolato attribuendo l'onere di svilupparlo non al datore di lavoro ma all'organo giurisdizionale.

5. Segue. Il risarcimento del danno

Al giudice amministrativo spetta altresì la liquidazione del danno, data la sua competenza a conoscere delle controversie «relative al risarcimento del danno per lesione di interessi legittimi e agli altri diritti patrimoniali consequenziali, pure se introdotte in via autonoma» (art. 7, co. 4, c.p.a.) e, nelle materie di giurisdizione esclusiva, di quelle in cui «si faccia questione di diritti soggettivi» (art. 7, co. 5, c.p.a.), pure ai fini risarcitori. Fa da completamento l'art. 30, co. 2, c.p.a., il quale riconosce la possibilità di domandare la condanna al risarcimento del danno ingiusto derivante dall'illegittimo esercizio dell'attività amministrativa o dal mancato esercizio di quella obbligatoria nonché, nel caso di giurisdizione esclusiva, il risarcimento del danno da lesione di diritti soggettivi.

Preme al riguardo soffermarsi sulla risarcibilità del danno da lesione di interessi legittimi, che presenta delle differenze rispetto a quella dei diritti soggettivi la quale, invece, si esplica secondo coordinate comuni al giudizio civile.

Se il ristoro viene chiesto in relazione ad un interesse legittimo, la domanda può essere avanzata in via autonoma, a prescindere dalla previa impugnazione dell'atto lesivo (c.d. "pregiudiziale amministrativa"), risultando quindi slegata dalla previa caducazione dell'atto presupposto. In ciò si registra una diversità rispetto al risarcimento derivante da un atto datoriale privatistico illegittimo, dove il risarcimento del danno presuppone altresì l'impugnazione dell'atto.

L'azione risarcitoria deve essere esperita entro il termine di decadenza di centoventi giorni decorrente dal giorno in cui il fatto si è verificato ovvero dalla conoscenza del provvedimento se il danno deriva direttamente da questo, con un termine decadenziale di gran lunga inferiore rispetto alla prescrizione ordinaria. Nel determinare il risarcimento il giudice valuta tutte le circostanze di fatto e il comportamento complessivo delle parti e, comunque, esclude il risarcimento dei danni che si sarebbero potuti evitare usando l'ordinaria diligenza, anche attraverso l'esperimento degli strumenti di tutela previsti (art. 30, co. 3, c.p.a.).

Intorno al corretto inquadramento della fattispecie, la giurisprudenza ha ritenuto che non ricorra una responsabilità da inadempimento *ex art.* 1218 c.c., ma aquiliana ai sensi dell'art. 2043 c.c. ⁽³²⁾. Parafrasando le cennate pronunce, mentre la responsabilità contrattuale, ai sensi dell'art. 1218 c.c., si fonda sull'inesatto adempimento della prestazione a cui il debitore è obbligato, l'amministrazione è sottratta ad un vincolo obbligatorio di analogia portata quando agisce nel perseguimento dell'interesse pubblico attraverso moduli autoritativi. La relazione sussistente tra il privato e l'amministrazione è caratterizzata da due situazioni soggettive entrambe attive, cioè l'interesse legittimo del privato e il potere pubblicistico. Di conseguenza, il vincolo in parola configura non già un obbligo giuridico in capo all'amministrazione, paragonabile a quello che caratterizza le relazioni giuridiche civilistiche, bensì un potere attribuito dalla legge, da esercitarsi in conformità alla stessa e ai canoni di corretto svolgimento del potere.

La sussunzione nell'alveo della responsabilità extracontrattuale comporta alcune conseguenze in ordine ai profili liquidatori del danno.

Il pregiudizio subito deve essere effettivo e dimostrato dal privato, il quale potrà domandare il risarcimento per equivalente monetario solo se l'illegittimo esercizio del potere abbia cagionato una lesione della sua sfera giuridica. Di contro, il ristoro è escluso quando l'accoglimento dell'azione di annullamento, comportando per l'amministrazione un vincolo ad assumere una nuova determinazione, sia sufficiente a tutelare idoneamente l'interesse legittimo del privato. In quest'ambito, è riscontrabile una significativa differenza rispetto al regime delineato dall'art. 14, co. 1, d.lgs. n. 104/2022. Invero la nullità ivi contemplata comporta, in caso di recesso illegittimo, l'applicazione della sanzione minima di cinque mensilità retributive, *ex art.* 18, co. 2 St. lav. e del d.lgs. n. 23/2015, art. 2, co. 2, a prescindere dall'effettivo pregiudizio subito dal lavoratore.

L'art. 30, co. 3, c.p.a., presenta però una peculiarità rispetto allo schema generale dell'illecito civile configurato dall'art. 2043 c.c. Precisamente, la norma introduce un criterio limitativo della responsabilità amministrativa, valorizzando la diligenza attuata dal danneggiato anche attraverso l'esperimento degli strumenti di tutela previsti.

Quest'onere di cooperazione viene ricondotto allo schema del concorso del fatto colposo del creditore previsto dall'art. 1227 c.c., richiamato dall'art. 2056 c.c. per la responsabilità da fatto illecito, e nel dettaglio all'ipotesi del secondo co., che esclude il risarcimento «per i danni che il creditore avrebbe potuto evitare usando l'ordinaria diligenza». Nel rapporto con la pubblica amministrazione, il privato è onerato dall'obbligo «di attivarsi con ogni strumento procedimentale o processuale utile a salvaguardare il bene della vita correlato al suo interesse legittimo, in modo da delimitare in

⁽³²⁾ Si rinvia, in proposito, a R. CARANTA, R. MAZZON, *Art. 2043 c.c. – Risarcimento per fatto illecito – La lesione degli interessi legittimi*, in *One Legale*, e alla copiosa bibliografia ivi indicata; G. MONTEDORO, *Il danno ingiusto nella prospettiva del giudice amministrativo*, in *Questione Giustizia*, 2018, n. 1, p. 151; S. CARLUCCI, *La mancata proposizione dell'azione di annullamento e la sua incidenza sulla valutazione del danno*; in *RCP*, 2019, n. 4, p. 1272 ss.; G. P. CIRILLO, *La giurisdizione sull'azione risarcitoria autonoma a tutela dell'affidamento sul provvedimento favorevole annullato e l'interesse alla stabilità dell'atto amministrativo*, in *FA*, 2017, n. 7-8, p. 1991; G. GARGANO, *L'azione di condanna e le regole di limitazione del danno risarcibile tra autonomia e pregiudizialità*, in *Il Diritto Processuale Amministrativo*, 2015, n. 3, p. 1105.

termini quantitativi, anche con riguardo a ciò, il perimetro del danno risarcibile»⁽³³⁾, salvo che ciò implichi «attività straordinarie o gravose»⁽³⁴⁾. Pure qui, si verifica uno scostamento rispetto ai rapporti di lavoro retti dal diritto civile, ove il lavoratore è - salvo puntuali ipotesi - privo di oneri partecipativi, risultando soggetto al potere esercitato dal datore di lavoro in quanto “autorità privata”⁽³⁵⁾.

Svolte queste considerazioni generali, occorre ora soffermarsi su alcune situazioni specifiche che presentano delle peculiarità in ordine ai profili di tutela.

6. Il comportamento pregiudizievole dell'amministrazione nei confronti dei rappresentanti dei lavoratori

Nella ricerca di un apparato di tutela alternativo, un tema di indagine particolare, che presenta dei profili diversi rispetto al percorso dianzi svolto, concerne i possibili rimedi esperibili qualora ricorrano le fattispecie previste dagli articoli 13 e 14 del d.lgs. n. 104/2022, cioè il comportamento ritorsivo o comunque pregiudizievole dell'amministrazione riguardi un rappresentante sindacale.

Segnatamente, i casi che possono verificarsi sono due, contermini ma leggermente diversi.

Il primo è che la condotta dell'amministrazione si rivolga ad un rappresentante dei lavoratori che, nell'esercizio del proprio mandato, abbia presentato un reclamo al datore di lavoro o abbia promosso un procedimento al fine di garantire il rispetto dei diritti previsti al capo II del decreto.

Il secondo caso è, invece, che la condotta dell'amministrazione incida su un lavoratore, il quale sia anche rappresentante sindacale, “reo” di aver rivendicato in proprio nome l'adempimento degli obblighi informativi.

Le fattispecie menzionate possono integrare delle condotte antisindacali plurioffensive, in quanto potenzialmente lesive sia dei diritti delle associazioni sindacali, che di quelli del singolo lavoratore. Allora, all'azione esperibile dal singolo, soggetta alle coordinate testé esposte (v. *supra*, § 3), potrebbe affiancarsi quella dell'associazione sindacale, risultando dunque necessario tratteggiarne i confini in ordine alla giurisdizione e ai profili probatori applicabili. A questo proposito, deve essere scissa la situazione del personale militare da quella dei restanti dipendenti non contrattualizzati.

Cominciando da questi ultimi, la questione relativa al riparto di giurisdizione rispetto alle condotte antisindacali plurioffensive pare risolta in modo pacifico verso la sussistenza della giurisdizione ordinaria. Dirimente, in proposito, è l'ordinanza delle Sezioni Unite n. 20161 del 24 settembre 2010, relativa al personale della Banca d'Italia: la S.C., riprendendo le argomentazioni sinteticamente svolte dalla Consulta nell'ord. 9 aprile 2003, n. 143, ha statuito che le controversie promosse dalle associazioni sindacali ai sensi dell'art. 28 St. lav. sono assoggettate alla cognizione del giudice ordinario, anche quando la condotta antisindacale afferisca ad un rapporto di pubblico impiego non contrattualizzato, ed incida non solo sulle prerogative sindacali

⁽³³⁾ C. Stato 23 aprile 2021, n. 7, in *FA*, 2021, n. 4, p. 590 ss., che ricostruisce l'articolato quadro giurisprudenziale relativo al risarcimento del danno cagionato dall'amministrazione.

⁽³⁴⁾ C. Stato 23 marzo 2011, n. 3, in *FA CdS*, 2011, n. 3, p. 826.

⁽³⁵⁾ Sempre attuale, sul tema, C.M. BIANCA, *Le autorità private*, Jovene, 1977.

dell'associazione ricorrente ma anche sulle situazioni soggettive individuali dei pubblici dipendenti.

Il percorso poggia sulla considerazione di alcuni dati testuali.

In primo luogo, si osserva, l'art. 63, co. 3, d.lgs. n. 165/2001 devolve al giudice ordinario le controversie relative ai comportamenti delle «pubbliche amministrazioni ai sensi della l. 20 maggio 1970, n. 300, art. 28»: questa disposizione coinvolge tutte le amministrazioni pubbliche, a prescindere dal fatto che il rapporto di lavoro con i rispettivi dipendenti sia o meno, "contrattualizzato". Il co. 3 dell'art. 63 infatti, a differenza del precedente co. 1, non contiene alcuna clausola di esclusione che riguardi il personale in regime di diritto pubblico.

Né tale esclusione può ricavarsi dal successivo co. 4, per cui «restano devolute alla giurisdizione del giudice amministrativo [...] in sede di giurisdizione esclusiva, le controversie relative ai rapporti di lavoro di cui all'articolo 3, ivi comprese quelle attinenti ai diritti patrimoniali connessi». La disposizione, infatti, riguarda il solo rapporto di impiego e non già il rapporto sindacale.

A conforto, la pronuncia ripercorre l'evoluzione subita dell'art. 28 Stat. lav. La norma, nella versione risultante dalla l. 12 giugno 1990, n. 146, art. 6, co. 1, prevedeva ai co. 6 e 7 che «se il comportamento [...] è posto in essere da una amministrazione statale [...], l'azione è proposta con ricorso davanti al pretore competente per territorio. Qualora il comportamento antisindacale sia lesivo anche di situazioni soggettive inerenti al rapporto di impiego, le organizzazioni sindacali [...], ove intendano ottenere anche la rimozione dei provvedimenti lesivi delle predette situazioni, propongono il ricorso davanti al tribunale amministrativo regionale competente per territorio [...]». Tali commi sono stati successivamente abrogati dalla l. n. 83 del 2000: la S. C. sottolinea che, in questo modo, il legislatore ordinario ha espresso «la volontà che la regola della giurisdizione in materia di controversie promosse da sindacati ed aventi ad oggetto condotte antisindacali di pubbliche amministrazioni sia solo quella - netta e chiara - del d. lgs. n. 165 del 2001, art. 63, comma 3, senza più l'interferenza data dalla particolare ipotesi in cui l'associazione sindacale chieda la rimozione di un provvedimento che incida su posizioni individuali di dipendenti pubblici regolate ancora con atti amministrativi e non già con atti di gestione di diritto privato».

Le argomentazioni, ribadite dalle Sezioni Unite per quanto concerne la Polizia penitenziaria ⁽³⁶⁾, sono state accolte anche dalla giurisprudenza amministrativa, relativamente alla Polizia di Stato ⁽³⁷⁾ e al personale docente universitario ⁽³⁸⁾, sebbene con un'apertura verso il giudizio amministrativo in via residuale, qualora difettino i requisiti processuali previsti dall'art. 28 Stat. lav. ⁽³⁹⁾.

Stando così le cose, è possibile quindi che siano instaurati due procedimenti connessi, con le relative differenze quanto alla disciplina di riferimento: quello promosso dal sindacato a mente dell'art. 28 Stat. lav., davanti al giudice ordinario, e quello esperito dal dipendente innanzi al giudice amministrativo, per censurare la legittimità di un provvedimento, incidente sul suo rapporto di impiego. Tale evenienza può implicare o «una prevenzione del paventato conflitto di giudicati, attraverso il coordinamento,

⁽³⁶⁾ Cass., sez. un., 9 febbraio 2015 n. 2359.

⁽³⁷⁾ C. Stato 26 ottobre 2015, n. 4900.

⁽³⁸⁾ TAR Sardegna 10 gennaio 2018, n. 10.

⁽³⁹⁾ C. Stato 9 settembre 2014, n. 4580.

ex art. 295 c.p.c., dell'azione individuale a quella promossa dal sindacato, ovvero la radicale negazione di ogni possibilità di conflitto pratico di giudicati, riconoscendo la totale autonomia delle due azioni in quanto volte a tutelare distinte situazioni sostanziali»⁽⁴⁰⁾.

Lo svolgimento del giudizio nelle maglie del rito lavoristico comporta rimarchevoli conseguenze sotto i profili probatori, soprattutto qualora venga dedotta la discriminatorietà o la ritorsività del comportamento dell'amministrazione.

Discriminatorietà e ritorsività che vengono spesso accomunate, benché si tratti di nozioni distinte⁽⁴¹⁾. La discriminazione - diversamente dal motivo illecito di cui all'art. 1345 c.c. - opera obiettivamente, ovvero in ragione del mero rilievo del trattamento peggiore riservato al lavoratore quale effetto della sua appartenenza alla categoria protetta, ed a prescindere dalla volontà illecita del datore di lavoro. Diversamente, la ritorsività della condotta presuppone che, alla base, vi sia un motivo illecito unico e determinante, ai sensi dell'art. 1345 c.c.⁽⁴²⁾.

Ciò si riflette sul relativo onere della prova.

Per quanto attiene alla discriminatorietà, la S.C. ha ritenuto che il regime di agevolazione probatoria previsto dalla disciplina speciale trovi applicazione anche nel rito *ex art. 28 Stat. lav.* Specificamente, il ricorrente «deve provare il fattore di rischio, il trattamento che assume come meno favorevole rispetto a quello riservato a soggetti in condizioni analoghe e non portatori del fattore di rischio, deducendo una correlazione significativa fra questi elementi che rende plausibile la discriminazione»⁽⁴³⁾, anche fornendo elementi di carattere statistico. Di contro, «il datore di lavoro deve dedurre e provare circostanze inequivoche, idonee a escludere, per precisione, gravità e concordanza di significato, la natura discriminatoria [della condotta], in quanto dimostrative di una scelta che sarebbe stata operata con i medesimi parametri nei confronti di qualsiasi lavoratore privo del fattore di rischio, che si fosse trovato nella stessa posizione». Quindi, «si sposta sul convenuto (resistente) il rischio della mancata controprova dell'insussistenza del nesso di causalità tra la disparità ed il fattore (in aggiunta al rischio della mancata prova della sussistenza di fatti impeditivi, come da regime ordinario)».

Se invece si deduce la ritorsività della condotta, il ricorrente dovrà dimostrare che la condotta datoriale è stata mossa da un motivo illecito unico e determinante, e costituisce reazione ad un comportamento lecito posto in essere dal lavoratore. La giurisprudenza ammette che tale onere possa essere assolto anche attraverso indizi gravi, precisi e concordanti, suscettibili di integrare una presunzione semplice a mente dell'art. 2729 c.c.

⁽⁴⁰⁾ C. cost. 24 aprile 2003, n. 143.

⁽⁴¹⁾ Si veda M. SALVAGNI, *Licenziamenti discriminatori e ritorsivi: evoluzione della giurisprudenza e ripartizione dell'onere della prova*, in *LPO*, 2018, n. 5-6, p. 287 ss.

⁽⁴²⁾ Cass. 5 aprile 2016, n. 6575.

⁽⁴³⁾ Cass. 2 gennaio 2020, n. 1; nel merito, Trib. Trani 10 marzo 2021, n. 402.

7. *Segue. Il personale militare*

Diverso è il discorso per quanto concerne il personale delle Forze armate e delle Forze di polizia a ordinamento militare.

La materia è ora regolata dalla l. 28 aprile 2022, n. 46, recante Norme sull'esercizio della libertà sindacale del personale delle Forze armate e delle Forze di polizia a ordinamento militare, nonché delega al governo per il coordinamento normativo ⁽⁴⁴⁾. Appare però utile ripercorrere i due contrapposti orientamenti giurisprudenziali che, nelle more dell'adozione della legge, erano venuti consolidandosi sul punto ⁽⁴⁵⁾.

Un primo filone negava la giurisdizione del giudice ordinario, attraverso un contrappunto tra disciplina sostanziale e processuale. Le pronunce sono laconiche; cercando di dipanarne i contenuti, viene affermato che, data la riconduzione dei rapporti in esame al Codice dell'ordinamento militare, sussiste condotta antisindacale e pertanto la giurisdizione del giudice ordinario solo qualora ci si trovi di fronte ad un legittimo ambito di azione del sindacato stesso. In particolare, tale ambito di azione sussiste solo entro i limiti individuati dalla sent. n. 120/2018 della Corte costituzionale, che ha rimosso il divieto di attività sindacale nell'ambito delle forze armate. Specificamente, in attesa dell'intervento del legislatore sul punto – avvenuto, appunto, mediante la l. n. 46/2022 -, la Consulta aveva mutuato i vincoli derivanti dall'art. 1478, co. 7, del d.lgs. n. 66/2010, il quale escludeva dalle competenze degli organi rappresentativi militari «le materie concernenti l'ordinamento, l'addestramento, le operazioni, il settore logistico-operativo, il rapporto gerarchico- funzionale e l'impiego del personale». Da tale statuizione i menzionati arresti hanno inferito che, data l'impossibilità di svolgere attività sindacale nelle materie oggettivamente connesse al rapporto di lavoro pubblico, nel caso di pretesa condotta antisindacale dovesse escludersi la giurisdizione ordinaria a favore della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo ⁽⁴⁶⁾.

Altro filone invece seguiva le coordinate delineate dalla giurisprudenza di Cassazione per quanto riguarda il personale non militare, ritenendole operanti anche per le ipotesi in esame ⁽⁴⁷⁾. Si opinava, in proposito, che tra le materie rimesse all'ordinamento militare dall'art. 3, co. 1, d.lgs. n. 165/2001, non rientrassero le ipotesi di repressione delle condotte antisindacali. Tali fattispecie restavano disciplinate dal successivo art. 42 - non derogato dall'art. 3 -, il quale dispone che nelle amministrazioni pubbliche, incluse le forze armate, la libertà e l'attività sindacale sono tutelate nelle forme previste dalle disposizioni della l. 20 maggio 1970, n. 300. I limiti stabiliti dall'art. 1478, co. 7, d.lgs. n. 66/2010 non potevano dunque trovare applicazione, dato che la norma non contemplava la repressione dell'attività sindacale tra le materie escluse dalle competenze degli organi rappresentativi. Né, d'altro canto, le condotte antisindacali potevano ritenersi riconducibili all'alveo dell'«impiego del personale». Semmai, «il perimetro delineato dalla Corte può, al più, porre un problema di merito nel senso che, posto

⁽⁴⁴⁾ Per una prima lettura della legge, si veda L. IMBERTI, M. ZELLI, *Prime osservazioni sulla L. 28 aprile 2022, n. 46: "Norme sull'esercizio della libertà sindacale delle Forze armate e delle Forze di polizia a ordinamento militare"*, in *LDE*, 2022, n. 2.

⁽⁴⁵⁾ Sui quali cfr. M. FALSONE, [La giurisdizione sulle condotte antisindacali nelle Forze armate spetta al giudice ordinario del lavoro: il caso del trasferimento senza nulla osta del militare sindacalista](#), in [www.questionegiustizia.it](#), 25 febbraio 2021.

⁽⁴⁶⁾ Trib. Roma ord. 1° agosto 2020; Trib. Roma decr. 7 dicembre 2020.

⁽⁴⁷⁾ Trib. Milano decr. 15 settembre 2020, n. 22089; Trib. Milano 28 gennaio 2021, n. 244.

che alcune materie rimangono, comunque, sottratte alla competenza delle associazioni sindacali, occorrerà verificare se l'atto denunciato come antisindacale abbia o meno tale connotazione in quanto riconducibile o non riconducibile alle prerogative proprie del sindacato»⁽⁴⁸⁾. Di conseguenza, andavano applicate le norme dell'ordinamento giuridico nazionale (e in particolare l'art. 63, co. 3, d.lgs. n. 165/2001) che riconoscono la competenza del giudice ordinario in funzione di giudice del lavoro a giudicare sui procedimenti di repressione delle condotte antisindacali.

La diatriba appare risolta dalla l. 28 aprile 2022, n. 46.

Nel dettaglio, l'art. 17, co. 1, l. n. 46/2022, attribuisce alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo «le controversie promosse nell'ambito disciplinato dalla [...] legge, anche quando la condotta antisindacale incide sulle prerogative dell'associazione professionale a carattere sindacale tra militari». La forma processuale prescelta è il rito abbreviato comune, di cui all'art. 119 c.p.a., il cui co. 1 viene modificato indicando tra le materie ricomprese «i provvedimenti che si assumono lesivi di diritti sindacali del singolo militare o dell'associazione professionale a carattere sindacale tra militari che lo rappresenta» (art. 119, co. 1, lett. *m-octies*, inserita dall'art. 17, co. 1, l. n. 46/2022). All'associazione professionale a carattere sindacale è attribuita legittimazione attiva «quando sussiste interesse diretto in relazione alle controversie promosse nell'ambito disciplinato» dalla l. n. 46/2022 (art. 17, co. 8, l. n. 46/2022).

Se la controversia inerisce alle «condotte antisindacali consistenti nel diniego ingiustificato dei diritti e delle prerogative sindacali» previste dalla l. n. 46/2022, l'associazione professionale è facoltizzata a promuovere, previamente all'azione in giudizio, la procedura di conciliazione bonaria innanzi alla Commissione centrale istituita presso il Ministero della difesa, secondo le disposizioni contenute nell'art. 17, co. 4-7 e 18, l. n. 46/2022.

L'utilizzo del rito abbreviato comune previsto dal codice del processo amministrativo reca con sé alcune criticità interpretative proprie dell'istituto. Preme soffermarsi su una in particolare, già rilevata in letteratura con riferimento alle altre ipotesi contemplate dall'art. 119, co. 1, c.p.a., che deriva da un indice testuale. Segnatamente, la disposizione nomina espressamente, ed esclusivamente, i «provvedimenti». Questa circostanza ha indotto a chiedersi se possano considerarsi oggetto di tale rito anche gli atti negoziali e i meri comportamenti, i quali difettano del requisito dell'autoritatività. La dottrina ha proposto di interpretare il dato letterale in senso estensivo, includendo tutti gli atti posti in essere nell'ambito delle materie giurisdizione esclusiva⁽⁴⁹⁾. Nel campo che ci occupa, la soluzione appare conforme ai consolidati orientamenti giurisprudenziali i quali, come si è visto, fanno riferimento alla materia per se stessa, senza operare distinzioni circa la natura dell'atto censurato. Di contro, però, si potrebbe affermare che l'art. 119, co. 1, c.p.a., faccia riferimento ai provvedimenti proprio

⁽⁴⁸⁾ Trib. Milano 28 gennaio 2021, n. 244.

⁽⁴⁹⁾ F. MATTEUCCI, *Il processo amministrativo accelerato: il rito abbreviato comune a particolari materie e il giudizio sulle procedure contrattuali negli artt. 119 e 120 c.p.a.*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Il nuovo processo amministrativo. Studi e contributi*, Giuffrè, 2013, vol. II, p. 333 ss.; R. DE NICTOLIS, *Il rito abbreviato comune a determinate materie nel nuovo codice del processo amministrativo*, in www.giustizia-amministrativa.it; M. LIPARI, *I riti abbreviati: l'ambito della disciplina e il concreto funzionamento del giudizio accelerato*, in F. CARINGELLA, M. PROTTO (a cura di), *Il nuovo processo amministrativo dopo due anni di giurisprudenza*, Giuffrè, 2002, p. 813 ss.; M. ALLENA, *I riti speciali*, in F. FRENI (a cura di), *La tutela cautelare e sommaria nel nuovo processo amministrativo*, Giuffrè, 2011, p. 141 ss.

perché l'oggetto della giurisdizione esclusiva presupposta è unicamente l'agire autoritativo dell'amministrazione. È innegabile, nondimeno, che l'adottare una simile impostazione apra un fronte problematico e non esente da difficoltà applicative: infatti, sarebbero oggetto della giurisdizione esclusiva e del rito speciale solo le condotte antisindacali immediatamente o mediamente collegate all'esercizio del potere amministrativo, mentre negli altri casi sarebbe invocabile la giurisdizione del giudice ordinario, secondo il rito dell'art. 28 Stat. lav. e il relativo regime processuale.

Quanto al merito, sorge un'ulteriore questione.

Oltre a stabilire la giurisdizione competente, la l. n. 46/2022, disegna i confini entro i quali può svolgersi l'attività sindacale.

Tra le varie limitazioni, ai nostri fini rileva il disposto dell'art. 5, riguardante le Competenze delle associazioni professionali a carattere sindacale tra militari, il quale demanda a queste ultime la tutela collettiva dei diritti e degli interessi dei propri rappresentanti nelle materie di cui al successivo co. 2.

Ora, dato che i diritti di cui al capo II del d.lgs. n. 104/2022 si applicano «compatibilmente con le disposizioni dei rispettivi ordinamenti di settore», può ritenersi che l'azione di un rappresentante dei lavoratori, volta ad ottenere il rispetto di tali diritti, configuri un'attività sindacale legittima e quindi tutelabile?

Raffrontando l'oggetto dell'informazione contemplata dal capo II del d.lgs. n. 104/2022 e le materie indicate dall'art. 5 della l. n. 46/2022, la risposta appare in linea di massima positiva, anche se con inevitabili approssimazioni date dal mancato coordinamento, a monte, dei due testi legislativi.

Innanzitutto, l'art. 5, co. 2, l. n. 46/2022 richiama, alla lett. *a*, i «contenuti del rapporto di impiego del personale militare indicati agli articoli 4 e 5 del decreto legislativo 12 maggio 1995, n. 195, nonché all'articolo 46, comma 2, del decreto legislativo 29 maggio 2017, n. 95». Gli artt. 4 e 5 del d.lgs. n. 195/1995 enumerano le materie oggetto di concertazione per le Forze di polizia ad ordinamento militare e per le Forze armate, ricomprendendovi: «a) il trattamento economico fondamentale e accessorio; b) il trattamento di fine rapporto e le forme pensionistiche complementari [...]; c) la durata massima dell'orario di lavoro settimanale; d) le licenze; e) l'aspettativa per motivi privati e per infermità; f) i permessi brevi per esigenze personali; g) il trattamento economico di missione, di trasferimento e di lavoro straordinario; h) i criteri per l'istituzione di organi di verifica della qualità e salubrità dei servizi di mensa e degli spacci, per lo sviluppo delle attività di protezione sociale e di benessere del personale, ivi compresi l'elevazione e l'aggiornamento culturale del medesimo, nonché per la gestione degli enti di assistenza del personale; i) l'istituzione dei fondi integrativi del Servizio sanitario nazionale [...]».

L'art. 46, co. 2, del d.lgs. n. 95/2017, esplicita le seguenti materie che possono essere oggetto di negoziazione per i dirigenti delle Forze di polizia: «a) il trattamento accessorio; b) le misure per incentivare l'efficienza del servizio; c) il congedo ordinario, il congedo straordinario o le licenze; d) l'aspettativa per motivi di salute e di famiglia o l'aspettativa per infermità e per motivi privati; e) i permessi brevi per esigenze personali; f) le aspettative i distacchi e i permessi sindacali; g) il trattamento di missione e di trasferimento; h) i criteri di massima per la formazione e l'aggiornamento professionale; i) i criteri di massima per la gestione degli enti di assistenza del personale».

Considerando questi dati, unitamente agli ulteriori settori elencati dall'art. 5, co. 2, l. n. 46/2022 ⁽⁵⁰⁾, deve ritenersi che vi sia una sostanziale coincidenza con i diritti previsti dal capo II del d.lgs. n. 104/2022. Di conseguenza, l'attività del rappresentante dei lavoratori volta a reclamare il rispetto di questi diritti costituisce legittima attività sindacale tutelabile.

Di contro, qualora l'agire amministrativo riguardi un lavoratore, rappresentante sindacale, che esprima delle rivendicazioni per proprio conto, l'antisindacalità della condotta, cioè il collegamento con una lesione dell'interesse sindacale, dovrà essere vagliata caso per caso.

8. La tutela degli obblighi previsti dall'art. 1-*bis*, d.lgs. n. 152/1997 e il principio amministrativo di legalità algoritmica.

Nel contrappunto tra profili sostanziali e apparato protettivo, una considerazione particolare merita l'inserimento nel d.lgs. n. 152/1997, ad opera del d.lgs. n. 104/2022, art. 4, dell'art. 1-*bis*, in materia di ulteriori obblighi informativi nel caso di utilizzo di sistemi decisionali o di monitoraggio automatizzati.

Quanto all'impiego privato e a quello pubblico privatizzato, la disposizione non è presidiata da specifiche misure di tutela, salvo quelle generali previste dal Regolamento UE 2016/679 in relazione ai trattamenti illeciti di dati, e appunto le misure stabilite dal capo IV del d.lgs. n. 104/2022.

È curioso invece osservare come, relativamente al personale in regime pubblicistico, tale previsione si innesti su un'elaborazione più avanzata rispetto all'embrionale disciplina privatistica.

La giurisprudenza, infatti, ha progressivamente codificato la sussistenza del principio della c.d. "legalità algoritmica" ⁽⁵¹⁾, delineando i requisiti di legittimità dell'azione amministrativa allorché, per la stessa, siano utilizzati degli algoritmi: «il principio di conoscibilità dell'algoritmo, il principio di non esclusività della decisione algoritmica e il

⁽⁵⁰⁾ Si tratta dei profili relativi: «b) all'assistenza fiscale e alla consulenza relativamente alle prestazioni previdenziali e assistenziali a favore dei propri iscritti; c) all'inserimento nell'attività lavorativa di coloro che cessano dal servizio militare; d) alle provvidenze per gli infortuni subiti e per le infermità contratte in servizio e per causa di servizio; e) alle pari opportunità; f) alle prerogative sindacali di cui all'articolo 3 del decreto legislativo 9 aprile 2008, n. 81, sulle misure di tutela della salute e della sicurezza del personale militare nei luoghi di lavoro; g) agli spazi e alle attività culturali, assistenziali, ricreative e di promozione del benessere personale dei rappresentati e dei loro familiari».

⁽⁵¹⁾ E. CARLONI, *I principi della legalità algoritmica. Le decisioni automatizzate di fronte al giudice amministrativo*, in *Diritto Amministrativo*, 2020, n. 2, p. 273. Senza pretesa di esaustività, si rinvia altresì a G. AVANZINI, *Decisioni amministrative e algoritmi informatici. Predeterminazione, analisi predittiva e nuove forme di intelligibilità*, Editoriale Scientifica, 2019; S. CIVITARESE MATTEUCCI, "Umano troppo umano". *Decisioni amministrative automatizzate e principio di legalità*, in *DP*, 2019, n. 1, p. 5 ss.; A. SIMONCINI, *Profili costituzionali della amministrazione algoritmica*, in *RTDPub*, 2019, n. 4, p. 1149 ss.; G. MARCHIANÒ, *La legalità algoritmica nella giurisprudenza amministrativa*, in *DE*, 2020, n. 3, p. 229; A. SOLA, [Inquadramento giuridico degli algoritmi nell'attività amministrativa](#), in *Federalismi.it*, 2020, n. 16, p. 332 ss.; L. VIOLA, *Attività amministrativa e intelligenza artificiale*, in *Cyberspazio e Diritto*, 2019, n. 1-2, p. 65 ss.; G. PINOTTI, *Amministrazione digitale algoritmica e garanzie procedurali*, in *LLI*, 2021, n. 1, p. 79 ss.

principio di non discriminazione algoritmica»⁽⁵²⁾. Deve ritenersi che tali canoni colorino, integrandoli, gli obblighi informativi previsti dal d.lgs. n. 152/1997, art. 1-*bis*. Secondo le decisioni in parola il principio di trasparenza amministrativa comporta che i soggetti incisi dal potere stesso siano resi pienamente edotti circa il modulo decisionale utilizzato e i criteri applicati. Tale conoscibilità riguarda tutte le caratteristiche dell'algoritmo: gli autori, il procedimento utilizzato per la sua elaborazione, nonché il meccanismo decisorio, comprensivo delle priorità assegnate nella procedura valutativa. Il segreto industriale opposto dalle imprese produttrici viene considerato recessivo poiché le stesse, fornendo l'algoritmo per l'esercizio di un potere autoritativo, ne devono accettare le relative conseguenze in termini di trasparenza. Peraltro, la trasparenza amministrativa comporta che l'algoritmo sia reso intellegibile, e quindi semplificato nella sua complessità multidisciplinare, attraverso la traduzione degli aspetti tecnici, informatici e statistici nella regola giuridica sottesa.

Ebbene, la "rigida e meccanica" applicazione di tutte le minute regole procedurali della l. n. 241/1990 non basta, «dovendosi invece ritenere che la fondamentale esigenza di tutela posta dall'utilizzazione dello strumento informatico c.d. algoritmico sia la trasparenza nei termini prima evidenziati riconducibili al principio di motivazione e/o giustificazione della decisione»⁽⁵³⁾. La trasparenza, esplicitamente inserita nell'art. 1 della l. n. 241/1990 quale architrave dell'azione amministrativa, va oltre gli obblighi procedurali e ricopre valenza sostanziale, poiché richiede una comprensibilità dell'azione amministrativa che esorbita dal mero rispetto delle regole procedurali⁽⁵⁴⁾.

Emerge come gli obblighi informativi, in tale frangente, assumano un significato più incisivo rispetto a quanto stabilito nell'alveo privatistico. Sul versante amministrativo, il principio di conoscibilità e trasparenza dell'algoritmo viene caricato dalla giurisprudenza di una connotazione concreta, tale da inficiare la stessa legittimità dell'atto finale. La mancata intellegibilità dell'algoritmo decisorio impedisce infatti al destinatario dell'atto amministrativo di ricostruire l'iter logico di svolgimento del potere, sostanziandosi in una violazione dell'obbligo di motivazione e giustificazione delle decisioni amministrative. Con conseguenze sul piano sanzionatorio, dato che il difetto di motivazione ai sensi della l. n. 241/1990, art. 3, provoca l'annullamento dell'atto⁽⁵⁵⁾. Ciò

⁽⁵²⁾ F. NASSUATO, [Legalità algoritmica nell'azione amministrativa e regime dei vizi procedurali](#), in [ceridap.eu](#), 24 novembre 2022.

⁽⁵³⁾ C. Stato 13 dicembre 2019, n. 8472, in *FI*, 2020, n. 6, III, c. 340.

⁽⁵⁴⁾ F. MANGANARO, [L'evoluzione del principio di trasparenza amministrativa](#), in [www.astrid-online.it](#).

⁽⁵⁵⁾ TAR Campania 15 settembre 2020, n. 3824, in *FA*, 2020, n. 9, p. 1774, che esplicita come l'obbligo motivazionale contenuto nella l. n. 241/1990, art. 3, sancisce un principio di portata generale, al quale sono poste limitatissime eccezioni espressamente rese esplicite dal legislatore ovvero individuate in sede giurisprudenziale. Al di fuori di tali eccezioni, si applica il principio generale per cui il provvedimento deve rendere note le ragioni poste a sua base, nonché l'iter logico seguito dall'amministrazione, e ciò per evidenti ragioni di trasparenza dell'esercizio del pubblico potere. Analogamente TAR Lazio 2 agosto 2018, n. 8669, per cui la motivazione degli atti amministrativi costituisce uno strumento di verifica del rispetto dei limiti della discrezionalità allo scopo di far conoscere agli interessati le ragioni che impongono la restrizione delle rispettive sfere giuridiche o che ne impediscono l'ampliamento e di consentire il sindacato di legittimità sia da parte del g.a. che eventualmente degli organi di controllo, atteso il disposto della l. n. 241/1990, art. 3, secondo il quale ogni provvedimento amministrativo deve indicare i presupposti di fatto e le ragioni giuridiche che determinano la decisione dell'amministrazione. All'osservazione dell'obbligo di motivazione va attribuito un rilievo preliminare e

diversamente dalla disciplina prevista per la mancata motivazione del licenziamento. Infatti, se è vero che ai sensi dell'art. 14, co. 2, d.lgs. n. 104/2022, «i lavoratori estromessi dal rapporto o comunque destinatari di misure equivalenti al licenziamento adottate nei loro confronti dal datore di lavoro o dal committente possono fare espressa richiesta al medesimo dei motivi delle misure adottate», l'ordinamento riconduce genericamente il difetto di motivazione ad una mera tutela indennitaria (salvo le imprese soggette al regime *ex lege* n. 604/1966).

La dottrina ha comunque sollevato alcuni interrogativi sul rapporto fra i principi di legalità algoritmica e l'istituto dei c.d. vizi non invalidanti ai sensi dell'art. 21-*octies*, co. 2, primo periodo, l. n. 241/1990, a mente del quale «non è annullabile il provvedimento adottato in violazione di norme sul procedimento o sulla forma degli atti qualora, per la natura vincolata del provvedimento, sia palese che il suo contenuto dispositivo non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato»⁽⁵⁶⁾.

Condensando il dibattito sul punto, ci si è chiesti se l'istituto sia applicabile anche ai principi del procedimento algoritmico, in quanto regole di legalità procedimentale. Questo comporterebbe una “dequotazione” dei vizi originati dalla loro inosservanza, e che dunque «la lesione delle pretese procedimentali digitali possa essere assistita da un mero rimedio risarcitorio (ove configurabile), e non comporti necessariamente l'annullamento della decisione finale»⁽⁵⁷⁾. Si ritiene però che tali garanzie, poiché di derivazione comunitaria, costituiscano espressione di legalità procedimentale rafforzata, e quindi l'inosservanza delle stesse determina comunque l'annullabilità dell'atto finale.

9. Brevi notazioni finali

Benché il legislatore del d.lgs. n. 104/2022 ribadisca la specificità del personale in regime di diritto pubblico, l'analisi dei diritti di informazione e il percorso attraverso i sistemi rimediali evidenzia in tali materie un quadro complessivo sorprendentemente vicino, e a tratti forse più avanzato, rispetto a quanto predisposto per il settore privato. Presumibilmente, però, l'esito non era preventivato, e ciò si evince dalla tecnica legislativa utilizzata, che di per sé si dimostra insoddisfacente. Pur predicando i diritti nell'art. 6, d.lgs. n. 104/2022, e pur avendo contezza della necessità di una loro protezione, il legislatore permane silente, richiamando genericamente, quanto agli aspetti di dettaglio, gli ordinamenti di settore. Così facendo, però, abdica alla propria

procedimentale nel rispetto del generale principio di buona amministrazione, correttezza e trasparenza, rispetto al quale sorge, per il privato, una legittima aspettativa a conoscere il contenuto e i motivi del provvedimento riguardante la sua richiesta. Non mancano però gli interrogativi in ordine al corretto inquadramento dei vizi motivazionali: cfr. G. TROPEA, *Motivazione del provvedimento e giudizio sul rapporto: derive e approdi*, in *Diritto Processuale Amministrativo*, 2017, n. 4, p. 1235 ss.

⁽⁵⁶⁾ Sul tema, P. PROVENZANO, *I vizi nella forma e nel procedimento amministrativo*, Giuffrè, 2015; G. MANNUCCI, *Il regime dei vizi formali-sostanziali alla prova del diritto europeo*, in *Diritto Amministrativo*, 2017, n. 2, p. 259 ss.; E. FOLLIERI, *L'annullabilità dell'atto amministrativo*, in *Urbanistica e Appalti*, 2005, n. 6, p. 625 ss.; C. GIACCHETTI, S. GIACCHETTI, *Una novità nel settore degli ogm: l'illegittimità invalidante/non invalidante creata dall'art. 21 octies della legge n. 241/1990*, in *CS*, 2005, n. 9, II, p. 1627; R. PROIETTI, *Nasce l'atto viziato «non annullabile». Quando la sostanza prevale sulla forma*, in *D&G*, 2005, p. 76 ss.

⁽⁵⁷⁾ F. NASSUATO, *op. cit.*

funzione regolatoria, quando invece una compiuta attuazione della direttiva avrebbe quantomeno richiesto l'indicazione di principi e criteri che consentissero di determinare puntualmente l'ambito di operatività delle norme o comunque, e ancor meglio, una ricognizione consapevole dell'esistente, ad oggi invece rimessa all'opera ricostruttiva dell'interprete (non esente, inevitabilmente, da incertezze).

Le ragioni di questo silenzio, probabilmente, risiedono nel campo del metagiuridico, richiedendo riflessioni articolate non affrontabili in questa sede. E segnatamente vanno rinvenute nelle cause che hanno precluso la privatizzazione di tali carriere, ossia la «non contrattualità di diritti e doveri» o «le alte potestà pubbliche o dalle pubbliche funzioni di cui sono investite»⁽⁵⁸⁾.

Una revisione del sistema appare però importante, attraverso una conciliazione tra i pregnanti interessi pubblici sottesi a questi rapporti di lavoro e la considerazione dei diritti fondamentali dei lavoratori in quanto persone. Il percorso è ancora lungo e le esclusioni previste dal d.lgs. n. 104/2022 lo testimoniano. Tuttavia, il riconoscimento ai lavoratori di diritti di informazione, tutelati giuridicamente, inizia senz'altro a segnare una prima, importante tappa, verso un auspicabile mutamento di paradigma nella considerazione lavoristica di tali rapporti.

⁽⁵⁸⁾ V. TENORE, *Atti gestionali*, cit.

Disciplina transitoria (art. 16, d.lgs. n. 104/2022)

di Lisa Taschini

Abstract – Il contributo analizza il disposto dell'art. 16 del d.lgs. n. 104/2022 che, nel dettare la disciplina transitoria da riservare ai rapporti già in essere alla data di entrata in vigore del decreto stesso, cioè al 13 agosto 2022, pone una questione di diritto intertemporale, prima, e di gerarchia delle fonti, poi, non recependo, sul punto, correttamente la direttiva (UE) 2019/1152 del Parlamento europeo e del Consiglio del 20 giugno 2019 relativa a condizioni di lavoro trasparenti e prevedibili nell'Unione europea.

Abstract – The essay examines the provisions of Article 16 of Legislative Decree no. 104 of 2022 which, in dictating the transitional discipline to be reserved for relationships already in place at the date of entry into force of the decree itself, i.e. August 13, 2022, raises a question of intertemporal law, first, and of hierarchy of sources, then, not correctly transposing, on this point, Directive (EU) 2019/1152 of the European Parliament and of the Council of 20 June 2019 on transparent and predictable working conditions in the European Union

Sommario: 1. Applicazione temporale del decreto. Le disposizioni transitorie. – 2. La rilevanza pratica e sanzionatoria della questione. – 3. La circolare n. 4 del 10 agosto 2022 dell'Ispettorato nazionale del lavoro. – 4. Le questioni aperte. Spunti di riflessione.

1. Applicazione temporale del decreto. Le disposizioni transitorie.

La lettura del d.lgs. n. 104 del 27 giugno 2022, attuativo della direttiva (UE) 2019/1152 del Parlamento europeo e del Consiglio del 20 giugno 2019 relativa a condizioni di lavoro trasparenti e prevedibili nell'Unione europea, ben potrebbe iniziare dal penultimo articolo del dettato normativo, il 16, che, volendo risolvere la questione dell'applicazione ai rapporti in essere della nuova disciplina, pone, in realtà, un problema di diritto intertemporale di rilevante importanza pratica e sanzionatoria.

Il d.lgs. n. 104, emanato il 27 giugno 2022, è stato pubblicato in Gazzetta Ufficiale un mese dopo, il 29 luglio, ed è entrato in vigore il successivo 13 agosto.

Volendo ottemperare completamente alla direttiva (UE) 2019/1152 che ne obbligava il recepimento entro l'inizio del mese di agosto, il legislatore italiano con il co. 1 dell'art. 16 impone che «le disposizioni di cui al presente decreto si applicano a tutti i rapporti di lavoro già instaurati alla data del 1° agosto 2022», precisando anche che ai lavoratori già in forze a tale data dovranno essere fornite, su richiesta, le nuove informazioni in tema di trasparenza entro il termine di sessanta giorni decorrenti, appunto, dalla specifica domanda.

La criticità è evidente. La lettera della legge è chiara nel disporre la piena applicabilità della disciplina sulla trasparenza ai rapporti di lavoro instaurati fino al primo e a far data dal successivo 13 agosto, ma, altrettanto chiaramente, determina un vuoto normativo rispetto ai contratti stipulati tra il 2 e il 12 agosto, in relazione ai quali invece, e paradossalmente, non trova attuazione nessuna delle disposizioni del decreto ⁽¹⁾.

Sulla base, pertanto, dei principi generali che governano la materia della successione temporale delle leggi, quali *in primis* la regola della non retroattività e, di conseguenza, della necessità della deroga espressa che deve essere interpretata restrittivamente ⁽²⁾, rimanendo alla lettera della disposizione si dovrebbe concludere che il d.lgs. n. 104 regoli i rapporti di lavoro già in essere alla data del 1° agosto – con le modalità pratiche previste – e tutti quelli instaurati dal 13 agosto (compreso) in poi, mentre, per quelli sorti negli undici giorni intercorrenti tra il 2 e il 12 agosto, continui a trovare applicazione il d.lgs. n. 152/1997 nella versione vigente anteriormente al 13 agosto ⁽³⁾.

La lettura dell'*iter* di formazione del decreto 104, del resto, conferma la doverosità di una tale conclusione e, insieme, la macroscopia della dimenticanza del legislatore.

Lo [schema dell'atto normativo](#), già disponibile nei mesi antecedenti l'approvazione e pubblicazione in *Gazzetta* ⁽⁴⁾, ne prevedeva, correttamente, l'applicazione «a tutti i rapporti di lavoro già instaurati alla data di entrata in vigore dello stesso» e nessuna incongruenza e disparità di trattamento sarebbe stata così determinata. Ma neppure vi sarebbe stato un inadempimento alle prescrizioni della direttiva che, all'art. 21, imponeva agli Stati membri di adottare le misure necessarie per conformarvisi entro il 1° agosto 2022 ⁽⁵⁾: con la previsione dell'efficacia retroattiva, infatti, l'effetto della copertura della disciplina novellata a tutti i rapporti, instaurati e instaurandi, al primo giorno del mese di agosto sarebbe stato conseguito e nessun vuoto di tutela sarebbe stato determinato; l'Italia, dal canto suo e su un altro piano, avrebbe rispettato il dettato europeo avendo approvato il testo di recepimento interno entro il termine previsto.

Sotto altro aspetto, non si può nemmeno ritenere che il legislatore abbia optato per tale soluzione perché così si è premurato di concedere alle imprese un periodo transitorio per consentir loro di uniformarsi ai nuovi e più stringenti obblighi: per tale esigenza, infatti, ha previsto l'applicazione della novella su domanda dell'interessato e non automaticamente, disponendone, però, comunque la validità ed efficacia rispetto a tutti i lavoratori già assunti al primo di agosto, addirittura dopo la pubblicazione e prima dell'entrata in vigore.

Nella trasposizione dello schema in testo definitivo, è stata modificata la lettera della disposizione e, preoccupandosi di rispettare la scadenza del primo agosto a tutti i

⁽¹⁾ Per la determinazione del campo di applicazione del d.lgs. n. 104/2022, si rinvia ai contributi di F. CHIETERA, F. FERRARO e G. PISTORE, in questo volume, tomo I, parte II, sez. I.

⁽²⁾ Cfr. artt. 11, comma 1, 12 e 14 disp. prel. c.c.

⁽³⁾ Il d.lgs. n. 152/1997 è attuativo della direttiva 91/533/CEE concernente l'obbligo del datore di lavoro di informare il lavoratore delle condizioni applicabili al contratto o al rapporto di lavoro.

⁽⁴⁾ Approvato in via preliminare dal Consiglio dei Ministri il 31 marzo 2022, trasmesso a parere il 1° aprile 2022 e infine approvato in via definitiva come da comunicato stampa del 22 giugno 2022.

⁽⁵⁾ L'art. 21 della direttiva (UE) 2019/1152, rubricato *Recepimento e attuazione*, al § 1 dispone: «Gli Stati membri adottano le misure necessarie per conformarsi alla presente direttiva entro il 1° agosto 2022».

contratti stipulati entro quella data, ci si è dimenticati di includere le assunzioni intervenute nei giorni della *vacatio legis* ⁽⁶⁾.

In tale modo non solo è stato ristretto l'ambito di applicazione soggettivo e temporale della riforma, ma si è data origine ad un'illegittima disparità di trattamento tra lavoratori, ai fini della disciplina sulla trasparenza, sulla base della sola data di assunzione, lasciando così ai datori di lavoro e agli operatori del diritto un problema di rilievo pratico e applicativo non irrilevante ⁽⁷⁾.

2. La rilevanza pratica e sanzionatoria della questione

La questione non è meramente esegetica e teorica, ma ha chiari riflessi pratici e sanzionatori: individuare la corretta normativa sulla trasparenza che deve essere rispettata in ciascun rapporto di lavoro, infatti, significa di conseguenza anche identificare la disciplina sanzionatoria che potrebbe applicarsi al datore di lavoro inadempiente, con indubbie implicazioni di ordine economico ⁽⁸⁾.

Sotto questo aspetto, a venire in rilievo è il combinato disposto degli artt. 4, co. 1, lett. e (che ha modificato l'art. 4, d.lgs. n. 152/1997, recante la disciplina previgente in tema di trasparenza dei contratti di lavoro e che sanziona la mancata attuazione degli obblighi di trasparenza per i nuovi assunti), e 16, co. 2, del decreto in commento, che estende le medesime sanzioni a tutela dei lavoratori già assunti al primo giorno del mese di agosto 2022.

Le disposizioni citate prevedono che nei rapporti già instaurati a tale data gli obblighi di informazione prescritti sorgano sulla base e in forza della richiesta scritta del lavoratore di «fornire, aggiornare o integrare le informazioni di cui di cui agli artt. 1, 1-*bis*, 2 e 3 del decreto legislativo 26 maggio 1997, n. 152, come modificati dall'articolo 4 del presente decreto». Questi, pertanto, deve espressamente chiedere che la disciplina del suo rapporto di lavoro venga aggiornata alle previsioni del d.lgs. n. 104, cit., e solamente nel caso in cui il datore faccia decorrere invano il termine di trenta giorni a ciò assegnatogli, rendendosi inadempiente alla richiesta del prestatore, l'illecito amministrativo è integrato e può, così, essere sanzionato, dopo le rituali indagini ispettive. Diversamente, per coloro che sono assunti a far data dal 13 agosto 2022, il nuovo testo dell'art. 4, d.lgs. n. 152/1997 dispone che «il lavoratore denuncia il mancato, ritardato, incompleto o inesatto assolvimento degli obblighi di cui agli articoli 1, 1-*bis*, 2, e 3, e 5, co.2, all'Ispettorato nazionale del lavoro che, compiuti i necessari accertamenti di cui alla legge 24 novembre 1981, n. 689, applica la sanzione prevista all'articolo 19, comma 2, del decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276», nella nuova e vigente versione. In questo caso, i nuovi diritti di informazione nascono nella loro integralità direttamente con l'assunzione, in via automatica, ma l'intervento del lavoratore è comunque necessario e richiesto per azionare i meccanismi di tutela previsti,

⁽⁶⁾ Nello stesso senso anche G. PROIA, *Le novità, sistemiche e di dettaglio, del decreto trasparenza*, in *MGL*, 2022, n. 3, p. 571 ss., spec. p. 601 ss.

⁽⁷⁾ Per il rilievo e l'importanza sistemica della novella legislativa, si rinvia ai contributi della parte I di questo volume.

⁽⁸⁾ Per un approfondito esame della novella in tema di sanzioni, si rinvia *infra* a S. ROSSI, in questo volume, tomo I, parte II, sez. II.

dovendo espressamente denunciare l'illegittimità della condotta del proprio datore di lavoro all'Ispettorato Nazionale del Lavoro (INL) che procederà, se del caso, ad applicare le sanzioni accertate.

Il meccanismo sanzionatorio costruito nelle due ipotesi appena descritte è diverso, ma sembra rispondere ad una medesima *ratio* sostanzialista, quella cioè di subordinare l'applicazione delle sanzioni al datore di lavoro che non adempia correttamente ai nuovi obblighi informativi alla attivazione del lavoratore nella richiesta di intervento dell'Ispettorato, quasi una querela di parte, tanto per utilizzare un meccanismo arcinoto del diritto penale.

Il ruolo della positiva opzione del lavoratore per la disciplina del decreto n. 104, però, è diverso nelle due ipotesi: a regime, e quindi per tutti gli assunti a far data dal 13 agosto, la denuncia del lavoratore è necessaria unicamente a far attivare il procedimento ispettivo e sanzionatorio dell'INL ogni volta che il datore non renda le comunicazioni dovute. Nel periodo transitorio, invece, e per tutti gli assunti antecedentemente al primo di agosto, la richiesta scritta del lavoratore esprime la volontà di questi a che il suo rapporto venga aggiornato alle prescrizioni del d.lgs. n. 104/2022 e mira a fare sì che il datore vi ottemperi entro trenta giorni. Nel caso in cui, però, non adempia nei termini, l'INL sembra poter procedere anche d'ufficio dal momento che l'art. 16, co. 2, d.lgs. n. 104/2022, non rinvia all'art. 4, d.lgs. n. 152/1997, che invece richiede la denuncia del lavoratore, ma solo all'art. 19, co. 2, d.lgs. n. 276/2003 e alla sanzione rinforzata lì prevista.

Sia pure con le distinzioni illustrate, in ogni caso è la stessa costruzione normativa che induce a ritenere come l'Ispettorato non possa d'ufficio dare inizio ad un procedimento ispettivo e poi sanzionare il datore di lavoro per mancato rispetto degli obblighi informativi disposti dal decreto, senza che il lavoratore abbia previamente espresso la propria volontà di far valere la tutela ivi prevista.

Una tale conclusione rispetta e si pone in linea con le generali regole di interpretazione delle leggi afflittive e sanzionatorie ⁽⁹⁾, ma sembra soprattutto rispondere a considerazioni di opportunità che il legislatore ha fatto proprie: per tale via si consente di modulare, secondo le effettive e concrete esigenze dei prestatori che richiedano espressamente di volersi avvalere della disciplina e della tutela offerta dal d.lgs. n. 104 in commento, i nuovi adempimenti che la riforma pone a carico del datore di lavoro, cui viene imposto, con effetto retroattivo, di creare un sistema informativo per tutti i lavoratori non solo dipendenti, ma parti di qualsiasi altro tipo di rapporto di lavoro anche autonomo, continuativo o occasionale, per i quali, in passato, non era prevista alcuna formalizzazione.

Si consenta, però, di evidenziare come il subordinare l'intervento pubblico ispettivo ai casi in cui il lavoratore non ottenga dal datore le risposte cui ha invece diritto determina una contrazione e uno svilimento dei diritti dei prestatori di lavoro e della forza innovatrice della stessa riforma.

Se, infatti, un meccanismo del genere può determinare effetti minimi o nulli rispetto a lavoratori consapevoli, con un buon livello culturale e comunque resi edotti sul

⁽⁹⁾ Sulla base della regola generale di cui all'art. 1, comma 2, della l. n. 689/1981, le disposizioni in esame, prevedendo sanzioni di tipo afflittivo, hanno natura eccezionale e sono di stretta interpretazione; se, pertanto, la legge prevede testualmente che l'Ispettorato possa intervenire solo su richiesta o denuncia del lavoratore, non le si può dare alcuna interpretazione estensiva.

significato della propria situazione giuridica e dei diritti e degli obblighi che costituiscono il sinallagma contrattuale, ovvero e soprattutto rispetto a rapporti che si svolgano in un contesto di legalità, consapevolezza e sindacalizzazione ⁽¹⁰⁾, lo stesso non può dirsi in tutte le altre circostanze.

Basti pensare ai numeri sempre troppo alti che si registrano in tema di lavoro grigio, ai lavoratori deboli, come possono essere i cittadini extra Unione europea, gli immigrati, coloro che si trovano in condizione di necessità e bisogno, coloro che non conoscono la lingua italiana. È, per vero, difficile immaginare che tali lavoratori propongano richiesta scritta di applicazione del d.lgs. n. 104/2022 ovvero denunciino all'INL l'inadempimento agli obblighi ivi previsti, il che è paradossale se si pensa che la trasparenza è necessaria proprio per rafforzare la parte contrattuale più debole aumentando la chiarezza delle comunicazioni e la consapevolezza giuridica sulla disciplina applicabile al rapporto.

La novella alla normativa sulla trasparenza poteva, quindi, essere l'occasione per rinforzare, anche dal punto di vista dell'effettività, la posizione dei lavoratori, soprattutto i più deboli, ma l'intervento realizzato non coglie evidentemente del tutto nel segno.

Una terza disciplina sanzionatoria trova applicazione, poi, per i lavoratori assunti negli undici giorni intercorrenti tra il primo e il 13 agosto 2022, i quali sono esclusi – stando quantomeno alla lettera della legge – dal campo di applicazione del d.lgs. n. 104/2022. Le informazioni cui questi hanno diritto in sede di assunzione sono quelle previste dal d.lgs. n. 152/1997 nella versione ovviamente vigente fino al 13 agosto, con le sanzioni – sensibilmente più basse – previste dall'art. 19, d.lgs. n. 276/2003, nel testo in vigore dal primo gennaio 2007 e fino al 12 agosto 2022.

La diversità del trattamento delle due fattispecie è evidente soprattutto rispetto alla severità delle sanzioni amministrative previste ⁽¹¹⁾, ma anche al ruolo della richiesta o denuncia del lavoratore che, mentre ha valore di condizione dell'irrogazione delle pene nello schema del decreto 104, ha un rilievo attenuato nel sistema antecedente, laddove all'attivazione del lavoratore consegue la richiesta dell'Ispettorato del lavoro territorialmente competente di intimazione al datore di lavoro di fornire le informazioni obbligatorie entro il termine di quindici giorni e, solo in un secondo momento, nel caso di inottemperanza alla domanda dell'INL, «si applica al datore di lavoro la sanzione» prevista all'art. 19, d.lgs. n. 176/2003.

⁽¹⁰⁾ In questo contesto si potrebbero venire a trovare in posizione assolutamente centrale le organizzazioni sindacali che potrebbero interloquire per i lavoratori con le aziende al fine di concordare e concertare modalità informative che consentano e assicurino il rispetto contestualizzato dei diritti attribuiti dal d.lgs. n. 104/2022 sulla base delle dimensioni e della complessità dell'organizzazione datoriale. Ciò potrebbe valere soprattutto nelle realtà più importanti e con organico numeroso, ovvero anche in quelle aziende che non applichino (legittimamente) la contrattazione di categoria e che debbano quindi specificare nella comunicazione ogni aspetto del trattamento economico e normativo praticato, ovvero per tutte le forme c.d. atipiche di rapporti di lavoro per le quali, finora, non erano previsti particolari oneri informativi.

⁽¹¹⁾ Per l'esame completo del regime sanzionatorio e del suo inasprimento si rinvia *infra* al contributo di S. ROSSI, cit.

3. La circolare n. 4 del 10 agosto 2022 dell'Ispettorato nazionale del lavoro

La confusione indotta dalla lettura della nuova disciplina tra gli addetti ai lavori ha fatto sì che, nei giorni immediatamente successivi alla sua pubblicazione in Gazzetta ufficiale, il decreto n. 104, il cui percorso di formazione era passato fino a quel momento sottotraccia, è divenuto oggetto di un qualificato dibattito pubblico, anche per i profili e le criticità di diritto intertemporale e della disciplina transitoria ⁽¹²⁾.

Il 10 agosto 2022 è intervenuto l'INL con la circolare n. 4/2022, recante «prime indicazioni» per l'applicazione del d.lgs. n. 104, ponendo il problema di diritto intertemporale sin qui illustrato ⁽¹³⁾ e cercando di offrirvi una ragionevole soluzione.

Chiarisce l'INL che, per un «disallineamento temporale» di più di un mese trascorso tra la data di emanazione e quella di pubblicazione, «la lettera della norma non sembra interessare direttamente i rapporti di lavoro instaurati tra il 2 ed il 12 di agosto 2022, rispetto ai quali trovano comunque applicazione i medesimi principi di trasparenza, solidarietà contrattuale e parità di trattamento tra lavoratori che fondano la novella normativa, cosicché anche questi ultimi possono richiedere l'eventuale integrazione delle informazioni relative al proprio rapporto di lavoro» ⁽¹⁴⁾.

Il 20 settembre lo stesso Ministero del lavoro e delle politiche sociali ha diramato la [circolare n. 19/2022](#) con cui, rendendo prime indicazioni interpretative «anche in considerazione delle richieste di chiarimento finora pervenute», ha fatto propri i contenuti della citata circolare dell'INL, ricordando espressamente i due documenti «con l'obiettivo di approfondire ulteriori aspetti, nella consapevolezza che - a fronte di un testo normativo particolarmente ricco di elementi innovativi - verranno esaminate in questa sede le questioni più rilevanti [...] e le innovazioni che meritano un primo approccio interpretativo».

Il punto 6 della circolare ministeriale si limita a rinviare alle indicazioni già espresse nella circolare dell'INL, non aggiungendo nulla di più, volendo avvallare l'operato interpretativo dell'Ispettorato quasi attribuendo valenza di interpretazione autentica dell'art. 16.

Sulla reale portata delle circolari citate occorre, però, svolgere qualche riflessione sia di merito, cioè sul piano della soluzione del problema intertemporale descritto, sia di metodo, sul piano, quindi, della gerarchia delle fonti.

⁽¹²⁾ Diversi Collegi di rappresentanti degli Ordini dei Consulenti del lavoro hanno richiesto l'intervento dell'INL, oltre che del Consiglio nazionale dell'Ordine stesso, che ha indirizzato due lettere, una datata [1° agosto 2022, prot. 0005414/U](#), e l'altra [3 agosto 2022, prot. 0005469/U](#), evidenziando tutte le criticità che la novella comporta per i datori di lavoro e i consulenti stessi, concludendo per la richiesta di revisione immediata del d.lgs. n. 104/2022 volta ad intervenire attivamente sulle criticità segnalate e, più in particolare, sulla data di entrata in vigore dello stesso, ovvero in subordine di differimento del momento di decorrenza della sanzionabilità dell'eventuale inadempimento a tutela dei professionisti e delle imprese.

⁽¹³⁾ Si legge nella prima pagina della circolare, infatti, che «Il decreto entra in vigore il 13 agosto p.v. e presenta un disallineamento temporale fra la data di emanazione e quella di pubblicazione sulla Gazzetta Ufficiale che rende necessaria un'attività interpretativa delle disposizioni transitorie dell'art. 16, su cui ci si soffermerà infra».

⁽¹⁴⁾ Così, testualmente, scrive l'INL nella citata circolare, p. 9.

Con la circolare n. 4, l'Ispettorato ha provato a porvi rimedio adottando un approccio pratico e risolutivo⁽¹⁵⁾ e prevedendo che, nonostante la lettera della legge, alle assunzioni intervenute tra il 2 e il 12 agosto 2022 si applicano «comunque» gli stessi «principi di trasparenza, solidarietà contrattuale e parità di trattamento tra lavoratori che fondano la novella normativa», principi fondamentali di rango costituzionale e già riconosciuti a ciascun lavoratore da fonti normative ordinarie di carattere imperativo e generale. L'Ispettorato, pertanto, promuove e applica un'interpretazione non letterale della norma, ma estensiva, basata sulla *ratio legis*, con l'obiettivo e il risultato, di evitare una irragionevole disparità di trattamento, offrendo, proprio in virtù del carattere fondamentale dei diritti ricordati, anche ai lavoratori assunti nel corso di quegli undici giorni la possibilità di «richiedere l'eventuale integrazione delle informazioni relative al proprio rapporto di lavoro».

4. Le questioni aperte. Spunti di riflessione

Le circolari citate, nell'includere anche i lavoratori venutisi a trovare nel limbo, fanno riferimenti letterari espliciti unicamente agli obblighi di trasparenza, che rappresentano solo una parte del contenuto del decreto in commento, rimanendone estromessi invece i precetti del capo terzo, sulle prescrizioni minime relative alle condizioni di lavoro, e quarto, relativo alle misure di tutela.

Soprattutto in riferimento alle prescrizioni minime di tutela, la soluzione adottata dall'INL pone ulteriori questioni di legittimità e ragionevolezza.

Lo stesso art. 16, al terzo comma, espressamente prevede che, pure in mancanza della richiesta di aggiornamento o integrazione del lavoratore già in forze al primo agosto 2022, «i diritti minimi di cui agli articoli del Capo III» del decreto non sono preclusi e, quindi, si applicano automaticamente, senza necessità di alcuna manifestazione di volontà specifica del prestatore, vista proprio la loro natura di costituenti lo *status* minimo di tutela che non può non essere riconosciuta a qualunque lavoratore⁽¹⁶⁾. Come possono, allora, non considerarsi estesi nella loro applicazione anche ai lavoratori assunti nel periodo tra il 2 e il 12 agosto? La posizione sostanzialista assunta dall'INL, pertanto, non può non essere interpretata nel senso di includere anche i diritti minimi disciplinati nel Capo III del decreto in commento tra quelli estesi ai lavoratori che originariamente ne erano esclusi.

Ma più radicalmente, può una circolare amministrativa colmare una lacuna legislativa, tra l'altro di tale portata generale, fondamentale e sanzionatoria?

Di fronte a posizioni giurisprudenziali che negano il carattere vincolante delle circolari amministrative rispetto ai cittadini, alle aziende ovvero al giudice, essendo atti che non rappresentano fonte di diritto e che, per questo, dovrebbero limitarsi a fornire

⁽¹⁵⁾ Con la circ. n. 4/2022, l'INL adotta lo stesso approccio pratico e risolutivo delle questioni interpretative *medio tempore* sorte per ogni aspetto della normativa del d.lgs. n. 104/2022, a riprova della volontà di fare sì che la normativa sia effettivamente applicata, a dispetto anche di una *littera legis* non sempre chiara.

⁽¹⁶⁾ Si rinvia, per l'analisi compiuta di questi aspetti, ai contributi del tomo I, parte II, sez. III, di questo volume.

indicazioni utili agli uffici preposti sul territorio all'attuazione delle norme stesse ⁽¹⁷⁾, la realtà pone l'operatore del diritto dinanzi a testi aventi valore ben diverso.

La stessa circolare del 10 agosto 2022, pure se formalmente è catalogata come atto recante indicazioni operative e interpretative a corredo di un testo normativo nuovo, emanato e reso pubblico prima dell'entrata in vigore di quest'ultimo, è, propriamente, una circolare amministrativa quanto al soggetto emanante, ma normativa quanto al contenuto, dettando, almeno in tema di disciplina transitoria, specifiche norme giuridiche. Le circolari di questo genere, espressione di un rapporto di supremazia particolare interno ai vari comparti della pubblica amministrazione, assumono una peculiare connotazione intersoggettiva, dal momento che «si rivolgono congiuntamente ad organi subordinati e a terzi soggetti appartenenti all'amministrazione pubblica, e condizionano pienamente, anche se in maniera indiretta, l'attività dei consociati» ⁽¹⁸⁾.

La peculiarità, cui si è accennato, è che qui – come spesso accade anche in altre ipotesi ⁽¹⁹⁾ – la circolare dell'INL interviene sul merito della disciplina del decreto legislativo che necessitava di chiarimenti, estendendo, sia pure in parte, quella normativa a soggetti che letteralmente ne sarebbero rimasti esclusi – ed è qui la funzione normativa e innovativa dell'atto – e, successivamente, è lo stesso Ministero del lavoro a fare proprie le precedenti parole dell'Ispettorato. Sono, pertanto, i medesimi tecnici che elaborano il testo normativo principale e che in un secondo momento ne illustrano o ne modificano la portata attraverso, proprio, quelle circolari che, evidentemente, ricoprono un ruolo centrale nella corretta applicazione e interpretazione della legge, anche se non ricoprono il ruolo di fonte del diritto in senso proprio.

Premesse, quindi, le superiori considerazioni di metodo, si deve comunque prendere atto degli indirizzi interpretativi e di condotta che gli enti preposti all'attuazione della riforma hanno diramato a tutti gli uffici e considerare estesa ai lavoratori assunti tra il 2 e il 12 agosto dell'anno in corso la disciplina di base in tema di trasparenza e la facoltà di «richiedere l'eventuale integrazione delle informazioni relative al proprio rapporto di lavoro», con tutto ciò che ne consegue in termini di inadempimento nei sessanta giorni seguenti e di sanzionabilità aggravata rispetto alla previgente normativa di cui al d.lgs. n. 152/1997.

⁽¹⁷⁾ Si guardi, tra le altre, alle sentenze di legittimità di seguito riportate: Cass. 17 novembre 1995, n. 11931; Cass. 10 novembre 2000, n. 14619; Cass. 6 agosto 2008, n. 21154; Cass. 5 marzo 2014, n. 5137; Cass. 10 marzo 2017, n. 6185; si vedano altresì le sentenze C. Stato 12 giugno 2012, n. 3457, e C. Stato 7 marzo 2017, n. 567; nonché la recente sentenza C. cost. 4 marzo 2019, n. 33.

⁽¹⁸⁾ A. CATELANI, [Le circolari della Pubblica Amministrazione quali fonti amministrative per la crisi della pandemia](#), in *Società e Diritti*, 2021, n. 11.

⁽¹⁹⁾ Nel corso della crisi emergenziale pandemica, tanto è stato scritto sul rapporto tra le fonti del diritto, sul rispetto del principio di legalità, legittimità e di gerarchia che governa il sistema normativo italiano, rispetto soprattutto al ruolo ricoperto dagli atti normativi secondari, o amministrativi, che in una successione vorticosa e frenetica hanno più di una volta regolato materie non (ancora) coperte dalla legge – che poi è intervenuta successivamente a fare propria quella disciplina già pienamente vigente ed efficace – ovvero derogato a disposizioni di rango superiore. Per un approfondimento del tema si rinvia, *ex plurimis*, a M. LUCIANI, [Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza](#), *Rivista AIC*, 2020, n. 2, pp. 109-141; U. DE SIERVO, [Emergenza Covid e sistema delle fonti: prime impressioni](#), in *Osservatorio sulle Fonti*, 2020, n. speciale, pp. 299-312; A. RUGGERI, [Il disordine delle fonti e la piramide rovesciata al tempo del Covid-19](#), in *Consulta Online*, 2020, n. III, pp. 684-697; B. PASTORE, [Le fonti del diritto al tempo dell'emergenza pandemica. Note su alcune tendenze in atto](#), in *Società e Diritti*, 2021, n. 11.

Difficile rimane l'individuazione degli obblighi di trasparenza che gravano sul datore anche per i lavoratori assunti in quegli undici giorni, posto che la circolare fa riferimento solo ai «principi di trasparenza, solidarietà contrattuale e parità di trattamento tra lavoratori che fondano la novella normativa» e non menziona affatto né le disposizioni portate nel capo terzo, relativo alle prescrizioni minime relative alle condizioni di lavoro, né quelle del capo quarto, sulle misure di tutela.

Ciononostante, adottando lo stesso approccio pragmatico e sostanzialista cui si è conformato l'Ispettorato nazionale del lavoro e il Ministero del lavoro proponente, non si vedrebbe alcun motivo per non ritenere estesa a detti lavoratori, sempre a domanda, l'intera disciplina del d.lgs. n. 104. Anche in forza della motivazione per cui ciò significherebbe applicare un trattamento di miglior favore per i prestatori rispetto a quanto non si otterrebbe con il precedente testo normativo, il d.lgs. n. 152/1997, posta l'interpretazione già disposta per il tramite delle circolari amministrative, è naturale considerare quanto meno anche l'intero capo terzo esteso ai rapporti di lavoro instaurati tra il 2 e il 12 agosto.

Le modalità di comunicazione delle informazioni

di Francesca Nardelli

Abstract – Il contributo si propone di illustrare le modalità di comunicazione delle informazioni e i tempi di adempimento degli obblighi informativi prescritti dagli artt. 3 e 4, d.lgs. 27 giugno 2022, n. 104, con l'intento di offrire una soluzione rispetto ai dubbi interpretativi sorti sul punto nonché di evidenziare alcuni profili critici della disciplina.

Abstract – The essay aims to illustrate the methods of communication of information and the timing to inform prescribed by articles 3 and 4, d.lgs. 27 June 2022, n. 104, with the aim of offering a solution to the interpretative doubts that have arisen on this point as well as highlighting some critical profiles of the discipline.

Sommario: 1. Modalità di comunicazione delle informazioni e conservazione dei dati. – 2. Termini di adempimento degli obblighi informativi.

1. Modalità di comunicazione delle informazioni e conservazione dei dati

Con il d.lgs. n. 104 del 2022, cd. decreto Trasparenza ⁽¹⁾, il legislatore ha previsto ulteriori misure di tutela in favore dei lavoratori, ha dettato prescrizioni minime relative alle condizioni di lavoro e ha imposto ai datori di lavoro e ai committenti ⁽²⁾ nuovi obblighi di informazione in favore dei prestatori di lavoro, stabilendo altresì precisi termini di adempimento nonché peculiari modalità di comunicazione delle informazioni medesime.

In particolare, l'art. 3, co. 1, del decreto citato prevede tre distinti obblighi gravanti sul datore di lavoro o committente.

In primo luogo, questi è tenuto a comunicare le informazioni, in modo chiaro e trasparente, in formato cartaceo oppure elettronico, onde agevolare il più possibile l'assolvimento degli obblighi informativi. Sul punto, l'Ispettorato Nazionale del Lavoro ha chiarito, con circolare n. 4 del 10 agosto 2022, che la comunicazione può avvenire,

⁽¹⁾ Per i primi commenti alla disciplina introdotta, si vedano M. MARAZZA, F. D'AVERSA, *Dialoghi sulla fattispecie dei "sistemi decisionali o di monitoraggio automatizzati" nel rapporto di lavoro (a partire dal Decreto trasparenza)*, in *giustiziacivile.com*, 8 novembre 2022; M. MARRUCCI, *Sulla moltitudine degli obblighi d'informazione ai lavoratori introdotti con l'attuazione della normativa comunitaria relativa a condizioni di lavoro trasparenti e prevedibili*, in *www.rivistalabor.it*, 1° settembre 2022; A. TURSI, *Il "decreto trasparenza": profili sistematici e problematici*, in *LDE*, 2022, n. 3, p. 2 ss.

⁽²⁾ Art. 4, comma 5, d.lgs. n. 104/2022.

a titolo esemplificativo, con e-mail personale comunicata dal lavoratore, e-mail aziendale messa a disposizione dal datore di lavoro o attraverso la messa a disposizione sulla rete intranet aziendale dei relativi documenti tramite consegna di password personale al lavoratore.

In secondo luogo, la disposizione prevede che tali informazioni debbano essere rese accessibili al lavoratore.

Infine, si impone al datore di lavoro di conservare la prova della trasmissione o della ricezione della comunicazione delle informazioni per il quinquennio successivo alla cessazione del rapporto di lavoro.

Con riguardo ai caratteri della chiarezza e della trasparenza della comunicazione, si può ritenere, mutuando la disciplina contenuta nel Regolamento generale sulla protezione dei dati UE/2016/679 ⁽³⁾, cd. GDPR, che essa sia tale quando avviene in forma concisa, intellegibile e facilmente accessibile, con un linguaggio semplice e chiaro.

Una volta comunicate, le informazioni devono risultare accessibili al lavoratore.

Nel silenzio della norma in relazione alle modalità di accesso ai dati, può ritenersi applicabile il co. 3 dell'art. 1-*bis*, d.lgs. n. 152 del 1997, così integrato, con cui è stato previsto il diritto del lavoratore, in tema di obblighi informativi nel caso di utilizzo di sistemi decisionali o di monitoraggio automatizzati ⁽⁴⁾, di accedere ai dati e di richiedere ulteriori informazioni, direttamente o per il tramite delle rappresentanze sindacali aziendali o territoriali. All'esito della richiesta, il datore di lavoro o il committente sarà tenuto a fornire i dati richiesti e a rispondere per iscritto entro i successivi trenta giorni.

Con riferimento all'obbligo di conservare i dati sino allo scadere dei cinque anni successivi alla conclusione del rapporto di lavoro, la lettera della norma sembra ritenere indifferente, ai fini dell'accertamento di avvenuta comunicazione delle informazioni, la «prova della trasmissione o della ricezione».

Se, tuttavia, il fine ultimo della normativa è quello di assicurare ai lavoratori la conoscenza effettiva delle informazioni, come dimostra anche la direttiva (UE) 2019/1152 che esalta il carattere fondamentale del diritto alla protezione giuridica effettiva ⁽⁵⁾, allora la mera trasmissione delle informazioni potrebbe non rilevarsi sufficiente a tal fine. Pertanto, appare preferibile che il destinatario degli obblighi conservi copia di avvenuta ricezione da parte del lavoratore avvalendosi anche di sistemi elettronici in grado di accertare la presa visione da parte di questi ultimi.

L'obbligo di conservazione produce alcuni effetti anche in materia di privacy.

Infatti, alla luce dei nuovi adempimenti imposti, si renderà necessario aggiornare le note informative da fornire ai lavoratori ai sensi dell'art. 13 GDPR, le lettere di incarico al trattamento dei dati e il registro dei trattamenti, ai sensi degli artt. 24 e 30 del Regolamento, e valutare l'opportunità di revisionare la valutazione dei rischi e di procedere alla valutazione di impatto sulla protezione dei dati in virtù degli artt. 32 e 35 GDPR.

⁽³⁾ Si veda, in particolare, l'art. 12 del regolamento generale sulla protezione dei dati UE/2016/679, richiamato, da ultimo, dal Garante per la protezione dei dati personali con nota 24 gennaio 2023, recante *Questioni interpretative e applicative in materia di protezione dei dati connesse all'entrata in vigore del d.lgs. 27 giugno 2022, n. 104 in materia di condizioni di lavoro trasparenti e prevedibili (c.d. "Decreto Trasparenza")*.

⁽⁴⁾ Sul punto si rinvia al contributo di C. SCHIAVONE, in questa sezione.

⁽⁵⁾ Si veda il considerando 41 della direttiva.

Infine, rinviando oltre per un maggiore approfondimento ⁽⁶⁾, è emerso come l'obbligo di conservazione della prova della trasmissione o della ricezione delle informazioni sia privo, in caso di violazione, di un rimedio sanzionatorio. L'Ispettorato Nazionale del Lavoro, al riguardo, ha tuttavia precisato ⁽⁷⁾ che, in caso di inosservanza, i relativi obblighi saranno da ritenersi omessi e troveranno applicazione le sanzioni previste nel novellato art. 19, co. 2, del d.lgs. n. 276/2003.

2. Termini di adempimento degli obblighi informativi

In concreto, ai sensi del novellato art. 1, co. 2, d.lgs. n. 152/1997 ⁽⁸⁾, l'obbligo informativo può ritenersi assolto mediante la consegna al lavoratore, in via alternativa, del contratto individuale di lavoro redatto per iscritto ovvero della copia della comunicazione di instaurazione del rapporto di lavoro di cui all'articolo 9-*bis* del d.l. 1° ottobre 1996, n. 510, convertito, con modificazioni, dalla l. 28 novembre 1996, n. 608 ⁽⁹⁾.

Rispetto alla formulazione originaria dell'art. 1, d.lgs. n. 152 del 1997, che faceva generico riferimento ad «ogni altro documento scritto», emerge come il legislatore abbia questa volta considerato il contratto di lavoro e la copia della comunicazione di cui all'art. 9-*bis* cit. come gli unici documenti in grado di soddisfare l'obbligo di informazione in favore del lavoratore. Pertanto, nel caso in cui il datore di lavoro o il committente ricorra ad altro documento scritto, diverso da quelli menzionati *ex lege*, l'obbligo si riterrà inadempito.

Con riguardo ai tempi di adempimento dell'obbligo, il legislatore detta tre precisi termini: il primo da rispettare nella generalità dei casi; i restanti due da osservare in via residuale. In particolare, la consegna al lavoratore deve avvenire:

- 1) in via generale, all'atto dell'instaurazione del rapporto di lavoro e prima dell'inizio dell'attività lavorativa;
- 2) laddove, eventualmente, le informazioni ⁽¹⁰⁾ elencate all'art. 1, co. 1, d.lgs. n. 152 del 1997 ⁽¹¹⁾, non siano contenute nei predetti documenti, esse, ai sensi di quanto disposto nel terzo co., dovranno «in ogni caso» essere fornite al lavoratore per iscritto entro i sette giorni successivi all'inizio della prestazione lavorativa. L'inadempimento dell'obbligo, pertanto, potrà essere accertato soltanto allo scadere dei sette giorni.
- 3) Ancora, le informazioni di cui al novellato art. 1, co. 1, lett. *g, i, l, m, q, r*, possono essere fornite al lavoratore entro un mese dall'inizio della prestazione lavorativa.

Si tratta, in particolare, dell'identità delle imprese utilizzatrici, nel caso di lavoratori dipendenti da agenzia di somministrazione di lavoro; del diritto a ricevere la formazione erogata dal datore di lavoro, se prevista; della durata del congedo per ferie nonché degli altri congedi retribuiti cui ha diritto il lavoratore o, se ciò non può essere indicato all'atto dell'informazione, delle modalità di determinazione e di fruizione degli stessi; della procedura, della forma e dei termini del preavviso in caso di recesso

⁽⁶⁾ Si rinvia al contributo di S. ROSSI, in questa sezione.

⁽⁷⁾ Cfr. circ. 10 agosto 2022, n. 4.

⁽⁸⁾ Modificato dall'art. 4 del d.lgs. n. 104/2022.

⁽⁹⁾ Art. 1, comma 2, lett. *a e b*, d.lgs. n. 152/1997.

⁽¹⁰⁾ Per un compiuto approfondimento relativo all'oggetto dell'obbligo di informazione si rinvia ai contributi di L. MANNARELLI, G. PIGLALARMI, L. SCARANO, in questa sezione.

⁽¹¹⁾ Come modificato dall'art. 4 del d.lgs. n. 104/2022.

del datore di lavoro o del lavoratore; del contratto collettivo, anche aziendale, applicato al rapporto di lavoro, con l'indicazione delle parti che lo hanno sottoscritto; degli enti e degli istituti che ricevono i contributi previdenziali e assicurativi dovuti dal datore di lavoro e di qualunque forma di protezione in materia di sicurezza sociale fornita dal datore di lavoro stesso.

In relazione al *dies a quo* a partire dal quale comincia il computo del mese, la direttiva (UE) 2019/1152 cit. precisa che l'inizio della prestazione lavorativa coincide con «il primo giorno di lavoro» ossia con «l'inizio effettivo della prestazione di lavoro da parte del lavoratore» ⁽¹²⁾.

Con riguardo, invece, al *dies ad quem*, l'Ispettorato Nazionale del Lavoro, con circolare n. 4 del 2022, ha precisato che tali informazioni devono essere consegnate al lavoratore «entro il corrispondente giorno del mese successivo a quello di insorgenza dell'obbligo».

Ulteriori termini di adempimento sono previsti in due particolari ipotesi.

La prima, contemplata dall'art. 1, co. 4, d.lgs. n. 152 del 1997 ⁽¹³⁾, riguarda il caso di cessazione del rapporto di lavoro prima del decorso di un mese dalla data di relativa instaurazione. In questa ipotesi, il datore di lavoro o il committente, allorquando non abbia già adempiuto all'obbligo, sarà tenuto a consegnare, al momento della conclusione del rapporto medesimo, una dichiarazione scritta che riporti le informazioni di cui al co. 1. Si tratta di una prescrizione già presente nella formulazione originaria dell'art. 1, d.lgs. n. 152 del 1997.

La seconda, contemplata dall'art. 16 del decreto Trasparenza, riguarda i lavoratori già assunti alla data del 1° agosto. Nello specifico, su richiesta scritta del lavoratore, il datore di lavoro o il committente sarà obbligato a fornire, aggiornare o integrare entro sessanta giorni le informazioni di cui agli articoli 1, 1-*bis*, 2 e 3 del d.lgs. n.152 del 1997, come modificati dall'art. 4 del d.lgs. n. 104 del 2022.

Sul punto, si riscontra un disallineamento temporale tra la data del 1° agosto e quella del 13 agosto, data di entrata in vigore del decreto.

L'Ispettorato Nazionale del Lavoro, tuttavia, ha precisato ⁽¹⁴⁾ che, sebbene la lettera della norma induca a ritenere esclusi dal suo campo di applicazione i rapporti di lavoro instaurati tra il 2 ed il 12 di agosto 2022, i principi di trasparenza, solidarietà contrattuale e parità di trattamento legittimano i lavoratori assunti nel predetto periodo temporale a richiedere l'eventuale integrazione delle informazioni relative al proprio rapporto di lavoro.

⁽¹²⁾ Si veda il considerando 23 della direttiva.

⁽¹³⁾ Come modificato dall'art. 4 del d.lgs. n. 104/2022.

⁽¹⁴⁾ Cfr. circ. n. 4/2022.

Eccessi di trasparenza: la (im)possibilità di rinviare alla contrattazione collettiva per informare il lavoratore

di Luca Calcaterra

Abstract – Sebbene la direttiva (UE) 2019/1152 all’art. 4, § 3 consenta il rinvio al contratto collettivo per fornire al lavoratore una serie non piccola di informazioni relative al rapporto di lavoro, il d.lgs. n. 104/2022 non solo non si è avvalso di questa possibile semplificazione, richiedendo dunque che le informazioni da fornire siano contenute nel testo contrattuale o nell’informativa consegnati al lavoratore, ma ha anche abrogato il riferimento presente nell’art. 1, co. 4, d.lgs. n. 152/1997 alla possibilità di rinviare alle norme del contratto collettivo applicato al lavoratore per informare quest’ultimo della disciplina di alcuni istituti. Di fronte a questa opzione del legislatore, foriera di non pochi problemi pratici per le imprese, il Ministero del Lavoro e l’Ispettorato Nazionale del Lavoro si sono però pronunciati comunque in senso favorevole alla possibilità per il datore di lavoro di fare rinvio al contratto collettivo per le informazioni da fornire al lavoratore.

Abstract – Under art. 4, § 3 of the EU Directive 2019/1152 the reference to collective agreements to grant relevant information to the employee is allowed. Nevertheless the Italian legislator has not recognized this possibility. Under Legislative Decree 104/2022 there is no such a chance, and the reference to collective agreements in order to inform the employees about the regulation of some aspects of the employment relationships disappears as art. 1, § 4 of Legislative Decree 152/1997 has been abrogated by the new Decree. This choice is likely to trouble employers significantly in practical terms, but the Ministry of Labour and the National Labour Inspectorate are adopting official acts in order to allow the reference to collective agreements, in accordance with the provisions of the EU Directive.

Sommario: 1. Premessa. – 2. Il concetto di trasparenza e la intellegibilità del contratto collettivo. – 3. Decreto Trasparenza o Decreto Riequilibrio? – 4. Preclusione del rinvio al contratto collettivo con finalità informative e normalità del rinvio per integrazione negoziale. – 5. Il “vuoto” della normativa nazionale riempito in via interpretativa da circolari amministrative “adeguatrici” al testo della direttiva (UE) 2019/1152.

1. Premessa

È in qualche modo singolare trovarsi a commentare una non-norma o, se si preferisce, una norma implicita, vale a dire quella che discende dalla mancata attuazione di una parte di una direttiva. Questo è il caso dell’implicito divieto di rinvio al contratto collettivo per le informazioni da fornire al lavoratore, che si desume dalla mancata attuazione dell’art. 4, § 3 della direttiva (UE) 2019/1152, secondo cui «le informazioni di cui al paragrafo 2, lettere da g) a l) e lettera o), possono, se del caso, essere fornite

sotto forma di un riferimento alle disposizioni legislative, regolamentari, amministrative o statutarie o ai contratti collettivi che disciplinano tali punti»⁽¹⁾. Il d.lgs. 27 giugno 2022, n. 104, che di quella direttiva rappresenta lo strumento attuativo nell'ordinamento italiano, non solo non si è avvalso di questa possibile semplificazione, ma ha anche abrogato il riferimento presente nell'art. 1, co. 4, d.lgs. n. 152/1997 alla possibilità di rinviare alle norme del contratto collettivo applicato al lavoratore per quanto concerne inquadramento e mansioni, ammontare, composizione e tempi di corrispondenza della retribuzione, durata e modalità di fruizione delle ferie, orario di lavoro e, infine, termini di preavviso in caso di recesso. Il risultato è dunque che le informazioni da fornire al lavoratore devono necessariamente essere contenute nel testo del contratto individuale di lavoro o nell'informativa consegnata al lavoratore all'atto dell'assunzione.

Il rigore dell'opzione seguita dal legislatore italiano sollecita l'interprete a valutarne la portata rispetto alla linea "politica" dell'intero strumento normativo, in un'ottica di sistema.

2. Il concetto di trasparenza e la intellegibilità del contratto collettivo

L'interpretazione dello stesso concetto di trasparenza, che viene in sostanza identificata con la inclusione nel contenuto del contratto individuale della disciplina del rapporto di lavoro desta qualche perplessità per la sua rigidità da più punti di vista. In verità la negazione di qualsiasi possibilità di rinvio alla contrattazione collettiva per informare il lavoratore delle condizioni contrattuali in essere non sembra sorretta da adeguata giustificazione.

Non si vuole certo gridare allo scandalo per una norma "anti-contratto collettivo", poiché non si tratta di ridurre gli spazi della contrattazione collettiva; né sembra possibile ritenere "di rottura" una norma che riflette sfiducia nella comprensibilità dello strumento contrattuale collettivo, la cui elefantiasi è spesso evidente.

Vanno però fatte almeno due osservazioni rispetto alla scelta operata dal legislatore italiano. In primo luogo, il contratto collettivo, anche se ipertrofico, non è un testo incomprensibile ed è "ordinato", possedendo spesso un indice che ne aiuta la lettura. Ad avviso di chi scrive il contratto collettivo resta oggi, al contrario, un testo normalmente comprensibile e questa sua caratteristica non potrebbe che essere rafforzata ove un contratto individuale contenesse una "guida" alla lettura, con rinvii a singole clausole del contratto collettivo; qualche dubbio può viceversa sorgere sulla effettiva maggiore intellegibilità di un contratto individuale che riporti integralmente la disciplina del rapporto di lavoro per gli aspetti individuati dal cd. decreto trasparenza. In secondo luogo, se l'intento del legislatore italiano era evitare dei rinvii generici al contratto collettivo, avrebbe potuto essere sufficiente dichiararlo, vale a dire esplicitare l'insufficienza di mere clausole di stile che rinviano genericamente al contratto

⁽¹⁾ La direttiva (UE) 2019/1152 segue la precedente direttiva 1991/533/CEE, sulla base della quale era entrato in vigore il d.lgs. n. 152/1997, sul quale cfr. per tutti C. FALERI, *Asimmetrie informative e tutela del prestatore di lavoro*, Giuffrè, 2007, p. 69 ss. Per la situazione precedente all'entrata in vigore del d.lgs. n. 152/1997 cfr., per tutti, E. GRAGNOLI, *L'informazione nel rapporto di lavoro*, Giappichelli, 1996.

collettivo, poiché queste tradiscono la *ratio* e il senso della normativa europea, prima ancora che di quella italiana.

La norma in questione sembra dunque il frutto di un approccio che irrigidisce la disciplina oltre misura e, soprattutto, oltre la misura voluta dal legislatore europeo, senza tener conto del carico burocratico che in questo modo si fa ricadere sulle imprese. I datori di lavoro si trovano infatti improvvisamente gravati di un onere informativo, potenzialmente di gestione assai complessa specie per le assunzioni simultanee di molti lavoratori. Per non parlare della possibilità che le medesime informazioni siano richieste da lavoratori già in servizio.

3. Decreto Trasparenza o Decreto Riequilibrio?

L'impianto complessivo del decreto e le scelte compiute dal legislatore, ad avviso di chi scrive, rendono peraltro manifesta la volontà di utilizzare l'attuazione della direttiva europea come occasione di un intervento a più ampio spettro teso al riequilibrio delle posizioni contrattuali delle parti ⁽²⁾. Questo obiettivo emerge dall'impianto complessivo del decreto 104/2022 e da diverse sue norme (in particolare quelle del Capo III) ed è alla luce di questa "ambizione" che vanno valutate le norme del decreto e le regole di rigore che esso, esplicitamente o implicitamente, impone.

Se si tiene presente questa premessa e cioè che il riequilibrio delle posizioni contrattuali delle parti sembra essere il vero obiettivo del decreto, un parallelismo di qualche interesse può farsi con l'art. 8 del decreto 104/2022, in particolare per quanto concerne lo iato che questo testo normativo sembra in grado di aprire tra le migliori intenzioni dalle quali il legislatore è animato e le ricadute sul piano pratico che le norme paiono suscettibili di avere nei fatti.

L'approccio di rigore seguito nel respingere l'ipotesi di un rinvio alla contrattazione collettiva per le informazioni che il datore deve fornire al lavoratore sembra infatti non dissimile da quello che ha condotto alla redazione dell'art. 8 ⁽³⁾, norma concepita, probabilmente avendo in mente il problema dei *working poors*, per la tutela degli interessi dei lavoratori che necessitano di svolgere più di un lavoro per garantirsi

⁽²⁾ Una sottolineatura in questo senso mi sembra venga in sostanza dal saggio di G. PROIA, *Trasparenza, prevedibilità e poteri dell'impresa*, in *Labor*, 2022, n. 6, p. 641 ss., che si focalizza principalmente (ma non solo) sulla prevedibilità anche per il lavoratore come elemento di tutela sostanziale e di potenziale riequilibrio delle posizioni contrattuali delle parti.

⁽³⁾ Sull'art. 8 del decreto, cfr. F. SCARPELLI, *Decreto trasparenza: disciplinato il diritto del lavoratore (privato) a svolgere un'altra prestazione lavorativa*, in *giustiziacivile.com*, 23 agosto 2022, p. 3, che ricorda come «se era abbastanza diffusa l'opinione per cui non vi fossero, dal punto di vista legale, un divieto di svolgere un'altra attività o un diritto di esclusiva a favore del datore di lavoro (per un riferimento in tal senso per i rapporti a tempo pieno, si veda Cass. 21 maggio 2008, n. 12962), poteva accadere che tale esclusiva fosse imposta dai contratti collettivi, salvo autorizzazione concessa dallo stesso datore (si veda ad es. l'art. 38, comma 7, del CCNL Credito) o inserita in specifiche clausole del contratto individuale». Scarpelli ricorda come il considerando 29 della direttiva (UE) 2019/1152 affermi che «un datore di lavoro non dovrebbe vietare a un lavoratore di accettare impieghi presso altri datori di lavoro al di fuori del tempo di lavoro stabilito con lui» e che le eventuali restrizioni per motivi di incompatibilità «vanno intese come restrizioni al lavoro per altri datori di lavoro per motivi obiettivi, quali la protezione della salute e della sicurezza dei lavoratori, la protezione della riservatezza degli affari, l'integrità del servizio pubblico o la prevenzione dei conflitti di interessi».

un'esistenza dignitosa ⁽⁴⁾. Pur sostenuto dalle migliori intenzioni, l'art. 8 in realtà rischia di aprire la strada a una radicale riduzione della qualità della vita dei lavoratori e delle tutele per la loro salute e sicurezza, implicitamente sostenendo l'ipotesi del doppio lavoro come una soluzione al problema dell'insufficienza dei livelli retributivi minimi garantiti dalla contrattazione collettiva ⁽⁵⁾.

Da altro punto di vista sfugge alla comprensione quale possibilità avrebbe il datore di valutare se lo svolgimento di un'altra attività lavorativa possa arrecare un pregiudizio per la salute e la sicurezza del lavoratore, anche riguardo al rispetto della normativa in materia di riposi ⁽⁶⁾. Il datore di lavoro dovrebbe, dunque, da un lato non precludere al lavoratore lo svolgimento di altre attività, dall'altro controllare che le altre attività svolte dal lavoratore non ne pregiudichino la salute e la sicurezza e finanche l'adeguato riposo. Ben non si comprende come il datore di lavoro dovrebbe acquisire notizie che, in ultima analisi, sono relative alla vita privata del lavoratore, specie per quanto concerne la durata delle attività e dei riposi.

La norma sembra frutto di una visione paternalistica e, al tempo stesso, scarsamente incisiva quanto all'effettiva tutela degli interessi dei lavoratori, che si è vista finora solo nella disciplina delle prestazioni occasionali, dei buoni lavoro e del loro limite di utilizzo, che pure implica un controllo sulle varie attività svolte dal lavoratore. In quel

⁽⁴⁾ Lo stesso F. SCARPELLI, *Decreto trasparenza: disciplinato il diritto del lavoratore (privato) a svolgere un'altra prestazione lavorativa*, cit., p. 3, ricorda come, invece, «il diritto del dipendente a svolgere un'altra attività lavorativa poteva dirsi certo per i lavoratori assunti a tempo parziale (cfr. Cass. 25 maggio 2017, n. 13196)», conclusione che peraltro poteva dirsi già certa sulla base della giurisprudenza costituzionale in materia di part-time (Cass. n. 13196/2017 è in *ADL*, 2017, p. 1148, con nota di Garofalo). Sulla compatibilità della retribuzione del lavoro part-time con il principio di sufficienza retributiva di cui all'art. 36 Cost., tra i molti, cfr. P. PASCUCCI, *Giusta retribuzione e contratti di lavoro, oggi*, in *DLRI*, 2019, n. 161, p. 59 ss., sul punto in particolare il § 4.4. Nella giurisprudenza costituzionale in materia il cardine resta C. cost. 11 maggio 1992, n. 210, secondo la quale «L'ammissibilità di un contratto di lavoro a tempo parziale nel quale sia riconosciuto il potere del datore di lavoro di determinare o variare unilateralmente, a proprio arbitrio, la collocazione temporale della prestazione lavorativa, sarebbe del resto in contraddizione con le ragioni alle quali è ispirata la disciplina di tale rapporto». Come ha giustamente rilevato la giurisprudenza della Cassazione, il rapporto di lavoro a tempo parziale «si distingue da quello a tempo pieno per il fatto che, in dipendenza della riduzione quantitativa della prestazione lavorativa (e, correlativamente, della retribuzione), lascia al prestatore d'opera un largo spazio per altre eventuali attività, la cui programmabilità, da parte dello stesso prestatore d'opera, deve essere salvaguardata, anche all'ovvio fine di consentirgli di percepire, con più rapporti a tempo parziale, una retribuzione complessiva che sia sufficiente (art. 36, primo comma, della Costituzione) a realizzare un'esistenza libera e dignitosa». Di recente sul part-time e sulla necessaria programmabilità dei tempi di lavoro, cfr. G. CALVELLINI, *La funzione del part-time: tempi della persona e vincoli di sistema*, *ESI*, 2020.

⁽⁵⁾ Il problema esiste e, oltre a essere discusso a livello politico, è sottolineato anche con forza da una recente giurisprudenza di merito, che ha spesso ritenuto non conforme al principio costituzionale di sufficienza retributiva il minimo salariale previsto dei contratti collettivi, in particolare da quelli del settore vigilanza privata: cfr. App. Milano 13 giugno 2022, n. 580; App. Milano 18 maggio 2022; Trib. Milano 3 febbraio 2020, n. 3003; Trib. Milano 4 dicembre 2019, n. 2539; Trib. Torino 9 agosto 2019, n. 1128 (tutte inedite a quanto consta). Sul tema cfr. anche le riflessioni di B. DE MOZZI, *Ancora sull'inadeguatezza dei minimi previsti dal CCNL vigilanza privata, sezione Servizi fiduciari* (nota a Trib. Milano 22 marzo 2022, n. 673), in *DRI*, 2022, n. 4, p. 1089 ss.

⁽⁶⁾ Ancora SCARPELLI, *Decreto trasparenza: disciplinato il diritto del lavoratore (privato) a svolgere un'altra prestazione lavorativa*, cit., p. 4, evidenzia come si ponesse «il dubbio della compatibilità di più impegni lavorativi con la disciplina degli orari massimi di lavoro e dei riposi».

caso, peraltro, il datore ha almeno la possibilità di fare riferimento agli enti previdenziali per sapere se il lavoratore abbia o meno superato il limite complessivo dei compensi che possono essere corrisposti in quella forma. Nel caso che ci occupa sembra anche dubbia questa possibilità di accesso alle informazioni previdenziali del lavoratore.

Inoltre, anche a prescindere da quanto precede, va considerato che in alcuni casi, per esempio per i dirigenti, è veramente difficile immaginare che si possa consentire un secondo impiego date le caratteristiche oggettive del primo e la disciplina dell'impegno richiesto al lavoratore.

Insomma, la volontà di garantire al lavoratore una libertà maggiore nell'uso del proprio tempo estraneo a quello oggetto del primo contratto di lavoro si scontra con obiettive difficoltà sul piano pratico, nonché con il rischio che la diffusione di secondi lavori "scarichi" di responsabilità la parte datoriale quanto alla sufficienza dei livelli retributivi garantiti ai lavoratori.

4. Preclusione del rinvio al contratto collettivo con finalità informative e normalità del rinvio per integrazione negoziale

Tornando alla scelta del legislatore italiano di precludere il rinvio al contratto collettivo per le informazioni da fornire al lavoratore, questa sembra segnata da un eccesso di rigidità, del quale invero non si comprende il fondamento. Se è da sempre ammesso il rinvio al contratto collettivo a fini di integrazione negoziale (la famosa adesione implicita/esplicita che campeggia in tutti i manuali di diritto sindacale), quale sarebbe la ragione che impedisce il rinvio per una finalità meramente informativa? E questa preclusione, oggi inserita nel sistema, va intesa dunque anche come limitativa dell'autonomia negoziale, che non potrà da oggi in poi fare rinvio ai contratti collettivi? Diversamente si dovrebbe infatti immaginare che il rinvio sia legittimo quando ha finalità di integrazione negoziale e non quando ha mera finalità informativa. Il che pare in verità assurdo.

Più sensato sarebbe stato considerare la tipologia o meglio la modalità del rinvio ⁽⁷⁾. Come si anticipava, il legislatore avrebbe potuto vietare un rinvio generico al contratto collettivo, imponendo invece un rinvio specifico alle singole disposizioni, in modo da guidare il lavoratore che voglia informarsi.

La strada prescelta dal legislatore del decreto 104/2022 pare sintonica con le opzioni seguite in altri settori normativi, come quello della tutela della privacy ⁽⁸⁾ e quello della tutela del consumatore ⁽⁹⁾, che sembrano voler concentrare in un unico atto tutte le

⁽⁷⁾ In senso critico sui rinvii, almeno nel periodo precedente la direttiva (UE) 2019/1152, sembra A. ZILLI, *La trasparenza nel lavoro subordinato. Principi e tecniche di tutela*, Pacini, 2022, p. 130 ss.

⁽⁸⁾ Sull'informativa in materia di privacy, cfr. dopo il regolamento generale sulla protezione dei dati (regolamento (UE) 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio del 27 aprile 2016), A. ZILLI, *La trasparenza nel lavoro subordinato*, cit., p. 49 ss.; prima del regolamento europeo, per tutti, A. TROJSI, *Il diritto del lavoratore alla protezione dei dati personali*, Giappichelli, 2013, p. 414 ss. In ogni modo il regolamento non si occupa specificamente dell'eventualità del rinvio ad altri documenti da parte dell'informativa.

⁽⁹⁾ Sulle informative nel codice del consumo, cfr. per tutti A. BARENGHI, *Diritto dei consumatori*, Wolters Kluwer, 2020, pp. 165 ss., 179 ss. e 189 ss.

informazioni da fornire al soggetto tutelato. Per quanto riguarda la tutela della privacy, il legislatore richiede che le informazioni siano fornite all'interessato «in forma concisa, trasparente, intelligibile e facilmente accessibile, con un linguaggio semplice e chiaro» (art. 12 Reg. UE 2016/679). Nel codice del consumo (d.lgs. 6 settembre 2005, n. 206) vengono riconosciuti tra i diritti fondamentali del consumatore (art. 2, co. 2), quello «c) ad una *adeguata informazione* e ad una corretta pubblicità», nonché quelli «(c-bis) all'esercizio delle pratiche commerciali secondo principi di buona fede, correttezza e lealtà; d) all'educazione al consumo; ed e) alla correttezza, alla *trasparenza* ed all'equità nei rapporti contrattuali». L'art. 5 al co. 3 stabilisce inoltre che «le informazioni al consumatore, da chiunque provengano, devono essere *adeguate* alla tecnica di comunicazione impiegata ed espresse in modo *chiaro e comprensibile*, tenuto anche conto delle modalità di conclusione del contratto o delle caratteristiche del settore, *tali da assicurare la consapevolezza del consumatore*». Esistono poi disposizioni di dettaglio (artt. 48 e 49) che indicano specificamente le informazioni da fornire in caso di contratti conclusi in presenza e a distanza, disposizioni che sono espressamente riferite anche a contratti di durata come quelli relativi alle forniture di acqua, gas o elettricità.

Si diceva che la scelta del legislatore del d.lgs. n. 104/2022 è sintonica con le discipline delle informative in materia di *privacy* e di tutela del consumatore, che mirano alla completezza e, si direbbe, autosufficienza delle informative. Ciò che però sembra ancora più rilevante è che il legislatore ha trascurato non solo e non tanto la natura del contratto di lavoro come contratto di durata, quanto il suo essere soggetto a una disciplina contrattuale non predisposta dalle parti stipulanti, appunto la disciplina contrattuale collettiva, e, in ultima analisi, le ricadute sul piano pratico di questa relazione tra fonti contrattuali individuali e collettive nella disciplina del rapporto di lavoro.

Il decreto cd. *trasparenza* sembra applicare al rapporto di lavoro la nuova concezione della trasparenza, pretendendo che per la sua piena realizzazione le informazioni vadano incluse nei documenti indirizzati al singolo lavoratore (informativa) o da questi sottoscritti.

Ma, se non è questo, sicuramente, il risultato voluto dal legislatore europeo, che anzi, come si è detto e come si vedrà con maggiore approfondimento in seguito, prevede espressamente la possibilità del rinvio al contratto collettivo, gli effetti pratici del rigore del legislatore italiano non paiono apprezzabili.

In primo luogo, si rischia di creare un contratto individuale di difficile lettura, che non necessariamente aiuta il lavoratore; in secondo luogo, si gravano le imprese di adempimenti che si risolvono in una specie di iper-burocratizzazione delle assunzioni e della successiva gestione del contratto di lavoro; in terzo luogo, il sistema rischia di creare problemi non indifferenti in ogni caso di successiva modifica della disciplina del rapporto di lavoro da parte dei contratti collettivi, che come noto vengono nel tempo rinnovati e modificati.

L'ultimo punto merita particolare attenzione. Nel caso in cui la disciplina del rapporto di lavoro dovesse essere inserita integralmente (o quasi) all'interno del contratto individuale ci sarebbe il rischio che quell'assetto contrattuale possa essere considerato "cristallizzato" o, più semplicemente, contrattualizzato sul piano individuale perché in esso incorporato. Che cosa dovrebbe ritenersi nel caso di successive modifiche del contratto collettivo di riferimento? Due le possibili soluzioni.

A. Prevarrà la disciplina contenuta nel contratto individuale anche in caso di contrasto con le successive norme del contratto collettivo? Questa conclusione non sembra in verità sensata, specie ove si consideri la funzione tipica del contratto collettivo ⁽¹⁰⁾. Ma è chiaro che il potenziale contrasto tra le clausole del contratto individuale e quelle del contratto collettivo rischia di generare una confusione ancora maggiore di quella che il nostro legislatore avrebbe voluto evitare con questo intervento normativo.

B. In alternativa, si deve ritenere che, non essendo la disciplina contrattualizzata sul piano individuale, il datore di lavoro dovrà provvedere a modificare il contratto individuale nelle parti interessate da innovazioni nella disciplina sancita a ogni rinnovo della contrattazione collettiva, così da informarne il lavoratore? Probabilmente sì, ma questo rende manifesto quale carico gestionale questa soluzione comporti per le imprese, che di tutto hanno bisogno nel nostro Paese salvo che di ulteriori adempimenti burocratici.

Notorio essendo il tempo perso per la burocrazia e la sua incidenza sulla produttività del nostro tessuto imprenditoriale, questa evidenza sembra essere sfuggita del tutto al legislatore del decreto trasparenza.

Peraltro, questa soluzione sarebbe anche in contrasto con l'art 3 del d.lgs. n. 152/1997, a mente del quale «il datore di lavoro e il committente pubblico e privato comunicano per iscritto al lavoratore, entro il primo giorno di decorrenza degli effetti della modifica, qualsiasi variazione degli elementi di cui agli articoli 1, 1-bis e 2 che non derivi direttamente dalla modifica di disposizioni legislative o regolamentari, ovvero dalle clausole del contratto collettivo». Il lavoratore si troverebbe quindi con ogni probabilità, in assenza di aggiornamenti del testo contrattuale individuale, in una situazione assolutamente confusa per i potenziali contrasti tra la disciplina incorporata in quest'ultimo e le modifiche successive dei contratti collettivi, che, stando all'art. 3 citato, il datore non ha neanche l'obbligo di comunicargli ⁽¹¹⁾.

5. Il “vuoto” della normativa nazionale riempito in via interpretativa da circolari amministrative “adeguatrici” al testo della direttiva (UE) 2019/1152

In conclusione, si ha l'impressione che del decreto trasparenza si sia voluto fare una bandiera politica, creando molti problemi pratici alle imprese e risolvendone nessuno in realtà per il lavoratore o, forse, rischiando di crearne anche al lavoratore, come si diceva in fine del paragrafo precedente a proposito dell'art. 3 d.lgs. n. 152/1997 nuovo testo.

Dunque, nell'affrontare l'esegesi del nuovo testo normativo bisogna essere consapevoli di trovarsi al cospetto di un intervento del legislatore nazionale, formalmente inteso all'attuazione di una direttiva europea, ma che nella sostanza va ben oltre le sue disposizioni, cogliendo l'occasione per un notevole irrigidimento degli obblighi informativi a carico del datore di lavoro, che non sembra peraltro portare vantaggi effettivi quanto alla tutela del lavoratore. Sulla base di queste premesse va riletto il testo

⁽¹⁰⁾ Di recente, sulla funzione del contratto collettivo cfr. l'ampia ricostruzione di M. TIRABOSCHI, *Sulla funzione (e sull'avvenire) del contratto collettivo di lavoro*, in *DRI*, 2022, n. 3, p. 789 ss.

⁽¹¹⁾ Un cenno all'art. 3 citato è anche in G. PROIA, *Trasparenza, prevedibilità e poteri dell'impresa*, cit., §§ 3, p. 645, e 4, p. 648.

normativo europeo e quello nazionale, nonché vanno valutate le circolari amministrative emanate per interpretare il secondo.

Facciamo un passo indietro. L'art. 4, § 3 della direttiva UE n. 2019/1152 prevede che «le informazioni di cui al paragrafo 2, lettere da g) a l) e lettera o), possono, se del caso, essere fornite sotto forma di un riferimento alle disposizioni legislative, regolamentari, amministrative o statutarie o ai contratti collettivi che disciplinano tali punti». Come si diceva poc'anzi, il d.lgs. n. 104/2022 ha tralasciato questa possibile semplificazione, prescrivendo che le informazioni da fornire siano contenute nel testo contrattuale o nell'informativa consegnati al lavoratore, e ha abrogato il riferimento alla possibilità di rinviare alle norme del contratto collettivo applicato al lavoratore per quanto concerne inquadramento e mansioni, ammontare, composizione e tempi di corresponsione della retribuzione, durata e modalità di fruizione delle ferie, orario di lavoro e, infine, termini di preavviso in caso di recesso, riferimento contenuto nell'art. 1, co. 4, d.lgs. n. 152/1997 ⁽¹²⁾. Insomma, l'opzione del legislatore nazionale, indice di una *voluntas legis* segnata dall'obiettivo di una leggibilità immediata di tutte le informazioni relative al rapporto di lavoro, è decisamente in contrasto con la legislazione nazionale preesistente alla direttiva del 2019 e con la stessa direttiva europea, che evidentemente non hanno mai immaginato un contratto di lavoro “enciclopedico”, contenente ogni possibile elemento o previsione contrattuale.

La sensazione che il legislatore italiano abbia fatto il passo più lungo della gamba, senza avere consapevolezza delle sue implicazioni, esce confermata dalla lettura della circolare n. 4/2022 dell'Ispettorato Nazionale del Lavoro, predisposta con l'avallo dell'Ufficio Legislativo del Ministero del Lavoro ⁽¹³⁾. Questa circolare esprime una posizione equilibrata quando afferma che, da un lato, il lavoratore deve essere già informato dei principali contenuti degli istituti di cui all'art. 1 del decreto con la consegna del contratto individuale di lavoro o di copia della comunicazione di instaurazione del rapporto di lavoro, ma che, dall'altro, la disciplina di dettaglio potrà essere comunicata al lavoratore stesso attraverso il rinvio al contratto collettivo applicato o ad altri documenti aziendali che gli vengano contestualmente consegnati o messi a disposizione. L'Ispettorato riconosce quindi il dovere datoriale di predisporre gli strumenti che consentano al lavoratore una piena conoscenza degli istituti contrattuali, ma al tempo stesso consente al datore di avvalersi della possibilità di integrare le informazioni contenute nel testo del contratto individuale con quelle reperibili nel contratto collettivo o in altri documenti aziendali, quali per esempio il regolamento aziendale. Un'interpretazione, quella dell'Ispettorato, che tiene conto senza dubbio sia delle esigenze pratiche cui si è già fatto cenno, sia dell'impostazione della direttiva 2019/1152.

⁽¹²⁾ Cfr. A. ZILLI, *Decreto trasparenza: gli obblighi informativi ieri e oggi (intanto, è già domani)*, *giustiziacivile.com*, 7 settembre 2022, pp. 7-8, e A. ZILLI, *Condizioni di lavoro (finalmente) «trasparenti e prevedibili»*, in *Labor*, 2022, n. 6, p. 671, che sul punto sottolinea l'abbandono del modello di informazione attraverso rinvii.

⁽¹³⁾ Traggo questa notizia da P. RAUSEI, *Decreto Trasparenza e nuova “dichiarazione di assunzione”: forse non è così complicato...*, in *www.ipsoa.it*, 25 agosto 2022. Sulla circolare si veda anche di recente G. CAROSIELLI, *Il c.d. decreto trasparenza nella sua declinazione di prassi tra Ministero del lavoro ed Ispettorato nazionale del lavoro*, in *DRI*, 2022, n. 4, p. 1149 ss.

In dottrina si è sottolineata la difficoltà di distinguere tra principali contenuti e disciplina di dettaglio ⁽¹⁴⁾. Pur apprezzando il tentativo della circolare «di “recuperare” un qualche spazio di ragionevolezza alla norma» ⁽¹⁵⁾ è sembrato che la distinzione non sia agevole. Tuttavia, a opinione di chi scrive, questa distinzione, sia pure formulata in modo poco accorto sul piano lessicale, può essere spiegata con riguardo al contenuto della direttiva 2019/1152. Il testo dell’art. 4 § 3 della direttiva, infatti, consente il riferimento “alle disposizioni legislative, regolamentari, amministrative o statutarie” e al contratto collettivo per fornire una non piccola serie di informazioni relative al rapporto di lavoro. Si tratta in particolare delle informazioni riguardanti la durata e le condizioni del periodo di prova, il diritto alla formazione erogata dal datore di lavoro, la durata del congedo retribuito cui ha diritto il lavoratore (o, se non sia possibile indicarla, le modalità della sua attribuzione e determinazione), la procedura (requisiti di forma e durata del preavviso – o modalità della sua determinazione – inclusi) in caso di cessazione del rapporto di lavoro, la retribuzione (elementi costitutivi, periodicità e modalità di pagamento), nonché se l’organizzazione del lavoro è prevedibile, la durata normale della giornata o della settimana di lavoro, la disciplina del lavoro straordinario e la sua retribuzione e, infine, la disciplina dei turni. Come si vede, si tratta della quasi totalità delle informazioni relative alla disciplina del rapporto di lavoro.

Inoltre, anche le informazioni relative all’identità delle istituzioni di sicurezza sociale che ricevono i contributi sociali collegati al rapporto di lavoro e qualunque forma di protezione in materia di sicurezza sociale fornita dal datore di lavoro possono essere fornite tramite rinvio alle norme rilevanti e al contratto collettivo.

L’impostazione della citata circolare dell’INL, che fa riferimento a tutti i contenuti individuati dall’art. 1 del d.lgs. n. 152/1997, benché orientata dall’apprezzabile intento di snellire gli adempimenti burocratici di cui il decreto attuativo grava le imprese, va valutata, in ossequio al dovere di interpretazione conforme del diritto nazionale alle direttive europee, alla luce del testo della Direttiva, che costituirà limite fisiologico alla possibilità di rinvio al contratto collettivo e, se si vuole, lente attraverso la quale interpretare la circolare dell’Ispettorato. Indubbiamente, come si sta vedendo, il testo della direttiva consente il rinvio per la quasi totalità delle informazioni rilevanti.

Restano però fuori dall’elenco, infatti, le informazioni, che incontrovertibilmente vanno inserite nel contratto ai fini del suo perfezionamento, quali l’identità delle parti, il luogo di lavoro, l’oggetto dell’attività, la data di inizio e di fine del rapporto (ove si

⁽¹⁴⁾ G. PROIA, *Le novità, sistemiche e di dettaglio, del decreto trasparenza*, in *MGL*, 2022, n. 3, p. 584, sottolinea la difficoltà di distinguere tra principali contenuti e disciplina di dettaglio: «La circolare dell’Ispettorato Nazionale del Lavoro n. 4/2022, al riguardo, rileva che, con la consegna del documento iniziale di informazione, il lavoratore deve essere già informato sui principali contenuti degli istituti di cui all’art. 1 del d.lgs. n. 152/1997 (così come novellato dal decreto stesso), anche se, al fine di “recuperare” un qualche spazio di ragionevolezza alla norma, la stessa circolare aggiunge che è possibile rinviare al contratto collettivo (o ad altri documenti aziendali) per quanto riguarda la (non meglio precisata) “disciplina di dettaglio”. Anche a voler seguire lo spirito che, condivisibilmente, anima una tale indicazione interpretativa, rimane tutt’altro che agevole distinguere i “principali contenuti” degli istituti (che devono essere direttamente specificati nel documento di informazione predisposto dal datore di lavoro) da quelli che possono essere considerati “di dettaglio” (e per i quali è consentito che il documento del datore di lavoro faccia rinvio alla disciplina del contratto collettivo)».

⁽¹⁵⁾ *Ibidem*.

tratti di un rapporto a termine) ⁽¹⁶⁾. Queste informazioni non sono passibili di rinvio già sul piano logico, se si fa eccezione per la specifica dell'oggetto dell'attività lavorativa dedotta in contratto e sono queste che potrebbero essere identificate con i "principali contenuti" cui fa riferimento, come si è detto, la circolare dell'INL, la cui disciplina non è passibile di rinvio al contratto collettivo dal punto di vista dell'obbligo di informazione del lavoratore.

Dunque, è vero che l'Ispettorato è l'organo deputato a rilevare gli inadempimenti e a sanzionare gli inadempienti, che non hanno da temere sanzioni seguendo l'impostazione della circolare citata. Tuttavia, sul piano esegetico, il riferimento specifico nella direttiva ad alcune informazioni come possibile oggetto di rinvio al contratto collettivo sembra inevitabilmente implicare che, all'opposto, per informazioni diverse il rinvio al contratto collettivo non debba essere considerato legittimo. Insomma, il testo della direttiva implica seri dubbi sulla legittimità di rinvii al di fuori delle ipotesi indicate nell'art. 4, § 3 (che fa riferimento al § e lett. da *g* a *l* e lett. *o*).

Da altro punto di vista, ad avviso di chi scrive, la lettera della direttiva esclude la legittimità di formule generiche di rinvio al contratto collettivo in quanto tale, quali quelle in uso finora, che dovrebbero essere sostituite dall'indicazione specifica della singola norma o clausola del contratto collettivo cui fare riferimento per la disciplina dell'istituto di cui si tratta. Così facendo il rinvio funge da guida alla lettura del contratto collettivo, aiutando il lavoratore a orientarsi e a comprendere i propri diritti e i propri doveri, in armonia con lo scopo della direttiva.

In quest'ultimo senso si esprime anche la Circolare del Ministero del Lavoro n. 19 del 20 settembre 2022 ⁽¹⁷⁾, secondo la cui Premessa l'obbligo informativo può ritenersi assolto solo attraverso la comunicazione di elementi atti a far comprendere al lavoratore come gli istituti contrattuali si atteggiino nel caso specifico. In tutta la circolare è costante il richiamo alla concretezza, vale a dire al fatto che le informazioni devono essere riferite al singolo rapporto di lavoro e non alla molteplicità indistinta dei rapporti contrattuali dei dipendenti di un singolo datore di lavoro o, peggio, di più datori ai cui dipendenti si applichi il medesimo contratto collettivo. La concretezza significa anche, ad avviso di chi scrive, che quando nel contratto collettivo vi sia una disciplina diversa per categoria di dipendenti o in base alla diversa anzianità andrà richiamata la norma o la parte della norma che si riferisce al caso specifico del lavoratore considerato.

Insomma, se è sicuramente eccessiva e inutilmente rigida l'impostazione adottata dal legislatore nazionale nel negare completamente la legittimità dei rinvii, con ricadute sistematiche che avrebbero meritato maggiore attenzione, il rinvio legittimo ai sensi della direttiva va comunque inteso con rigore e con attenzione ne va valutata la chiarezza, tenendo sempre come stella polare la *ratio* della direttiva, che è pur sempre quella di garantire un'informazione adeguata, completa e, soprattutto, intellegibile al lavoratore su ogni aspetto della disciplina del rapporto di lavoro.

⁽¹⁶⁾ Per i lavoratori somministrati, l'identità delle imprese utilizzatrici, quando e non appena è nota, è una informazione che può essere inserita nel contratto solo nel caso di somministrazione a termine (che come noto deve coincidere con la durata della missione) e per il lavoratore assunto a tempo indeterminato dall'agenzia potrà indicarsi la prima missione, ove nota.

⁽¹⁷⁾ Sulla circolare, cfr. ancora CAROSIELLI, *Il c.d. decreto trasparenza nella sua declinazione di prassi tra Ministero del lavoro ed Ispettorato nazionale del lavoro*, cit.

**Gli obblighi informativi sul rapporto di lavoro
ex art. 4 co. 1, lett. a, d.lgs. n. 104/2022
(art. 1, co. 1, lett. a-m, del d.lgs. n. 152/1997
e art. 5, co. 5, d.lgs. n. 104/2022)**

di Luca Mannarelli

Abstract – Il contributo si propone di offrire una lettura del art. 4 co. 1 lett. a, d.lgs. n. 104/2022, con il quale è stata data attuazione alla direttiva (UE) 2019/1152 ponendolo in relazione con la precedente disciplina in materia di obblighi di informazione dettata dal d.lgs. n. 152/1997 allo scopo di evidenziarne le novità e le implicazioni di carattere sistematico.

Abstract – The essay aims to offer a reading of art. 4 paragraph 1 letter a) Legislative Decree n. 104/2022, with which European Directive 2019/1152 was implemented by placing it in relation to the previous discipline on information obligations dictated by Legislative Decree. n. 152 of 1997 in order to highlight the innovations and the systematic implications.

Sommario: 1. Il diritto – dovere all'informazione nella direttiva 91/533/CEE del 14 ottobre 1991 e nel d.lgs. 26 maggio 1997, n. 152. – 2. La trasparenza e la prevedibilità delle condizioni di lavoro nella direttiva 2019/1152/UE. – 3. I nuovi obblighi di informazione da parte del datore di lavoro e i nuovi diritti per i lavoratori previsti dal Decreto Trasparenza. – 4. Considerazioni conclusive.

1. Il diritto - dovere all'informazione del lavoratore nella direttiva CEE 14 ottobre 1991, n. 91/533 e nel d.lgs. 26 maggio 1997, n. 152

Il rapporto di lavoro ricomprende, oltre alla classica disciplina dello scambio tra la prestazione di lavoro e la retribuzione, tutti gli elementi e le situazioni, soggettive e oggettive, strumentali alla sua attuazione, delineate nell'accordo individuale, dalla contrattazione collettiva e dalla legge, e che configurano il cosiddetto “statuto protettivo del lavoratore”, in quanto finalizzate principalmente alla tutela del lavoratore, soggetto giuridicamente più debole.

Uno dei presupposti individuato dai legislatori nazionale ed europeo per riequilibrare le posizioni contrattuali e rendere effettivo lo statuto protettivo del lavoratore è rappresentato dalla necessaria e continua condivisione delle informazioni tra le parti in tutte le fasi del rapporto di lavoro ⁽¹⁾, in quanto si ritiene che solo in presenza di

⁽¹⁾ Si veda al riguardo l'art. 1, § 1, della direttiva (UE) 2019/1152 e la circ. Min. lav. 20 settembre 2022, n. 19.

condizioni di lavoro chiare e trasparenti possa essere assicurata una corretta gestione dello stesso.

La disciplina dell'obbligo di informazione a carico del datore di lavoro e di tutela del principio della trasparenza nel rapporto di lavoro ha avuto una evoluzione progressiva.

Alla prima disposizione in tal senso, rinvenibile nel nostro ordinamento già nell' art. 96, disp. att. c.c. (2), caratterizzata da un doppio limite nell'oggetto, perché circoscritto a poche informazioni e nei soggetti, in quanto applicabile esclusivamente ai lavoratori subordinati (3), hanno fatto seguito diversi interventi normativi con cui si è assistito, in un primo momento, al progressivo ampliamento della quantità e qualità delle informazioni relative al rapporto di lavoro da fornire ai prestatori di lavoro c.d. "standard"(4) e, successivamente, anche avvalendosi del supporto della legislazione speciale, all'individuazione di specifiche discipline per i contratti di lavoro c.d. "non standard", al fine di cristallizzarne le clausole (5).

L'esigenza di trasparenza si è ulteriormente rafforzata con la progressiva affermazione del mercato del lavoro a respiro europeo, che ha fatto emergere la necessità di una omogeneizzazione delle comunicazioni e informazioni da fornire ai lavoratori sul territorio dell'Unione europea quale strumento a sostegno del «miglioramento delle condizioni di vita e di lavoro della mano d'opera che consenta la loro parificazione nel progresso» (art. 117, oggi art. 151 TFUE).

Il primo approdo di questo percorso è rappresentato nella direttiva 91/533/CEE del 14 ottobre 1991 (6) che, nel sancire per la prima volta l'obbligo del datore di lavoro di informare il lavoratore in merito agli elementi essenziali e alle condizioni applicabili al contratto o al rapporto di lavoro e nell'individuare gli strumenti predisposti ai fini della relativa tutela, ha elevato i principi della comunicazione e della trasparenza a strumenti cardine atti a tutelare le posizioni individuali dei lavoratori e, di riflesso, a contribuire a perseguire più in generale il buon funzionamento del mercato del lavoro. In recepimento della citata direttiva UE, il d.lgs. 26 maggio 1997, n. 152 ha imposto al datore di lavoro pubblico e privato, con una scarna disciplina, di fornire al lavoratore, nel contratto di lavoro scritto, nella lettera di assunzione o con ogni documento scritto (7), da consegnare al lavoratore entro trenta giorni dalla data dell'assunzione

(2) In base al quale l'imprenditore deve far conoscere al prestatore «al momento dell'assunzione, la categoria e la qualifica che gli sono assegnate in relazione alle mansioni per cui è stato assunto».

(3) Cfr. A. ZILLI, *Decreto trasparenza: gli obblighi informativi ieri e oggi (intanto, è già domani)*, in *giustiziabile.com*, 9 luglio 2022.

(4) Quali, ad es., la comunicazione del periodo di ferie *ex art.* 2109 c.c., i prospetti paga *ex l.* n. 4/1953; la consegna annuale di copia della denuncia retributiva presentata all'Inps *ex art.* 4, l. n. 467/1978; le comunicazioni in materia di sicurezza sul lavoro previste dal d.lgs. n. 626/1994 e oggi nel d.lgs. n. 81/2008.

(5) Ad es., la specifica comunicazione per iscritto era prevista in caso di tariffa del cottimo *ex art.* 2101 c.c.

(6) La direttiva si colloca nel Piano d'attuazione della Carta dei diritti sociali fondamentali dei lavoratori del 29 novembre 1989, p. 568.

(7) Si veda App. Lecce 7 gennaio 2016, n. 4, in tema di lavoro subordinato, ai sensi dell'art. 4-*bis* del d. lgs. n. 181/2000, secondo cui è previsto che all'atto dell'instaurazione del rapporto di lavoro e prima dell'inizio dell'attività lavorativa, il datore di lavoro consegni ai lavoratori dipendenti una copia della comunicazione di instaurazione del rapporto di lavoro. Tale obbligo si intende assolto nel caso in cui il datore di lavoro consegni al lavoratore, prima dell'inizio dell'attività lavorativa, copia del

(art. 1, co. 2, lett. *a*)⁽⁸⁾, ovvero nella dichiarazione di cui all'art. 9-*bis*, co. 3, del d.l. 1° ottobre 1996, n. 510, convertito, con modificazioni, dalla l. 28 ottobre 1996, n. 608, per i soggetti cui si applica la predetta disposizione (art. 1, co. 2, lett. *b*), le principali informazioni in merito alle condizioni applicabili al contratto o al rapporto di lavoro⁽⁹⁾, tra cui, in particolare, quelle relative all'identità delle parti (art. 1, co. 1, lett. *a*); al luogo di lavoro, ovvero, in mancanza di un luogo di lavoro fisso o predominante, l'indicazione che il lavoratore è occupato in luoghi diversi, alla sede o al domicilio del datore di lavoro (art. 1, co. 1, lett. *b*); alla data di inizio del rapporto di lavoro (art. 1, co. 1, lett. *c*); alla durata del rapporto di lavoro, precisando se si tratta di rapporto di lavoro a tempo determinato o indeterminato (art. 1, co. 1, lett. *d*); alla durata del periodo di prova se previsto (art. 1, co. 1, lett. *e*); all'inquadramento, al livello e alla qualifica attribuiti al lavoratore, oppure le caratteristiche o la descrizione sommaria del lavoro (art. 1, co. 1, lett. *f*); all'importo iniziale della retribuzione e ai relativi elementi costitutivi, con l'indicazione del periodo di pagamento (art. 1, co. 1, lett. *g*); alla durata delle ferie retribuite cui ha diritto il lavoratore o in merito alle modalità di determinazione e di fruizione delle stesse (art. 1, co. 1, lett. *h*); all'orario di lavoro (art. 1, co. 1, lett. *i*), nonché sui termini del preavviso in caso di recesso (art. 1, co. 1, lett. *l*). Il decreto di recepimento precisava, inoltre, che le informazioni di cui alle lettere *e*, *g*, *h*, *i* ed *l* del co. 1 – si anticipa sin d'ora, differentemente da quanto previsto nell'attuale disciplina degli obblighi di informazione – potevano essere fornite dal datore di lavoro anche mediante il rinvio alle norme del contratto collettivo applicato al lavoratore.

contratto individuale di lavoro che contenga anche tutte le informazioni previste dal d.lgs. n. 152/1997; analogamente si è espressa Trib. Milano 6 novembre 2017, n. 2857; si veda anche Trib. Bologna ord. 5 aprile 2016, secondo cui «l'art. 1 del d.lgs. n. 152 del 1997 prescrive che il datore di lavoro pubblico e privato è tenuto a fornire al lavoratore, entro trenta giorni dalla data di assunzione varie informazioni, tra cui la durata del periodo di prova se previsto (lett. *e*) e l'art. 2 che l'obbligo di cui al comma 1 può essere assolto nel contratto di lavoro o nella lettera di assunzione o altro documento. [...] con la consegna al datore di lavoro, entro il ventesimo giorno del mese successivo alla data di assunzione, della copia della comunicazione di assunzione».

⁽⁸⁾ E. GRAGNOLI, *Mutamento delle mansioni e informazione del lavoratore*, in *RIDL*, 1998, II, p. 444, sottolineava come la norma non richiedesse una semplice informazione, ma una manifestazione di volontà innovativa ed impegnativa, la cui chiarezza e circostanziata precisione siano tali da esonerare da un'ulteriore specificazione a carattere descrittivo. Secondo C. CESTER (a cura di), *Il rapporto di lavoro subordinato: costituzione e svolgimento*, Utet, 1998, p. 393 ss., con le informazioni elencate nel co. 1 dell'art. 1 il legislatore ha inteso garantire la conoscenza effettiva ai lavoratori, e non la «mera spedizione delle informazioni».

⁽⁹⁾ Secondo A. ZILLI, *Decreto trasparenza: gli obblighi informativi ieri e oggi (intanto, è già domani)*, cit., con la direttiva del 1991 il legislatore dell'Unione europea ha introdotto mezzi individuali di conoscenza, garantendo ai prestatori di ottenere sia la fotografia da cui partire, per aver contezza della relazione di lavoro, sia il *motion picture* dei cambiamenti che intervengano in corso di rapporto. Quanto alla immagine d'apertura statica, si deve osservare come alcuni istituti potessero sfuggire alla comunicazione, nel caso in cui il contratto individuale rinviasse a «disposizioni legislative, regolamentari, amministrative, statutarie o ai contratti collettivi che disciplinano le materie ivi considerate». Il disposto consentiva, infatti, di omettere la trasmissione al lavoratore delle indicazioni in tema di ferie retribuite; della durata dei termini di preavviso (ovvero, le modalità di determinazione di questo); nonché dell'importo «di base iniziale, degli altri elementi costitutivi, nonché della periodicità del versamento di retribuzione a cui ha diritto il lavoratore» e, infine, della durata normale giornaliera o settimanale del lavoratore (art. 2, § 3, direttiva 91/533/CEE). Se, dunque, il patto individuale rinviava al contratto collettivo, in qualche modo si doveva permettere al lavoratore di acquisire conoscenza degli elementi caratterizzanti il contratto di lavoro nella cennata fotografia iniziale.

L'art. 3 della medesima norma imponeva, inoltre, al datore di lavoro di comunicare tempestivamente per iscritto al lavoratore, entro un mese dall'adozione, tutte le modifiche del rapporto contrattuale intervenute, con l'eccezione dei mutamenti determinati «direttamente da disposizioni legislative o regolamentari, ovvero dalle clausole del contratto collettivo» indicate nella comunicazione iniziale. Sempre allo scopo di fornire informazioni complete al lavoratore in merito al suo rapporto di lavoro, la normativa del 1997 disponeva, altresì, che in caso di estinzione dello stesso di lavoro prima della scadenza del termine di trenta giorni dalla data dell'assunzione, al lavoratore dovesse essere consegnata, al momento della cessazione, una dichiarazione scritta contenente le indicazioni di cui al co. 1, nel caso in cui tale obbligo non fosse stato già adempiuto (art. 1, co. 3)

La norma dettava all'art. 2 anche una particolare disciplina in caso di prestazioni di lavoro all'estero per un periodo superiore a trenta giorni: in questo caso le informazioni di cui all'art. 1, co. 1, dovevano essere fornite al lavoratore prima della partenza e comunque non oltre la scadenza del termine di cui al predetto comma, insieme alle informazioni relative alla durata del lavoro da effettuare all'estero (lett. *a*); alla valuta in cui sarebbe stata corrisposta la retribuzione (lett. *b*); agli eventuali vantaggi in danaro o in natura collegati allo svolgimento della prestazione lavorativa all'estero (lett. *c*); nonché alle eventuali condizioni del rimpatrio del lavoratore (lett. *d*) ⁽¹⁰⁾. Per quanto concerne l'ambito di applicazione soggettivo degli obblighi di informazione, la normativa del 1997 non ricomprendeva, per espressa previsione di legge, i rapporti di lavoro di durata complessiva non superiore ad un mese e il cui orario non fosse superiore alle otto ore settimanali (art. 5, lett. *a*); il coniuge, i parenti e gli affini, non oltre il terzo grado, del datore di lavoro con lui conviventi (art. 5, lett. *b*); nonché il personale assegnato per i posti-funzione delle rappresentanze diplomatiche ed uffici dipendenti all'estero, relativamente alla disposizione dell'art. 2 (art. 5, lett. *c*) ⁽¹¹⁾. Una tempistica differente da quella individuata dal datore di lavoro privato era stabilita per il datore di lavoro pubblico, il quale poteva assolvere al già menzionato obbligo di informazione tramite la consegna al lavoratore, entro il ventesimo giorno del mese successivo alla data di assunzione, della copia della comunicazione di instaurazione del rapporto di lavoro ovvero della copia del contratto individuale di lavoro (l'art. 5, l. n. 183/2010).

Sempre nello spirito della tutela del contraente più debole, va ricordato, infine, che la normativa imponeva ai datori di lavoro privati e agli enti pubblici economici (con la sola esclusione del datore di lavoro domestico), in caso di instaurazione del rapporto di lavoro subordinato e di lavoro autonomo in forma coordinata e continuativa, anche nella modalità a progetto, di socio lavoratore di cooperativa e di associato in partecipazione con apporto di effettuare, entro il termine di 24 ore del giorno precedente

⁽¹⁰⁾ Anche in questo caso, l'informazione relativa alle indicazioni di cui al comma 1, lett. *b* e *c*, poteva essere effettuata mediante rinvio alle norme del contratto collettivo applicato al lavoratore.

⁽¹¹⁾ Sempre M. PAPALEONI, *op.cit.*, p. 760, sottolineava che la disposizione di specie conferma la istituzionale impermeabilità alla normativa lavoristica dei rapporti "minimali" quanto alla durata (inferiore al mese) ed all'impegno (8 ore settimanali).

all'inizio del rapporto di lavoro la comunicazione obbligatoria di assunzione ⁽¹²⁾ e di consegnarne copia ai lavoratori ⁽¹³⁾.

Diversi termini erano stabiliti per il settore turistico, in cui al datore di lavoro non in possesso di uno o più dati anagrafici inerenti al lavoratore era riconosciuta la possibilità di integrare la comunicazione entro il terzo giorno successivo a quello dell'instaurazione del rapporto di lavoro, purché dalla comunicazione preventiva risultino in maniera inequivocabile la tipologia contrattuale e l'identificazione del prestatore di lavoro (art. 4, co. 2, l. n. 183/2010).

Successivamente all'entrata in vigore della suddetta disciplina sono emerse, nella fase applicativa, delle forti criticità: in particolare, nonostante nella stessa fosse previsto che gli obblighi di informazione potessero essere adempiuti attraverso la lettera di assunzione o altro eventuale documento comprovante la sottoscrizione del contratto, da consegnare al lavoratore entro trenta giorni dall'assunzione ⁽¹⁴⁾, non può non sottolinearsi che, nella pratica, la comunicazione relativa alle condizioni applicabili al contratto o al rapporto, contenuta nel contratto individuale di lavoro, spesso consisteva in un elenco, pressoché inutile, di rinvii alla contrattazione collettiva o alla legge.

Conseguenza di ciò era che, a causa delle successioni delle disposizioni nel corso del tempo, potevano in concreto verificarsi importanti cambiamenti nella disciplina del contratto individuale di lavoro senza che i lavoratori ne fossero in alcun modo informati (ad es. un nuovo inquadramento, nuove mansioni esigibili, la struttura della retribuzione, ma anche del completo rinnovo del quadro dell'orario e financo quello del preavviso in caso di recesso).

Inoltre, con il passare del tempo e l'affermazione delle forme di lavoro c.d. "non standard", la disciplina ha evidenziato anche delle carenze in relazione alle categorie di

⁽¹²⁾ Art. 9-*bis*, comma 2, d.l. n. 510/1996, convertito dalla l. n. 608/1996, come modificato dall'art. 5, comma 1, della l. n. 183/2010 e successivamente dagli artt. 17, comma 1, e 18, comma 1, del d.l. n. 5/2012, convertito dalla l. n. 35/2012, e dall'art. 2, comma 13-*bis*, del d.l. n. 16/2012, convertito dalla l. n. 44/2012.

⁽¹³⁾ Si veda l'art. 4-*bis*, comma 2, del d.lgs. n. 181/2000, come modificato dall'art. 5, comma 3, della l. n. 183/2010.

⁽¹⁴⁾ Si veda Cass. 27 marzo 2008, n. 7991, in *MGI*, 2008, secondo cui «L'obbligo imposto al datore di lavoro dall'art. 9 bis, comma terzo, della legge 28 novembre 1996, n. 608, di consegnare al lavoratore, all'atto dell'assunzione, la dichiarazione contenente i dati della registrazione nel libro matricola ovvero, in caso di mancanza del contratto collettivo, l'indicazione della durata delle ferie, della periodicità della retribuzione, dei termini di preavviso del licenziamento e dell'orario di lavoro, non è connesso alla disciplina del collocamento, non essendo diretto ad assicurare il costante monitoraggio dei flussi di manodopera nell'ambito del mercato del lavoro bensì a tutelare l'interesse del lavoratore ad essere adeguatamente informato in merito al suo inserimento nella struttura aziendale e alle modalità del rapporto di lavoro. Ne consegue che il condono previdenziale, previsto dall'art. 2, comma 4, del d.l. n. 538 del 1996, determinando l'estinzione delle sole obbligazioni per sanzioni amministrative connesse con le violazioni delle norme sul collocamento, non si estende alla citata contravvenzione di cui all'art. 9 bis (Rigetta, Trib. Napoli, 6 Agosto 2004)»; si veda anche Cass. 19 maggio 2008, n. 12679, secondo cui «l'obbligo imposto al datore di lavoro dall'art. 9 bis, comma terzo, della legge n. 608 del 1996 – di consegnare al lavoratore, all'atto dell'assunzione, la dichiarazione contenente i dati della registrazione nel libro matricola ovvero, in caso di mancanza del contratto collettivo, l'indicazione della durata delle ferie, della periodicità della retribuzione, dei termini di preavviso del licenziamento e dell'orario di lavoro – è tuttora vigente ed è confermato espressamente dall'art. 1, comma 2, lett. b) del d.lgs. 26 maggio 1997, n. 152, secondo il quale il datore di lavoro può assolvere l'obbligo di tenere informato il lavoratore anche nella dichiarazione di cui all'art. 9 bis della legge citata».

lavoratori tutelati, non ricomprendendo la stessa numerose tipologie di rapporti di lavoro quali, solo ad esempio, la somministrazione di lavoro o il lavoro intermittente.

2. La trasparenza e la prevedibilità delle condizioni di lavoro nella direttiva 2019/1152/UE

La direttiva 2019/1152/UE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 20 giugno 2019 ⁽¹⁵⁾, nel riconoscere i limiti strutturali della normativa al tempo vigente in materia di informazione dei lavoratori, derivanti dai profondi cambiamenti intervenuti nell'ultimo trentennio nel mercato del lavoro (Considerando n. 4 della direttiva UE del 2019), si è posta l'obiettivo di assicurare condizioni di lavoro «trasparenti e prevedibili» e che rispettino la salute, sicurezza e dignità (Considerando n. 1 della direttiva UE), realizzando una convergenza ⁽¹⁶⁾ tra le discipline nazionali ⁽¹⁷⁾ per un verso individuando delle prescrizioni minime comuni a livello europeo ⁽¹⁸⁾ dirette a promuovere la realizzazione di condizioni di lavoro tra datori di lavoro e lavoratori (art. 1, § 1 della direttiva 2019/1152/UE) e, sotto altro aspetto, estendendo la tutela, anche in materia di obblighi informativi ⁽¹⁹⁾, alle nuove forme di lavoro emerse (c.d. lavori “non standard”)⁽²⁰⁾, che se da un lato hanno favorito l'innovazione, la creazione di posti di

⁽¹⁵⁾ Si veda al riguardo I. INGRAVALLO, in questo volume, parte I, tomo I.

⁽¹⁶⁾ Secondo il considerando 25 della direttiva del 2019, per supportare i datori di lavoro a fornire informazioni tempestive, gli Stati membri dovrebbero poter fornire modelli, elaborati a livello nazionale con il supporto della Commissione europea, e pertinenti informazioni sufficientemente complete sul quadro giuridico applicabile. Tali modelli potrebbero essere ulteriormente elaborati a livello settoriale o locale dalle autorità nazionali e dalle parti sociali. La Commissione europea, si legge nel testo, sosterrà gli Stati membri nell'elaborazione di modelli e formati e li renderà ampiamente disponibili, se del caso.

⁽¹⁷⁾ Il considerando 46 della direttiva UE afferma che lo scopo di migliorare le condizioni di lavoro promuovendo un'occupazione più trasparente e prevedibile non può essere conseguito in misura sufficiente dai singoli Stati membri ma necessita nel rispetto dei principi di sussidiarietà (art. 5 TUE) e proporzionalità, di un intervento omogeneizzatore dell'Unione europea.

⁽¹⁸⁾ Nel testo della direttiva è, altresì, precisato che la stessa stabilisce prescrizioni minime, lasciando così impregiudicata la prerogativa degli Stati membri di introdurre o mantenere disposizioni più favorevoli. I diritti acquisiti a norma del quadro giuridico in essere dovrebbero continuare ad applicarsi, a meno che la presente direttiva non introduca disposizioni più favorevoli. L'attuazione della presente direttiva non può, in ogni caso, essere utilizzata per ridurre i diritti esistenti stabiliti dall'attuale diritto dell'Unione o nazionale in materia, né può costituire un motivo valido per ridurre il livello generale di protezione offerto ai lavoratori nel settore disciplinato dalla presente direttiva. In particolare, non dovrebbe essere utilizzata come motivo per introdurre contratti di lavoro a zero ore o di tipo simile.

⁽¹⁹⁾ Si veda sul punto il considerando 3 della direttiva UE del 2019 che afferma che «il principio n. 7 del pilastro europeo dei diritti sociali proclamato a Göteborg il 17 novembre 2017 ha riconosciuto i diritti dei lavoratori di essere informati per iscritto all'inizio del rapporto di lavoro dei diritti e degli obblighi derivanti dal rapporto di lavoro e delle condizioni del periodo di prova e che, prima dell'eventuale licenziamento, essi abbiano il diritto di essere informati delle motivazioni e di ricevere un ragionevole periodo di preavviso e che abbiano il diritto di accedere a una risoluzione delle controversie efficace e imparziale e, in caso di licenziamento ingiustificato, il diritto di ricorso, compresa una compensazione adeguata».

⁽²⁰⁾ Si veda il considerando 5 della direttiva UE del 2019. Osserva A. TURSÌ, *La “trasparenza” dei diritti dei lavoratori nel decreto “trasparenza”*, in *DRI*, 2023, n. 1, che «La trasparenza promossa dalla direttiva

lavoro e la crescita del mercato del lavoro, di converso si distanziano sensibilmente dai rapporti di lavoro tradizionali (Considerando n. 4) ⁽²¹⁾. La normativa europea è, in primo luogo, intervenuta a modificare la tempistica e le modalità con cui le informazioni relative ai diritti e agli obblighi derivanti dal rapporto di lavoro dovranno essere fornite al lavoratore per iscritto (Considerando n. 23 della direttiva UE del 2019), stabilendo che le stesse dovranno essere comunicate, preferibilmente in formato digitale (Considerando n. 24 e art. 3, § 1 della direttiva 2019/1152/UE), il prima possibile e, al più tardi, entro una settimana dall'inizio del rapporto di lavoro (art. 5, § 1 e art. 6, § 1 della direttiva UE) ⁽²²⁾, mentre le restanti informazioni dovranno, in ogni caso, pervenire loro entro un mese dal primo giorno di lavoro e, comunque, prima del termine della durata del contratto inizialmente concordata.

Relativamente all'ambito soggettivo di applicazione, il legislatore europeo, nel prendere atto che le modifiche del mercato del lavoro hanno incrementato il numero dei lavoratori esclusi dalla disciplina della precedente direttiva 91/533/CEE (Considerando n. 5 della direttiva UE), ha operato un ampliamento dei soggetti tutelati ⁽²³⁾ includendo nella stessa le nuove forme di lavoro²⁴ e, nel contempo, individuando

2019/1152/UE conduce a riconoscere ai lavoratori (nuovi) “diritti minimi”, resi necessari dall’opacità – soprattutto sotto il profilo temporale- delle nuove forme di lavoro (in particolare quelle digitali».

⁽²¹⁾ Secondo cui «alcune nuove forme di lavoro si distanziano notevolmente dai rapporti di lavoro tradizionali in termini di prevedibilità, creando incertezza in merito alla protezione sociale e ai diritti applicabili per i lavoratori interessati. In questo mondo del lavoro in evoluzione, cresce l’esigenza che i lavoratori siano pienamente e tempestivamente informati per iscritto, in un formato per loro facilmente accessibile, in merito alle condizioni essenziali del loro lavoro. Per inquadrare adeguatamente lo sviluppo di nuove forme di lavoro, dovrebbero essere riconosciuti ai lavoratori dell’UE anche alcuni nuovi diritti minimi intesi a promuovere la sicurezza e la prevedibilità dei rapporti di lavoro e a consentire, al tempo stesso, che si realizzi una convergenza verso l’alto in tutti gli Stati membri e che venga salvaguardata l’adattabilità del mercato del lavoro».

⁽²²⁾ Va in ogni caso inteso quale primo giorno di lavoro l’inizio effettivo della prestazione di lavoro da parte del lavoratore nel rapporto di lavoro.

⁽²³⁾ Cfr. S. GIUBBONI, *Note sparse sugli usi della nozione euro-unitaria di subordinazione nell’ordinamento interno*, in *RIDL*, 2022, n. 1, p. 55, cogliendo in essa un esempio del «duplice movimento espansivo della nozione euro-unitaria di lavoratore subordinato» verso, da un lato, l’espansione del «raggio di copertura materiale di detta nozione» e, dall’altro, in direzione della «dilatazione dei criteri di individuazione tipologica, visibilmente protesi a fare della etero-organizzazione, e non della etero-direzione tradizionalmente e restrittivamente intesa, l’asse definitorio della medesima nozione».

⁽²⁴⁾ Il considerando 8 della direttiva UE ricorda che «nella sua giurisprudenza, la Corte di giustizia dell’Unione europea (Corte di giustizia) ha stabilito criteri per determinare la condizione di lavoratore (Sentenze della Corte di giustizia del 3 luglio 1986, *Deborah Lawrie-Blum/Land Baden-Württemberg*, C-66/85, ECLI:EU:C:1986:284, del 14 ottobre 2010, *Union syndicale Solidaires Isère/Premier ministre e altri*, C-428/09, ECLI:EU:C:2010:612, del 9 luglio 2015, *Ender Balkaya/Kiesel Abbruch- und Recycling Technik GmbH*, C-229/14, ECLI:EU:C:2015:455, del 4 dicembre 2014, *FNV Kunsten Informatie en Media/Staat der Nederlanden*, C-413/13, ECLI:EU:C:2014:2411, e del 17 novembre 2016, *Betriebsrat der Rubrlandklinik gGmbH/ Rubrlandklinik gGmbH*, C-216/15, ECLI:EU:C:2016:883.) È opportuno tenere conto dell’interpretazione di questi criteri da parte della Corte di giustizia nell’attuazione della presente direttiva. I lavoratori domestici, i lavoratori a chiamata, i lavoratori intermittenti, i lavoratori a voucher, i lavoratori tramite piattaforma digitale, i tirocinanti e gli apprendisti potrebbero rientrare nell’ambito di applicazione della presente direttiva a condizione che soddisfino tali criteri. I lavoratori effettivamente autonomi non dovrebbero rientrare nell’ambito di applicazione della presente direttiva, in quanto non soddisfano tali criteri. L’abuso della qualifica di lavoratore autonomo, quale definito dal diritto nazionale, a livello nazionale o nelle situazioni transfrontaliere, costituisce una forma di lavoro falsamente dichiarato che è spesso associata al lavoro non dichiarato. Il falso lavoro

quale soglia minima al di sotto della quale la normativa non è applicabile la prestazione di lavoro predeterminato ed effettivo di durata pari o inferiore a una media di tre ore a settimana in un periodo di riferimento di quattro settimane consecutive (Considerando n.11) ⁽²⁵⁾. Superata, pertanto, tale soglia minima, le disposizioni della direttiva attualmente si applicano al lavoratore, indipendentemente dal numero di ore di lavoro effettivamente lavorate ovvero dal numero di ore di lavoro indicate nel contratto ⁽²⁶⁾. Un elemento di particolare innovatività, pur se apparentemente in contrasto con quanto innanzi detto, è rappresentato dai principi affermati dai Considerando n. 12 e 35 della direttiva UE, in base ai quali «la stessa dovrà in ogni caso applicarsi, indipendentemente dal numero di ore effettivamente lavorate, a quelle categorie di lavoratori caratterizzate da una particolare vulnerabilità, quali, ad esempio, quelli con contratti a zero ore e alcuni contratti a chiamata», ovvero a tutti i rapporti di lavoro nell'ambito del quale non sia stata stabilita una quantità di lavoro retribuito prima dell'inizio del lavoro (art. 1, § 4 della direttiva 2019/1152) ⁽²⁷⁾. Con la suddetta previsione, pertanto, il legislatore europeo, pur non incidendo in modo diretto sulla flessibilità del mercato del lavoro richiesta dalle imprese, ha inteso perseguire lo scopo di far acquisire maggiore consapevolezza e forza contrattuale alle categorie di prestatori meno tutelate, quali ad es. i cd. *zero hours contracts* ⁽²⁸⁾. Anche sotto l'aspetto oggettivo, la direttiva ha

autonomo ricorre quando il lavoratore, al fine di evitare taluni obblighi giuridici o fiscali, è formalmente dichiarato come lavoratore autonomo pur soddisfacendo tutti i criteri che caratterizzano un rapporto di lavoro. Tali persone dovrebbero rientrare nell'ambito di applicazione della presente direttiva. È opportuno che la determinazione dell'esistenza di un rapporto di lavoro si fondi sui fatti correlati all'effettiva prestazione di lavoro e non basarsi sul modo in cui le parti descrivono il rapporto».

⁽²⁵⁾ Si veda anche il considerando 11 della direttiva UE del 2019, che stabilisce, inoltre, che «il calcolo di tali ore dovrebbe comprendere tutto il tempo effettivamente lavorato per un datore di lavoro, come il lavoro straordinario o il lavoro prestato in aggiunta alle ore garantite o previste nel contratto di lavoro o nel rapporto di lavoro».

⁽²⁶⁾ Si veda al riguardo C. cost. n. 210/1992, che impone l'obbligo, nei contratti a tempo parziale di indicare «oltre alle mansioni, anche la distribuzione dell'orario con riferimento al giorno, alla settimana, al mese e all'anno» per consentire al lavoratore (e, secondo la Consulta, vieppiù alla lavoratrice) di «contemperare l'attività lavorativa con quegli impegni di assistenza familiare [...] è chiaro che queste esigenze verrebbero completamente oblite ovesse consentito pattuire la variabilità unilaterale della collocazione temporale della prestazione lavorativa».

⁽²⁷⁾ Cfr. al riguardo L. BATTISTA, *L'evoluzione del concetto di lavoratore nel diritto dell'Unione europea*, in *ADL*, 2021, p. 637. La soluzione «intermedia e ibrida» si confronta con l'art. 45 TFUE, che individua il «lavoratore» all'interno di una disposizione tesa ad assicurare la libera circolazione dei lavoratori nell'Unione, con l'interesse a garantire l'uguaglianza tra essi nel mercato del lavoro, senza attribuire loro particolari diritti o protezione, che invece negli ordinamenti nazionali sono collegati all'acquisizione dello status di lavoratore subordinato o, almeno, etero-organizzato o economicamente dipendente. Si deve pertanto far riferimento alle diverse legislazioni nazionali per sapere quale sia il livello di protezione nel rapporto e nel mercato del lavoro che spetta al singolo prestatore.

⁽²⁸⁾ E ciò in quanto, secondo il considerando 35, «i contratti di lavoro a chiamata o analoghi, compresi i contratti a zero ore, nell'ambito dei quali il datore di lavoro dispone della flessibilità di poter chiamare il lavoratore in funzione delle proprie necessità, sono particolarmente imprevedibili per il lavoratore. Gli Stati membri che consentono tali contratti dovrebbero assicurare che esistano misure efficaci per prevenirne l'abuso. Tali misure potrebbero assumere la forma di limitazioni dell'uso e della durata di tali contratti, di una presunzione confutabile dell'esistenza di un contratto di lavoro o rapporto di lavoro con un numero garantito di ore retribuite basato sulle ore lavorate in un precedente periodo di riferimento, o di altre misure equivalenti che garantiscano un'efficace prevenzione delle pratiche

introdotto numerose modifiche alla precedente disciplina, motivate dalla necessità di adattare l'elenco di elementi essenziali del contratto di lavoro o del rapporto di lavoro in merito ai quali i lavoratori hanno diritto di essere informati per iscritto già individuato dalla direttiva 91/533/CEE, tenendo conto dell'evoluzione del mercato del lavoro e in particolare della diffusione di forme di lavoro "non *standard*" (Considerando n.15). In primo luogo, il provvedimento dell'Unione europea, recependo i cambiamenti giuridico-economici intervenuti a partire dall'inizio del nuovo millennio nelle forme organizzative dell'impresa, che si riflettono nell'individuazione dei soggetti, persone fisiche o giuridiche o altre entità che possono, nella pratica, assumere le funzioni e le responsabilità di un datore di lavoro (Considerando n. 13), ha inserito all'interno degli obblighi di comunicazione quello di informare i lavoratori in merito alla identità delle parti del rapporto di lavoro (art. 4, § 2, lett. *a*), allo scopo di consentire di individuare l'effettivo datore di lavoro. La medesima disposizione ha, tuttavia, riconosciuto a ciascuno Stato membro la facoltà di determinare con maggiore precisione le persone considerate totalmente o in parte responsabili dell'esecuzione degli obblighi a carico dei datori di lavoro, nonché la possibilità di decidere che tali obblighi siano, totalmente o in parte, assegnati a una persona fisica o giuridica che non è parte del contratto di lavoro o del rapporto di lavoro (art. 1, § 5). L'art. 4, § 1 lett. *b*) della normativa europea ha, altresì, affermato il diritto del lavoratore di essere informato sul luogo in cui deve eseguire la prestazione lavorativa. In assenza di un luogo di lavoro fisso o predominante, la direttiva dispone che stesso ha diritto a essere posto a conoscenza del fatto che la sua prestazione deve svolgersi in luoghi diversi, ovvero che lo stesso è libero di determinare il proprio luogo di lavoro, nonché sulle eventuali disposizioni esistenti per lo spostamento tra i luoghi di lavoro (Considerando n. 16). Rientrano, altresì, tra gli obblighi informativi imposti dalla direttiva UE ai datori di lavoro anche le specifiche informazioni da fornire al lavoratore relativamente alla tipologia di lavoro per il quale è stato assunto ed, in particolare, se trattasi di un rapporto di lavoro a tempo indeterminato o determinato (art. 4, § 1, lett. *e*)⁽²⁹⁾; la data di inizio del rapporto di lavoro (art. 4, § 1, lett. *d*); il titolo, il livello, la natura o la categoria dell'impiego attribuito al lavoratore, ovvero una breve specificazione o descrizione del lavoro (art. 4, § 1, lett. *c*); e la sua retribuzione (art. 4, § 1, lett. *k*)⁽³⁰⁾; se l'organizzazione del lavoro è interamente o in gran parte prevedibile, la durata normale della giornata o della settimana di lavoro del lavoratore nonché eventuali condizioni relative al lavoro straordinario e alla sua retribuzione e, se del caso, eventuali condizioni relative ai cambi di turno; l'eventuale previsione e la durata e le condizioni del periodo di prova (Considerando nn. 27 e 28 e l'art. 4, § 1, lett. *g*); il diritto alla formazione erogata

abusive». Come sostenuto da A. ADAMS-PRASSL FREEDLAND, J. ADAMS-PRASSL, *The 'Zero-Hours Contract': Regulating Casual Work, or Legitimizing Precarity?*, Oxford Legal Studies Research Paper, 2015, n. 11, si è trattato di una scelta forte: la trasparenza è assicurata per i lavoratori più esposti all'incertezza e ai mutamenti del mercato, per esempio, perché impegnati attraverso i cd. *zero hours contracts*.

⁽²⁹⁾ In caso di contratto di lavoro a tempo determinato va specificata la data di fine o la durata dello stesso.

⁽³⁰⁾ Secondo cui le informazioni devono includere tutti gli elementi della stessa indicandoli separatamente, compresi, se del caso, i contributi in denaro o in natura, il pagamento del lavoro straordinario, i premi e altri compensi, percepiti direttamente o indirettamente dal lavoratore per il suo lavoro. La comunicazione di tali informazioni non dovrebbe, in ogni caso, pregiudicare la libertà del datore di lavoro di prevedere ulteriori elementi della retribuzione quali i pagamenti *una tantum*.

dal datore di lavoro, qualora sia previsto (v. i Considerando n. 17 e 37 e l'art. 4, § 1, lett. *b*), nonché, nel caso di lavoratori assunti tramite agenzia interinale, l'identità delle imprese utilizzatrici, nel caso e non appena sia nota (l'art. 4, § 1, lett. *f*).

3. I nuovi obblighi di informazione da parte del datore di lavoro e i nuovi diritti per i lavoratori previsti dal Decreto Trasparenza

In via preliminare va chiarito che il presente contributo si concentra sulle prime informazioni elencate nell'art. 1, co. 1, del d.lgs. n. 152/1997, ovvero quelle ricomprese tra le lettere *a* ed *m*, come modificate dal d.lgs. n. 104/2022, rinviando l'approfondimento delle altre lettere del suddetto art. 1 ai contributi successivi del presente Volume.

Il legislatore nazionale ha recepito il contenuto della direttiva (UE) 2019/1152 approvando il d.lgs. n. 104/2022, c.d. "Decreto Trasparenza", che ha quale scopo dichiarato «l'estensione dello statuto protettivo dei lavoratori garantendo agli stessi nuove tutele e diritti nell'ambito del contratto di lavoro, assicurando una maggiore trasparenza delle dinamiche contrattuali e, conseguentemente, una più automatica prevedibilità degli effetti che possono derivare dal rapporto di lavoro».

Nel perseguire questo obiettivo, il d.lgs. n. 104/2022 non si è tuttavia limitato a recepire e specificare le previsioni della direttiva in materia di informazioni che i datori di lavoro pubblici e privati sono tenuti a fornire ai lavoratori, ma ha provveduto a adattarle alle specifiche caratteristiche del mercato del lavoro nazionale.

In primo luogo, va evidenziato, sotto l'aspetto della tecnica redazionale, che la disposizione in esame non costituisce un intervento normativo autonomo ma è intervenuto a novellare, integrandole e modificandole, le disposizioni di cui al già citato d.lgs. 26 maggio 1997 n. 152.

Analizzando il contenuto del provvedimento normativo emerge immediatamente che una delle novità principali in esso contenuta è costituita dall'affermazione del principio secondo cui il datore di lavoro debba comunicare a ciascun lavoratore, in modo "chiaro e trasparente", le informazioni aventi ad oggetto il rapporto di lavoro.

Una prima conseguenza di questa impostazione, come già si è in precedenza sottolineato, è costituita dal definitivo superamento del modello "per rinvii" precedentemente adottato nel d.lgs. n. 152/1997 ⁽³¹⁾ e dall'affermazione dell'obbligo, da parte

⁽³¹⁾ La circ. INL 10 agosto 2022, n. 4, ha chiarito che «il nuovo art. 1 del d.lgs. n. 152/1997 non fa più espresso riferimento alla possibilità di rendere alcune informazioni al lavoratore mediante il rinvio alle norme del contratto collettivo applicato», si dispone che «tuttavia, fermo restando che con la consegna del contratto individuale di lavoro o di copia della comunicazione di instaurazione del rapporto di lavoro [...] il lavoratore deve essere già informato sui principali contenuti degli istituti di cui all'art. 1 (per esempio orario di lavoro giornaliero per n. giorni alla settimana; importo retribuzione mensile per numero delle mensilità ecc.), la relativa disciplina di dettaglio potrà essere comunicata attraverso il rinvio al contratto collettivo applicato o ad altri documenti aziendali qualora gli stessi vengano contestualmente consegnati al lavoratore ovvero messi a disposizione secondo le modalità di prassi aziendale». La successiva circ. INL 20 settembre 2022, n. 19, ha sottolineato che «la *ratio* della riforma è di ampliare e rafforzare gli obblighi informativi, ma tale operazione di ampliamento e di rafforzamento deve essere calata nella concretezza del rapporto di lavoro». Conseguentemente «l'obbligo informativo non è assolto con l'astratto richiamo delle norme di legge che regolano gli istituti oggetto dell'informativa, bensì attraverso la comunicazione di come tali istituti, nel concreto,

del datore di lavoro, di fornire integralmente al lavoratore tutte informazioni individuate dalla norma, senza poter, appunto, rinviare alle disposizioni in materia contenute nei contratti collettivi di riferimento o nella legge.

Per favorire la conoscenza e conoscibilità del contenuto delle informazioni, e renderlo trasparente, chiaro, completo e conforme agli standard di accessibilità, la norma ha contestualmente attribuito al datore di lavoro, pubblico e privato, la facoltà di individuare quali alternative modalità di comunicazione il formato cartaceo e quello elettronico⁽³²⁾, personalizzando i mezzi utilizzati in relazione ai diversi destinatari⁽³³⁾, tenendo anche conto anche delle eventuali condizioni di disabilità⁽³⁴⁾.

Per quanto concerne l'ambito soggettivo di applicazione, il decreto di recepimento, nel rispetto del dettato dell'Unione europea, ha provveduto, inoltre, ad estendere le tutele già previste per i lavoratori subordinati del settore privato (compresi i lavoratori agricoli, a tempo indeterminato e determinato, a tempo pieno e parziale), anche ai dipendenti del pubblico impiego contrattualizzato, ai lavoratori marittimi e della pesca e ai lavoratori domestici⁽³⁵⁾, nonché a tutte le diverse tipologie contrattuali attualmente conosciute, quali la somministrazione di lavoro⁽³⁶⁾, il lavoro intermittente⁽³⁷⁾, le collaborazioni con prestazione prevalentemente personale e continuativa organizzata dal committente; le collaborazioni coordinate e continuative e le prestazioni di lavoro occasionale⁽³⁸⁾.

si atteggiano, nei limiti consentiti dalla legge, nel rapporto tra le parti, anche attraverso il richiamo della contrattazione collettiva applicabile al contratto di lavoro». A ben vedere, una chiara indicazione sulla effettività e sulla concretezza dell'obbligo informativo si ricava dall'art. 3 del d.lgs. n. 152/1997, secondo cui «Il datore di lavoro e il committente pubblico e privato comunicano per iscritto al lavoratore, entro il primo giorno di decorrenza degli effetti della modifica, qualsiasi variazione degli elementi di cui agli articoli 1, 1-bis e 2 che non derivi direttamente dalla modifica di disposizioni legislative o regolamentari, ovvero dalle clausole del contratto collettivo».

⁽³²⁾ Si vedano al riguardo gli artt. 3 e 4 del d.lgs. n. 104/2022 che riscrivono il vecchio art. 1 del d.lgs. n. 152/1997 e l'art. 5, § 3, della direttiva (UE) 2019/1152 che dispone che «al fine di assicurare che lo svolgimento della comunicazione circa le disposizioni legislative, regolamentari, amministrative o statutarie o [relative] ai contratti collettivi di applicazione generale che costituiscono il quadro giuridico applicabile sia attuato in modo chiaro, trasparente, completo e facilmente accessibile a distanza e per via elettronica, anche tramite portali online esistenti».

⁽³³⁾ Si veda F. NARDELLI, in questo volume, tomo I, parte II, sez. II. Per il diverso impatto delle tecnologie digitali sulle fasce della popolazione, si veda V. FILÌ, *Le ricadute dell'invecchiamento della popolazione sul Welfare, sul mercato del lavoro e sulla solidarietà intergenerazionale*, in MELCHIOR, STRIZZOLO (a cura di), *Anziani e industria 4.0*, Salute e Società, 2022, n. 3, p. 80, e, relativamente alla PA, M. DE FALCO, *Le competenze digitali per la trasformazione smart del lavoro pubblico*, in *LPA*, 2022, n. 3.

⁽³⁴⁾ Per una ampia ricostruzione delle norme in materia di accessibilità si veda A. ALMICI, A. ARENGHI, R. CAMODECA, *Il valore dell'accessibilità. Una prospettiva economico-aziendale*, Franco Angeli, 2020, p. 33; M. DE FALCO, *Accomodamenti ragionevoli: sovvenzioni nel settore privato, accessibilità ovunque*, in *RIDL*, 2022, n. 1, p. 429.

⁽³⁵⁾ F. CHIETERA, in questo volume, tomo I, parte II, sez. I.

⁽³⁶⁾ Si veda M. CALABRIA, in questo volume, tomo I, parte II, sez. II.

⁽³⁷⁾ Per un approfondimento si veda C. GAROFALO, in questo volume, tomo I, parte II, sez. II.

⁽³⁸⁾ V. FERRARO, in questo volume, tomo I, parte II, sez. I. Osserva inoltre A. TURSI, *La "trasparenza" dei diritti dei lavoratori nel decreto "trasparenza"*, cit., che si tratta, per quanto riguarda i collaboratori continuativi coordinati, di una estensione oltre il campo di applicazione della direttiva: questo, infatti, è circoscritto ai «lavoratori nell'Unione che hanno un contratto di lavoro o un rapporto di lavoro» (*employment contract or employment relationship*) quali definiti dal diritto, dai contratti collettivi o dalle prassi in vigore in ciascuno Stato membro, tenendo conto della giurisprudenza della Corte di giustizia:

Sempre al fine di estendere la platea dei soggetti destinatari della normativa e di garantire una efficace tutela delle condizioni di lavoro anche per tutti coloro che svolgono un'occupazione occasionale o a breve termine, a chiamata, intermittente e per *voucher* o tramite piattaforma viene affiancato alla modalità di comunicazione cartacea delle informazioni, il formato elettronico e digitale, che consente una incessante evoluzione del flusso informativo, attraverso collegamenti e connessioni, onerando al riguardo la parte datrice della «prova della trasmissione o della ricezione», a pena delle sanzioni previste per l'inadempimento dei doveri di comunicazione ⁽³⁹⁾.

In linea con quanto indicato nella direttiva ⁽⁴⁰⁾ restano, pertanto, attualmente esclusi dalla nuova disciplina i rapporti di lavoro autonomo, purché non integranti rapporti di collaborazione coordinata e continuativa di cui all'art. 409 n. 3 c.p.c. (art. 4, lett. *a*); quelli di durata pari o inferiore a una media di tre ore a settimana in quattro settimane consecutive (art. 4, lett. *b*); i contratti di agenzia e rappresentanza commerciale (art. 4, lett. *c*); i contratti di collaborazione prestati nell'impresa del datore di lavoro dal coniuge, dai parenti e dagli affini non oltre il terzo grado, che convivono con lui (art. 4, lett. *d*); i rapporti di lavoro del personale dipendente di amministrazioni pubbliche in servizio all'estero, (art. 4, lett. *e*), come disposto dall'art. 2 del d.lgs. 26 maggio 1997, n. 152, modificato dal suddetto decreto nonché del personale in regime di diritto pubblico *ex* art. 3, d.lgs. n. 165/2001 (art. 4, lett. *f*) per i quali il d.lgs. n. 104/2022 dispone che le nuove regole in tema di trasparenza operano «compatibilmente con le disposizioni dei rispettivi ordinamenti» ⁽⁴¹⁾.

Per espressa previsione normativa (art. 16 del d.lgs. n. 104/2022), le disposizioni in materia di obbligo di informazione si applicano a tutti i rapporti di lavoro instaurati alla data del 1° agosto 2022. Nel caso in cui il lavoratore risulti già assunto in tale data, lo stesso può richiedere per iscritto al datore di lavoro o al committente di provvedere, entro sei mesi, all'aggiornamento o all'integrazione delle informazioni di cui agli artt. 1, 1-*bis*, 2 e 3 del d.lgs. 26 maggio 1997, n. 152, come modificati dall'art. 4 del d.lgs. 104/2022 e, in caso di inadempimento, agli stessi verrà applicata la sanzione di cui all'art. 19, co. 2 del d.lgs. 10 settembre 2003, n. 276.

Per quanto concerne i soggetti titolari dell'obbligo di informazione, in linea con lo spirito della direttiva UE del 2019, è stato altresì previsto che, per risolvere le incertezze relative all'individuazione del datore di lavoro oggetto del contratto, sempre più frequenti a causa delle mutate forme dell'organizzazione del lavoro, al prestatore di lavoro debba essere comunicata l'identità del titolare del rapporto di lavoro, ivi

sicché, al netto delle eccezioni stabilite dai commi 4 e 6 ss., il campo di applicazione della direttiva appare iscritto all'interno dell'area della subordinazione, sia pure comprensiva dei *workers*, il cui status compete secondo la Corte di giustizia a tutti i prestatori d'opere che nel linguaggio sociologico (più che giuridico) vengono definiti "lavoratori atipici", quali i lavoratori domestici, gli intermittenti, i somministrati, i prestatori occasionali, i lavoratori su piattaforma digitale, i tirocinanti e gli apprendisti (si veda il considerando 8 della direttiva).

⁽³⁹⁾ Stabilite dal art. 19, comma 2, del d.lgs. n. 276/2003 che sanziona l'inadempimento degli obblighi informativi con la sanzione amministrativa pecuniaria da 250 a 1.500 euro per ogni lavoratore interessato.

⁽⁴⁰⁾ Si veda l'art. 1, § 6, della direttiva del 2019 in base al quale gli Stati membri possono prevedere, sulla base di motivi oggettivi, che le disposizioni di cui al capo III non si applichino a funzionari pubblici, servizi pubblici di emergenza, forze armate, autorità di polizia, magistrati, pubblici ministeri, investigatori o altri servizi preposti all'applicazione della legge.

⁽⁴¹⁾ Si veda G. PISTORE, in questo volume, tomo I, parte II, sez. I.

compresa quella dei co-datori che abbiano sottoscritto un contratto di rete di impresa (art. 4, co. 1, lett. *a*)⁽⁴²⁾; ovvero in caso di imprese agricole, comprese quelle costituite in forma cooperativa, appartenenti allo stesso gruppo di imprese di cui al co. 1 del d.lgs. n. 276/2003⁽⁴³⁾, ovvero riconducibili allo stesso proprietario o a soggetti legati tra loro da un vincolo di parentela o di affinità entro il terzo grado, che possono procedere congiuntamente all'assunzione di lavoratori dipendenti per lo svolgimento di prestazioni lavorative presso le relative aziende⁽⁴⁴⁾.

Analogamente a quanto previsto nel d.lgs. n. 152/1997, il d.lgs. n. 104/2022 dispone che nell'accordo tra datore di lavoro e lavoratore debbano inoltre essere specificati il luogo di lavoro, la sede o il domicilio del datore di lavoro (art. 4, co. 1 lett. *b* e *c*). In linea con quanto indicato nella direttiva UE, il “c.d. Decreto Trasparenza” ha provveduto ad integrare la suddetta disposizione prevedendo che, in assenza di un luogo di lavoro fisso o predominante, il datore di lavoro debba comunicare al lavoratore che lo stesso è occupato in luoghi diversi, o che lo stesso è libero di determinare il proprio luogo di lavoro (l'art. 4, co.1 lett. *b*). Nell'accordo pattizio devono essere, inoltre, chiaramente esplicitati l'inquadramento, il livello e la qualifica attribuiti al lavoratore o, in alternativa, le caratteristiche o la descrizione sommaria del lavoro (l'art. 4, co. 1 lett. *d*, come novellato dal d.lgs. n. 104/2022), oltre alla data di inizio del rapporto di lavoro (l'art. 4, co. 1 lett. *e*). Tra gli obblighi di informazione ricadenti sul datore di lavoro rientrano anche quelli relativi alla durata del rapporto di lavoro, e pertanto se si è in presenza di un contratto a tempo determinato o indeterminato.

A tale proposito va detto che già la normativa e la giurisprudenza antecedenti all'entrata in vigore del d.lgs. n. 152/1997 in materia di contratto a termine, in considerazione della previsione *ad substantiam* della forma scritta, ritenevano che l'adempimento dell'onere di comunicazione della durata del contratto dovesse essere assolto dal datore di lavoro precedentemente o al massimo contestualmente all'assunzione⁽⁴⁵⁾.

Con l'entrata in vigore del d.lgs. n. 152/1997 si è, viceversa, ammesso che l'obbligo di informazione potesse essere assolto con un contratto scritto da trasmettere al lavoratore entro trenta giorni dalla data di assunzione (art. 1, co. 2, lett. *a*). Lo stesso principio è stato ribadito dal successivo co. 3 con il quale si è disposto che in caso di estinzione del rapporto di lavoro prima della scadenza del termine di trenta giorni dalla data di assunzione, al lavoratore debba essere consegnata, al momento della

⁽⁴²⁾ Ai sensi del d.l. n. 5/2009, convertito, con modificazioni, dalla l. n. 33/2009. Cfr. l'art. 30, comma 4-*ter*, del d.lgs. n. 276/2003.

⁽⁴³⁾ Si veda l'art. 31, commi 3-*bis* e d.lgs. n. 276/2003.

⁽⁴⁴⁾ Si veda al riguardo A. TURSI, *La “trasparenza” dei diritti dei lavoratori nel decreto “trasparenza”*, cit., secondo cui si tratta di una previsione apparentemente semplice, ma che cela una insidia di fondo, consistente nella frequente ricorrenza di ipotesi in cui la co-datorialità non è frutto di una scelta volontaria e consapevole del datore di lavoro (per es., nel quadro di un contratto di rete), ma di una statuizione giudiziale o di un accertamento amministrativo; spesso nell'ambito di gruppi di imprese multinazionali che ricorrono di fatto, su scala transnazionale, a modelli gestionali astrattamente qualificabili come co-datoriali (anche prima e indipendentemente dal recente “sdoganamento” legislativo italiano della figura).

⁽⁴⁵⁾ Si veda Pret. Chiavari 23 ottobre 1995, *RIDL*, 1996, p. 139; Trib. Rovigo 25 giugno 1993, *DPL*, p. 94.

cessazione del rapporto stesso, una dichiarazione scritta contenente le indicazioni, ove tale obbligo non sia stato adempiuto, di cui al co. 1 ⁽⁴⁶⁾.

Il d.lgs. n. 104/2022, nel ribadire che le disposizioni disciplinanti il diritto all'informazione sugli elementi essenziali del rapporto di lavoro e sulle condizioni di lavoro si applicano, con le limitazioni di cui al co. 4, anche ai contratti di lavoro a tempo determinato di pubblico impiego e di diritto privato (art. 1, co. 1, lett. *a*), ha confermato che i suddetti datori di lavoro hanno il dovere di comunicare ai lavoratori la tipologia di rapporto di lavoro, precisando, in caso di rapporti a termine, la durata prevista dello stesso (l'art. 4, co. 1, lett. *f*). Qualora dette informazioni non siano contenute nel contratto individuale di lavoro redatto per iscritto ovvero nella copia della comunicazione di instaurazione del rapporto di lavoro prevista dall'art. 4, co. 2, lett. *b*, le stesse dovranno essere in ogni caso fornite per iscritto al lavoratore entro i sette giorni successivi all'inizio della prestazione lavorativa (art. 4, co. 3 del d.lgs. 104/2022).

Il d.lgs. n. 104/2022, nel rispetto della direttiva UE, ha esteso il suo ambito di applicazione alle forme di lavoro non disciplinate dal d.lgs. n. 152/1997, quali ad esempio il contratto di lavoro somministrato (art. 1, co. 1, lett. *b*) ⁽⁴⁷⁾. A tale riguardo l'art. 4, co. 1, lett. *g* dispone testualmente che, nel caso di lavoratori dipendenti da agenzia di somministrazione di lavoro, il lavoratore ha diritto a ricevere comunicazione in merito all'identità delle imprese utilizzatrici, quando e non appena sia nota.

Le informazioni oggetto dell'obbligo di comunicazione devono, inoltre, riguardare la durata del periodo di prova, qualora lo stesso sia previsto (art. 4, co. 1 lett. *b* e art. 7 del d.lgs. n. 104/2022) ⁽⁴⁸⁾. Va ricordato, al riguardo, che secondo lo spirito della direttiva del 2019, la funzione del periodo di prova dovrebbe sempre essere quella di consentire alle parti del rapporto di lavoro di verificare la compatibilità tra i lavoratori e le posizioni per le quali sono stati assunti, fornendo al contempo sostegno ai lavoratori. L'ingresso nel mercato del lavoro o la transizione verso una nuova posizione non dovrebbe, secondo l'indirizzo eurounitario, implicare un lungo periodo di insicurezza, ragion per cui, come stabilito nel pilastro europeo dei diritti sociali, i periodi di prova dovrebbero avere sempre una durata ragionevole ⁽⁴⁹⁾.

⁽⁴⁶⁾ M. PAPALEONI, *op. cit.*, p. 758, ha osservato che il termine di trenta giorni entro il quale il datore di lavoro è tenuto a rendere esplicita l'esistenza di un termine di durata del contratto avesse acquisito valenza generalizzata e, come tale, avesse sostituito, per intrinseca incompatibilità, le diverse indicazioni elaborate dalla precedente giurisprudenza.

⁽⁴⁷⁾ Cfr. M. CALABRIA, in questo volume, tomo I, parte II, sez. II.

⁽⁴⁸⁾ Si veda A. MORONE, in questo volume, tomo I, parte II, sez. III.

⁽⁴⁹⁾ Si legge nella direttiva del 2019 che un cospicuo numero di Stati membri ha fissato la durata massima generale dei periodi di prova in un intervallo compreso tra tre e sei mesi, che dovrebbe essere considerato ragionevole. Eccezionalmente, i periodi di prova dovrebbero poter durare più di sei mesi se ciò è giustificato dalla natura dell'impiego, come nel caso di posizioni dirigenziali, esecutive o nella pubblica amministrazione, o se ciò è nell'interesse del lavoratore, come nel contesto di misure specifiche per la promozione dell'occupazione a tempo indeterminato, in particolare per i lavoratori giovani. I periodi di prova dovrebbero inoltre poter essere prorogati in misura corrispondente qualora il lavoratore sia stato assente dal lavoro durante il periodo di prova, ad esempio a causa di malattia o congedo, per consentire al datore di lavoro di verificare l'idoneità del lavoratore al compito in questione. Nel caso di rapporti di lavoro a tempo determinato inferiori a 12 mesi, gli Stati membri dovrebbero assicurare che la durata di tale periodo di prova sia adeguata e proporzionale alla durata prevista del contratto e alla natura dell'impiego. Ove previsto dal diritto o dalle prassi nazionali, i lavoratori dovrebbero poter maturare diritti connessi al lavoro durante il periodo di prova.

Per tale motivo l'art. 1, § 1 della direttiva del 2019 ha imposto agli Stati membri di provvedere affinché, qualora un rapporto di lavoro sia soggetto a un periodo di prova quale definito dal diritto nazionale o dalle prassi nazionali, tale periodo non sia in ogni caso superiore a sei mesi. Una specifica disciplina del periodo di prova è individuata nella normativa europea in presenza di rapporti di lavoro a tempo determinato: in questi casi agli Stati membri è stato imposto di determinare la durata di tale periodo proporzionalmente alla durata prevista del contratto e alla natura dell'impiego. In ogni caso, in presenza di un rinnovo di un contratto per la stessa funzione e gli stessi compiti, secondo la direttiva il rapporto di lavoro non dovrebbe essere mai soggetto a un nuovo periodo di prova (art. 8, § 2 della direttiva del 2019).

La normativa comunitaria ammette, tuttavia, la possibilità per gli Stati membri di prevedere, in via eccezionale, periodi di prova di durata superiore qualora gli stessi siano giustificati dalla natura dell'impiego o sono nell'interesse del lavoratore. Infine, in caso di assenza dal lavoro del lavoratore durante il periodo di prova, agli Stati membri è riconosciuta la possibilità di prevedere che lo stesso possa essere prorogato in misura corrispondente, in relazione alla durata dell'assenza (l'art. 8, § 3 della direttiva del 2019).

L'art. 4 co. 1, lett. *i*, novellato dal d.lgs. n. 104/2022 riconosce altresì al lavoratore il diritto a essere informato in merito alla formazione obbligatoria erogata dal datore di lavoro (art. 11, d.lgs. n. 104/2022), qualora la stessa sia prevista ⁽⁵⁰⁾. Nel rispetto di quanto enunciato nella direttiva del 2019 gli Stati membri devono garantire che la stessa sia erogata con equità a tutti i lavoratori, compresi quelli assunti con forme di lavoro “non standard”, adottando le misure necessarie per tutelare gli stessi da qualsiasi forma di pratica abusiva e assicurando che i costi non siano mai posti a carico del lavoratore né trattenuti o dedotti dalla retribuzione del lavoratore (Considerando n. 37) ⁽⁵¹⁾.

Riprendendo quanto enunciato della direttiva UE, l'art. 11 del d.lgs. n. 104/2022, ha altresì previsto che la formazione fornita dal datore di lavoro debba essere gratuita, che le relative ore debbano essere computate come orario di lavoro e che la stessa, ove possibile, dovrebbe svolgersi durante l'orario di lavoro. A tale scopo, l'informativa in merito dovrebbe, pertanto, ricomprendere anche il numero di giorni di formazione annui a cui il lavoratore ha diritto e le informazioni in merito alla politica generale di formazione del datore di lavoro ⁽⁵²⁾. Nel d.lgs. n. 104/2022 viene, infine, precisato che in detto obbligo non è ricompresa la formazione professionale o la formazione necessaria ai lavoratori per ottenere, mantenere o rinnovare una qualifica professionale, nella misura in cui il diritto dell'Unione o nazionale o un contratto collettivo non impongono al datore di lavoro di fornirla al lavoratore (art. 11, co. 2).

⁽⁵⁰⁾ Per un approfondimento si veda F. STAMERRA, in questo volume, tomo I, parte II, sez. III.

⁽⁵¹⁾ La direttiva precisa che i costi di questa formazione non dovrebbero essere a carico del lavoratore né trattenuti o dedotti dalla retribuzione del lavoratore. Tale formazione dovrebbe essere computata come orario di lavoro e, ove possibile, dovrebbe svolgersi durante l'orario di lavoro.

⁽⁵²⁾ Secondo A. TURSI, *La “trasparenza” dei diritti dei lavoratori nel decreto “trasparenza”*, cit., il rischio, in questo caso, è di interpretare la norma come riferibile a qualunque obbligo formativo, sì da estenderla, per es., a contratti formativi come l'apprendistato, ma anche a tutti i casi in cui il lavoratore possa vantare un diritto specifico, legale o contrattuale, alla formazione: per esempio, il diritto alla formazione finalizzata, ex art. 2103 c.c. “post *Jobs Act*”, ad acquisire la capacità di svolgere mansioni inquadrate nello stesso livello, ma professionalmente non equivalenti.

Tra gli obblighi di informazione a cui è tenuto il datore di lavoro rientra, altresì, il dovere di comunicare la durata del congedo per ferie, nonché degli altri congedi retribuiti cui ha diritto il lavoratore o, se ciò non può essere indicato all'atto della stessa, le eventuali modalità di determinazione e di fruizione degli stessi (art. 4, co. 1, lett. *l*). La circ. INL n. 19 del 20 settembre 2022, nel ribadire in primo luogo che «le ferie e i congedi retribuiti cui si fa riferimento sono ovviamente quelli previsti dalla legge e dai contratti collettivi», sottolinea che, nello spirito della norma, «l'attenzione dell'obbligo informativo debba necessariamente concentrarsi sulla concretezza del rapporto, ragione per cui, oltre ai generali ed essenziali richiami alla disciplina legale applicabile, da formularsi con chiarezza e semplicità, occorre fornire al lavoratore le indicazioni della disciplina contenuta nel contratto collettivo soggettivamente applicabile al rapporto». Oltre al congedo per ferie, l'obbligo di informazione a carico del datore di lavoro deve in ogni caso ricomprendere anche «gli altri congedi retribuiti cui ha diritto il lavoratore».

Al riguardo, la citata circ. n. 19/2022 ha chiarito come dalla lettera della norma si debba ritenere che l'obbligo di informazione riguardi esclusivamente i congedi retribuiti, per cui non rientrerebbero nell'obbligo di comunicazione quelli per cui non è prevista la corresponsione della retribuzione e ha motivato questo orientamento affermando che, in ossequio al principio di ragionevolezza degli oneri informativi posti a carico del datore di lavoro, il Ministero del Lavoro, nella consapevolezza che nel nostro ordinamento esistono numerose forme di temporanea astensione dalla prestazione lavorativa variamente denominate (congedo, assenza, permesso, aspettativa, ecc.), ha evidentemente limitato l'obbligo di informazione solo alle forme di astensione temporanea maggiormente incidenti sul rapporto di lavoro espressamente qualificate dal legislatore come “congedo”⁽⁵³⁾.

In ultimo, in applicazione di quanto previsto dal Considerando n. 3 della direttiva del 2019, tra le informazioni che devono essere fornite dal datore di lavoro vi sono anche la procedura, la forma e i termini del preavviso in caso di recesso del datore di lavoro o del lavoratore (l'art. 4, co. 1, lett. *m*, novellato dal d.lgs. n. 104/2022). La direttiva Ue, stabilisce al riguardo che le informazioni sulla procedura che deve essere seguita dal datore di lavoro e dal lavoratore in caso di cessazione del rapporto di lavoro dovrebbero poter in ogni caso includere il termine per la presentazione di un ricorso contro un licenziamento.

Per quanto concerne le modalità di adempimento dell'obbligo di informazione, analogamente a quanto già previsto nella precedente normativa, anche il testo novellato dispone che lo stesso può essere assolto mediante la consegna al lavoratore, all'atto dell'instaurazione del rapporto di lavoro e prima dell'inizio dell'attività lavorativa, alternativamente, del contratto individuale di lavoro redatto per iscritto (lett. *a*) ovvero

⁽⁵³⁾ A tale scopo, la suddetta circolare ha indicato, in via esemplificativa ma non esaustiva, alcune ipotesi di congedi retribuiti previsti dalla legge, tra cui in particolare i congedi di maternità e paternità, congedo parentale e congedo straordinario per assistenza a persone disabili, secondo la disciplina di cui al d.lgs. n. 151/2001; congedo per cure per gli invalidi, secondo la disciplina di cui all'art. 7 del d.lgs. n. 119/2011; congedo per le donne vittime di violenza di genere secondo la disciplina di cui all'art. 24 del d.lgs. n. 80/2015. Viene, in ogni caso, sottolineata la necessità che il datore di lavoro tenga conto, oltre che della disciplina legale, anche di quella contenuta nel contratto collettivo, in ossequio al principio di concretezza dell'informazione sul rapporto di lavoro già richiamato in precedenza.

della copia della comunicazione di instaurazione del rapporto di lavoro di cui all'art. 9-*bis* del d.l. 1° ottobre 1996, n. 510, convertito, con modificazioni, dalla legge 28 novembre 1996, n. 608 (lett. *b*).

Il d.lgs. n. 104/2022 è infine intervenuto a sostituire quanto disposto dal co. 2 dell'art. 4 *bis* del d.lgs. 21 aprile 2000, n. 181, che nella versione originaria ⁽⁵⁴⁾ stabiliva una diversa disciplina tra lavoro pubblico e privato in materia di obblighi di comunicazione, in base alla quale all'atto dell'instaurazione del rapporto di lavoro, prima dell'inizio dell'attività di lavoro, i datori di lavoro privati, erano tenuti a consegnare ai lavoratori una copia della comunicazione di instaurazione del rapporto di lavoro di cui all'art. 9-*bis*, co. 2, del d.l. 1° ottobre 1996, n. 510, convertito, con modificazioni, dalla l. 28 novembre 1996, n. 608, e successive modificazioni, adempiendo in tal modo anche alla comunicazione di cui al d.lgs. 26 maggio 1997, n. 152. Detto obbligo si intendeva assolto nel caso in cui il datore di lavoro consegnasse al lavoratore, prima dell'inizio dell'attività lavorativa, copia del contratto individuale di lavoro che contenga anche tutte le informazioni previste dal d.lgs. 26 maggio 1997, n. 152. Diversamente il datore di lavoro pubblico poteva assolvere all'obbligo di informazione di cui al d.lgs. 26 maggio 1997, n. 152, con la consegna al lavoratore, entro il ventesimo giorno del mese successivo alla data di assunzione, della copia della comunicazione di instaurazione del rapporto di lavoro ovvero con la consegna della copia del contratto individuale di lavoro. Tale obbligo non sussiste per il personale di cui all'art. 3 del d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165.

Per effetto della modifica operata dall'art. 5, co. 5 del d.lgs. n. 104/2022, pertanto, i datori di lavoro pubblici e privati sono attualmente tenuti, al momento dell'instaurazione del rapporto di lavoro, e in ogni caso prima dell'inizio dell'attività lavorativa, a fornire al lavoratore le informazioni sul rapporto di lavoro, secondo le modalità e i tempi di cui agli artt. 1 e 1 *bis* del d.lgs. 26 maggio 1997, n. 152.

4. Considerazioni conclusive

Il legislatore nazionale, in linea con la consolidata tendenza delle Istituzioni UE, ha optato, anche in materia di obblighi di informazione, per l'adozione di una disciplina applicabile a (quasi) tutti i rapporti di lavoro, ponendo, pertanto di fatto sullo stesso piano il piccolo imprenditore, le multinazionali e le più grandi imprese di Stato ⁽⁵⁵⁾. Questa impostazione, evidentemente in contrasto con l'indicazione data dal legislatore europeo agli Stati membri di cercare di evitare di imporre vincoli amministrativi, finanziari e giuridici di natura tale da ostacolare la creazione e lo sviluppo di micro, piccole e medie imprese ⁽⁵⁶⁾ è stata immediatamente oggetto di forti critiche sia da parte delle associazioni di categoria datoriali che degli ordini professionali dei

⁽⁵⁴⁾ Comma prima sostituito dall'art. 40, comma 2, del d.l. n. 112/2008, come modificato dalla relativa legge di conversione, e poi così modificato dal comma 3 dell'art. 5, l. n. 183/2010. Si veda, anche, l'art. 19 del d.lgs. n. 276/2003.

⁽⁵⁵⁾ Si veda G. PROIA, *Le novità, sistemiche e di dettaglio, del decreto trasparenza*, in *MGL*, 2022, n. 3.

⁽⁵⁶⁾ Cfr. il secondo periodo del considerando 48, in base al quale «gli Stati membri sono invitati a valutare l'impatto dei rispettivi atti di recepimento sulle piccole e medie imprese per accertarsi che non siano colpite in modo sproporzionato, riservando particolare attenzione alle microimprese e agli oneri amministrativi, e a pubblicare i risultati di tali valutazioni».

consulenti del lavoro e dei commercialisti che, in particolare, hanno vibratamente contestato non solo la tempistica estiva di approvazione, ma anche l'aggravarsi degli oneri per le imprese, in particolare per quelle di minori dimensioni, in un contesto socio-economico già complicato dalla fase post-pandemica e dal contesto bellico russo-ucraino purtroppo ancora in corso. A riprova di ciò va sottolineato che dalla lettura del d.lgs. n. 104/2022 si evince che lo stesso contiene solo un marginale riferimento all'impatto della nuova disciplina sui datori di lavoro di più ridotte dimensioni (art. 10, co. 4 del d. lgs. n. 152/1997 novellato dal d.lgs. n. 104/2022). Un'altra critica mossa dal mondo del lavoro alla normativa in commento ha avuto ad oggetto l'utilizzo da parte del Governo, nel recepimento della direttiva del 2019, della tecnica della novellazione della precedente disposizione di legge. La sovrapposizione delle norme, infatti, non solo non ha contribuito a chiarire la disciplina complessiva degli obblighi di informazione a carico del datore di lavoro ma, in molti casi, ha ulteriormente complicato l'attività di individuazione e conoscenza delle regole a cui conformarsi, in particolare per gli operatori non giuridicamente qualificati, introducendo, per di più con una formulazione particolarmente complessa, disposizioni ricche di imprecisioni e difetti di coordinamento⁽⁵⁷⁾ e non sempre realmente funzionali rispetto alla realizzazione degli obiettivi di tutela sostanziale dei lavoratori⁽⁵⁸⁾. Come detto nel corso della trattazione, detta situazione di confusione normativa è stata, se possibile, ulteriormente aggravata dalla scelta operata nel d.lgs. n. 104/2022 di non avvalersi della possibilità, pur riconosciuta a livello unionale europeo⁽⁵⁹⁾, di consentire ai datori di lavoro di adempiere ai loro obblighi operando un riferimento alle fonti (disposizioni legislative, regolamenti, amministrative o statutarie o contratti collettivi) che disciplinano le condizioni di lavoro oggetto dell'informativa(art. 4, co. 3 della direttiva che prevede la possibilità del rinvio al contratto collettivo per quanto riguarda le informazioni di cui alle lett. da *g* ad *l* e alla lett. *o*. Un primo riscontro a queste contestazioni è stato dato dalle prime considerazioni e indicazioni interpretative, dirette a favorire l'uniforme applicazione del decreto, fornite dalle autorità amministrative nazionali, che hanno riconosciuto come la scelta del legislatore nazionale abbia effettivamente causato un irragionevole aggravamento degli adempimenti del datore di lavoro e che il valore e l'importanza di una corretta informazione, comunque, debba essere modulata in maniera proporzionata e sostenibile per i datori di lavoro⁽⁶⁰⁾. A tale scopo, gli Enti competenti hanno cercato di introdurre con delle circolari amministrative⁽⁶¹⁾ almeno una parziale semplificazione degli obblighi di informazione relativi alla fase della instaurazione del

⁽⁵⁷⁾ Si veda G. PROIA, *Le novità, sistemiche e di dettaglio, del decreto trasparenza*, cit.

⁽⁵⁸⁾ Si veda sempre G. PROIA, *Le novità, sistemiche e di dettaglio, del decreto trasparenza*, cit., secondo cui «in alcuni casi sono stati introdotti adempimenti eccessivamente e onerosi mentre, in altre circostanze sembra aver sottovalutato la peculiarità di alcune forme di lavoro, che avrebbero probabilmente richiesto la predisposizione di discipline di tutela più specifiche ed appropriate».

⁽⁵⁹⁾ Il considerando 38 riconosce che è opportuno rispettare l'autonomia delle parti sociali e il loro ruolo di rappresentanti dei lavoratori e dei datori di lavoro. Le parti sociali dovrebbero quindi poter ritenere che, in particolari settori o situazioni, per perseguire lo scopo della direttiva siano più appropriate disposizioni diverse rispetto ad alcune norme minime stabilite nella stessa. Gli Stati membri dovrebbero pertanto consentire alle parti sociali di mantenere, negoziare, stipulare e applicare contratti collettivi che differiscono da alcune disposizioni contenute nella presente direttiva, a condizione che il livello generale di protezione dei lavoratori non sia abbassato.

⁽⁶⁰⁾ Si veda la circ. INL 10 agosto 2022, n. 4. Così la circ. Min. lav. 20 settembre 2022, n. 19.

⁽⁶¹⁾ *Ibidem*.

rapporto di lavoro riconoscendo la possibilità di rinviare al contratto collettivo (o ad altri documenti aziendali) per ciò che riguarda la “disciplina di dettaglio”. Tuttavia, stante il carattere vincolante delle prescrizioni del decreto e il rigido sistema della gerarchia tra le fonti, che non consente alle circolari amministrative di derogare alle norme di legge è stato ribadito che, con la consegna del documento iniziale di informazione, il lavoratore deve essere già informato sui principali contenuti degli istituti di cui al novellato art. 1 del d.lgs. n. 152/1997 ⁽⁶²⁾. Al momento, pertanto, non appare risolto il problema di distinguere i «principali contenuti degli istituti», che il datore di lavoro deve direttamente specificare nel documento di informazione, da quelli per i quali sarebbe consentito il rinvio alla disciplina del contratto collettivo.

In ultimo, a conferma dell’atteggiamento di scarsa attenzione alle indicazioni europee da parte del Governo nazionale, va segnalato che, nonostante la direttiva UE del 2019, evidentemente consapevole della complessità degli oneri imposti, avesse previsto, in un’ottica di cooperazione, la possibilità, da parte degli Stati membri, di « predisporre modelli e formati da mettere a disposizione delle parti del rapporto di lavoro al fine di « aiutare i datori di lavoro a fornire informazioni tempestive» e, in ogni caso, di provvedere a rendere «disponibili a tutti» le disposizioni normative e sindacali applicabili, specificando che ciò deve avvenire in modo « chiaro, trasparente, completo e facilmente accessibile, a distanza e per via elettronica» (Considerando n. 25 e paragrafi 2 e 3 dell’art. 5 della direttiva del 2019), detto invito non è stato raccolto dal legislatore italiano che non ha ritenuto a raccogliere l’invito a predisporre i “modelli e formati” e si è limitato esclusivamente a impegnarsi a rendere disponibili “a tutti” le disposizioni normative e sindacali applicabili, pubblicando sul sito internet del Ministero del lavoro ⁽⁶³⁾ le disposizioni di legge e le clausole dei contratti collettivi nazionali (l’art. 1, co. 6, del d.lgs. n. 152/1997).

⁽⁶²⁾ Nelle stesse circolari è ribadito che «il datore di lavoro è tenuto a fornire al lavoratore le informazioni di base riferite ai singoli istituti di cui al nuovo articolo 1 del richiamato decreto legislativo n. 152, potendo rinviare per le informazioni di maggior dettaglio al contratto collettivo o ai documenti aziendali che devono essere consegnati o messi a disposizione del lavoratore secondo le prassi aziendali».

⁽⁶³⁾ Nonché tramite il sito del Dipartimento della funzione pubblica, per ciò che riguarda la disciplina applicabile ai dipendenti delle pubbliche amministrazioni.

Il diritto alla “conoscibilità” del contratto collettivo e gli obblighi informativi in materia retributiva e previdenziale

di Giovanni Pigliararmi

Abstract – Il presente contributo analizza alcune disposizioni del d.lgs. n. 152/1997 dopo le modifiche introdotte dal d.lgs. n. 104/2022 (c.d. Decreto Trasparenza). In particolare, oggetto dell’analisi sono le disposizioni che dispongono l’obbligo per il datore di lavoro di informare il lavoratore circa il contratto collettivo, di qualunque livello, applicato nell’impresa; gli elementi che compongono il trattamento economico iniziale e, infine, gli enti che sono deputati a ricevere i contributi previdenziali e assicurativi. Nell’illustrare detti obblighi, l’indagine si sofferma, in alcuni casi, su alcune questioni applicative, illustrando, in termini di impatto, potenzialità, benefici e criticità del testo normativo.

Abstract – The essay analyzes some provisions of Legislative Decree no. 152 of 1997 after the amendments introduced by Legislative Decree no. 104 of 2022 (so-called Transparency Decree). In particular, the subject of the analysis are the provisions which establish the obligation for the employer to inform the worker about the collective agreement, of any level, applied in the company; the elements that make up the initial salary and, lastly, the entities that are responsible for receiving social security and insurance contributions. The essay focuses, in some cases, on some application issues, illustrating, in terms of impact, the potential, benefits and critical issues of this law.

Sommario: 1. Una premessa introduttiva all’indagine. – 2. L’obbligo informativo sul contratto collettivo applicato al rapporto: *ratio* della disposizione e ambito di applicazione. – 2.1 L’obbligo informativo sui contratti collettivi di secondo livello. – 2.2. Rinnovo e “cambio” del contratto collettivo: quale impatto sugli obblighi di informazione? – 2.3. L’impatto dell’obbligo informativo sulle attività ispettive. – 2.4. L’impatto dell’obbligo informativo sul processo del lavoro. – 3. Diritto alla trasparenza e retribuzione: una svolta o un nuovo *rebus*? – 3.1. Il periodo di corresponsione della retribuzione. – 3.2. Le modalità di pagamento della retribuzione. – 4. Obblighi informativi e tutela previdenziale. – 5. Considerazioni conclusive.

1. Una premessa introduttiva all’indagine

Se non si può più dubitare della natura contrattuale del rapporto di lavoro, la necessità che la legge determini cosa debba contenere il contratto di lavoro conferma che, in ogni caso, si tratta di un rapporto contrattuale esposto ad una eccessiva asimmetria informativa tra le parti ⁽¹⁾. E ciò perché da un lato è pacifico che queste individuano sovente il contenuto del contratto di lavoro *per relationem* «rimettendo», come insegna

(1) In questi termini, L. CASTELVETRI, *Libertà contrattuale e subordinazione*, Giuffrè, 2001, pp. 123-134.

la manualistica ⁽²⁾, attraverso la c.d. clausola di rinvio «da determinazione del rapporto a fattori esterni, come un certo contratto collettivo o la contrattazione collettiva complessivamente»; dall'altro lato, però, è altrettanto pacifico che questo «rinvio non implica affatto che esse [...] siano a conoscenza» del contenuto del contratto collettivo, confermando così l'assunto che in tali rapporti contrattuali vi è una dissociazione talvolta tra la volontà delle parti e il dispiegarsi del rapporto ⁽³⁾. Il d.lgs. n. 104/2022 si pone l'obiettivo di ridurre ulteriormente queste asimmetrie e di portare così a conoscenza il lavoratore del contenuto di alcuni diritti e delle fonti dalle quali essi derivano. L'art. 4, co. 1, lett. *a* del d.lgs. n. 104/2022, infatti, nel modificare l'art. 1, co. 1 del d.lgs. n. 152/1997, ha onerato il datore di lavoro di rendere edotto il lavoratore di alcuni aspetti del contratto di lavoro, tra i quali figurano l'individuazione del contratto collettivo applicato, l'importo della retribuzione e gli enti previdenziali assicurativi ai quali vengono versati i contributi. È opportuno precisare che gli obblighi informativi oggetto della presente analisi non sono frutto di un ampliamento della legislazione italiana in fase di recepimento e attuazione della direttiva europea n. 1152 del 2019 in quanto questi trovano una netta corrispondenza nel relativo testo (precisamente all'art. 4, co. 1 lett. *k*, lett. *n* e lett. *o* della direttiva).

Per quanto indicati in modo separato, gli obblighi informativi presi qui in analisi sono in realtà intimamente connessi tra di loro poiché tendenzialmente, salvo rare eccezioni, nell'ordinamento giuridico italiano è la contrattazione collettiva di categoria a determinare l'importo della retribuzione ed è la fonte, peraltro, alla quale i giudici ricorrono quando il salario da riconoscere al lavoratore è del tutto incerto o non conforme ai canoni dettati dall'art. 36 Cost. ⁽⁴⁾. Allo stesso modo, è la legge a conferire alla contrattazione collettiva la funzione di determinare l'importo della retribuzione minima imponibile ai fini previdenziali ⁽⁵⁾. Inoltre, non va dimenticato che molte delle forme di protezione e di sicurezza sociale sono istituite dalla contrattazione collettiva e si vanno ad aggiungere a quelle previste dalla legge (si pensi in questo senso alla funzione degli enti bilaterali che riconoscono un'integrazione salariale a seguito della sospensione dell'attività d'impresa).

Tuttavia, nonostante l'interdipendenza che vi è tra l'individuazione del contratto collettivo applicato al rapporto di lavoro e la determinazione dell'importo della retribuzione che deve essere corrisposta al lavoratore e sulla base della quale sarà determinato l'importo dei contributi previdenziali, la presente trattazione analizzerà separatamente i rispettivi obblighi informativi in materia, per poi cercare delle connessioni tra questi nelle riflessioni conclusive (§ 5). Si procederà, quindi, dapprima con l'analizzare l'obbligo di informare il lavoratore sul «contratto collettivo, anche aziendale, applicato al rapporto di lavoro, con l'indicazione delle parti che lo hanno sottoscritto» (art. 1, co.

⁽²⁾ G. GIUGNI, *Diritto sindacale*, Cacucci, 2012, p. 141. F. CARINCI, R. DE LUCA TAMAJÓ, P. TOSI, T. TREU, *Diritto del lavoro*, Utet, 2005, vol. 1, p. 159. M.V. BALLESTRERO, *Diritto sindacale*, Giappichelli, 2012, pp. 233-235. M. MAGNANI, *Diritto sindacale*, Cacucci, 2012, p. 114.

⁽³⁾ L. CASTELVETRI, *op. cit.*, pp. 133-134.

⁽⁴⁾ In tema, si rinvia a G. PERA, *La giusta retribuzione dell'art. 36 della Costituzione*, in G. PERA, *Scritti di Giuseppe Pera. Volume I. Diritto del lavoro*, Giuffrè, 2007; F. LISO, *Autonomia collettiva e occupazione*, in AA.VV., *Autonomia collettiva e occupazione. Atti del XII Congresso nazionale di Diritto del lavoro. Milano, 23-25 maggio 1997*, Giuffrè, 1998.

⁽⁵⁾ Per un'analisi, da ultimo, si rinvia al contributo di G.P. MARCELLINI, *Contribuzione e contratto di categoria*, in *VTDL*, 2021, n. 2, pp. 331-354.

1, lett. *q* del d.lgs. n. 152/1997; §§ 2, 2.1, 2.2, 2.3 e 2.4); seguirà l'analisi dell'obbligo di informare il lavoratore sull'«importo iniziale della retribuzione o comunque il compenso e i relativi elementi costitutivi, con l'indicazione del periodo e delle modalità di pagamento» (art. 1, co. 1, lett. *n* del d.lgs. n. 152/1997; §§ 3, 3.1 e 3.2); infine, ci si soffermerà sull'obbligo di rendere edotto il lavoratore sugli «enti e gli istituti che ricevono i contributi previdenziali e assicurativi dovuti dal datore di lavoro e qualunque forma di protezione in materia di sicurezza sociale fornita dal datore di lavoro stesso» (art. 1, co. 1, lett. *r* del d.lgs. n. 152/1997; § 4).

2. L'obbligo informativo sul contratto collettivo applicato al rapporto: *ratio* della disposizione e ambito di applicazione

L'incertezza circa l'identità della fonte collettiva che governa il rapporto di lavoro si materializza in diverse occasioni: nella costituzione del rapporto di lavoro e dunque all'atto di sottoscrizione del contratto di lavoro, laddove le parti, per tutti gli aspetti non specificamente definiti rinviano alle norme contenute nel contratto collettivo di categoria; nelle fasi preliminari di un contenzioso giudiziario, laddove l'identificazione del contratto collettivo applicato al rapporto potrebbe essere funzionale ad accertare la fondatezza o meno della domanda giudiziaria ⁽⁶⁾. La radice della problematica è rappresentata dal fatto che talvolta, nell'inserire la clausola di rinvio al contratto collettivo, le parti del contratto individuale non specificano a quale CCNL intendono conformarsi, limitandosi ad indicare laconicamente la volontà di sottoporre il rapporto alle disposizioni del “CCNL Commercio”, a quelle del “CCNL Sanità”, del “CCNL Pubblici Esercizi” o, ancora, a quelle del “CCNL Metalmeccanici” ⁽⁷⁾. Il punto è che oggi è possibile riscontrare una pluralità di contratti collettivi stipulati per un solo settore produttivo, presentando un analogo campo di applicazione: solo nel settore dei pubblici esercizi, ad esempio, se ne contano 30 ⁽⁸⁾. Permane allora l'incertezza di capire a quale dei 30 CCNL il contratto individuale di lavoro fa rinvio. In questo senso, le prassi negoziali denunciano la sussistenza di un fattore di incertezza che frustra la chiara delimitazione degli obblighi e dei diritti delle parti, soprattutto del lavoratore, il quale potrebbe trovarsi a dover comprendere, con non poche difficoltà, in base a quale fonte contrattuale poter rivendicare un diritto.

Se è vero che l'analisi del formante giurisprudenziale contribuisce a sondare l'efficacia (e l'efficienza) di un sistema giuridico e dei relativi problemi che esso comporta rispetto alla realtà socioeconomica sottostante, gettando lo sguardo sul contenzioso in materia – sia pure nei limiti qui consentiti – ci si può rendere agevolmente conto dell'entità del problema appena posto. Di rilievo è il caso analizzato qualche anno fa

⁽⁶⁾ G. MELIADÒ, *Il processo del lavoro e la sua crisi: cause e rimedi*, in *Labor*, 2016, n. 2, pp. 71-76, spec. p. 73.

⁽⁷⁾ Per lungo tempo, le controversie aventi ad oggetto l'applicazione di un determinato CCNL per fatti concludenti ha impegnato le aule di giustizia: da ultimo, si veda Cass. 4 gennaio 2022, n. 74, in *DRI*, 2022, n. 3, pp. 881-888, con nota di S. PROSDOCIMI, *Sull'efficacia ultra partes del contratto collettivo di diritto comune: presupposti ed effetti*.

⁽⁸⁾ Sulla questione, sia consentito il rinvio a G. PIGLIALARMI, *Il dumping contrattuale nel settore dei pubblici esercizi*, in *DRI*, 2022, n. 3, pp. 916-933.

dalla Corte di Cassazione ⁽⁹⁾ che, chiamata a pronunciarsi sulla legittimità di un licenziamento per avvenuto superamento del periodo di comporto, ha dovuto stabilire preliminarmente a quale CCNL del settore del commercio il rapporto di lavoro fosse stato assoggettato in quanto è il contratto collettivo a determinare la durata del periodo di comporto ⁽¹⁰⁾. E solo dalla definizione di quest'ultimo aspetto che era possibile stabilire la legittimità o illegittimità del recesso datoriale.

Dall'analisi della documentazione relativa all'assunzione del lavoratore non era possibile desumere alcunché al riguardo. Tuttavia, il datore di lavoro asseriva dal canto suo che il rapporto di lavoro era stato assoggettato sovente al CCNL Confcommercio per i lavoratori del settore terziario, pur non essendo iscritto all'associazione datoriale né allegando alcuna prova idonea a dimostrare l'applicazione del CCNL per fatti concludenti. Diversamente, il lavoratore vantava l'applicazione del CCNL Confail-Confimea per i dipendenti del settore del terziario, del commercio e dei servizi il quale, oltre a contemplare un periodo di comporto maggiore (365 giorni in un anno) rispetto all'altro CCNL (180 giorni in un anno), definiva un campo di applicazione coerente con l'oggetto sociale dell'impresa. Gli ermellini hanno accolto la tesi del lavoratore, osservando che le eccezioni del datore di lavoro – e dunque il diritto a determinare il periodo di comporto in base alle disposizioni del CCNL Confcommercio – non potevano trovare accoglimento per due ordini di ragioni: a) il datore non aveva prodotto in giudizio, allegandola agli atti, copia del CCNL di cui invocava l'applicazione; b) conseguentemente, non era stato possibile (nei giudizi di merito) «operare la doverosa verifica della coincidenza fra i dati riportati nelle buste paga versati in atti e quelli relativi agli istituti contrattuali propri della contrattazione collettiva di riferimento che si assumeva fossero stati applicati» ⁽¹¹⁾.

Anche le recenti pronunce di merito che hanno interessato il settore della concia nel vicentino sono funzionali a mettere in luce la rilevanza e l'importanza di indicare nei contratti individuali di lavoro quale CCNL viene applicato dall'impresa ⁽¹²⁾. Nel caso di specie, alcune imprese avevano stipulato dei contratti di lavoro dichiarando, senza ulteriori specifiche, di applicare il CCNL dell'industria conciaria attualmente in vigore. Nel settembre del 2021, i datori di lavoro decidono di palesare l'applicazione del CCNL Federconcia per i dipendenti delle imprese della concia. Tuttavia, i lavoratori, tramite le organizzazioni sindacali hanno contestato questa scelta asserendo che l'impresa avrebbe sempre applicato il CCNL UNIC per le imprese conciarie e che non era possibile cambiare improvvisamente la fonte collettiva disciplinanti i rapporti di lavoro senza rispettare le procedure di disdetta disciplinate dal contratto collettivo. Le imprese, convenute innanzi al giudice del lavoro, nel respingere le contestazioni mosse dal sindacato hanno sostenuto di non aver mai applicato in modo espresso o indiretto il CCNL UNIC. Tuttavia, dalla documentazione prodotta in giudizio dalle

⁽⁹⁾ Cfr. Cass. 6 settembre 2019, n. 22367, in *DeJure*.

⁽¹⁰⁾ Cfr. art. 2110, secondo comma, c.c. In tema, si rinvia a M. NAPOLI, *La stabilità reale del rapporto di lavoro*, Franco Angeli, 1980, nonché a R. DEL PUNTA, *La sospensione della prestazione di lavoro*, in A. VALLEBONA (a cura di), *I contratti di lavoro*, Utet, 2009.

⁽¹¹⁾ Punto 6 del *Considerato*, Cass. n. 22367/2019, cit.

⁽¹²⁾ Si veda, sul punto, Trib. Vicenza 14 marzo 2022, in *RGL*, 2022, n. 3, pp. 2-7, con nota di G. PIGLIALARMI, *Applicazione del CCNL per comportamenti concludenti: siamo ad una svolta? Brevi riflessioni critiche a margine di un decreto*. Negli stessi termini si esprime Trib. Vicenza 22 novembre 2022, in www.bollettinoadapt.it.

organizzazioni sindacali ricorrenti emergeva che uno dei datori di lavoro aveva comminato alcune sanzioni disciplinari ai dipendenti tra il 2013 e il 2019 richiamando nella lettera di contestazione il CCNL UNIC; inoltre, nel 2017 alcune imprese avevano stipulato un contratto integrativo aziendale nel quale si dichiarava espressamente l'applicazione del CCNL UNIC. Tanto è bastato per accertare che, di fatto, l'impresa avrebbe aderito al contratto in questione.

In tale quadro, è doveroso osservare che per quanto la questione giuridica relativa all'applicazione di fatto del CCNL abbia per lungo tempo impegnato i giudici, questa è destinata tendenzialmente a ridursi giacché l'art. 1, co. 1, lett. *g* del d.lgs. n. 152/1997 (come modificato dall'art. 4 del d.lgs. n. 104/2022) prevede ora opportunamente che il datore di lavoro «è tenuto a comunicare al lavoratore [...] il contratto collettivo, anche aziendale, applicato ai rapporti di lavoro, con l'indicazione delle parti che lo hanno sottoscritto». Questa disposizione, non contemplata nella previgente versione del d.lgs. n. 152/1997, è dirimpente perché non sarà più possibile stipulare un contratto individuale che faccia riferimento al “CCNL in vigore”, al “CCNL di settore” o al “CCNL Pubblici Esercizi”: questa dicitura, invece, come impone la norma in questione, dev'essere necessariamente accompagnata dall'indicazione delle parti firmatarie del contratto collettivo, ossia delle organizzazioni dei datori di lavoro e delle organizzazioni sindacali dei lavoratori che lo hanno sottoscritto. Si potrebbe ritenere che anche la sola indicazione di una parte del contratto collettivo - tendenzialmente, come emerge dalla prassi, quella datoriale - potrebbe ritenersi sufficiente per comprendere a quale CCNL si sta facendo rinvio, a patto che non siano inserite diciture in grado di creare una confusione tale da non consentire al lavoratore di poter ricercare il testo del contratto collettivo ⁽¹³⁾.

Tale novità agevola le parti del rapporto di lavoro, sia nella sua gestione che in sede di contenzioso perché, non trovando applicazione al contratto collettivo il principio *iura novit curia*, esso è un elemento del fatto costitutivo del diritto che la parte richiede di accertare, con il conseguente onere di allegarne il testo ⁽¹⁴⁾. Pertanto, dovendo il datore di lavoro indicare anche le parti sottoscrittenti il CCNL, il lavoratore potrà agevolmente individuare la fonte contrattuale nella quale risiedono obblighi e diritti; peraltro, in fase di eventuale contenzioso, egli potrà direttamente allegare al ricorso e produrre in giudizio il testo del contratto collettivo sulla quale poggiano le ragioni delle proprie rivendicazioni, senza la necessità di invocare l'accertamento pregiudiziale di cui all'art. 420-*bis* c.p.c. (cfr. quanto si dirà, *infra*, § 2.4). Si potrebbe discutere sul fatto che questa disposizione sia idonea a negare nuovamente al contratto collettivo il rango di fonte di diritto obiettivo, contrariamente a quanto sembrerebbe aver fatto l'art. 360 c.p.c., così come modificato dall'art. 2 del d.lgs. n. 40/2006 ⁽¹⁵⁾. In effetti,

⁽¹³⁾ Sarebbe necessario prediligere l'indicazione dell'organizzazione datoriale poiché in non pochi casi, come dimostrano le recenti vicende sindacali del settore sanitario, i contratti collettivi aventi analoghi campi di applicazione sono negoziati dalle medesime organizzazioni sindacali ma con associazioni datoriali dissimili. In questo senso, si veda il recente CCNL per i lavoratori del settore sociosanitario sottoscritto il 13 settembre 2022 da Confcommercio-Salute, Fisascat-Cisl e Uiltucs-Uil, che si pone in netta concorrenza con il CCNL sottoscritto dalle medesime organizzazioni sindacali ma con le associazioni datoriali Aris e Aiop.

⁽¹⁴⁾ Da ultimo, cfr. Trib. Modena 17 giugno 2020, in *DeJure*.

⁽¹⁵⁾ In termini positivi, M. RUSCIANO, *La metamorfosi del contratto collettivo*, in *RTDPC*, 2009, pp. 29-61, che analizza le modifiche apportate dal d.lgs. n. 40/2006 in una prospettiva di tipo

l'obbligo di indicare quale contratto collettivo viene applicato al rapporto può essere interpretato come un onere posto a capo delle parti che vogliono avvalersi di una determinata fonte contrattuale, posto che né il giudice, né l'ispettore sono tenuti ad averne conoscenza secondo il principio *iuria novit curia* ⁽¹⁶⁾.

Tuttavia, la problematica che la norma in questione intende affrontare ci sembra molto più ampia e supera il tema della possibile riconducibilità del contratto collettivo tra le fonti del diritto. L'art. 1, co. 1, lett. *q* del d.lgs. n. 152/1997 pare piuttosto voler tutelare il bene della certezza giuridica, che nasce dall'esigenza fondamentale di garantire una pacifica convivenza ⁽¹⁷⁾. In altri termini, il legislatore ha voluto consentire al lavoratore la possibilità di poter conoscere il CCNL applicato dal datore di lavoro «nella sua materialità documentale», in un sistema giuridico in cui da tempo si registra una concreta difficoltà nel portare a conoscenza non solo degli studiosi ⁽¹⁸⁾ ma anche degli operatori e della magistratura il materiale contrattuale ⁽¹⁹⁾.

Tuttavia, per quanto la norma possa ora imporre al datore di lavoro il dovere di indicare tutti gli estremi utili ad identificare il contratto collettivo, non può essere sottoaciuto il fatto che «il materiale proveniente dai sistemi di relazioni industriali è talmente copioso e poco strutturato, anzi spesso frastagliato e spezzettato oltre ogni limite del comprensibile, che risulta davvero arduo conoscere tutto» e cioè i vari testi di rinnovo e di modifica ⁽²⁰⁾.

A questo problema sembra soccorrere la prassi amministrativa che, nel diffondere le prime note e circolari interpretative del testo normativo, ha osservato anche che il datore di lavoro potrebbe ottemperare all'obbligo informativo imposto dall'art. 1 del d.lgs. n. 152/1997 novellato dal d.lgs. n. 104/2022 attraverso la consegna al lavoratore o la messa a disposizione del CCNL applicato «secondo le modalità di prassi aziendale» ⁽²¹⁾, legittimando così «l'abbandono del modello “per rinvii”» del contratto individuale al contratto collettivo ⁽²²⁾. Il che, in un certo senso, rappresenterebbe la migliore soluzione poiché non essendo la contrattazione un “corpo statico” ma in continua evoluzione, il datore di lavoro potrebbe garantire la piena conoscenza delle fonti

pluriordinamentale; *contra*, M.G. GAROFALO, *Per una teoria giuridica del contratto collettivo. Qualche osservazione di metodo*, in *DLRI*, 2011, pp. 515-531.

⁽¹⁶⁾ Diversamente da quanto accade nel regime di pubblico impiego, laddove la Corte di Cassazione (Cass. 13 aprile 2022, n. 12113, in www.rivistalabor.it, 20 giugno 2022, con nota di D. BELLINI, *Quando la natura pubblica del contratto collettivo e il principio dello iura novit curia influenzano la qualificazione delle nuove difese in appello*) ha ribadito che il contratto collettivo del pubblico impiego soggiace alla regola dello *iura novit curia*, che implica la conoscibilità della fonte collettiva, da parte del giudice, a prescindere dall'iniziativa delle parti.

⁽¹⁷⁾ F. CARNELUTTI, *Nuove riflessioni intorno alla certezza del diritto*, in *RDP*, 1950, pp. 115-125.

⁽¹⁸⁾ M. TIRABOSCHI, *Appunti per una ricerca sulla contrattazione collettiva in Italia: il contributo del giurista del lavoro*, in *DRI*, 2021, n. 3, pp. 599-639, spec. p. 621, nonché pp. 623-624.

⁽¹⁹⁾ La denuncia circa l'impossibilità di conoscere i testi arriva, in modo particolare, anche dai consulenti del lavoro, che sono chiamati dalla legge ad assistere imprese e lavoratori nell'applicazione del contratto collettivo. In tema, si rinvia alle considerazioni di A. ASNAGHI, *La conoscibilità dei contratti collettivi di lavoro nel settore privato: una proposta*, in *Sintesi. Rassegna di giurisprudenza e dottrina*, 2021, n. 3, pp. 28-29.

⁽²⁰⁾ A. ASNAGHI, *op. cit.*, p. 29.

⁽²¹⁾ Cfr. circ. INL 10 agosto 2022, n. 4. Nello stesso senso si esprime la circ. Min. lav. 20 settembre 2022, n. 19.

⁽²²⁾ A. ZILLI, *La trasparenza nel lavoro subordinato. Principi e tecniche di tutela*, Pacini, p. 139.

contrattuali attraverso un aggiornamento permanente dei testi contrattuali messi a disposizione in azienda, in modo tale da garantire in qualsiasi momento ai lavoratori la possibilità di prendere conoscenza e consultare il contratto collettivo.

Le considerazioni fin qui svolte devono ritenersi valide anche per i dipendenti della Pubblica Amministrazione, giacché l'art. 1, co. 2 del d.lgs. n. 104/2022 estende gli obblighi informativi anche ai «dipendenti delle pubbliche amministrazioni di cui all'articolo 1, co. 2, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, e a quelli degli enti pubblici economici». Invero, per questa categoria di lavoratori, non si ponevano particolari esigenze di tutela circa la conoscibilità della fonte collettiva poiché già l'art. 47, co. 8 del d.lgs. n. 165/2001 impone l'obbligo di pubblicazione di tutti i contratti collettivi stipulati per i dipendenti della Pubblica Amministrazione. Inoltre, non si possono poi escludere dal campo di applicazione dell'obbligo informativo di cui all'art. 1, co. 1, lett. *g* i dipendenti delle società a partecipazione pubblica di cui al d.lgs. n. 175/2016, posto che questa categoria di lavoratori, per quanto la relativa fase di reclutamento sia condizionata dal rispetto di alcuni principi contenuti nel d.lgs. n. 165/2001, resta sempre attratta nel regime privatistico di regolazione del rapporto ⁽²³⁾.

All'obbligo informativo in questione soggiacciono anche i committenti che stipulano un contratto di collaborazione etero-organizzata ai sensi dell'art. 2, co. 1 del d.lgs. n. 81/2015 e ciò non solo perché l'art. 1, co. 1, lett. *d* ricomprende nel campo di applicazione del d.lgs. n. 104/2022 anche tali rapporti ma anche perché per questi ultimi trova applicazione la disciplina del rapporto di lavoro subordinato laddove compatibile ⁽²⁴⁾. Sotto tale profilo, non sembra possano residuare motivi di incompatibilità tra la natura autonoma del rapporto e l'obbligo di indicare la fonte collettiva chiamata a disciplinare alcuni diritti e obblighi delle parti. Infine, non si può escludere che il committente sia obbligato ad indicare nel contratto di collaborazione l'accordo collettivo nazionale sottoscritto ai sensi dell'art. 2, co. 2 del d.lgs. n. 81/2015 ⁽²⁵⁾ qualora le parti abbiano inteso avvalersi della regolazione in deroga al co. 1 dettata dall'autonomia collettiva ⁽²⁶⁾. Non può dirsi lo stesso per i rapporti di agenzia e rappresentanza commerciale che, per quanto di natura autonoma e per quanto le parti sociali abbiano dettato un apposito accordo economico collettivo ⁽²⁷⁾, sono sottratti dal campo di applicazione del d.lgs. n. 104/2022 per espressa previsione dell'art. 1, co. 3 lett. *c*.

⁽²³⁾ Per una disamina sul punto, cfr. M. FALSONE, *I rapporti di lavoro nelle imprese pubbliche: la tendenza espansiva del diritto "speciale"*, in *LDE*, 2018, n. 2, pp. 1-19.

⁽²⁴⁾ Cfr. Cass. 24 gennaio 2020, n. 1663. In dottrina, si rinvia alle osservazioni di M. PERSIANI, *Ancora note sulla disciplina di alcune collaborazioni coordinate*, in *ADL*, 2016, n. 1, pp. 313-317.

⁽²⁵⁾ Per un'analisi degli accordi in materia, cfr. ADAPT, [La contrattazione collettiva in Italia \(2018\). V Rapporto ADAPT](#), ADAPT University Press, 2019, pp. 181-198. G. PIGLIALARMÌ, *La contrattazione collettiva, il lavoro parasubordinato e i rapporti di collaborazione ex art. 2, comma 2, d.lgs. n. 81/2015*, in *DRI*, 2019, n. 1, pp. 388-405.

⁽²⁶⁾ Trib. Roma 6 maggio 2019, n. 4243, in *DRI*, 2019, n. 3, p. 937-943, con nota di M. DEL FRATE, *Le collaborazioni etero-organizzate alla prova della giurisprudenza di merito*.

⁽²⁷⁾ P. TOMASSETTI, *Il lavoro autonomo tra legge e contrattazione collettiva*, in *VTDL*, 2018, n. 3, pp. 717-759, spec. p. 731-737.

2.1. L'obbligo informativo sui contratti collettivi di secondo livello

L'art. 1, co. 1, lett. *g* impone al datore di lavoro di informare il lavoratore anche dell'eventuale applicazione di un contratto collettivo aziendale. La disposizione non specifica quale tipologia di contratti debbano essere indicati, se quelli aventi anche o solo una funzione normativa sul contratto individuale di lavoro o qualunque accordo aziendale, prescindendo dunque dal contenuto e dalla funzione. Nel silenzio della legge, potrebbe essere legittimo ritenere che il datore sia onerato di indicare qualsiasi tipologia di contratto collettivo aziendale applicato nell'impresa. Tuttavia, una simile interpretazione appare del tutto eccessiva se si tiene in debita considerazione che la *ratio* e l'obiettivo della disposizione è quella di informare il lavoratore circa l'applicazione dei contratti collettivi che incidono direttamente sul contenuto del contratto individuale di lavoro. In questo senso, ad esempio, riteniamo che nell'informativa o nel contratto individuale di lavoro di un saldatore debba essere indicato il contratto aziendale che disciplina i diritti del personale in trasferta piuttosto che il contratto aziendale che disciplina il lavoro agile ai sensi della l. n. 81/2017.

Si osserva poi come la formulazione letterale della disposizione consenta di ritenere che i contratti aziendali da indicare nell'informativa o nel contratto individuale non sono solo quelli stipulati in virtù di una delega della legge all'autonomia collettiva ma anche quelli stipulati nell'ambito del sistema di deleghe (e deroghe) disposto dall'ordinamento intersindacale: in questo senso, il datore di lavoro è onerato di indicare tanto un contratto aziendale sottoscritto, a titolo di esempio, ai sensi dell'art. 51 del d.lgs. n. 81/2015 che quelli sottoscritti per attuare deleghe o deroghe su indicazione del CCNL o degli accordi interconfederali.

Non può escludersi, inoltre, che il datore di lavoro debba indicare anche l'eventuale applicazione di un accordo aziendale che contempli le modalità e limiti dell'impiego degli impianti audiovisivi e degli strumenti dai quali possa derivare il controllo a distanza dei lavoratori (art. 4 Stat. lav.) o un accordo aziendale sottoscritto per introdurre delle misure di *welfare* piuttosto che disciplinare l'attribuzione del premio di risultato. In questo caso, tale obbligo è sorretto dal fatto che questa tipologia di accordi, in realtà, spiega effetti sull'intera comunità aziendale.

Infine, non può escludersi che il datore di lavoro sia onerato di informare il lavoratore circa l'applicazione delle intese di prossimità *ex* art. 8 del d.l. n. 138/2011. Anche in questo caso, è doveroso precisare che l'indicazione dell'accordo di prossimità nel contratto individuale o nell'informativa è necessaria solo se la regolazione del rapporto è direttamente influenzata dalle disposizioni dell'accordo (si pensi, a titolo di esempio, ad un lavoratore assunto con un contratto a tempo determinato rispetto al quale l'azienda ha sottoscritto un accordo di prossimità per derogare alle disposizioni del capo III del d.lgs. n. 81/2015, rimuovendo l'obbligo di indicazione delle causali). Sul punto, è doveroso evidenziare come questo obbligo informativo, che investe anche gli accordi di prossimità, possa contribuire a far emergere questa prassi contrattuale che, per quanto diffusa, resta ancora parzialmente sotterranea ⁽²⁸⁾, anche per la non obbligatorietà del relativo deposito di detti accordi.

Del resto, la medesima osservazione può essere calzante anche in relazione alle altre tipologie di contratti aziendali, rispetto ai quali il CNEL fatica a monitorarne la

⁽²⁸⁾ In questo senso, si esprime A. ZILLI, *op. cit.*, p. 141.

diffusione e la presenza nei contesti produttivi. In altri termini, dunque, l'obbligo di indicare per iscritto nell'informativa o nel contratto individuale di lavoro anche l'applicazione di un eventuale contratto collettivo aziendale (di qualunque tipo) può contribuire a far circolare informazioni più dettagliate circa l'estensione e la diffusione della contrattazione collettiva aziendale.

2.2. Rinnovo o “cambio” del contratto collettivo: quale impatto sugli obblighi di informazione?

La disposizione oggetto di commento nulla dice, però, rispetto ad un eventuale obbligo del datore di lavoro di informare il lavoratore circa l'avvenuto cambio del CCNL applicato al rapporto di lavoro. Una tendenza, questa, che è divenuta frequente, come testimoniano le abbondanti e frequenti pronunce degli organi giudiziari ⁽²⁹⁾, alimentata anche dall'eccessivo accrescimento del numero di contratti collettivi potenzialmente applicabili nell'ordinamento giuridico italiano, come testimoniano i report periodici del CNEL ⁽³⁰⁾. Davanti a questa varietà, i datori di lavoro, infatti, sono continuamente “tentati” dall'abbandonare un consolidato sistema di relazioni industriali per entrare a far parte di un'altra compagine contrattuale, talvolta più vantaggiosa e competitiva della precedente ⁽³¹⁾.

Da un'interpretazione sistematica delle disposizioni normative, si potrebbe desumere che tale obbligo non debba, in realtà, sussistere poiché la *ratio* del d.lgs. n. 152/1997, così come modificato dal d.lgs. n. 104/2022, è quella di fornire le informazioni al lavoratore nella fase di instaurazione del rapporto. Tale interpretazione è sorretta da alcuni elementi di carattere letterale contenute nel d.lgs. n. 152/1997. Infatti, l'art. 1, co. 3 prevede che le informazioni di cui al co. 1 devono essere rese «entro i sette giorni successivi all'inizio della prestazione lavorativa» o comunque «entro un mese» dall'inizio della stessa. Nella stessa direzione sembra muoversi l'obbligo informativo riguardante il trattamento economico da corrispondere al lavoratore, poiché l'art. 1, co. 1, lett. *n* fa riferimento solo all'«importo iniziale della retribuzione», lasciando desumere che nell'informativa debba essere indicato solo il trattamento economico riconosciuto all'atto di inizio del rapporto contrattuale. Tuttavia, l'art. 3 del d.lgs. n. 152/1997, così come novellato dal d.lgs. n. 104/2022, impone al datore di lavoro di comunicare ogni variazione delle informazioni rese note al lavoratore al momento dell'instaurazione del rapporto di lavoro, ove detta variazione non derivi direttamente da modifiche normative o della contrattazione collettiva ⁽³²⁾. Il che sta a significare che a fronte di

⁽²⁹⁾ Tra le tante, Trib. Roma 28 luglio 2016, in *ADL*, 2016, n. 6, p. 1251, con nota di M. AZZONI, *La disapplicazione unilaterale del contratto collettivo da parte del datore di lavoro: quando la condotta è antisindacale?*, nonché App. Torino 23 ottobre 2017, n. 777, in *RIDL*, 2018, n. 1, pp. 2-15, con nota di M. VERZARO, *Vincoli associativi e applicazione del contratto collettivo*.

⁽³⁰⁾ CNEL, *Notiziario dell'Archivio Contratti*, 2018, n. 29, ne conta 868 nel 2018. Il 14° *Report periodico dei Contratti Collettivi Nazionali di Lavoro* vigenti depositati nell'Archivio del CNEL, aggiornato al dicembre 2021, ne conta quasi 1.000.

⁽³¹⁾ G. CENTAMORE, *Acque agitate per la contrattazione collettiva: una rassegna di giurisprudenza su «uscite» ed «entrate» dei datori di lavoro nei sistemi contrattuali*, in *RGL*, 2021, n. 1, pp. 3-15.

⁽³²⁾ Sul punto si veda quanto osservato da G. PROIA, *Le novità, sistematiche e di dettaglio, del Decreto Trasparenza*, in *MGL*, 2022, n. 3, pp. 571-602, spec. pp. 577-578, che nell'ambito del “nuovo” d.lgs. n.

una modifica unilaterale del contratto collettivo da parte del datore di lavoro, laddove legittima perché, ad esempio, «conseguente all'esercizio della libertà» sindacale di quest'ultimo «di aderire ad una associazione sindacale che stipula un contratto collettivo diverso da quello inizialmente comunicato», egli sarà tenuto ad informare nuovamente il lavoratore circa la nuova fonte collettiva applicata al rapporto ⁽³³⁾. Diversamente, quando la modifica del contratto collettivo applicato al rapporto non può avvenire se non nel rispetto delle procedure stabilite dalla contrattazione collettiva, non incombe sul datore di lavoro l'obbligo di informare i lavoratori del “cambio” di fonte. Allo stesso modo, non incombe nessun onere informativo sul datore di lavoro che “cambi” unilateralmente il CCNL in corso di rapporto se questo cambio avviene nell'ambito di un accordo sottoscritto tra le parti in sede protetta ⁽³⁴⁾. In questo caso, infatti, al lavoratore viene rilasciata copia del verbale di accordo e pertanto già conosce quale sia la nuova fonte collettiva applicata dal datore di lavoro al rapporto ⁽³⁵⁾. In altri termini, il testo del verbale che il lavoratore sottoscrive assolve alla funzione della informativa di aggiornamento dovuta in base all'art. 3 del d.lgs. n. 152/1997.

2.3. L'impatto dell'obbligo informativo sulle attività ispettive

L'obbligo informativo di cui all'art. 1, co. 1, lett. *g* produce un impatto notevole sulle attività ispettive, consentendo agli organi deputati a difendere l'*enforcement* (l'effettività) del diritto del lavoro ⁽³⁶⁾ (cioè gli ispettori), di individuare agevolmente la fonte collettiva eventualmente prescelta dal datore di lavoro per regolare i singoli rapporti di lavoro nell'impresa.

Come è noto, tra le competenze dell'ispettore, si annovera quella della vigilanza «sulla corretta applicazione dei contratti e accordi collettivi di lavoro», così come previsto dall'art. 7, co. 1, lett. *b*, del d.lgs. n. 124/2004. Questa disposizione investe l'ispettore di un'ampia facoltà d'indagine: può, infatti, verificare qualsiasi applicazione di contratto o accordo collettivo, concluso a qualsiasi livello, compreso il rispetto degli accordi interconfederali. La norma, infatti, non specifica quale tipologia di accordi possono essere oggetto di ispezione ma è ragionevole ritenere che la verifica non può che esercitarsi su tutti i contratti collettivi di diritto comune. La disposizione non è di poca rilevanza, a tal punto da alimentare l'ipotesi che il legislatore, con essa, abbia voluto attribuire al contratto collettivo la qualità di fonte di diritto oggettivo, sebbene la dottrina e la giurisprudenza siano in disaccordo tra l'opzione privatistica e il contratto

152/1997 distingue tra «diritti di informazione e i diritti aventi ad oggetto le condizioni minime di tutela normativa ed economica». Mentre tra questi ultimi rientrano diritti «di per sé inderogabili, gli elementi che il datore di lavoro è tenuto a comunicare al lavoratore per assolvere ai propri obblighi informativi» - tra i quali rientra l'obbligo di informare il lavoratore circa il contratto o i contratti collettivi applicati al rapporto - «presentano un “marginale” di modificabilità unilaterale».

⁽³³⁾ G. PROIA, *op. cit.*, p. 577.

⁽³⁴⁾ Trattasi delle sedi di cui all'art. 2113, quarto comma, c.c.

⁽³⁵⁾ È da rilevare, peraltro, che nella prassi il verbale di accordo in questo caso contiene anche la nuova e differente articolazione della retribuzione, generata dall'applicazione di un differente CCNL.

⁽³⁶⁾ R. DEL PUNTA, *Compliance and Enforcement in Italian Labour Law*, in *IJCLLIR*, 2021, vol. 37, n. 2-3, pp. 248-267.

come fonte sociale ⁽³⁷⁾. Infatti, non manca l'opinione di chi ritiene che il dovere di vigilanza sull'applicazione del contratto collettivo debba ritenersi legittimo solo quando l'attività di verifica è incentrata su quei contratti che svolgerebbero una funzione di fonti del diritto *extra ordinem* e cioè che disciplinano materie in virtù della delega prevista dalla legge, co-me ad esempio nel caso del d.lgs. n. 66/2003 ⁽³⁸⁾.

In ogni caso, la verifica relativa all'applicazione di un determinato contratto collettivo non potrà prescindere dal rispetto della volontà delle parti di assoggettare il rapporto a determinare regole collettive ⁽³⁹⁾, nonché di tenere conto della libertà sindacale del datore di lavoro consacrata dall'art. 39, co. 1 Cost. ⁽⁴⁰⁾. In sostanza, la competenza dell'ispettore a sanzionare eventuali comportamenti difformi dal dettato del contratto collettivo è subordinata all'accertamento dell'applicazione del contratto stesso attraverso le usuali modalità ⁽⁴¹⁾, quali l'iscrizione dell'impresa ad un'associazione datoriale stipulante un CCNL, oppure attraverso la clausola di rinvio al CCNL contenuta nel contratto individuale o il costante richiamo a diverse disposizioni di un CCNL ⁽⁴²⁾. Questa indagine, ora, viene agevolata dall'ottemperamento all'obbligo informativo in questione. L'ispettore, dunque, per verificare la corretta applicazione di un eventuale contratto collettivo (o più contratti) applicato dal datore di lavoro potrà richiedere direttamente copia dell'informativa o copia del contratto individuale di lavoro rilasciata ai lavoratori per conoscere quale fonte collettiva consultare.

Gli effetti positivi in termini di *enforcement* sono molteplici: individuando fin da subito il contratto collettivo applicato dal datore di lavoro, l'ispettore, attraverso l'analisi delle buste paga, potrà verificare il corretto riconoscimento del trattamento economico previsto dalla fonte collettiva ai fini dell'eventuale adozione della diffida accertativa ex art. 13, d.lgs. n. 124/2004. Potrà verificare, inoltre, che tali contratti collettivi siano sottoscritti da organizzazioni sindacali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale o territoriale, al fine di vagliare la legittimità dello stesso a coltivare quote di potere normativo che la legge devolve all'autonomia collettiva tramite il criterio della rappresentatività comparata. E ciò perché l'art. 1, co. 1, lett. *q* impone di indicare anche le «parti che [...] hanno sottoscritto» il contratto collettivo o i contratti collettivi applicati dal datore di lavoro.

⁽³⁷⁾ P. RAUSEI, *Prefazione* a C. SANTORO, *La contrattazione collettiva nel diritto sanzionatorio del lavoro*, ADAPT University Press, 2018, pp. XVIII ss. Su questi aspetti, si veda *infra*, cap. 3, sez. I. In tema, si veda anche G. PIGLIALARMÌ, *La funzione del consulente del lavoro*, ADAPT University Press, 2020, pp. 93-94.

⁽³⁸⁾ In questo senso, si veda S. MARGIOTTA, *La vigilanza pubblica sull'applicazione dei contratti collettivi di diritto comune*, in *MGL*, 2006, n. 12, pp. 914-918.

⁽³⁹⁾ P. RAUSEI, *Prefazione*, cit., p. XIX.

⁽⁴⁰⁾ P. RAUSEI, *Vigilanza e sanzioni sulla contrattazione collettiva*, in *DPL*, 2008, n. 24, pp. 1386-1394. Corollario del principio della libertà sindacale è proprio la libertà di scelta, da parte del datore di lavoro, del contratto collettivo da applicare ai rapporti di lavoro. Sul punto, si veda anche C. SANTORO, *La vigilanza ispettiva sulla contrattazione collettiva*, in *DRI*, 2016, n. 3, pp. 873-880.

⁽⁴¹⁾ M. NOVELLA, *Effettività del diritto alla retribuzione e attività di vigilanza*, in *RGL*, 2019, n. 2, I, pp. 288-303, spec. pp. 297-298.

⁽⁴²⁾ A quanto consta, nella prassi è frequente che le parti nel contratto di lavoro non rinviino espressamente al CCNL di categoria ma si limitano a stabilire che, ad esempio, per le contestazioni disciplinari o per l'organizzazione delle ferie si farà riferimento alla disciplina contrattuale contenuta in un determinato CCNL. Sono elementi dai quali è possibile desumere l'applicazione di un determinato CCNL per fatti concludenti.

2.4. L'impatto dell'obbligo informativo sul processo del lavoro

L'obbligo informativo di cui stiamo discutendo non produce un impatto positivo solo sulla speditezza e sulla celerità delle attività ispettive di cui abbiamo appena parlato (cfr., *supra*, § 2.3) ma dovrebbe contribuire a decongestionare alcune fasi preliminari del processo del lavoro. Come è noto, il codice di rito accorda al giudice la possibilità di pronunciarsi «in via pregiudiziale» con una separata sentenza quando «per la definizione di una controversia» in materia di lavoro «è necessario risolvere [...] una questione concernente l'efficacia, la validità o l'interpretazione delle clausole di un contratto o accordo collettivo nazionale»⁽⁴³⁾. Questa norma, per quanto il relativo uso sia stato modesto⁽⁴⁴⁾, è stata impiegata per individuare il contratto collettivo dalla quale dipendeva l'accertamento del diritto, in ragione del fatto che le parti in causa non avevano fornito sufficienti elementi per poter consentire al giudice la corretta identificazione della fonte collettiva applicata al rapporto⁽⁴⁵⁾. Posto che ad oggi il d.lgs. n. 104/2022 impone alle parti di indicare nel contratto collettivo e/o nell'informativa la fonte collettiva di qualsiasi livello applicata al rapporto, sarà certamente agevole per l'organo giudicante riuscire ad identificare già in fase di prima comparizione quale sia la fonte collettiva dalla quale potrebbe dipendere la risoluzione della controversia, fermo restando l'obbligo delle parti di allegarne il testo (non essendo sufficiente l'allegazione parziale). E del resto, anche quando si riscontra una mancata allegazione, il giudice, attraverso la lettura del contratto individuale di lavoro (che, per prassi, si allega sempre alla domanda giudiziale o alla memoria difensiva) o dell'informativa potrebbe sempre richiedere «alle associazioni sindacali» firmatarie «il testo dei contratti e accordi collettivi di lavoro, anche aziendali, da applicare nella causa», come prevede l'art. 425, co. 4, c.p.c.

3. Diritto alla trasparenza e retribuzione: una svolta o un nuovo *rebus*?

L'art. 1, co. 1, lett. *n* del d.lgs. n. 152/1997 prevede che il datore abbia l'obbligo di indicare «l'importo iniziale della retribuzione o comunque il compenso e i relativi elementi costitutivi, con l'indicazione del periodo e delle modalità di pagamento». La

⁽⁴³⁾ Così l'art. 420-*bis*, primo comma, c.p.c.

⁽⁴⁴⁾ G. MELIADÒ, *op. cit.*, p. 72, riferisce di una «scarsa inclinazione all'effettività» della norma, anche «per l'uso oltremodo parco che ne hanno fatto i giudici di merito».

⁽⁴⁵⁾ Così Cass. 7 luglio 2008, n. 18584, in *DeJure*, secondo cui «alla parte che invoca in giudizio l'applicazione di un contratto collettivo post-corporativo incombe l'onere di produrlo, con la conseguenza che, in caso di mancata produzione di esso e di contestazione della controparte in ordine all'esistenza e al contenuto dell'invocato contratto, il giudice deve rigettare la domanda nel merito, trovandosi nell'impossibilità di determinare l'"an" e il "quantum" della pretesa fatta valere; soltanto nell'ipotesi in cui la controparte non abbia contestato l'esistenza e il contenuto del contratto invocato ma si sia limitata a contestarne l'applicabilità, sussiste, per il giudice, il potere-dovere, ai sensi dell'art. 421 cod. proc. civ., di acquisire d'ufficio, attraverso consulenza tecnica, il contratto collettivo di cui l'attore, pur eventualmente non indicando gli estremi, abbia tuttavia fornito idonei elementi di identificazione».

disposizione nulla aggiunge rispetto alla previgente formulazione della norma ⁽⁴⁶⁾. Anche in questo caso, va osservato come tale obbligo informativo non riguardi solo i datori di lavoro pubblici e privati ma anche i committenti dei collaboratori etero-organizzati e dei collaboratori coordinati e continuativi. Più in generale, tale obbligo investe tutti i datori e i committenti che si avvalgono dei rapporti di lavoro richiamati in modo tassativo all'art. 1 del d.lgs. n. 104/2022.

Per una migliore comprensione del contenuto dell'obbligo, è necessario analizzare la disposizione sotto tre punti di vista: a) comprendere quali componenti della retribuzione indicare (cfr., quanto si dirà *infra*); b) come individuare e/o determinare il periodo di corresponsione (§ 3.1); c) quali modalità indicare ai fini della corresponsione del trattamento retributivo (§ 3.2).

Procedendo in quest'ordine di idee, osserviamo che laddove la norma fa riferimento all'«importo iniziale della retribuzione» sta a significare che il datore di lavoro deve indicare nel contratto individuale di lavoro o nell'informativa «tutte quelle componenti della retribuzione di cui sia oggettivamente possibile la determinazione al momento dell'assunzione, secondo la disciplina di legge e di contratto collettivo» ⁽⁴⁷⁾. L'attuale prassi contrattuale registra la consuetudine di indicare i seguenti elementi che vanno a comporre il trattamento retributivo al momento dell'assunzione: la paga base (cioè il minimo tabellare), l'indennità di contingenza, lo scatto di anzianità, il terzo elemento o l'E.D.R. (laddove previsto), eventuale superminimo assorbibile e/o non assorbibile (laddove riconosciuto), eventuali indennità di mansione. Tuttavia, questo schema non può dirsi valevole in termini generali poiché non è possibile stabilire con assoluta certezza e in modo del tutto omogeneo cosa debba essere contemplato nei contratti individuali di lavoro o nell'informativa, se si tiene in debita considerazione che la struttura della retribuzione varia a seconda del contratto collettivo applicato dal datore di lavoro. Infatti, laddove prevista, anche l'indennità di vacanza contrattuale potrebbe rientrare nell'obbligo di cui all'art. 1, co. 1, lett. n), alla luce della sua natura retributiva.

In questo senso, esemplificativo è il caso del CCNL ASSIV (vigilanza privata e servizi fiduciaria). Tale contratto prevede, rispettivamente all'art. 24 e all'art. 109, il riconoscimento di un importo aggiuntivo (trattasi della c.d. AFAC, *Acconti Futuri Aumenti Contrattuali*) che funge da garanzia per i lavoratori del settore, i quali potrebbero essere esposti alla tardività nei negoziati di rinnovo del contratto collettivo e dunque perdere potere di acquisto. Le voci economiche in questione si riferiscono, dunque, ad un emolumento corrisposto a partire dallo scadere della normale vigenza contrattuale, al fine di evitare gli effetti distorsivi derivanti dall'eccessivo prolungamento delle trattative di rinnovo e garantire così, analogamente all'istituto dell'indennità di vacanza contrattuale, un'adeguata continuità nella dinamica dei trattamenti salariali. A questo importo, la recente giurisprudenza ha riconosciuto la natura di normale retribuzione in quanto, corrisposta a titolo non occasionale, deve essere ricompresa nel calcolo del montante retributivo ai fini della determinazione per festività, straordinario, lavoro

⁽⁴⁶⁾ Prima delle modifiche introdotte dal d.lgs. n. 104/2022, l'art. 1, comma 1, lett. g, del d.lgs. n. 152/1997 disponeva che il datore di lavoro dovesse informare il lavoratore circa «l'importo iniziale della retribuzione e i relativi elementi costitutivi» nonché il «periodo di pagamento».

⁽⁴⁷⁾ Cfr. circ. Min. lav. 20 settembre 2022, n. 19, p. 3.

festivo e domenicale con relative maggiorazioni, indennità di malattia, mensilità aggiuntive, banca ore, ferie e TFR ⁽⁴⁸⁾.

Pertanto, il contenuto del contratto individuale di lavoro o dell'informativa in materia retributiva deve necessariamente conformarsi alla struttura della retribuzione così come declinata dal contratto collettivo applicato dal datore di lavoro. A confermare questo assunto, sovrviene la circ. Min. Lav. n. 19, pubblicata il 20 settembre 2022, che ha escluso in via generale che tra gli elementi costitutivi della retribuzione debbano essere contemplate, ad esempio, le misure di *welfare* «salvo che non siano previste dalla contrattazione collettiva o dalle prassi aziendali come componenti dell'assetto retributivo» ⁽⁴⁹⁾. Pertanto, è il contratto collettivo a dare le giuste indicazioni su cosa inserire o meno nel contratto individuale di lavoro o nell'informativa in materia di retribuzione ⁽⁵⁰⁾.

In questo senso, si segnala, a titolo di esempio, il caso del CCNL Gomma-Plastica, sottoscritto il 16 settembre 2020 dalla Federazione Gomma Plastica, Filctem-Cigl, Femca-Cisl e Uiltec-Uil, che, nel recepire le indicazioni provenienti dall'Accordo Interconfederale del 9 marzo 2018 (c.d. Patto della Fabbrica) ⁽⁵¹⁾, ha definito le voci che compongono il Trattamento economico complessivo del lavoratore (c.d. TEC), includendo non solo Trattamento economico minimo (c.d. TEM) ⁽⁵²⁾ ma anche gli scatti di anzianità, l'indennità sostitutiva del premio di risultato, le maggiorazioni e le altre voci/indennità contrattuali, la contribuzione al fondo di previdenza complementare, nonché la contribuzione al fondo di assistenza sanitaria. Nella stessa direzione si esprime il CCNL del settore dei servizi ambientali (Utilitalia-Confindustria), che definisce le voci che vanno a comporre il TEC, tra le quali vi è l'incremento delle retribuzioni, l'incremento degli elementi variabili della retribuzione, i trattamenti economici in materia di welfare, l'ERAP (*Elemento retributivo aggiuntivo di produttività*), l'indennità di vacanza contrattuale a copertura del periodo 1° gennaio-30 giugno 2022.

Trattasi di voci che, senza una specifica contrattuale funzionale a rendere chiara la volontà negoziale delle parti, potevano essere anche escluse dalla struttura del trattamento retributivo previsto dal contratto collettivo.

Va osservato, poi, come il contenuto dell'obbligo informativo in materia retributiva possa ulteriormente variare quando il datore di lavoro non applica alcun contratto collettivo. In questo caso, egli potrà limitarsi, in sintonia con la consolidata giurisprudenza in materia ⁽⁵³⁾, ad indicare il trattamento da corrispondere sulla base delle

⁽⁴⁸⁾ Trib. Mantova 27 luglio 2020, n. 62, in www.bollettinoadapt.it.

⁽⁴⁹⁾ Cfr. circ. Min. lav. 20 settembre 2022, n. 19, p. 4. Dalla nozione di «importo iniziale della retribuzione», la circolare ministeriale esclude il premio di risultato in quanto voce variabile della retribuzione; tuttavia, la medesima circolare ritiene che il datore di lavoro sia comunque tenuto «ad indicare al lavoratore – ciò sulla scorta di quanto previsto da specifiche previsioni di contratto collettivo soggettivamente applicabili al rapporto – in base a quali criteri tali elementi variabili saranno riconosciuti e corrisposti».

⁽⁵⁰⁾ In tema, si rinvia a A. DONINI, *Corrispettività e libertà individuale nei piani aziendali di welfare*, in *RDSS*, 2020, n. 3, pp. 517-537; M. FORLIVESI, *Welfare contrattuale e retribuzione: interazioni e limiti di una disciplina frammentata*, in *LD*, 2020, n. 2, pp. 239-259.

⁽⁵¹⁾ Cfr. punto 5, accordo interconfederale 9 marzo 2018, lett. E, F, G e H.

⁽⁵²⁾ Nel TEM (trattamento economico minimo) rientra solo il minimo tabellare.

⁽⁵³⁾ Così Cass., sez. un., 26 marzo 1997, n. 2665, in *GI*, 1998, n. 5, pp. 916-917, con nota di M. MARAZZA, *Le Sezioni unite sui criteri di applicazione del contratto collettivo di diritto comune e retribuzione proporzionata e sufficiente*, la quale, dopo aver escluso l'operatività del primo comma dell'art. 2070 c.c. nei

indicazioni, in termini quantitativi, provenienti dal contratto collettivo di categoria. In questo caso, la difficoltà non risiede nel comprendere l'oscura e "frastagliata" struttura della retribuzione prevista dai contratti collettivi - definita da Gino Giugni una vera e propria "giungla" ⁽⁵⁴⁾ - quanto piuttosto capire cosa indicare nell'informativa per soddisfare il rispetto dell'art. 36 Cost.

Sotto questo profilo, gli orientamenti giurisprudenziali sulla determinazione della "giusta retribuzione", a causa della loro eterogeneità, non aiutano ed espongono le imprese ad un vero *rebus*. Secondo un primo orientamento ⁽⁵⁵⁾ la giusta retribuzione non viene data da tutti gli elementi del trattamento economico del contratto nazionale ma solo dalla paga base, dall'*ex* indennità di contingenza, laddove non oggetto di conglobamento, e la tredicesima mensilità. Soltanto queste voci vengono fatte rientrare nel concetto di "retribuzione minima" da garantire a qualsivoglia lavoratore subordinato, poiché le altre previste dal contratto di categoria sono considerate istituti economici espressione di autonomia contrattuale e pertanto applicabili solo ai rapporti regolati dal contratto collettivo in conseguenza dell'affiliazione sindacale delle parti ⁽⁵⁶⁾. Secondo altro orientamento ⁽⁵⁷⁾ - che può dirsi minoritario e contrapposto a quello appena citato - nel concetto di "giusta retribuzione" rientrerebbe il trattamento economico complessivo previsto dal contratto collettivo nazionale di settore. Secondo tale orientamento, questa opzione interpretativa è maggiormente coerente con l'idea dei Costituenti, perché in grado di garantire tramite la retribuzione minima non solo le esigenze di sostentamento dei prestatori di lavoro ma un'esistenza libera e dignitosa all'intero nucleo familiare. In questo caso, quindi, oltre alla retribuzione base, all'indennità di contingenza, alla tredicesima mensilità, concorrerebbero a determinare la retribuzione dovuta ai sensi dell'art. 36 Cost. anche la quattordicesima mensilità, i compensi aggiuntivi, le indennità accessorie, le maggiorazioni per lavoro straordinario superiori a quella legale, la durata delle ferie, i permessi etc.

In quest'ottica, è doveroso segnalare che se il datore di lavoro che non applica alcun contratto collettivo aderisce a quest'ultimo orientamento giurisprudenziale, non v'è ragione di escludere, allora, tra le informazioni da fornire al lavoratore in materia retributive anche quelle relative alle indennità sostitutive da corrispondere a causa della

riguardi della contrattazione collettiva di diritto comune, precisa che «nell'ipotesi di contratto di lavoro regolato dal contratto collettivo di diritto comune proprio di un settore non corrispondente a quello dell'attività svolta dell'imprenditore, il lavoratore non può aspirare all'applicazione di un contratto collettivo diverso, se il datore di lavoro non vi è obbligato per appartenenza sindacale, ma solo eventualmente fare riferimento a tale disciplina come termine di riferimento per la determinazione della retribuzione *ex* art. 36 Cost., deducendo la non conformità al precetto costituzionale del trattamento economico previsto nel contratto applicato». Si veda anche Cass. 13 novembre 1999, n. 12608; Cass. 5 maggio 2004, n. 8565; Cass. 13 luglio 2009, n. 16340; Cass. 18 dicembre 2014, n. 26742.

⁽⁵⁴⁾ G. GIUGNI, *Aspetti istituzionali della giungla retributiva*, Guida, 1979.

⁽⁵⁵⁾ Cfr., *ex multis*, Cass. 5 novembre 2008, n. 26589; Cass. 9 giugno 2008, n. 15148; Cass. 20 giugno 2008, n. 16866, in cui il giudice richiama solo i minimi tabellari e l'indennità di contingenza, ma non la tredicesima mensilità; Cass. 26 ottobre 2005, n. 20765; Cass. 28 agosto 2004, n. 17250; Cass. 7 luglio 2004, n. 12250; Cass. 13 maggio 2002, n. 6878.

⁽⁵⁶⁾ Per una lettura critica di questo orientamento, cfr. G. CENTAMORE, *La giusta retribuzione nell'art. 36 cost. o i dilemmi del giudice*, in *RGL*, 2019, n. 2, pp. 274-287, spec. p. 278, il quale rileva la contraddizione di questa impostazione poiché anche la retribuzione viene determinata dall'autonomia contrattuale (collettiva).

⁽⁵⁷⁾ Cfr., *ex multis*, Cass. 24 novembre 1999, n. 13093; Cass. 25 novembre 1994, n. 10029.

mancata adesione agli enti bilaterali, che la prassi amministrativa ha ricondotto nell'alveo dell'art. 36 Cost. ⁽⁵⁸⁾.

3.1. Il periodo di corresponsione della retribuzione

Rispetto all'obbligo di indicare nel contratto individuale di lavoro o nell'informativa anche il periodo di corresponsione della retribuzione, va osservato anzitutto che questo, nella maggior parte dei casi, viene determinato dai contratti collettivi, i quali generalmente prevedono anche che lo stipendio debba essere corrisposto dal datore di lavoro entro il giorno 10 del mese successivo. A titolo di esempio, il lavoro prestato durante il mese di settembre verrà retribuito entro il giorno 10 del mese di ottobre. Si può discutere se la disposizione del contratto collettivo che fissa un determinato giorno o un termine entro il quale corrispondere la retribuzione sia inderogabile o meno da parte del contratto individuale. Non essendovi disposizioni di legge vigenti in materia, è possibile ritenere che la natura inderogabile della disposizione della fonte collettiva sia desumibile solo per via interpretativa, vale a dire quando dal testo trasparente in modo inequivoco che le parti collettive abbiano voluto conferire alla stessa natura inderogabile, per sottrarla agli spazi del negoziato individuale.

3.2. Le modalità di pagamento della retribuzione

Relativamente alle modalità di pagamento, il datore di lavoro non può che limitarsi a scegliere ed indicare quale mezzo utilizzare per corrispondere la retribuzione in base ai vincoli imposti dalla legge. Non va dimenticato, infatti, che l'art. 1, co. 910 della l. n. 205/2017 (Legge di Bilancio 2018), ha previsto che «a far data dal 1° luglio 2018 i datori di lavoro o committenti corrispondono ai lavoratori la retribuzione, nonché ogni anticipo di essa, attraverso una banca o un ufficio postale con uno dei seguenti mezzi: a) bonifico sul conto identificato dal codice IBAN indicato dal lavoratore; b) strumenti di pagamento elettronico; c) pagamento in contanti presso lo sportello bancario o postale dove il datore di lavoro abbia aperto un conto corrente di tesoreria con mandato di pagamento; d) emissione di un assegno consegnato direttamente al lavoratore o, in caso di suo comprovato impedimento, a un suo delegato».

La *ratio* della disposizione è mirata a contrastare le molteplici pratiche elusive che, fino a poco tempo fa, consentivano ad alcuni datori di lavoro di dichiarare una somma in busta paga e di corrispondere, nei fatti, al lavoratore un differente importo. A confermare la tassatività dei metodi di pagamento stabiliti dall'art. 1, co. 910 della l. n. 205/2017 sovviene il co. 911 il quale - in modo forse del tutto tautologico - dispone il divieto di retribuire i lavoratori con denaro contante «qualunque sia la tipologia di rapporto di lavoro instaurato» (sebbene dal campo di applicazione siano esclusi alcuni ambiti e settori, come precisato al successivo co. 913) ⁽⁵⁹⁾. Il co. 912, invece, debella

⁽⁵⁸⁾ Cfr. circ. Min. lav. 15 dicembre 2010, n. 43 (nota anche come “circolare Sacconi”), in www.bollettinoadapt.it.

⁽⁵⁹⁾ Le modalità di pagamento imposte dalla legge di bilancio 2018 non trovano applicazione per i rapporti di lavoro instaurati con le pubbliche amministrazioni di cui all'art. 1, comma 2, del d.lgs. n.

un altro fenomeno elusivo: in non pochi casi, il datore di lavoro ha fatto firmare la busta paga al lavoratore a titolo di quietanza di pagamento (cioè per acquisire una prova liberatoria, che lo destituisse dell'onere di corrispondere la retribuzione).

La disposizione della Legge di Bilancio del 2018, invece, precisa che «la firma apposta dal lavoratore sulla busta paga non costituisce prova dell'avvenuto pagamento della retribuzione» ma, potremmo aggiungere, che questa possa eventualmente provare solo che il datore ne abbia consegnato copia al lavoratore nel rispetto di quanto disposto dalla l. n. 4/1953. Infatti, l'art. 1, co. 912, oltre ad impedire che il datore di lavoro possa dirsi liberato dal dovere di pagamento opponendo la busta paga firmata dal lavoratore, non fa altro che codificare quell'orientamento giurisprudenziale che aveva chiarito come le buste paga sottoscritte dal lavoratore attestano soltanto la loro consegna e non l'effettivo pagamento delle somme in esse contenute, il cui onere della prova è del datore di lavoro ⁽⁶⁰⁾. In questo caso, dunque, ci si trova innanzi ad una firma per ricevuta e non per quietanza ⁽⁶¹⁾.

4. Obblighi informativi e tutela previdenziale

L'art. 1, co. 1, lett. *r* del d.lgs. n. 152/1997 dispone che nel contratto individuale di lavoro o nell'informativa da consegnare al lavoratore il datore di lavoro debba indicare «gli enti e gli istituti che ricevono i contributi previdenziali e assicurativi» e «qualunque forma di protezione in materia di sicurezza sociale fornita dal datore di lavoro stesso». Anche questa disposizione era assente nella previgente versione del d.lgs. n. 152/1997.

Ad una prima lettura, la norma non presenterebbe particolari esigenze interpretative e ricostruttive; piuttosto, essa appare chiara nell'onerare il dovere del datore di lavoro e il committente di indicare nel contratto di lavoro o nell'informativa da fornire ai sensi dell'art. 1, co. 3, del d.lgs. n. 152/1997, gli enti deputati a ricevere la contribuzione previdenziale e assicurativa, e cioè l'INPS e l'INAIL. Tuttavia, è doveroso evidenziare che i contributi previdenziali che il datore di lavoro versa ai diversi enti non sono funzionali solo a finanziare le prestazioni per assicurare ai lavoratori «mezzi adeguati alle loro esigenze di vita» in caso di «infortunio, malattia, invalidità e vecchiaia» ma anche per tutelarli dalla «disoccupazione involontaria» ⁽⁶²⁾. E lo stato di disoccupazione involontaria non è solo quello definito dall'art. 3, co. 1, lett. *a* del d.lgs. n. 22/2015 che, rinviando alla definizione contenuta all'art. 1, co. 2, lett. *c* del d.lgs. n. 181/2000, lo identifica come «condizione del soggetto privo di lavoro» che lo ha perduto involontariamente ma che sia «immediatamente disponibile allo svolgimento ed alla ricerca di una attività lavorativa secondo modalità definite con i servizi competenti».

165/2001, a quelli di cui alla l. n. 339/1958, né a quelli comunque rientranti nell'ambito di applicazione dei contratti collettivi nazionali per gli addetti a servizi familiari e domestici, stipulati dalle associazioni sindacali comparativamente più rappresentative a livello nazionale.

⁽⁶⁰⁾ Cass. 6 settembre 2018, n. 21699.

⁽⁶¹⁾ Cass. 2 novembre 2018, n. 28029; Cass. 14 novembre 2018, n. 29367. In tema, F. LOMBARDO, *Rapporto di lavoro e valore probatorio della busta paga: le ultime pronunce della Cassazione*, in *Bollettino ADAPT*, 2020, n. 31.

⁽⁶²⁾ Così l'art. 38, secondo comma, Cost.

Infatti, lo stato di disoccupazione tutelato dall'art. 38, co. 2 Cost. può essere anche connesso alla sospensione temporanea dell'attività di lavoro per ragioni di crisi aziendale o di eventi che non possono essere imputabili alle parti ⁽⁶³⁾. In entrambi i casi, l'assenza di reddito determinata dall'assenza temporanea di lavoro viene arginata attraverso il riconoscimento di prestazioni prevalentemente economiche ⁽⁶⁴⁾ erogate dall'INPS, sia quando lo stato di disoccupazione è determinato dalla perdita involontaria dell'occupazione, sia quando lo stato di disoccupazione è determinato dalla temporanea sospensione dell'attività lavorativa (attraverso l'attivazione della Cassa Integrazione Guadagni).

Senonché, a fronte della sospensione dell'attività lavorativa, è doveroso segnalare che non tutti gli ammortizzatori sociali sono gestiti dall'INPS, come non tutti i lavoratori sono tutelati dalla Cassa Integrazione Guadagni. Il d.lgs. n. 148/2015, infatti, soprattutto dopo le modifiche ad opera della legge n. 234 del 2021 (Legge di Bilancio 2022), attribuisce a diversi fondi - alcuni anche di natura privatistica - il compito di erogare le prestazioni di tutela del reddito dei lavoratori, disegnando così un sistema diversificato, talvolta in ragione della dimensione delle imprese, talaltra in ragione della tipologia e della natura dell'impresa.

In questa prospettiva, è possibile ritenere che nella nozione di «enti» che ai sensi dell'art. 1, co. 1, lett. r) sono deputati a ricevere i contributi per finanziare le misure di sostegno al reddito in caso di sospensione dell'attività lavorativa debbano rientrare anche i fondi di solidarietà bilaterali di cui all'art. 26 del d.lgs. n. 148/2015 ⁽⁶⁵⁾, i fondi di solidarietà bilaterali alternativi di cui all'art. 27, il fondo di solidarietà residuale di cui all'art. 28, nonché il fondo di integrazione salariale di cui all'art. 29 del medesimo decreto. Naturalmente, il datore di lavoro dovrà indicare il fondo di pertinenza, cioè quel fondo che è deputato dalla legge a tutelare i lavoratori in ragione della natura e della dimensione dell'impresa presso la quale sono impiegati.

Questa interpretazione è sorretta anche dal fatto che l'art. 1, co. 1, lett. r non onera il datore di lavoro di indicare solo gli enti pubblici deputati alla gestione della previdenza obbligatoria ma «qualunque forma di protezione in materia di sicurezza sociale»; peraltro, alla luce di questa disposizione di carattere generale, devono essere ricomprese

⁽⁶³⁾ In questo senso, si veda M. PERSIANI, M. D'ONGHIA, *Fondamenti di diritto della previdenza sociale*, Giappichelli, 2019, pp. 277-278. Nello stesso senso, C.A. NICOLINI (a cura di), *Gli ammortizzatori sociali riformati*, Giuffrè, 2018, p. 21. *Contra*, G. CANAVESI, *Le tutele per i lavoratori autonomi*, in E. BALLETTI (a cura di), *I nuovi ammortizzatori sociali dopo la pandemia*, Giappichelli, 2021, pp. 63-84, spec. p. 77, laddove osserva che «diversamente dalla disoccupazione involontaria, la riduzione/sospensione dell'attività lavorativa – per cause non imputabili al datore di lavoro e ai lavoratori ovvero per situazioni di difficoltà dell'attività imprenditoriale – non è evento contemplato in Costituzione». Nello stesso senso, si veda A. OCCHINO, *La tutela del rischio occupazionale nel rapporto di lavoro. Il modello assicurativo tra cassa integrazione e bilateralità*, in G. CANAVESI, E. ALES (a cura di), *La tutela per la disoccupazione nelle trasformazioni del lavoro*, EUM, 2020, pp. 41-49.

⁽⁶⁴⁾ Si è fatto riferimento al concetto di prestazioni prevalentemente economiche poiché in dottrina è stata avanzata l'osservazione in base alla quale i mezzi economici rappresentano solo una parte delle prestazioni che lo Stato riconosce ai lavoratori privi di un'occupazione, dovendo essere ricompreso, invece, nel concetto di “mezzi” di cui all'art. 38, secondo comma, Cost. anche i servizi per la ricerca di un'occupazione. Il riferimento è qui alla nota teoria dell'adeguatezza sistematica di M. CINELLI, *La tutela del lavoratore contro la disoccupazione*, Franco Angeli, 1982.

⁽⁶⁵⁾ In tema, E. BALLETTI, D. GAROFALO, *La riforma della Cassa Integrazione Guadagni nel Jobs Act 2*, Cacucci, 2016.

non solo le forme di protezione sociale la cui organizzazione e gestione la legge delega all'autonomia collettiva - come i fondi bilaterali di cui agli artt. 26, 27, 28 e 29 del d.lgs. n. 148/2015 - ma anche quelle di matrice contrattual-collettiva, se previste da un determinato contratto collettivo, di qualunque livello, applicato dal datore di lavoro (si pensi, ad esempio, alle integrazioni reddituali previste dagli enti bilaterali) ⁽⁶⁶⁾.

Infine, si osserva che a questa interpretazione potrebbe essere obiettato che le imprese artigiane che non aderiscono al sistema contrattuale di Confartigianato non siano onerate di inserire nei contratti individuali di lavoro o nelle informative l'indicazione del fondo deputato dalla legge a ricevere i contributi previdenziali per finanziare eventuali prestazioni di sostegno al reddito in caso di sospensione dell'attività d'impresa. E ciò perché per le imprese artigiane il fondo di riferimento, ai sensi dell'art. 27 del d.lgs. n. 148 del 2015, è il Fondo di Solidarietà Bilaterale per l'Artigianato (noto come FSBA), il quale è costituito dalle organizzazioni sindacali e imprenditoriali comparativamente più rappresentative a livello nazionale della categoria, ovvero Confartigianato, CNA, Casartigiani, CLAI, Cgil, Cisl e Uil. Orbene, in virtù del principio di libertà sindacale - che si traduce anche nella libertà di adesione del datore di lavoro di aderire al sistema contrattuale più confacente ai suoi scopi e alla sua attività d'impresa ⁽⁶⁷⁾ - non tutte le imprese artigiane potrebbero aderire a queste associazioni sindacali, con la conseguenza di opporre la mancata adesione ai sistemi di rappresentanza e contrattuali governati dalle organizzazioni sindacali e imprenditoriali comparativamente più rappresentative a livello nazionale come motivazione legittima utile a non far sorgere l'obbligo di indicare il fondo FSBA nella informativa e/o nel contratto individuale di lavoro.

Analogha questione si potrebbe porre per i lavoratori somministrati, per i quali la legge affida ad un fondo costituito dalle organizzazioni sindacali e imprenditoriali comparativamente più rappresentative a livello nazionale della categoria (nel caso di specie, si tratta del fondo FormaTemp, istituito da Assolavoro, Assosomm, Felsa-Cisl, Nidil-Cgil e UilTemp-Uil, assieme alle confederazioni Cgil, Cisl e Uil) il compito di tutelare il reddito dei lavoratori in caso di sospensione dell'attività d'impresa.

A nostro avviso, in nessun caso le imprese artigiane e le agenzie per il lavoro potranno esimersi dall'indicare nei contratti individuali di lavoro e/o nell'informativa il fondo FSBA o il fondo FormaTemp poiché l'obbligatorietà del versamento contributivo ai fondi prescinde dall'adesione alle organizzazioni sindacali costituenti e/o dall'applicazione del relativo contratto collettivo prescelto dal datore di lavoro. In soccorso di questa interpretazione sovviene la recente sentenza del Tribunale di Roma ⁽⁶⁸⁾, la quale ha osservato che nel ridisegnare il sistema degli ammortizzatori sociali in costanza di rapporto di lavoro «il legislatore ha inteso assegnare alla bilateralità il compito di provvedere, nelle aree non coperte dalla Cassa integrazione, all'apprestamento e alla gestione di una tutela in favore di tutti i lavoratori del settore, come reso evidente

⁽⁶⁶⁾ In questo senso, si consenta il rinvio a G. PIGLIALARMI, S. SPATTINI, F. LOMBARDO, G. NASCETTI, A. ZOPPO, *Autonomia collettiva e ammortizzatori sociali per il Covid-19*, in M. TIRABOSCHI, F. SEGHEZZI, *Le sfide per le relazioni industriali*, vol. V, di D. GAROFALO, M. TIRABOSCHI, V. FILÌ, F. SEGHEZZI, *Welfare e lavoro nella emergenza epidemiologica. Contributo sulla nuova questione sociale*, pp. 71-125, spec. pp. 114-117.

⁽⁶⁷⁾ G. PROIA, *Il contratto collettivo tra libertà di scelta e standard minimi di trattamento*, in *MGL*, 2020, n. 4, pp. 965-988.

⁽⁶⁸⁾ Cfr. Trib. Roma 30 novembre 2021, n. 10087, in *www.bollettinoadapt.it*.

dal riferimento delle disposizioni richiamate [si tratta dell'art. 27 del d.lgs. n. 148/2015] alle imprese appartenenti al settore di attività [nel caso di specie le imprese artigiane], e quindi in favore anche dei lavoratori dipendenti di datori di lavoro che non abbiano aderito al sistema della bilateralità». Su questo assunto il tribunale romano individua nell'art. 27 del d.lgs. n. 148/2015 «un sistema di tutele necessitato, con correlata obbligatorietà della partecipazione ad esso da parte dei destinatari, secondo lo schema della sussidiarietà orizzontale, che esige l'intervento pubblico solo ove necessario per sussidiare il carente intervento privato», rispetto al quale «la detta obbligatorietà è direttamente discendente dalle finalità della disciplina, come detto volta a garantire una generalizzata tutela dei lavoratori anche nei settori estranei all'ambito di applicazione della CIG nonché dalla stessa architettura delle tutele approntate, come sopra riassunta».

In questa prospettiva, il giudice argomenta come «sarebbe del tutto illogico ipotizzare che nelle intenzioni del legislatore le imprese non aderenti al sistema contrattuale di Confartigianato sarebbero conseguentemente libere «di scegliere di non versare alcunché al fondo alternativo (in quanto non iscritte) e neppure al FIS, in quanto operante solo per i settori in cui non è stato costituito un fondo bilaterale». E ciò perché significherebbe lasciare privi di una tutela alcuni lavoratori rispetto ad altri.

In tale quadro, la sentenza del Tribunale di Roma, dunque, chiarisce da un lato che non sussiste alcun obbligo per il datore di lavoro di aderire alle organizzazioni sindacali e datoriali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale nella categoria o applicare il CCNL per accedere alla tutela disposta dal fondo FSBA; ma, sussiste senz'altro l'obbligatorietà di versare i contributi al medesimo da queste costituito ai sensi dell'art. 27 del d.lgs. n. 148/2015, chiarendo quindi che «in nessun caso la contribuzione dovuta al Fondo ai sensi dell'art. 27 D.Lgs. n. 148/2015 potrà dirsi condizionata alla volontaria adesione dell'impresa».

5. Considerazioni conclusive

In conclusione, della nostra analisi non possiamo non evidenziare come l'art. 1, co. 1, lett. *g* abbia contribuito a colmare l'incertezza circa l'identità e la conoscibilità della fonte collettiva che governa il rapporto di lavoro. La riduzione di questa incertezza non spiega effetti positivi solo tra le parti del rapporto ma anche nei confronti dei terzi, cioè enti e istituzioni preposte al controllo circa l'effettiva applicazione delle disposizioni di legge e di contratto collettivo. Tuttavia, resta fermo che «in un sistema quale quello italiano, che, ad oggi, non conosce l'efficacia giuridica *erga omnes* del contratto collettivo, e nemmeno l'obbligo di applicare un contratto collettivo (salvo che per quanto concerne la cd. “equa retribuzione”)» l'obbligo informativo di cui all'art. 1, co. 1, lett. *g* «deve ritenersi condizionato alla concreta applicazione di un tale contratto, secondo i noti presupposti civilistici»⁽⁶⁹⁾. In altri termini, parte della dottrina ha ricordato che l'obbligo informativo in questione sorge soltanto nel momento in cui il datore di lavoro aderisce direttamente (perché iscritto all'associazione datoriale stipulante) o indirettamente ad un sistema contrattuale (perché, pur essendo non iscritto, aderisce alla fonte collettiva tramite la clausola di rinvio apposta nel contratto

⁽⁶⁹⁾ A. TURSI, *Il “decreto trasparenza”: profili sistematici e problematici*, in *LDE*, 2022, n. 3, p. 14

individuale di lavoro o per fatti concludenti, osservando e conformandosi ai contenuti del contratto collettivo). Diversamente, e cioè quando il datore di lavoro decide di non applicare alcun contratto collettivo, egli non potrà dirsi sottoposto a tale obbligo, pena la violazione dell'art. 39 Cost. ⁽⁷⁰⁾.

In questa prospettiva, riteniamo opportuno osservare che detto obbligo informativo non vincola nemmeno il datore di lavoro che decida di non applicare un contratto collettivo quando deve rispettare una norma di natura inderogabile, quale possa essere l'art. 7, co. 4 del d.l. n. 248/2007 e ciò perché in questo caso la legge impone all'impresa di rispettare i trattamenti economici e normativi imposti dai contratti collettivi sottoscritti dalle organizzazioni sindacali e imprenditoriali comparativamente più rappresentative a livello nazionale nella categoria ma non certo l'applicazione integrale dello stesso.

L'ipotesi della non applicazione di un CCNL, salvo che per la determinazione dell'equa retribuzione – che da sola non basta a far desumere l'applicazione del CCNL ⁽⁷¹⁾ – è in ogni caso residuale, poiché nella prassi le imprese fanno sovente riferimento ai CCNL di categoria, quantomeno per determinare non solo la retribuzione, le mansioni e l'inquadramento contrattuale del lavoratore ma anche per organizzare la prestazione in termini temporali.

Tuttavia, è bene evidenziare che in alcuni casi la normativa impone l'applicazione del contratto collettivo, residuando così pochi spazi per l'esercizio della libertà sindacale del datore di lavoro. In questo caso, il principio in questione viene bilanciato con altri principi che l'ordinamento esprime: in questo senso si spiega la *ratio* dell'art. 30, co. 4 del d.lgs. n. 50/2016 (il c.d. Codice degli appalti pubblici), laddove prevede che «al personale impiegato nei lavori, servizi e forniture oggetto di appalti pubblici e concessioni» deve essere «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». Peraltro, l'utilizzo del verbo “applicare” potrebbe lasciare presupporre che il rispetto del contratto collettivo debba essere integrale, non essendo concesso assumere questo solo come parametro esterno ai fini della determinazione del costo del lavoro o applicare parte di esso ⁽⁷²⁾. Pertanto, l'appaltatore che si aggiudica un appalto pubblico dovrà ottemperare all'obbligo informativo in quanto onerato dalla legge ad applicare il contratto collettivo connesso all'oggetto dell'appalto. Un analogo obbligo che ricade anche sull'eventuale subappaltatore, in virtù di quanto disposto dall'art. 105, co. 14 del d.lgs. n. 50/2016 ⁽⁷³⁾.

⁽⁷⁰⁾ Osserva ancora A. TURSI, *op. cit.*, p. 14, che non «potrebbe la previsione interpretarsi come riferita ad un presunto obbligo di inserire nella lettera di assunzione una clausola di rinvio al contratto collettivo (rinvio cd. “statico”) o alla contrattazione collettiva (rinvio cd. “dinamico”): sia perché tale interpretazione non trova il minimo appiglio nel testo legale, sia perché essa equivarrebbe a rendere obbligatoria l'applicazione di un contratto collettivo, con violazione dell'art. 39 Cost.».

⁽⁷¹⁾ Sul punto, cfr. sempre Cass. Civ. Sez. Lav. 4 gennaio 2022, n. 74, cit.

⁽⁷²⁾ Sembra avanzare questa ipotesi A.L. FRAIOLI, *Appalti pubblici e contrattazione collettiva: spunti ricostruttivi*, in D. GAROFALO (a cura di), *Appalti e lavoro. Disciplina pubblicistica*, Giappichelli, 2017, p. 861.

⁽⁷³⁾ Il subappaltatore, infatti, è tenuto all'applicazione «dei medesimi contratti collettivi nazionali di lavoro, qualora le attività oggetto di subappalto coincidano con quelle caratterizzanti l'oggetto

In questi casi, l'applicazione di un contratto collettivo che sia connesso all'oggetto dell'appalto viene valutato come indice di professionalità e di affidabilità dell'impresa che è chiamata ad eseguire i lavori ⁽⁷⁴⁾.

Allo stesso modo, laddove il datore di lavoro voglia ricorrere all'utilizzo dell'apprendistato, egli sarà vincolato dalla legge – e dunque a prescindere dall'esercizio della sua libertà sindacale – ad applicare un determinato contratto collettivo, in quanto la regolazione dell'istituto è in gran parte rimessa dalla legge alla contrattazione collettiva. Nell'informativa o nel contratto individuale di lavoro dell'apprendista, dunque, non potrà mancare il riferimento al contratto collettivo applicato al rapporto. Anzi, in questo caso, laddove esistente, deve essere richiamato anche l'accordo interconfederale, poiché l'art. 42, co. 5 del d.lgs. n. 81/2015 rimette la regolazione anche a questi ultimi, non affidandola esclusivamente ai «contratti collettivi nazionali di lavoro stipulati dalle associazioni sindacali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale».

La chiara identificazione del contratto collettivo, anche attraverso la necessaria indicazione delle parti sottoscriventi, comporta l'effetto di consentire alle parti di individuare in modo esaustivo anche tutte le voci che vanno a comporre il trattamento retributivo iniziale. Infatti, come è stato illustrato richiamando alcune casistiche a titolo esemplificativo, è il contratto collettivo a determinare la struttura della retribuzione e le varie voci che la compongono ed è solo attraverso esso che è possibile definire quale sia il trattamento economico da descrivere nel contratto individuale o nell'informativa.

Sotto il profilo delle modalità di pagamento, è stato osservato che l'obbligo del datore di lavoro deve limitarsi a riportare una delle modalità indicate dalla legge per erogare le retribuzioni ai lavoratori. Tuttavia, le disposizioni della Legge di Bilancio del 2018 in materia di modalità di pagamento dei compensi sollevano alcuni dubbi interpretativi, a tal punto da ritenere che l'obiettivo del legislatore di porre fine a delle pratiche elusive che mortificavano il diritto a percepire il giusto compenso sia nei fatti stato tradito dalla formulazione letterale della legge. In questa prospettiva, è doveroso evidenziare come l'art. 1, co. 910 della l. n. 205/2017, in effetti, impone l'utilizzo di un conto bancario «indicato dal lavoratore»; il che potrebbe significare che non deve trattarsi necessariamente di un conto a lui intestato. I medesimi dubbi sorgono in relazione alla possibilità di corrispondere la retribuzione con assegno, che non deve essere “intestato” al lavoratore ma soltanto «consegnato» a quest'ultimo o a un suo delegato (il quale potrebbe comunque adottare dei comportamenti elusivi, che non tutelano il diritto di credito del lavoratore) ⁽⁷⁵⁾.

Alla luce di tali considerazioni, è possibile ritenere che rispetto ai metodi di pagamento il d.lgs. n. 104/2022 poco aggiunge in termini di attribuzione di diritti e soprattutto non contribuisce a risolvere le criticità delle disposizioni della Legge di Bilancio del 2018 qui brevemente evidenziate.

dell'appalto ovvero riguardino le lavorazioni relative alle categorie prevalenti e siano incluse nell'oggetto sociale del contraente principale» (così l'art. 105, co. 14 del d.lgs. n. 50/2016).

⁽⁷⁴⁾ Cfr. Cons. St. Sez. V 5 ottobre 2016, n. 4109, in *Banca Dati De Jure*.

⁽⁷⁵⁾ In questo senso, A. BORELLA, *La nuova disciplina della corresponsione della retribuzione ai lavoratori: molta approssimazione e una data che non quadra*, in *Sintesi. Rassegna di giurisprudenza e dottrina*, gennaio 2018, pp. 10-15.

Il diritto alla informazione sulla prevedibilità dell'orario di lavoro

di Lorenzo Scarano

Abstract – Il legislatore, su impulso dell'Unione europea, è intervenuto a modificare la disciplina delle informazioni nel contratto di lavoro. In particolare, l'esigenza di rendere edotto il lavoratore del profilo temporale della prestazione di lavoro è stato soddisfatto con una serie di disposizioni relative alle ipotesi in cui l'organizzazione del lavoro sia considerata prevedibile e con un catalogo di diritti nelle ipotesi in cui l'organizzazione non sia prevedibile. L'interrogativo è se, alla luce delle esigenze di tutela del prestatore nell'ambito della disciplina in materia di orario, la novità normativa sia idonea a raggiungere i suoi obiettivi.

Sommario: 1. Le esigenze di tutela del lavoratore nella etero-determinazione dell'orario di lavoro e gli obiettivi della direttiva europea sulla trasparenza delle condizioni di lavoro. – 2. Il campo di applicazione della novella e le definizioni fra organizzazione e programmazione del lavoro. – 3. Gli obblighi informativi se l'organizzazione del lavoro è prevedibile. – 4. Gli obblighi informativi se l'organizzazione del lavoro è imprevedibile. – 4.1. I diritti di prevedibilità minima. – 5. Se il riequilibrio dell'asimmetria informativa incida sulla protezione della persona del lavoratore.

1. Le esigenze di tutela del lavoratore nella etero-determinazione dell'orario di lavoro e gli obiettivi della direttiva europea sulla trasparenza delle condizioni di lavoro

La disciplina dettata in materia di orario è volta a soddisfare una serie di esigenze essenziali implicate nel mercato e nel rapporto di lavoro. Com'è noto, ove la regolamentazione del tempo di lavoro «fosse demandata *in toto* all'autonomia delle parti, indubbiamente la durata del lavoro risulterebbe fissata in misura più ampia possibile, che, mentre consentirebbe al datore di lavoro di aumentare la produzione riducendo i relativi costi, porrebbe al tempo stesso il lavoratore in condizione di conseguire un maggiore guadagno». Tuttavia, «esigenze di ordine sociale [...] impongono invece alcune limitazioni all'autonomia individuale in tale campo»⁽¹⁾ finalizzate sia a preservare la salute psico-fisica del dipendente (e così tutelando indirettamente anche la produzione e la produttività dell'impresa, che sia capace di poter contare su forza lavoro pronta ad iniziare una prestazione dopo aver reintegrato le proprie energie in virtù del godimento dei riposi, pause e ferie fissati dalla legge) sia anche a garantire che il potere datoriale nella determinazione del lavoro si arresti di fronte alla soglia del tempo di

(1) L.R. LEVI SANDRI, *Istituzioni di legislazione sociale*, Giuffrè, Milano, 1971, p. 153.

non lavoro, quello che il dipendente intende dedicare ad altro, siano essi interessi di cura, familiari, svago ecc.

Ecco quindi che l'interesse imprenditoriale a poter gestire il tempo della prestazione di lavoro, e dunque le esigenze di flessibilità organizzativa della disciplina dell'orario, vengono compatibilizzate con una serie di diritti del lavoratore, che trovano fonte nella Costituzione e nella disciplina di matrice europea ⁽²⁾. Da questa tensione nell'ordinamento si sono stratificate le norme sulla durata massima della giornata lavorativa e sulle altre implicazioni derivanti dall'incidenza del potere organizzativo del datore sulla programmazione delle esigenze di vita del lavoratore, per esempio in merito agli aspetti della variabilità della estensione del tempo di lavoro e della variabilità della collocazione della prestazione lavorativa.

In questo contesto s'inseriscono le nuove disposizioni sulla programmazione e prevedibilità dell'organizzazione dell'orario di lavoro. Il tema sarà esaminare - alla luce degli obiettivi dichiarati dalla direttiva e quindi nell'ambito del campo di applicazione della stessa - quanto le norme volte ad incidere sul potere datoriale di etero-determinare la prestazione di lavoro siano in grado di restituire maggiori spazi per la programmazione e la prevedibilità dei tempi di non lavoro a vantaggio del lavoratore.

La nuova disciplina interna, infatti, costituisce attuazione di una direttiva europea, la n. 1152 del 2019 sulle condizioni di lavoro trasparenti e prevedibili ⁽³⁾. Prima di esaminare il contenuto delle disposizioni introdotte al fine di confrontarle con quelle di estrazione euro-unitaria, è opportuno richiamare alcuni Considerando della direttiva - ovviamente in via limitata alle problematiche della programmazione e della (im)prevedibilità del lavoro - perché ben identificano il contesto nel quale la stessa è maturata ed evidenziano gli scopi di politica del diritto perseguiti. Questo esame preliminare, inoltre, ci consentirà di valutare la conformità rispetto all'ordinamento europeo delle modalità di trasposizione interna della direttiva.

La considerazione di fondo dalla quale parte la direttiva UE è che «i mercati del lavoro hanno subito profondi cambiamenti a causa degli sviluppi demografici e della digitalizzazione, per cui sono apparse nuove forme di lavoro che hanno favorito l'innovazione, la creazione di posti di lavoro e la crescita del mercato del lavoro. Alcune nuove forme di lavoro si distanziano notevolmente dai rapporti di lavoro tradizionali in termini di prevedibilità, creando incertezza in merito alla protezione sociale e ai diritti applicabili per i lavoratori interessati. In questo mondo del lavoro in evoluzione, cresce l'esigenza che i lavoratori siano pienamente e tempestivamente informati per iscritto, in un formato per loro facilmente accessibile, in merito alle condizioni

⁽²⁾ Su questa lettura V.S. LECCESE, *L'orario di lavoro. Tutela costituzionale della persona, durata della prestazione e rapporto tra le fonti*, Cacucci, Bari, 2001.

⁽³⁾ Sui lavori che hanno portato all'approvazione della direttiva v. S. BORELLI, G. ORLANDINI, *Appunti sulla nuova legislazione sociale europea. La direttiva sul distacco transnazionale e la direttiva sulla trasparenza*, in *QG*, 2019, n. 4, spec. § 4; sulle finalità e sulla base giuridica dell'intervento euro-unitario cfr. A. TURSI, *La "trasparenza" dei diritti dei lavoratori nel decreto "trasparenza"*, in corso di pubblicazione in *DRI*, 2023, § 3. Sull'originario schema ministeriale di trasposizione cfr. M. FAIOLI, *Condizioni trasparenti di lavoro. Regolazione europea e schema ministeriale di attuazione*, in *IlSole24Ore*, 2 maggio 2022. Per un primo commento, G. PROIA, *Le novità, sistemiche e di dettaglio, del decreto trasparenza*, in *MGL*, 2022, p. 571 ss.; Id., *Trasparenza, prevedibilità e poteri dell'impresa*, in *Labor*, 2022, p. 641 ss.; Id. (a cura di), *Il Punto. Il decreto trasparenza*, inserto n. 39 di *GL*, 7 ottobre 2022.

essenziali del loro lavoro» (4). È ben chiaro quindi il substrato sul quale è maturato l'intervento: le perenni (inevitabili) modifiche dell'organizzazione produttiva che incidono sul mercato del lavoro impongono rinnovate esigenze di tutela; nel caso di specie a venire in considerazione è il diritto alla informazione scritta delle condizioni essenziali di lavoro.

In particolare, le «informazioni sull'orario di lavoro dovrebbero essere coerenti con la direttiva 2003/88/CE del Parlamento europeo e del Consiglio e dovrebbero includere informazioni su pause, riposi quotidiani e settimanali e durata del congedo retribuito, garantendo in tal modo la tutela della sicurezza e della salute dei lavoratori» (Considerando n. 19).

Il legislatore europeo sa però che l'obiettivo della programmazione e previsione dell'orario di lavoro da rispettare - volta a garantire la possibilità di programmare il tempo di non lavoro, sia esso di cura, svago, familiare ecc. - in taluni rapporti è difficilmente realizzabile, specie nei contratti che per definizione espongono il lavoratore ad una flessibilità oraria che se non limitata potrebbe essere esponenzialmente infinita (5). Infatti, se «a causa della natura dell'impiego, come nel caso di un contratto a chiamata, non è possibile indicare una programmazione del lavoro fissa, i datori di lavoro dovrebbero informare i lavoratori in merito alle modalità di determinazione del loro orario di lavoro, comprese le fasce orarie in cui possono essere chiamati a lavorare e il periodo minimo di preavviso che devono ricevere prima dell'inizio di un incarico di lavoro» (Considerando n. 21) mentre i «lavoratori la cui organizzazione del lavoro è interamente o in gran parte imprevedibile dovrebbero beneficiare di un livello minimo di prevedibilità se la programmazione del lavoro è determinata principalmente dal datore di lavoro, sia direttamente, ad esempio mediante l'assegnazione di incarichi di lavoro, che indirettamente, ad esempio chiedendo al lavoratore di rispondere alle richieste dei clienti» (6).

(4) Considerando n. 4, che prosegue: «Per inquadrare adeguatamente lo sviluppo di nuove forme di lavoro, dovrebbero essere riconosciuti ai lavoratori dell'Unione anche alcuni nuovi diritti minimi intesi a promuovere la sicurezza e la prevedibilità dei rapporti di lavoro e a consentire, al tempo stesso, che si realizzi una convergenza verso l'alto in tutti gli Stati membri e che venga salvaguardata l'adattabilità del mercato del lavoro».

(5) Considerando n. 35: «I contratti di lavoro a chiamata o analoghi, compresi i contratti a zero ore, nell'ambito dei quali il datore di lavoro dispone della flessibilità di poter chiamare il lavoratore in funzione delle proprie necessità, sono particolarmente imprevedibili per il lavoratore. Gli Stati membri che consentono tali contratti dovrebbero assicurare che esistano misure efficaci per prevenirne l'abuso. Tali misure potrebbero assumere la forma di limitazioni dell'uso e della durata di tali contratti, di una presunzione confutabile dell'esistenza di un contratto di lavoro o rapporto di lavoro con un numero garantito di ore retribuite basato sulle ore lavorate in un precedente periodo di riferimento, o di altre misure equivalenti che garantiscano un'efficace prevenzione delle pratiche abusive».

(6) E ancora. Considerando n. 31: «Le ore e i giorni di riferimento, che devono essere intesi come le fasce orarie in cui può essere svolto lavoro su richiesta del datore di lavoro, dovrebbero essere stabiliti per iscritto all'inizio del rapporto di lavoro». «Un periodo minimo di preavviso ragionevole, che deve essere inteso come il periodo di tempo tra il momento in cui un lavoratore è informato in merito a un nuovo incarico di lavoro e il momento in cui inizia l'incarico, costituisce un altro elemento necessario di prevedibilità del lavoro per i rapporti di lavoro con un'organizzazione del lavoro interamente o in gran parte imprevedibile. È possibile che la durata del periodo di preavviso vari in funzione delle esigenze del settore interessato, purché sia garantita nel contempo l'adeguata protezione dei lavoratori. Il periodo minimo di preavviso si applica fatta salva la direttiva 2002/15/CE del Parlamento europeo e del Consiglio» (Considerando n. 32).

Nelle ipotesi in cui l'organizzazione del lavoro sia imprevedibile e la programmazione comunicata al lavoratore sia suscettibile di modifiche in funzione dell'organizzazione produttiva, la direttiva arriva ad affermare al Considerando n. 33 che i «lavoratori dovrebbero avere la possibilità di rifiutare un incarico di lavoro se questo non rientra nelle ore e nei giorni di riferimento o se non è stato notificato loro conformemente al periodo di preavviso minimo, senza subire conseguenze negative per averlo rifiutato» e – viceversa – se il dipendente «la cui organizzazione del lavoro è interamente o in gran parte imprevedibile ha convenuto con il suo datore di lavoro di svolgere uno specifico incarico di lavoro, il lavoratore [...] dovrebbe essere tutelato dalla perdita di reddito derivante dall'annullamento tardivo di un incarico di lavoro concordato mediante una compensazione adeguata» (Considerando n. 34).

Esposte le finalità dell'intervento dell'Unione, vediamo ora come gli obiettivi di *policies* si siano tradotti in prescrizioni concrete (*rectius* “prescrizioni minime”) che gli stati membri devono rispettare. A tal proposito però è bene precisare come la direttiva ponga «principi e regole di carattere sostanziale che, usando la terminologia della direttiva e della legge, costituiscono ‘prescrizioni minime relative alle condizioni di lavoro’, regole da identificare come “norme inderogabili ricollegabili a diritti essenziali del lavoratore: se non addirittura a diritti fondamentali riconducibili a valori di libertà personale e al diritto al lavoro ex art. 4 Cost. e 15 Carta di Nizza» (7).

In conclusione, non si può dimenticare che, *more solito*, l'Europa – fissati gli scopi da raggiungere – lascia agli Stati membri le modalità ritenute più congrue per il recepimento della direttiva (8) ma «a condizione che il livello generale di protezione dei lavoratori non sia abbassato» (Considerando n. 38), andando a prevedere in maniera espressa all'art. 20, sotto la rubrica “Non regresso e disposizioni favorevoli” la ricorrente clausola di non regresso (9): «1. La presente direttiva non costituisce un motivo valido per ridurre il livello generale di protezione riconosciuto ai lavoratori negli Stati membri. 2. La presente direttiva lascia impregiudicata la prerogativa degli Stati membri di applicare o introdurre disposizioni legislative, regolamentari o amministrative più favorevoli ai lavoratori o di promuovere o consentire l'applicazione di contratti collettivi che siano più favorevoli ai lavoratori».

Dunque, lo Stato membro, e per quel che rileva in questa sede l'ordinamento italiano, era di fronte ad un testo normativo da recepire non in maniera *sic et simpliciter* ma dopo aver confrontato le materie interessate dell'intervento della direttiva, perché se il livello di protezione era già elevato, la trasposizione non comportava ulteriori modifiche legislative, che invece si imponevano ove la disciplina non fosse regolata oppure

(7) F. SCARPELLI, *Decreto trasparenza: disciplinato il diritto del lavoratore (privato) a svolgere un'altra prestazione lavorativa*, in www.giustiziacivile.it, 23.8.2022.

(8) Se è vero che ritiene «opportuno rispettare l'autonomia delle parti sociali e il loro ruolo di rappresentanti dei lavoratori e dei datori di lavoro. Le parti sociali dovrebbero quindi poter ritenere che, in particolari settori o situazioni, per perseguire lo scopo della presente direttiva siano più appropriate disposizioni diverse rispetto ad alcune norme minime stabilite nella presente direttiva. Gli Stati membri dovrebbero pertanto poter consentire alle parti sociali di mantenere, negoziare, stipulare e applicare contratti collettivi che differiscono da alcune disposizioni contenute nella presente direttiva» (Considerando n. 38).

(9) Sulla quale v. le riflessioni di V. LECCESE, *I limiti alla durata giornaliera e settimanale della prestazione nella nuova disciplina dell'orario di lavoro*, in D. GAROFALO, M. RICCI (a cura di), *Percorsi di diritto del lavoro*, Cacucci, Bari, 2006, p. 399 ss.

regolata ma con disposizioni di minor favore. In questa prospettiva andrà valutata l'opera del legislatore delegato, per verificare se si è trattato di una mera traduzione in italiano delle disposizioni contenute nella direttiva oppure se davvero è stata colta un'occasione per innalzare il livello di tutela del lavoratore in una materia dalla delicata rilevanza nell'ambito della organizzazione della vita professionale e personale delle persone.

2. Il campo di applicazione della novella e le definizioni fra organizzazione e programmazione del lavoro

Per quanto concerne l'ambito di applicazione della novità normativa, l'art. 1 co. 4 lett. *b* d.lgs. n. 104/2022 esclude «i rapporti di lavoro caratterizzati da un tempo di lavoro predeterminato ed effettivo di durata pari o inferiore a una media di tre ore a settimana in un periodo di riferimento di quattro settimane consecutive» precisando che si considera «nella media delle tre ore il tempo di lavoro prestato in favore di tutti i datori di lavoro che costituiscono una stessa impresa, uno stesso gruppo di imprese»⁽¹⁰⁾. In ogni caso, ove tale massimale orario venga superato oppure non sia possibile determinare *ex ante* - e quindi stabilire espressamente nel contratto individuale - una soglia minima garantita di prestazione di lavoro da remunerare prima dell'esecuzione del rapporto, tale *imprevedibilità* “gioca” a svantaggio del datore, assoggettandolo all'applicazione dei nuovi obblighi informativi. Infatti, la predetta «esclusione non opera in relazione ai rapporti di lavoro nell'ambito dei quali non sia stata stabilita una quantità garantita di lavoro retribuito prima dell'inizio del lavoro»⁽¹¹⁾.

La sottrazione di tale categoria (che possiamo definire “effimera”⁽¹²⁾) di rapporti di lavoro è consentita dalla direttiva europea, che al Considerando n. 11 prevede espressamente «la possibilità per gli Stati membri di non applicare le disposizioni della presente direttiva a un rapporto di lavoro caratterizzato da un tempo di lavoro predeterminato ed effettivo di durata pari o inferiore a una media di tre ore a settimana in un

⁽¹⁰⁾ In termini analoghi si esprime l'art. 1 § 1 della direttiva cit., facendo riferimento «a tutti i datori di lavoro che costituiscono una stessa impresa, uno stesso gruppo o una stessa entità o vi appartengono».

⁽¹¹⁾ Come ha infatti immediatamente precisato l'ITL con circ. n. 4 del 10.8.2022: «Ai fini della esclusione, i requisiti della predeterminatezza ed effettività devono entrambi concorrere. Ciò vuol dire che l'esclusione dal campo applicativo del decreto non trova applicazione: - laddove, pur a fronte di un tempo di lavoro pattuito pari o inferiore alla citata media delle tre ore settimanali, la prestazione abbia comunque superato detto limite. In tal caso, a partire dal primo giorno lavorativo della settimana che determina il superamento della media, troveranno applicazione tutte le disposizioni contenute nel D.Lgs. n. 104/2022; - laddove, pur a fronte di un tempo di lavoro effettivo pari o inferiore alla citata media, lo stesso non sia stato predeterminato. Ciò è peraltro esplicitato dallo stesso decreto ove si chiarisce che “la presente esclusione non opera in relazione ai rapporti di lavoro nell'ambito dei quali non sia stata stabilita una quantità garantita di lavoro retribuito prima dell'inizio del lavoro».

⁽¹²⁾ Parla di “rapporti sotto soglia” A. TURSI, *op. cit.*, per i quali «si determina una disapplicazione non selettiva (non limitata, cioè, a tutto quanto sia direttamente connesso al suddetto elemento temporale), bensì integrale, del decreto [l'A. prosegue] Per questa stessa ragione, l'esclusione dell'applicazione del decreto non opera - il decreto, cioè, si applica - quando non vi sia alcunché da rendere prevedibile mediante informazione, non essendo garantita una quantità minima di lavoro all'inizio del rapporto».

periodo di riferimento di quattro settimane consecutive. Il calcolo di tali ore dovrebbe comprendere tutto il tempo effettivamente lavorato per un datore di lavoro, come il lavoro straordinario o il lavoro prestato in aggiunta alle ore garantite o previste nel contratto di lavoro o nel rapporto di lavoro. Superata tale soglia, le disposizioni della presente direttiva si applicano al lavoratore, indipendentemente dal numero di ore di lavoro successivamente lavorate o dal numero di ore di lavoro indicate nel contratto di lavoro».

Ciò sotto il profilo della durata esigua del rapporto mentre per quanto riguarda l'aspetto della prevedibilità il Considerando n. 12 conferma l'applicazione della disciplina ai lavoratori che non hanno una quantità garantita di lavoro, compresi quelli con contratti a zero ore e alcuni contratti a chiamata [che] si trovano in una situazione di particolare vulnerabilità. Pertanto, a tali lavoratori dovrebbero applicarsi le disposizioni della presente direttiva, qualunque sia il numero di ore da essi effettivamente lavorate.

Ciò posto in merito all'egida applicativa delle disposizioni che si andranno ad esaminare, diciamo subito che, da un punto di vista generale, «il decreto è stato trasposto mediante una norma ricca di precetti ma, a ben vedere, parziale ed incompleta, poiché il decreto si limita a riproporre nell'ordinamento interno il testo definito in sede europea, senza far luogo a nessun riferimento alle disposizioni già da tempo in vigore (in materia di patto di prova, di organizzazione del tempo di lavoro, di disciplina del lavoro part time)»⁽¹³⁾.

Nello specifico tema degli obblighi informativi posti a carico del datore in materia di programmazione e previsione della prestazione lavorativa il legislatore pare aver mantenuto un passivo atteggiamento di mero compilatore, come emerge in prima battuta dalla norma in materia definitoria.

Infatti, se l'art. 2 della direttiva definisce la «programmazione del lavoro» come «la programmazione che determina in quali giorni e ore inizia e termina la prestazione di lavoro»; le «ore e giorni di riferimento» «le fasce orarie di giorni specificati durante le quali può essere svolto lavoro su richiesta del datore di lavoro» e la «organizzazione del lavoro» «la forma di organizzazione dell'orario di lavoro e la sua ripartizione conformemente a una determinata organizzazione stabilita dal datore di lavoro», il legislatore interno, all'art. 2 replica che per «programmazione del lavoro» si intende «la programmazione che determina in quali giorni e ore inizia e termina la prestazione di lavoro», ribadisce che le «ore e giorni di riferimento» sono «le fasce orarie di giorni specificati durante le quali può essere svolto *il* lavoro su richiesta del datore di lavoro»

⁽¹³⁾ Lo rileva V. FERRANTE, *Gli obblighi informativi riducono la competitività?*, in *Contratti di lavoro: i nuovi obblighi di trasparenza 2022*, Speciali Ipsa, su www.ipsoa.it, aggiungendo come «un'opera di adattamento sarebbe stata senz'altro necessaria, ove solo si pensi che lo strumento adottato (la direttiva) non vuole affatto introdurre una disciplina unica e comune a tutti gli Stati europei (come è proprio del "regolamento"), ma solamente mira ad una armonizzazione di discipline che possono restare, per il resto, diverse in ogni singolo paese. Il legislatore (come tante altre volte in passato) sembra aver frainteso il suo ruolo, che era quello di passare in rassegna la legislazione esistente intervenendo su punti specifici, là dove questi si presentavano in contrapposizione con la direttiva 1152 (per es. in materia di part time o di lavoro "a chiamata"): tale omissione ha lasciato all'interprete l'incerta (e dura) fatica di coordinare il nuovo testo con l'esistente, formulando indicazioni operative ai tanti soggetti che operano nel sistema delle relazioni industriali (imprese, sindacati, consulenti del lavoro, avvocati, magistrati)».

(il corsivo è l'aggiunta rispetto alla definizione della direttiva) e ripete che la «organizzazione del lavoro» è la «forma di organizzazione dell'orario di lavoro e la sua ripartizione conformemente a una determinata organizzazione stabilita dal datore di lavoro». Si pensi ad un'impresa metalmeccanica nella quale la “programmazione del lavoro” è articolata su 3 turni giornalieri di 8 ore ciascuno che si alternano dalle ore 7.00 alle ore 15.00, dalle ore 15.00 alle ore 23.00 e dalle ore 23.00 alle ore 7.00 (queste sono le “fasce orarie” e le “ore e giorni di riferimento”) spalmati sui 7 giorni della settimana, quindi dal lunedì alla domenica così coprendo una organizzazione dell'orario di lavoro h. 24.

Bene, quello che manca, nella prospettiva di rafforzare il livello di tutela del lavoratore in merito al tempo da dedicare al lavoro, è la posizione del problema della collocazione temporale della giornata lavorativa, che vedremo essere particolarmente accentuato nelle ipotesi in cui l'organizzazione del lavoro sia difficilmente prevedibile *ex ante* al momento dell'assunzione. La rumorosa esclusione di tale questione è evidente e se la definizione ha in sé il pregio di chiarire il perimetro di applicazione della disciplina, lascia perplessi il fatto che la «programmazione del lavoro» possa essere limitata all'orario di inizio e fine turno, quando è a tutti noto che la flessibilità organizzativa (o, *mutatis mutandis*, il potere di modificare il debito di lavoro del dipendente da un punto ad un altro delle 24 h) costituisce una delle manifestazioni delle facoltà imprenditoriali. Ma forse questo tema era escluso del tutto dalle mappe di bordo dell'intervento europeo - il che non vuol dire che l'ordinamento interno non poteva cogliere l'occasione della trasposizione della direttiva per intervenire sul punto migliorando il livello di protezione dei lavoratori - ed il legislatore ben si è guardato dal mettere mano su punti sui quali non fosse stato sollecitato. L'esame, infatti, della disciplina di dettaglio ci confermerà che il problema della programmazione e prevedibilità della collocazione oraria del lavoro non doveva essere oggetto di protezione nemmeno in termini di *forma* oltretutto di *sostanza*, lasciando in materia immutato il quadro regolativo, e quindi *non programmabile né prevedibile* il tempo di non lavoro, e non scalfito *in parte qua* il dilatato potere organizzativo del datore della prestazione.

3. Gli obblighi informativi se l'organizzazione del lavoro è prevedibile

Nella previsione degli obblighi di informazione gravanti in capo al datore di lavoro in merito alla programmazione della prestazione, la direttiva - e quindi il d.lgs. n. 104/2022 - differenziano l'ipotesi in cui l'impresa abbia una organizzazione del lavoro prevedibile da quella nella quale vi siano elementi di imprevedibilità ⁽¹⁴⁾.

L'art. 4 della direttiva, al § 2, nel sostanziare gli obblighi informativi stabilisce che (lett. l) «se l'organizzazione del lavoro è interamente o in gran parte prevedibile», il datore di lavoro deve comunicare «la durata normale della giornata o della settimana di lavoro

⁽¹⁴⁾ Con la precisazione che «rientrano nella definizione del lavoro prevedibile anche le ipotesi di lavoro a turni e di lavoro multi-periodale: in tali casi sarà sufficiente indicare che il lavoratore viene inserito in detta articolazione oraria e rendere note le modalità con cui allo stesso saranno fornite informazioni in materia. Del pari, rientra nella nozione di lavoro prevedibile anche l'orario di lavoro discontinuo, che si riferisce ad attività che non richiedono un impegno continuativo di lavoro (ad esempio nel caso di portieri, custodi, guardiani, fattorini, ecc.): così circ. Min. Lav. n. 19 del 20.9.2022.

del lavoratore nonché eventuali condizioni relative al lavoro straordinario e alla sua retribuzione e, se del caso, eventuali condizioni relative ai cambi di turno».

Nel recepire *in parte qua* la direttiva, il legislatore interno con l'art. 4 d.lgs. n. 104/2022 ha apportato alcune modifiche al d.lgs. n. 152/1997 e, in particolare, la sostituzione dell'art. 1 che, sotto la nuova rubrica "Informazioni sul rapporto di lavoro", oggi stabilisce che (co. 1) «Il datore di lavoro pubblico e privato è tenuto a comunicare al lavoratore, secondo le modalità di cui al comma 2, le seguenti informazioni:

o) la programmazione dell'orario normale di lavoro e le eventuali condizioni relative al lavoro straordinario e alla sua retribuzione, nonché le eventuali condizioni per i cambiamenti di turno, se il contratto di lavoro prevede un'organizzazione dell'orario di lavoro in tutto o in gran parte prevedibile»⁽¹⁵⁾.

In più, rispetto al testo di fonte europea, non vi sono obblighi aggiuntivi se non una diversa formulazione linguistica perché «la durata normale della giornata o della settimana di lavoro» diventa «l'orario normale di lavoro» ma in entrambi i casi il riferimento è alla comunicazione di quando inizia e quando finisce l'orario di lavoro nei giorni della settimana nei quali è prevista la prestazione di lavoro. L'informazione poi deve prevedere le ipotesi che determinano l'insorgenza dell'obbligo di prestare lavoro straordinario oltre ovviamente al relativo trattamento retributivo maggiorato nonché l'indicazione delle motivazioni che determinano il cambiamento del turno di lavoro.

Riprendendo l'organizzazione del lavoro di quell'impresa metalmeccanica che lavora h. 24, «in tutto o in gran parte prevedibile», il datore di lavoro sarà tenuto a mettere per iscritto quanti e quali sono i turni all'interno dei quali può essere inserito il dipendente (che indirettamente saprà a che ora inizierà e finirà la prestazione di lavoro in ognuno dei tre turni) all'interno della settimana lavorativa. Sarà poi assolto l'obbligo informativo con il richiamo alle condizioni ed ai limiti che il CCNL prevede per l'effettuazione di lavoro straordinario, con il conseguente trattamento retributivo, ed alla previsione delle ipotesi che consentono il cambio turno⁽¹⁶⁾.

⁽¹⁵⁾ Rientra ovviamente in tale categoria anche l'impresa che si preoccupi di gestire la «piccola eventuale parte di imprevedibilità dell'organizzazione dell'orario di lavoro». Sul punto la giurisprudenza è intervenuta: «Nel caso in cui, per l'organizzazione e le esigenze aziendali (e, segnatamente, per compensare improvvise assenze), sussista la necessità di costituire una riserva di dipendenti che, in turnazione di disponibilità, svolgano la prestazione in orari non rigidamente predeterminati, la precostituzione da parte del datore di lavoro di un criterio di turnazione avente natura oggettiva generale e astratta (come può essere il criterio dell'anzianità di servizio) – peraltro, desunto da un accordo sindacale aziendale – non è viziata da arbitrarietà e, dunque, non viola gli obblighi di correttezza e buona fede nell'esecuzione del rapporto lavorativo» (Cass. 28 maggio 2008 n. 13697, in *RIDL*, 2009, II, p. 347 ss., con nota di F.M. Putaturo Donati, *Sulla 'turnazione in disponibilità' e sulla precostituzione dei relativi criteri di riparto*).

⁽¹⁶⁾ A tal proposito la circ. Min. Lav. cit. precisa che «l'obbligo informativo non è assolto con l'astratto richiamo delle norme di legge che regolano gli istituti oggetto dell'informativa, bensì attraverso la comunicazione di come tali istituti, nel concreto, si atteggiavano, nei limiti consentiti dalla legge, nel rapporto tra le parti, anche attraverso il richiamo della contrattazione collettiva applicabile al contratto di lavoro». Aggiunge il Dicastero che «le informazioni debbano riguardare, più che la generale disciplina legale, soprattutto i riferimenti al contratto collettivo nazionale e agli eventuali accordi aziendali che regolano il tema dell'orario nel luogo di lavoro. Nello specifico, le informazioni devono essere incentrate sulla concreta articolazione dell'orario di lavoro applicata al dipendente, sulle condizioni dei cambiamenti di turno, sulle modalità e sui limiti di espletamento del lavoro straordinario e sulla relativa retribuzione».

Trattasi quindi di obblighi informativi essenziali pensati per un'organizzazione pressoché statica, ma nelle ipotesi nelle quali l'azienda decidesse di modificare la collocazione temporale dei vari turni, magari posticipando ovvero anticipando l'inizio (e quindi anche la fine) degli stessi *quid iuris?* La *ratio* dell'intervento normativo - le finalità proprie della direttiva - imporrebbe in via interpretativa la necessità di modificare e quindi integrare l'informativa scritta al dipendente ⁽¹⁷⁾ ma senza che possa postularsi «alcuna necessità di edurre il medesimo circa una specifica allocazione temporale (dalle/alle) delle 8 ore giornaliere ovvero 40 (o meno) settimanali di lavoro» ⁽¹⁸⁾. Nessuna indicazione di alcun tipo viene poi prevista in merito al preavviso da comunicare prima dell'inizio della prestazione di lavoro.

Posto che la prevedibilità della organizzazione oraria non è detto che si traduca in un programma di turni che il datore ha l'obbligo di comunicare mensilmente né tantomeno settimanalmente al dipendente, vi è un preavviso minimo da rispettare nel comunicare al lavoratore che il giorno successivo la sua prestazione sarà collocata nel terzo anziché nel secondo turno? ⁽¹⁹⁾ Anche su questo aspetto la direttiva ed il decreto tacciono. E lo stesso dicasi in merito al cambio turno. In disparte l'ipotesi (comunque non regolata e quindi lasciata nel dubbio interpretativo) che, posta la fungibilità dei dipendenti programmati sui vari turni, i lavoratori possano “scambiarsi” i turni, non v'è la previsione di alcun preavviso minimo rispetto alla facoltà datoriale di collocare il dipendente in un diverso turno rispetto a quello programmato.

Si ripete, è vero che la direttiva ha l'obiettivo di rendere conoscibili e trasparenti le condizioni di lavoro esistenti e predisposte dal datore, ma nulla vietava di intervenire sulle stesse con previsioni che innalzassero il livello di tutela dei lavoratori.

⁽¹⁷⁾ Di diverso avviso è la posizione della circ. min. cit., nella parte in cui si legge che nel «caso di variazioni dell'orario di lavoro successivamente intervenute, l'informativa si rende necessaria solo in presenza di modifiche che incidono sull'orario di lavoro in via strutturale o per un arco temporale significativo». Sul punto v. G. PROIA, *Trasparenza*, cit., p. 648.

⁽¹⁸⁾ F. AVANZI, *L'orario di lavoro nel “decreto trasparenza”, fra prerogative datoriali e diritti dei lavoratori*, in *Bollettino ADAPT* 27 settembre 2022, n. 32, il quale aggiunge: «il legislatore dell'Unione sembra intenzionato ad agire maggiormente sul profilo quantitativo del tempo professionale, lasciando pressoché intatto il già citato potere datoriale di assegnazione ovvero di ripartizione della prestazione lavorativa».

⁽¹⁹⁾ Non dimentichiamo che nel concorrere a formare la disciplina in materia di orario di lavoro non v'è solo l'ordinamento UE ed il legislatore interno ma anche la giurisprudenza, che in proposito ha affermato come sia «illegittima la comunicazione dei turni di lavoro con un preavviso inferiore alle quarantotto ore, in quanto lesiva della dignità dei lavoratori, che non possono ragionevolmente programmare il proprio tempo libero. Tale modalità è pertanto produttiva di un danno non patrimoniale alla vita di relazione (cd. danno esistenziale), che deve essere risarcito» (App. Torino 12 aprile 2017 in *RGL*, 2018, II, p. 45 ss., con nota di M. RUSSO, *Mancato preavviso nella comunicazione dei turni di lavoro e danno esistenziale*). Inoltre, è giustificato – e non può pertanto essere sanzionato sul piano disciplinare – il rifiuto da parte del lavoratore di svolgere lavoro di sabato quando tale collocazione temporale del lavoro sia subordinata dal contratto collettivo a una procedura di controllo sindacale preventivo, che nel caso specifico non sia stata esperita (Cass. 21 febbraio 2007 n. 4011, in *RIDL* 2007, II, p. 877 ss. con nota di F.M. PUTATURO DONATI, *Lavoro supplementare di sabato: inderogabilità del contratto collettivo e legittimità del rifiuto di rendere la prestazione indebitamente richiesta*).

4. Gli obblighi informativi se l'organizzazione del lavoro è imprevedibile

Se le informazioni da fornire nell'ambito di una organizzazione dall'orario prevedibile servono per rendere edotto il dipendente della pianificazione del suo impegno lavorativo, quelle da comunicare quando l'organizzazione produttiva è per sua natura (*recitius*: per scelta imprenditoriale) imprevedibile tendono ad assolvere maggiormente alla funzione di delimitare l'area della soggezione del lavoratore al potere direttivo del datore. Sul punto, infatti, nella legislazione ordinaria non vi sono norme a tutela della posizione soggettiva del prestatore di lavoro, ed in mancanza di una normativa al riguardo, il punto di equilibrio fra le esigenze di flessibilità organizzativa dell'impresa e quelle dei lavoratori di poter programmare e gestire il tempo di non lavoro è stato ricercato dalla giurisprudenza, che ha avuto modo di precisare come il «potere del datore di lavoro di modificare unilateralmente l'orario di lavoro non è assoluto, ma trova un limite nei diritti e nei principi dell'ordinamento giuridico, quali tra gli altri il diritto al riposo, il diritto alla salute ed il principio di ragionevolezza»⁽²⁰⁾.

Non si può infatti negare che le «esigenze di programmabilità del tempo libero, ravvisate espressamente dal legislatore nell'ambito del rapporto di lavoro part-time, sussistono, pur se in maniera meno pressante, anche nel contratto di lavoro a tempo pieno»⁽²¹⁾ ma – mancando una disciplina limitativa di fonte legale e contrattuale⁽²²⁾ – occorre dar conto di una certa posizione giurisprudenziale che non si limita a sottolineare come «il datore di lavoro ha il potere di modificare unilateralmente l'orario di lavoro in quanto ciò fa parte del suo potere di organizzazione dell'attività lavorativa», arrivando a negare nei rapporti full-time «il diritto del lavoratore di usare come crede il tempo libero, esigenza questa che ovviamente è assente nei contratti di lavoro

⁽²⁰⁾ Trib. Lodi 22 novembre 2002, in *DeS*, 2003, p. 125, con nota di G. PAGANUZZI, «Collocazione dell'orario di lavoro nel full-time: esistenza e limiti dello ius variandi del datore di lavoro».

In passato era stato anche affermato che qualora «il CCNL applicato preveda che gli orari di lavoro debbano essere fissati dal datore di lavoro armonizzando le istanze del personale con le esigenze dell'azienda e sia configurabile in capo alla lavoratrice un interesse apprezzabile (e, comunque, prevalente su quello del datore di lavoro) al mantenimento di un determinato orario di lavoro in considerazione di particolari esigenze familiari, deve ritenersi illegittima la decisione del datore di lavoro di assegnare alla lavoratrice un nuovo orario di lavoro che non le consenta di far fronte a tali esigenze familiari» (Pret. Milano 20 gennaio 1995, *ivi*, 1995, p. 618) e che la «determinazione dell'orario di lavoro spetta al datore, in funzione delle esigenze produttive; è pertanto illegittimo un mutamento dell'orario di lavoro che, tenuto conto delle dette esigenze, risulti irragionevole e sia in contrasto con l'esecuzione del contratto secondo correttezza e buona fede; in tal caso deve ordinarsi il ripristino del precedente orario di lavoro» (Pret. Milano 29 novembre 1994, *ivi*, 1995, p. 378).

⁽²¹⁾ Cass. 23 maggio 2008 n. 12692, in *RIDL*, 2008, II, p. 825 ss. con nota di G. BOLEGO, *Sul potere del datore di lavoro di variare la collocazione dell'orario nel full-time*. «Pertanto, l'art. 10 della l. 14 febbraio 1958, n. 138, che impone alle aziende esercenti autoservizi pubblici di linea extraurbani di affiggere i turni di servizio negli uffici, nelle autostazioni, nei depositi e nelle officine in modo che il personale ne possa prendere conoscenza, essendo rivolto a consentire ai lavoratori una ragionevole programmazione del proprio tempo in relazione agli impegni lavorativi, non deve essere interpretato nel senso che l'affissione possa avvenire a ridosso dell'inizio della prestazione lavorativa».

⁽²²⁾ A. ALLAMPRESE, *Organizzazione dei tempi di lavoro e contrattazione collettiva. I contratti collettivi nazionali di categoria*, in B. VENEZIANI, V. BAVARO (a cura di), *Le dimensioni giuridiche dei tempi del lavoro*, Cacucci, Bari, 2009, p. 139 ss.

a tempo pieno, nel quale il tempo libero è quantitativamente assai minore ed è pertanto esclusivamente finalizzato al recupero delle energie psicofisiche»⁽²³⁾.

Beninteso, alcun limite espresso rispetto al potere datoriale di determinare dal punto di vista temporale la prestazione di lavoro né alcuna prerogativa soggettiva del lavoratore a potersi imporre - men che meno a concorrere - nella indicazione degli orari da rispettare, potendosi al più enucleare in via interpretativa una inevitabile limitazione derivante dalla presenza di altri diritti da contemperare in un bilanciamento equilibrato che però può essere oggetto di verifica solo a valle. A monte, se non vi sono limiti negoziali sostanziali e/o procedurali, previsti per esempio dalla contrattazione collettiva, il datore si trova in una delle massime espressioni di esercizio del suo potere direttivo in quanto creditore della prestazione.

È quindi in questo contesto di difficili equilibri tra poteri e diritti che si inserisce la novità normativa, intervenendo a prevedere dei diritti di prevedibilità minima a favore dei lavoratori impiegati in organizzazioni del lavoro dall'orario imprevedibile «in tutto o in gran parte», che trovano applicazione, a mente dell'art. 9 co. 6 d.lgs. n. 104/2022 anche «al committente nell'ambito dei rapporti di lavoro di cui all'articolo 409, n. 3, del codice di procedura civile e di cui all'articolo 2, co. 1, del decreto legislativo 15 giugno 2015, n. 81» essendo esclusi dall'egida applicativa solo «i lavoratori marittimi e ai lavoratori del settore della pesca» (art. 9 co. 5 d.lgs. n. 104/2022).

4.1. I diritti di prevedibilità minima

Per le imprese dall'organizzazione oraria del lavoro imprevedibile non si statuiscano solo obblighi informativi, dal momento che l'ordinamento oggi interviene ad imporre delle condizioni minime solo alla presenza delle quali il datore di lavoro ha il diritto di esigere l'esecuzione della prestazione di lavoro che si caratterizza in termini di imprevedibilità perché, per converso, in mancanza dell'assolvimento di due precise comunicazioni obbligatorie, viene paralizzato il potere creditorio del datore.

Come stabilisce l'art. 9 co. 1 d.lgs. in commento (sotto la rubrica “prevedibilità minima del lavoro”, la stessa dell'art. 10 direttiva), è infatti necessario che nei rapporti in cui «l'organizzazione del lavoro sia interamente o in gran parte imprevedibile» l'impresa comunichi - oltre al fatto organizzativo in sé, vale a dire “la variabilità della programmazione del lavoro” - i seguenti elementi essenziali (elencati nell'art. 1 co. 1 lett. p) d.lgs. n. 152/1997 novellato):

«l'ammontare minimo delle ore retribuite garantite e la retribuzione per il lavoro prestato in aggiunta alle ore garantite»⁽²⁴⁾;

⁽²³⁾ Trib. Milano 22 agosto 2005, in *LG*, 2006, p. 7: «I limiti del datore di lavoro di modificare l'orario lavorativo riguardano, infatti, esclusivamente i contratti a tempo parziale nei quali vi è l'esigenza imprescindibile di salvaguardare il diritto del lavoratore di usare come crede il tempo libero, esigenza questa che ovviamente è assente nei contratti di lavoro a tempo pieno, nel quale il tempo libero è quantitativamente assai minore ed è pertanto esclusivamente finalizzato al recupero delle energie psicofisiche». Sul tema, F. BANO, “Tempo scelto” e diritto del lavoro: definizioni e problema, in B. VENEZIANI, V. BAVARO, *op. cit.*, spec. p. 250 s., anche per ulteriori riferimenti giurisprudenziali.

⁽²⁴⁾ La disposizione va completata con il co. 3 dell'art. 9 che precisa ulteriormente l'obbligo informativo: va comunicato (a) il «numero delle ore minime retribuite garantite su base settimanale, nella misura indicata dai contratti collettivi, anche aziendali, stipulati dalle organizzazioni sindacali e

«le ore e i giorni di riferimento in cui il lavoratore è tenuto a svolgere le prestazioni lavorative»;

«il periodo minimo di preavviso a cui il lavoratore ha diritto prima dell'inizio della prestazione lavorativa e, ove ciò sia consentito dalla tipologia contrattuale in uso e sia stato pattuito, il termine entro cui il datore di lavoro può annullare l'incarico».

Queste sono le informazioni minimali che il datore deve fornire al dipendente ed anche il committente al collaboratore etero-organizzato: il debitore della prestazione di lavoro deve poter conoscere perlomeno le ore di lavoro che dovrà assicurare, le ore dei giorni della settimana in cui potrà essere chiamato a lavorare ed il preavviso prima di iniziare la sua attività. Se sul monte ore garantito ed il trattamento retributivo fisso e variabile c'è poco da aggiungere, meritano una breve riflessione gli altri due dati, dal momento la comunicazione dei giorni e delle ore nelle quali può essere effettuata la prestazione non potrà essere ovviamente assolta indicando gran parte delle 24 ore di tutti i giorni della settimana. In siffatto modo la comunicazione verrebbe assolta solo formalmente e del tutto inutile risulterebbe al fine di ridurre la dilatazione della disponibilità temporale del prestatore di lavoro ⁽²⁵⁾, prestandosi viceversa a finalità elusive. Peraltro, una volta che le comunicazioni siano avvenute, «l'eventuale incompatibilità di impegni, che nasca da una richiesta del datore di lavoro che si collochi al di fuori di quanto programmato e oggetto delle informazioni, legittima il lavoratore, se lo ritiene, a sottrarsi alla prestazione per mantenere l'impegno secondario, senza che ciò costituisca inadempimento sanzionabile» ⁽²⁶⁾. Sotto questo aspetto, fissate in via eteronoma ore e giorni di riferimento del tempo di lavoro, ciò che il datore di lavoro non si prende delle 24 h della settimana resta appannaggio del tempo che il prestatore può legittimamente decidere di destinare ad altro.

Allo stesso modo, in mancanza di indicazioni temporali eteronome e quindi poiché sarà il datore di lavoro ad autolimitare il termine entro il quale comunicare l'inizio della prestazione essendo sufficiente che lo metta per iscritto, la *ratio* della novella non può che suggerire di considerare pretestuosi termini di preavviso indicati *ad horas* solo al fine di assolvere al formale obbligo di comunicazione. Salvo poi divieti contrattuali, rientra ovviamente nel potere direttivo del datore annullare una disposizione di lavoro magari sospendendo una prestazione che rientrava nell'ambito di una programmazione organizzativa già comunicata: anche in siffatti casi, se si vuol dare un senso normativo alla modifica legislativa ed in mancanza di altre indicazioni, poiché nell'ambito del rapporto di lavoro subordinato è sempre ammessa la revoca di un ordine di

datoriali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale» e (b) «le maggiorazioni retributive, in misura percentuale rispetto alla retribuzione oraria base, spettanti per le ore lavorate in aggiunta alle ore minime retribuite garantite».

⁽²⁵⁾ Cfr. F. SCARPELLI, *op. cit.*

⁽²⁶⁾ «Per fare un esempio, se in sede di informazioni il datore di lavoro abbia escluso la prestazione di lavoro domenicale, il dipendente che abbia assunto un impegno parallelo, ad es. come allenatore di una squadra sportiva, potrà legittimamente sottrarsi alla richiesta di partecipare a un evento fieristico imprevisto e collocato in un fine settimana» (così F. SCARPELLI, *op. cit.*, che solleva una serie di interrogativi in proposito: «ad esempio dovrà valutarsi la correttezza della condotta di un datore di lavoro o committente che, per lasciarsi la maggiore flessibilità organizzativa possibile, fornisca indicazioni temporali talmente ampie da non consentire di fatto l'assunzione di impegni alternativi; ancora dovrà valutarsi come possa rilevare, a fronte di modifiche dei modelli organizzativi e produttivi che conducano a nuove e diverse informazioni, la sopraggiunta incompatibilità con un'altra attività nel frattempo assunta dal lavoratore tenendo conto delle precedenti informazioni ricevute»).

servizio, il termine di preavviso dovrà essere valutato in termini di ragionevolezza (lo si desume anche argomentando dal successivo co. 4 dello stesso art. 9, su cui v. *infra*) ed alla luce dei noti canoni di buona fede e correttezza.

Se la prestazione richiesta rientra nelle ore e giorni predeterminati oggetto di comunicazione ed è rispettato il termine di preavviso per l'inizio dell'attività lavorativa, il lavoratore è obbligato ad adempiere. Viceversa, «il datore di lavoro non può imporre al lavoratore di svolgere l'attività lavorativa» (art. 9 co. 1 d.lgs. n. 104/2022) perché il legislatore tipizza una specifica eccezione di inadempimento inquadabile nei termini dell'art. 1460 c.c. (27). Il co. 2 infatti afferma che il «lavoratore, in carenza di una o entrambe le condizioni di cui al comma 1, ha il diritto di rifiutare di assumere un incarico di lavoro o di rendere la prestazione, senza subire alcun pregiudizio anche di natura disciplinare» (28).

Completa il quadro dei diritti di prevedibilità minima la disposizione contenuta nel co. 4 dello stesso art. 9 d.lgs. n. 104/2022, che va a sanzionare la revoca dell'incarico assegnato ovvero della prestazione programmata senza il rispetto del termine di preavviso "ragionevole" fissato in sede di comunicazioni informative. In siffatti casi si prevede che spetta «al lavoratore la retribuzione inizialmente prevista per la prestazione pattuita dal contratto collettivo, ove applicabile o, in mancanza, una somma a titolo di compensazione per la mancata esecuzione dell'attività lavorativa, la cui misura non può essere in ogni caso inferiore al 50 per cento del compenso inizialmente pattuito per la prestazione annullata». La disposizione merita qualche approfondimento, non tanto sotto il profilo della fattispecie - trattandosi di una ipotesi di *mora del creditore* che viene tipizzata anche in ordine alla permanenza del debito derivante dal rischio del rifiuto della prestazione, che appunto grava sul datore - quanto in merito alle conseguenze economiche. Il legislatore infatti afferma che, anche se revocata e quindi non eseguita, la prestazione è come se fosse stata svolta facendo permanere il diritto al

(27) Non sono tante le norme di questo tenore, che nel nostro ordinamento attribuiscono un vero e proprio diritto di rifiutarsi di lavorare. Una la ritroviamo nell'art. 44 d.lgs. n. 81/2008: «Il lavoratore che, in caso di pericolo grave, immediato e che non può essere evitato, si allontana dal posto di lavoro o da una zona pericolosa, non può subire pregiudizio alcuno e deve essere protetto da qualsiasi conseguenza dannosa» (co. 1), aggiungendo al co. 2 che se si trova «nell'impossibilità di contattare il competente superiore gerarchico» e «prende misure per evitare le conseguenze di tale pericolo, non può subire pregiudizio per tale azione, a meno che non abbia commesso una grave negligenza». Per il resto è l'elaborazione giurisprudenziale ad aver configurato tali prerogative, come per il caso del rifiuto di lavorare in giorni ricadenti nelle festività infrasettimanali (su cui v. però da ultimo Cass. 25 ottobre 2021 n. 29907, in *LG*, 2022, p. 1058 ss., con nota di M. TUROLDO, *Quando il rinvio al contratto collettivo esclude il diritto al riposo nelle festività infrasettimanali*) e con i noti problemi applicativi che si ritrovano in tema di mansioni, orario di lavoro e tutela della salute e sicurezza dei lavoratori: rinvio sul punto al mio *Cosa ci insegna la pandemia: tutela della salute del lavoratore e sospensione della prestazione insicura*, ivi, 2023, in corso di pubblicazione.

(28) Prescindendo dai problemi di qualificazione della tipologia del rapporto di lavoro, la disposizione sul diritto al rifiuto della prestazione di lavoro «si applica solo nei casi in cui vi è l'obbligo, per il lavoratore, di rispondere alla chiamata del datore di lavoro. Non dovrebbe dunque riguardare il lavoro tramite piattaforme in cui, di regola, il lavoratore può decidere di connettersi o meno e, una volta connesso, di svolgere o meno la prestazione richiesta. In tali casi, non essendo previsto alcun obbligo di risposta alla chiamata, il lavoratore non dovrebbe subire alcuna conseguenza negativa per il suo rifiuto di svolgere la prestazione richiesta. A tal fine, è essenziale che i criteri mediante cui è data ai lavoratori la possibilità di scegliere i turni di lavoro e sono assegnate le richieste pervenute alla piattaforma siano noti ai lavoratori» (S. BORELLI, G. ORLANDINI, *op. cit.*, § 8).

relativo trattamento retributivo. Il problema è l'interpretazione delle parole "in mancanza", che fanno scattare un'altra conseguenza, più mite per il datore che non ha rispettato il termine di preavviso ragionevole, che può arrivare a dimezzarsi. Non si ritiene che il legislatore delegato abbia voluto prevedere che "in mancanza" di applicazione del contratto collettivo trova applicazione la sanzione ridotta (nella sintassi della disposizione il riferimento non è al contratto collettivo, e peraltro il parametro retributivo prescinde dall'effettiva volontà di applicare la contrattazione collettiva). Forse, molto più pragmaticamente, l'alternativa fra il trattamento retributivo pieno per la prestazione annullata dall'ordine di servizio comunicato senza il rispetto dei termini di preavviso fissati e la compensazione equivalente in misura non inferiore al 50% dello stipendio è stata affidata alla contrattazione, senza escludere quella individuale, che nella valutazione del contesto produttivo ed aziendale può essere abilitata a calibrare le conseguenze di simili eventualità nella forbice eteronomamente fissata tra un minimo ed un massimo ⁽²⁹⁾.

5. Se il riequilibrio dell'asimmetria informativa incida sulla protezione della persona del lavoratore

Si sa che nella «relazione di lavoro, la condivisione di informazioni dal datore ai lavoratori rappresenta il primo, fondamentale tassello per il riequilibrio delle asimmetrie, sia in fase di accesso, sia nello svolgimento del rapporto» ⁽³⁰⁾. Il d.lgs. in commento interviene sul punto, sulla base della considerazione che «per bilanciare le asimmetrie informative che penalizzano una larga parte delle persone che offrono il loro lavoro, anche tramite piattaforme online, il modo migliore è metterle nella condizione di conoscere in modo preciso i propri diritti» ⁽³¹⁾.

La nuova disciplina esaminata sicuramente innalza la sbarra delle tutele a favore del lavoratore, andando a limitare il potere datoriale che nella determinazione degli orari di lavoro nel tempo pieno era tendenzialmente senza argini, al fine di rendere meno imprevedibile e per quanto possibile programmabile il tempo di lavoro e quindi anche i tempi di non lavoro, quelli liberi dall'obbligo della prestazione e quindi suscettibili di essere dedicati ad altre attività. Tuttavia, se si eccettuano alcune previsioni minime - che però confermano la volontà dell'ordinamento dell'UE di porre regole di condotta e non solo vincoli (in)formativi - la tecnica di tutela resta quella del formalismo negoziale ⁽³²⁾ ed il legislatore è interessato a rendere edotto il dipendente delle stesse informazioni alle quali può accedere il datore di lavoro, anzi dallo stesso datore predisposte. In questo modo l'obiettivo è il riequilibrio dell'asimmetria informativa in materia di orario di lavoro quale strumento che possa ristabilire un rapporto di potere che quando ha ad oggetto la prestazione di lavoro vede subordinato il lavoratore.

⁽²⁹⁾ V. sul punto le riflessioni di G. PROIA, *Trasparenza*, cit., p. 652.

⁽³⁰⁾ A. ZILLI, *Decreto trasparenza: gli obblighi informativi ieri e oggi (intanto, è già domani)*, in www.giustiziacivile.it, 7.9.2022. Da ultimo, *amplius* sul tema, Ead., *La trasparenza nel lavoro subordinato. Principi e tecniche di tutela*, Pacini Giuridica, Milano, 2022.

⁽³¹⁾ L. VALENTE, *Il lavoro in Ue: trasparente e prevedibile*, in www.lavoce.info, 15.8.2022.

⁽³²⁾ M. D'ONGHIA, *La forma vincolata nel diritto del lavoro*, Giuffrè, Milano, 2005. V. però sul punto le precisazioni di A. TURSI, *op. cit.*, spec. parr. 1 e 2.

Sicuramente, sapere che il preavviso minimo per la chiamata al lavoro è di 24 h costituisce un'informazione che è meglio avere che non, oppure essere a conoscenza che la prestazione di lavoro potrà essere svolta tutti i giorni della settimana nei mesi dell'anno dalle ore 7.30 alle ore 22.00 è un dato che può essere utile apprendere così da evitare a monte il rischio di impegnarsi in un hobby che poi non possa essere praticato. Ma in siffatte ipotesi, la posizione di quel lavoratore sarebbe protetta in maniera più pregnante ove il legislatore avesse fatto la decisa scelta - che l'ordinamento non vietava, anzi la clausola di non regresso favoriva - di intervenire non (solo) sulla comunicazione delle informazioni ma (anche) sui contenuti delle tutele, andando magari ad imporre un periodo di preavviso minimo di 72 h oppure ad obbligare il datore a contenere la flessibilità oraria della prestazione per un periodo massimo, per esempio pari al doppio delle ore di lavoro contrattualmente convenute.

Si pensi al caso appena evocato, dove nella grande distribuzione gli orari di apertura dei centri commerciali impongono agli addetti una disponibilità 365 gg all'anno dalla mattina alla sera. Ecco, posto un orario di lavoro di 39 h settimanali, perché non prevedere che il datore può organizzare, programmare e collocare la prestazione del dipendente potendo giocare su 78 h. settimanali da comunicare all'atto dell'assunzione? Quella dipendente del megamarket avrebbe così saputo che non poteva prendere alcun impegno extralavorativo dalle 7.30 alle 22.00 dal lunedì al venerdì e dalle 7.30 alle 13.00 del sabato, ma da quel momento in poi avrebbe potuto godere di un tempo di libero sfruttabile secondo i propri *desiderata*, magari potendo iscriversi ad un determinato corso con incontri plurisettimanali sapendo che con una programmazione minima di tre giorni avrebbe potuto organizzare i propri interessi di cura e svago.

A proposito delle problematiche relative alla organizzazione degli orari nella grande distribuzione, l'ordinamento interno non ha colto l'occasione nemmeno per intervenire a disciplinare con una certa dose di chiarezza la problematica disciplina del lavoro nelle festività infrasettimanali che, ferma a scampoli di legislazione ultracinquantennale, viene di fatto regolata per singoli casi giudiziari dalla giurisprudenza, talvolta pronta a tutelare il baluardo del diritto di assentarsi durante le festività infrasettimanali e talaltra disponibile a superare il consenso individuale per ritenere sufficiente l'accordo sindacale cristallizzato nel contratto collettivo ⁽³³⁾. Forse indirettamente i diritti di prevedibilità minima potranno incidere nella difesa della prerogativa del lavoratore a rifiutare la prestazione nei giorni festivi ma è sufficiente la previsione del datore (purché formalmente comunicata nei modi di legge, s'intende) di ritenere suscettibile di programmazione l'attività lavorativa anche in siffatte giornate festive per mantenere intatta ed irrisolta la problematica.

Ovviamente, in siffatto modo l'intervento non si sarebbe limitato al riequilibrio della asimmetria informativa ma avrebbe inciso sul nucleo dei rapporti di forza fra le parti, e - come sappiamo - quanto più la disciplina eteronoma si muove nel limitare prerogative datoriali tanto più si va riducendo il potere dell'imprenditore creditore della

⁽³³⁾ Da ultimo v. M. TUROLDO, *op. cit.* Per una panoramica delle varie problematiche sul punto cfr. L. SCARANO, *Assolutezza e derogabilità del diritto di astenersi dal lavoro festivo* nota a Cass. 7.8.2015 n. 16592, in *RIDL*, 2016, II, p. 141 ss.; Id., *Il potere datoriale di esigere il lavoro domenicale e i limiti giurisprudenziali nella determinazione delle sanzioni* nota a Cass., 22.2.2016, n. 3416), *ivi*, 2016, p. 569 ss.; Id. *Addenda sulla derogabilità dell'astensione dal lavoro festivo* nota a Trib. Rovereto, 8.3.2016 n. 10, *ivi*, 2016, II, p. 848 ss.

prestazione. È dunque sempre e solo un problema di limiti alla flessibilità organizzativa del datore, che però a fronte delle esigenze ben rappresentate nelle ragioni della Direttiva possono costituire motivo per intervenire a protezione della persona del lavoratore.

Insomma, il problema della collocazione oraria del debito di lavoro da assolvere nella giornata ⁽³⁴⁾ che quanto più programmabile, prevedibile e determinato sia tanto più consente di organizzare i diversi tempi di vita è stato sostanzialmente eluso. Com'è noto, questo è un tema cruciale in materia di lavoro a tempo parziale, perché da oltre trent'anni l'esigenza di certezza e programmabilità della precisa individuazione della prestazione nell'arco della giornata lavorativa ha fatto da *pendant* per il rispetto dell'art. 36 Cost., «poiché soltanto essa rende legittimo che dal singolo rapporto il lavoratore possa ricevere una retribuzione inferiore a quella sufficiente ad assicurare a lui e alla sua famiglia un'esistenza libera e dignitosa» (C. cost. 11 maggio 1992, n. 210) così andando a limitare la disciplina delle clausole elastiche, flessibili ed il lavoro supplementare nell'ambito di una normativa accettabile.

Ma superando l'ottica meramente economica - che a mente della giurisprudenza esaminata non consente di trovare addentellati diversi dal principio della giusta retribuzione quale argine alla discrezionalità datoriale nella fissazione degli orari di lavoro - che sicuramente non è propria del testo repubblicano, forse può essere possibile ricercare norme e principi ulteriori in merito alla conciliazione fra il lavoro e le esigenze personali, di cura e familiari che siano tali da imporre una riflessione più matura sul punto, magari in grado di superare il piano di una tutela meramente formalistica e concentrata sul riequilibrio delle asimmetrie informative, capace di realizzare istanze di tutela anche in contrasto, e quindi da compatibilizzare, con le esigenze di flessibilità dell'organizzazione produttiva.

Peraltro, nel diritto dell'UE l'evoluzione della disciplina di protezione degli operatori del mercato comune (lavoratori, consumatori, imprese) ha ormai interiorizzato che non è più sufficiente per correggere lo squilibrio negoziale, agire sulle sole asimmetrie informative, lasciando impregiudicati i termini dell'accordo, e l'intervento non è più limitato sulle premesse del contratto (la cd. "regola di informazione") orientandosi ad imporre un determinato assetto del regolamento negoziale ("regola di contenuto"). Costituisce un dato condiviso la consapevolezza che la causa dello squilibrio negoziale non è più ricondotta alla sola asimmetria cognitiva essendo determinata anche per l'asimmetria delle condizioni sociali e la disuguaglianza strutturale degli operatori economici, variabili causate dalla presenza di soggetti che sfruttano posizioni di potere che innervano il mercato ⁽³⁵⁾.

Insomma, non mancano le basi giuridiche interne ed euro-unitarie per legittimare misure più incisive a protezione della posizione del lavoratore, che nell'occasione potevano essere meglio sfruttate.

⁽³⁴⁾ Sulla importanza cruciale della problematica F. SCARPELLI, *op. cit.* V. *amplius* G. CALVELLINI, *La nuova disciplina sulla prevedibilità minima del lavoro: valori ispiratori, dubbi interpretativi e punti di frizione con la Direttiva*, in www.giustiziacivile.it, 2.11.2022 e *adde* F. AVANZI, *op. cit.*

⁽³⁵⁾ L. SCARANO, *Poteri, interessi e tecniche nella regolazione del mercato. Preliminari sulla giustizia nel contratto di lavoro*, in *DLRI*, 2011, p. 581 ss., anche per ulteriori riferimenti giurisprudenziali.

**Gli obblighi informativi in caso di
sistemi decisionali o di monitoraggio automatizzati
(art. 4, co. 1, lett. a, d.lgs. n. 104/2022)
(art. 1, co. 1, lett. s, e art. 1-bis, d.lgs. n. 152/1997,
inserito dall'art. 4, co. 1, lett. b, d.lgs. n. 104/2022)**

di Enrico Claudio Schiavone

Abstract– L'art. 1-*bis* («ulteriori obblighi informativi nel caso di utilizzo di sistemi decisionali o di monitoraggio automatizzati») del d.lgs. n. 152/1997, introdotto dall'art. 4 del d.lgs. n. 104/2022 (Decreto Trasparenza) disciplina ulteriori e specifici obblighi informativi in capo a datore di lavoro e committente nel caso di utilizzo di sistemi decisionali o di monitoraggio automatizzati. La normativa prende spunto da analoga disposizione della proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio COM (2021)762 *final* 2021/0414(COD), in tema di «miglioramento delle condizioni di lavoro nel lavoro mediante piattaforme digitali». Per l'interprete si pongono le questioni dell'ambito di applicazione e del rapporto tra la normativa citata e le norme preesistenti, in primo luogo il GDPR – Regolamento (UE) 2016/679.

Abstract– Art. 1-*bis* (additional information obligations in the case of use of automated decision-making systems) of Legislative Decree n. 152/1997, introduced by the art. 4 of Legislative Decree n. 104/2022 (the so-called "Decree Transparency") regulates further and specific information obligations on the employer and principal and the client in case of use of automated decision-making or monitoring systems. The legislation takes inspiration from similar provision in the Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council - COM (2021) 762 final - 2021/0414(COD) on the subject of “on improving working conditions in platform work”. For the interpreter, questions arise about the scope of the legislation and the correlation between the legislation itself and the pre-existing rules, firstly the EU 2016/679 General Data Protection Regulation (GDPR).

Sommario: 1. Premessa: il Decreto Trasparenza sul lavoro ed i nuovi adempimenti datoriali in ordine ai sistemi decisionali o di monitoraggio automatizzati. – 2. Il quadro normativo nazionale e sovranazionale di riferimento. – 3. Il campo di applicazione della novella legislativa alla luce della definizione di sistemi automatizzati. – 4. I nuovi obblighi di informazione in favore del lavoratore e dei sindacati sull'uso dei sistemi automatizzati. – 5. L'impatto della novella legislativa sulla governance privacy di società ed enti. – 6. Il sistema sanzionatorio – 7. Conclusioni.

1. Premessa: il Decreto Trasparenza sul lavoro ed i nuovi adempimenti datoriali in ordine ai sistemi decisionali o di monitoraggio automatizzati

In attuazione della direttiva (UE) 2019/1152 del Parlamento europeo e del Consiglio del 20 giugno 2019, che si pone quale obiettivo il miglioramento delle condizioni di

lavoro nel territorio degli Stati membri attraverso la promozione di un'occupazione più "trasparente e prevedibile", è stato emanato il d.lgs. n. 104/2022 (c.d. decreto Trasparenza) - in vigore dal 13 agosto 2022 - che prevede a carico dei datori di lavoro e dei committenti complessi obblighi di informazione in ordine agli elementi essenziali del rapporto di lavoro ed alle condizioni di lavoro ⁽¹⁾. La tecnica normativa utilizzata dal legislatore per attuare la direttiva europea è stata quella della sostanziale novella del precedente d.lgs. n. 152 del 26 maggio 1997 che, quale attuazione della direttiva 91/533/ CEE, si poneva obiettivi in parte analoghi, ovvero porre in capo al datore di lavoro obblighi di fornire al lavoratore informazioni circa le condizioni applicate al contratto di lavoro, anche se meno ambiziosi rispetto a quelli della Direttiva ultima, come è stato rilevato ⁽²⁾, che è volta anche a «migliorare le condizioni di lavoro promuovendo un'occupazione più trasparente e prevedibile, pur garantendo nel contempo l'adattabilità del mercato del lavoro» (art. 1, co. 1) .

Con il Decreto Trasparenza il legislatore, tuttavia, non solo è intervenuto sulla quasi totalità delle disposizioni della pregressa normativa ma ha, altresì, introdotto l'art. 1-*bis*. Detta norma impone specifici ed ulteriori obblighi informativi ai datori di lavoro o committenti che, nell'intrattenere un rapporto di lavoro, organizzino la prestazione del lavoratore/collaboratore mediante l'utilizzo di sistemi decisionali o di monitoraggio automatizzati ⁽³⁾.

Rilevato che l'applicazione *tout court* degli obblighi in esame ai rapporti di collaborazione ⁽⁴⁾, si inserisce nel solco dell'estensione delle tutele ai rapporti connotati da (potenziale) squilibrio di forza contrattuale ed economica, anche se questo potrà indurre problematiche gestionali indotte dalle peculiarità delle collaborazioni ⁽⁵⁾, v'è da aggiungere che la volontà del legislatore di introdurre una regolamentazione specifica in presenza di sistemi automatizzati, incidenti sulla costituzione, gestione risoluzione dei rapporti di lavoro, è espressione di libera opzione, poiché non costituisce attuazione della direttiva (UE) 2019/1152, nel cui ambito non è presente analoga disposizione ⁽⁶⁾.

Non a caso "di vera sorpresa" quanto a detta previsione riferisce attenta dottrina ⁽⁷⁾, rilevando come rispetto alla stessa, possa parlarsi di anticipazione di delega con

⁽¹⁾ Con riferimento a modalità e contenuti delle informazioni, F. NARDELLI, L. CALCATERRA, L. MANNARELLI, G. PIGLIALARMÌ, L. SCARANO, in questo volume, tomo I, parte II, sez. II.

⁽²⁾ A. TURSI, *Il decreto trasparenza: profili sistematici e problematici*, in *LDE*, 2022, n. 3.

⁽³⁾ Per una analisi dei mutamenti indotti dalle tecnologie digitali in ordine ai poteri datoriali e diritti dei lavoratori, A. BELLAVISTA E R. SANTUCCI (a cura di), *Tecnologie digitali, poteri datoriali e diritti dei lavoratori* Giappichelli, 2022.

⁽⁴⁾ Per un primo commento sull'applicazione del decreto trasparenza ai contratti di collaborazione si veda G. BENINCASA, *Decreto Trasparenza: quali novità sui contratti di collaborazione coordinata e continuativa (co.co.co.)?*, in *Boll. ADAPT* n. 29, 5 settembre 2022.

⁽⁵⁾ F. ROTONDI, *Decreto Trasparenza: dubbi e chiarimenti in merito alla informativa sui sistemi decisionali e di monitoraggio automatizzati*, in *Boll. ADAPT* n. 43, 12 dicembre 2022, p. 1 ss.

⁽⁶⁾ Di «risposta alle diffuse preoccupazioni sociali per i rischi provocati dall'applicazione nei rapporti di lavoro dei progressi della scienza e della tecnica informatica ed elettronica» parla G. PROIA, *Le novità, sistemiche e di dettaglio, del Decreto Trasparenza*, in *MGL*, 2022, n. 3, p. 586.

⁽⁷⁾ A. ZILLI, *La trasparenza nel lavoro subordinato. Principi e tecniche di tutela*, in *Labor Istantanee*, Pacini Giuridica, 2022, p. 143 e ss.; per G. PROIA si tratta di una «fuga in avanti» del legislatore italiano, con potenziale rischio di disallineamento rispetto alla Proposta di direttiva europea in discussione, in *Trasparenza, prevedibilità e poteri dell'impresa*, *Labor*, 2022, n. 6, p. 658.

riferimento alla fonte di ispirazione ⁽⁸⁾, ovvero la proposta di direttiva del Parlamento Europeo e del Consiglio [COM (2021) 762 final del 9.12.2021] ⁽⁹⁾ relativa «al miglioramento delle condizioni di lavoro nel lavoro mediante piattaforme digitali», nello specifico l'art. 6 ⁽¹⁰⁾.

Infatti, in aggiunta agli obblighi di informazione previsti dall'art. 1, d.lgs. n. 152/1997, il datore di lavoro, o il committente pubblico e privato, è ora tenuto a informare il dipendente e/o il collaboratore (ai sensi dell'art. 1, co. 7) ⁽¹¹⁾ dell'utilizzo di sistemi decisionali o di monitoraggio automatizzati deputati a fornire indicazioni rilevanti ai fini della assunzione o del conferimento dell'incarico, della gestione o della cessazione del rapporto di lavoro, dell'assegnazione di compiti o mansioni, nonché indicazioni incidenti sulla sorveglianza, la valutazione, le prestazioni e l'adempimento delle obbligazioni contrattuali dei lavoratori. Ai fini dell'adempimento degli obblighi informativi, il datore di lavoro o il committente, con riferimento ai sistemi di cui al co. 1 dell'art. 1-*bis*, sono tenuti a fornire al lavoratore, prima dell'inizio dell'attività lavorativa, ulteriori informazioni circa: gli aspetti del rapporto di lavoro sui quali incide l'utilizzo dei sistemi; gli scopi e le finalità dei sistemi; la logica ed il funzionamento dei sistemi; le categorie di dati e i parametri principali utilizzati per programmare o addestrare i sistemi, inclusi i meccanismi di valutazione delle prestazioni; le misure di controllo adottate per le decisioni automatizzate, gli eventuali processi di correzione e il responsabile del sistema di gestione della qualità; il livello di accuratezza, robustezza e cybersicurezza dei sistemi e le metriche utilizzate per misurare tali parametri, nonché gli impatti potenzialmente discriminatori delle metriche stesse (art. 1-*bis*, co. 2, d.lgs. n. 152/1997). Il lavoratore, direttamente o per il tramite delle rappresentanze sindacali aziendali o territoriali, ha diritto di accedere ai dati e di richiedere ulteriori informazioni concernenti tali obblighi. Il datore di lavoro o il committente sono tenuti a trasmettere i dati richiesti e a rispondere per iscritto entro 30 giorni (art. 1-*bis*, co. 3, d.lgs. n. 152/1997). Il datore di lavoro o il committente sono tenuti ad integrare l'informativa con le istruzioni per il lavoratore in merito alla sicurezza dei dati e l'aggiornamento del registro dei trattamenti riguardanti le attività, incluse le attività di sorveglianza e monitoraggio. Ai fini della tutela della *privacy*, il datore di lavoro o il committente

⁽⁸⁾ In questo senso A. BELLAVISTA, *Controlli tecnologici e tutela del lavoratore*, in *LPO*, 2022, nn. 11-12, p. 723 ss.

⁽⁹⁾ Sul tema, senza pretesa di esaustività, M. BARBIERI, *Prime osservazioni sulla proposta di per il miglioramento delle condizioni di lavoro nel lavoro con piattaforma*, in *LLI*, 2021, n. 2. Per un'analisi della proposta, G. BRONZINI, *La proposta di Direttiva sul lavoro nelle piattaforme digitali tra esigenze di tutela immediata e le sfide dell'umanesimo digitale*, in *LDE*, 2022, n. 1; G. GAUDIO, *L'algorithmic management e il problema dell'opacità algoritmica nel diritto oggi vigente e nella Proposta di Direttiva sul miglioramento delle condizioni dei lavoratori tramite piattaforma*, in *LDE*, 2022, n. 1; C. PONTERIO, *La direzione della Direttiva*, in *LDE*, 2022, n. 1; P. TOSI, *Riflessioni brevi sulla proposta di Direttiva del Parlamento europeo e del consiglio relativa al miglioramento delle condizioni di lavoro nel lavoro mediante piattaforme digitali*, in *LDE*, 2022, n. 1; F. PISANI, *La proposta di direttiva UE per i lavoratori delle piattaforme digitali e il Real Decreto-Ley spagnolo 9-2021*, in *LPO*, 2022, nn. 1-2, p. 65; T. VETTOR, *La proposta di Direttiva sul lavoro tramite piattaforma nel prisma delle fonti internazionali ed europee*, in *LDE*, 2022, n. 2.

⁽¹⁰⁾ Di eccesso di delega e sostanziale eccesso di regolamentazione parla, invece, M. FAIOLI, *Condizioni trasparenti di lavoro, regolazione europea e schema ministeriale di attuazione*, in *ILSole24ore*, 6 maggio 2022.

⁽¹¹⁾ «Gli obblighi informativi di cui al presente articolo gravano anche sul committente nell'ambito dei rapporti di lavoro di cui all'articolo 409, n. 3, del codice di procedura civile e di cui all'articolo 2, comma 1, del decreto legislativo 15 giugno 2015, n. 81».

effettuano un'analisi dei rischi e una valutazione d'impatto degli stessi trattamenti, procedendo a consultazione preventiva del Garante per la protezione dei dati personali, ove sussistano i presupposti (art. 1-*bis*, co. 4, d.lgs. n. 152/1997). Inoltre, i lavoratori, almeno 24 ore prima, devono essere informati per iscritto di ogni modifica incidente sulle informazioni fornite che comportino variazioni delle condizioni di svolgimento del lavoro (art. 1-*bis*, co. 5, d.lgs. n. 152/1997). Tutte le predette informazioni devono essere comunicate dal datore di lavoro o dal committente ai lavoratori in modo trasparente, in formato strutturato, di uso comune e leggibile da dispositivo automatico. La comunicazione delle medesime informazioni e dati deve essere effettuata anche alle RSA ovvero alla RSU e, in assenza delle predette rappresentanze, alle sedi territoriali delle associazioni sindacali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale. Il Ministero del lavoro e delle politiche sociali e l'Ispettorato nazionale del lavoro possono richiedere la comunicazione delle medesime informazioni e dati e l'accesso agli stessi (art. 1-*bis*, co. 6, d.lgs. n. 152/1997).

Come già evidenziato, i predetti obblighi informativi gravano anche sul committente nell'ambito dei rapporti di collaborazione di cui all'art. 409, n. 3, c.p.c. e di cui all'art. 2, co. 1, d.lgs. n. 81/2015 ⁽¹²⁾.

Gli obblighi informativi non si applicano alle informazioni soggette a segreto industriale di cui all'art. 98, d.lgs. n. 30/2005 (Art. 1-*bis*, co. 8, d.lgs. n. 152/1997) ⁽¹³⁾.

La nuova norma fa salvo quanto disposto dall'articolo 4 della l. n. 300/70, riguardante gli strumenti audiovisivi e altri strumenti di controllo (art. 1-*bis*, co. 1, d.lgs. n. 152/1997) ⁽¹⁴⁾.

Come si vede, si tratta di obblighi gravosi per il datore di lavoro o committente alla luce della natura delle informazioni richieste ⁽¹⁵⁾, resi più complessi dal sovrapporsi di fonti regolanti la materia e dalle incertezze in ordine all'ambito di applicazione, come si rileverà di seguito.

2. Il quadro normativo nazionale e sovranazionale di riferimento

L'intento del legislatore dell'Unione europea trasposto nella direttiva (UE) 2019/1152 è stato quello - alla luce del radicale mutamento di contesto - di aggiornare e, al contempo, ampliare l'ambito di applicazione delle garanzie previste dalla direttiva 91/533/CEE.

Il Legislatore italiano, a sua volta, ha attuato la direttiva adeguando le norme del settore giuslavoristico, cogliendo l'occasione per valorizzare principi della trasparenza e prevedibilità nell'ambito dei rapporti di lavoro, imponendo il trasferimento di una

¹² Il riferimento all'art. 2, co. 1, d.lgs. n. 148/2015 è considerato "ridondante" da A. TURSI, cit., LDE, 2022, n. 3;

⁽¹³⁾ «Gli obblighi informativi di cui al presente articolo non si applicano alle informazioni di cui all'articolo 98 del decreto legislativo 10 febbraio 2005, n. 30».

⁽¹⁴⁾ «[...] Resta fermo quanto disposto dall'articolo 4 della legge 20 maggio 1970, n. 300».

⁽¹⁵⁾ Nel senso di «mole di fatto esorbitante rispetto alle finalità perseguite dalla legislazione comunitaria e domestica in materia di trasparenza e forse, almeno in parte, persino priva di effettiva significatività per il lavoratore», L. BARBIERI e I. CARLI, *D.lgs. Trasparenza/2: sui sistemi automatizzati è difficile individuare i segreti aziendali*, in *Norme & Tributi Plus Lavoro*, 30 settembre 2022. Nello stesso senso, F. ROTONDI, *op. cit.*

rilevante mole di informazioni al lavoratore ed ai rappresentanti sindacali, sì da colmare le asimmetrie informative foriere di corrispondente squilibrio contrattuale.

Tuttavia, nonostante il perimetro delle novità necessarie per raggiungere l'obiettivo comunitario fosse ben definito e delimitato, il legislatore italiano, come visto, oltre ad inserire il dettagliato elenco degli ulteriori obblighi informativi inerenti il rapporto di lavoro indicati dalla Direttiva, ha inteso cogliere l'occasione per inserire nel d.lgs. 26 maggio 1997, n. 152, l'art. 1-*bis*, rubricato «Ulteriori obblighi informativi nel caso di utilizzo di sistemi decisionali o di monitoraggio automatizzati»⁽¹⁶⁾.

L'informativa relativa ai sistemi decisionali e di monitoraggio automatizzati anticipa, quindi, la possibile evoluzione del diritto dell'Unione europea, ma asseconda – soprattutto – la necessità avvertita come prioritaria dal legislatore nazionale: quella di “battere un colpo” nel disegnare un sistema di contrappesi regolativi che investa della ricerca di nuovi e mutevoli equilibri anche gli attori delle relazioni industriali e l'ispettorato, in un ambito del mondo del lavoro in cui il divario tra evoluzione della tecnologia e sussunzione normativa sembra destinato ad allargarsi rispetto al fisiologico ritardo della regolamentazione rispetto all'evoluzione dei processi tecnici ed economici⁽¹⁷⁾.

E se in campo tecnologico l'Italia, intesa quale sistema economico politico, sta cercando di correre ai ripari rispetto al ritardo accumulato nei confronti dei partner europei e dei competitors globali⁽¹⁸⁾ anche grazie al dinamismo delle imprese i cui investimenti in tecnologia digitale registrano incrementi annuali a doppia cifra⁽¹⁹⁾, sul piano della regolamentazione e sussunzione del fenomeno nei principi giuslavoristici il dibattito è aperto e si sta intensificando. Dottrina da tempo attenta al tema, interrogandosi sull'approccio regolativo da preferire rispetto ad un fenomeno incalzante e inarrestabile⁽²⁰⁾ e che rischia di risultare decostruttivo del sistema giuslavoristico, nell'alternativa tra la completa rivisitazione dei modelli di tutela e l'adeguamento dei concetti e delle definizioni esistenti alle nuove realtà, ha optato per tale seconda ipotesi⁽²¹⁾, auspicando il potenziamento del ruolo dell'ILO per rendere operativo, nell'ambito dei Paesi aderenti, l'assetto normativo scaturito dai necessari adeguamenti.

Con riferimento alle istituzioni europee, l'approccio al tema in ambito giuslavoristico è reso manifesto dagli sviluppi dell'iter della Proposta di Direttiva del Parlamento

⁽¹⁶⁾ Per approfondire la gestione algoritmica del lavoro su piattaforma, C. SPINELLI, *La trasparenza delle decisioni algoritmiche nella proposta di direttiva UE sul lavoro tramite piattaforma*, in *LDE*, 13 luglio 2022. Per una analisi multidisciplinare del fenomeno, *Le piattaforme digitali – profili giuridici ed economici nel nuovo ecosistema*, A. CONTALDO (a cura di), Pacini Giuridica, Pisa, 2021.

⁽¹⁷⁾ M. PERUZZI, *Intelligenza artificiale, poteri datoriali e tutela del lavoro: ragionando di tecniche di trasparenza e poli regolativi*, in *LANUS*, 2021, n. 24, p. 71 ss.

⁽¹⁸⁾ Il 24 novembre 2021 il Consiglio dei Ministri ha approvato il Programma Nazionale Strategico sull'Intelligenza Artificiale (IA) 2022-2024.

⁽¹⁹⁾ Per una panoramica su dati ed obiettivi degli investimenti, si veda il rapporto 2022 pubblicato da Osservatorio AI del Politecnico di Milano – Dipartimento di Ingegneria gestionale: *Intelligenza Artificiale: l'Italia s'è desta*.

⁽²⁰⁾ «Entro il 2025 [...] la maggior parte dell'attività economica dipenderà da ecosistemi digitali che integreranno infrastrutture digitali, *hardware e software*, applicazioni e dati dalla Comunicazione della Commissione europea al Parlamento europeo», in *Strategia per il mercato unico digitale in Europa*, 6 maggio 2015, COM(2015)192 final, 3. Per una visione critica del fenomeno, K. CRAWFORD, *Né intelligente né artificiale- Il lato oscuro dell'IA*, Il Mulino, 2021.

⁽²¹⁾ A. PIZZOFERRATO, *Digitalisation of work: new challenges to labour law*, *ADL*, 2021, n. 6, p. 1329 e ss.

Europeo e del Consiglio relativa «al miglioramento delle condizioni di lavoro nel lavoro mediante piattaforme digitali», già sottoposta al vaglio dell'*European Economic and Social Committee* (EESC) ai sensi dell'art. 304 TFUE, fatta oggetto di rilievi e quindi sottoposta al *Committee on Employment and Social Affairs* con numerosissime proposte di emendamento che, come rilevato ⁽²²⁾, sono volte a perseguire l'obiettivo di rendere obbligatoria la supervisione dell'uomo rispetto alle determinazioni prodotte su base algoritmica e il coinvolgimento dei rappresentanti dei lavoratori fin dall'acquisizione e dalla verifica delle modalità di funzionamento dei sistemi di AI, conferendo alle OO.SS. diritti di contrattazione.

Peraltro, come noto, già nel GDPR (Regolamento (UE) 2016/679), è previsto il divieto di assoggettare il singolo individuo ad una decisione generata unicamente da sistemi automatizzati, a meno che non siano previste adeguate misure di tutela dei diritti della persona.

In questo contesto, l'iniziativa del legislatore italiano può leggersi come il tentativo di offrire da subito ai lavoratori e loro rappresentanti strumenti per incidere sulle prerogative decisionali e di controllo datoriali ⁽²³⁾ e poter così affrontare con approccio dinamico una realtà che potrebbe risultare complesso o addirittura impossibile sussumere con l'estensione, a quanto di nuovo tumultuosamente sopravviene, di schemi tipici preesistenti. Il legislatore, in una parola, potrebbe aver preso atto che l'evoluzione è talmente veloce da rendere difficile finanche la descrizione delle sue multiformi e statisticamente rilevanti manifestazioni tecniche e gestionali ⁽²⁴⁾. A tanto si aggiunge la consapevolezza che il risultato di ogni studio del fenomeno è destinato ad essere superato dall'elaborazione, che prosegue incessante nelle software house di tutto il mondo, di nuove applicazioni, delle quali è già una scommessa ardua prevedere prospettive di utilizzo, applicazione e conseguenti sviluppi.

In quest'ottica il presupposto fondamentale individuato dal legislatore per adeguare le tutele, sono la trasparenza ⁽²⁵⁾ e la prevedibilità ⁽²⁶⁾ dei processi decisionali e di controllo, risultato da conseguire complessivamente attraverso l'obbligata condivisione della conoscenza dei sistemi e delle relative modalità e finalità di utilizzo ⁽²⁷⁾.

Così, il combinato disposto dell'art. 1, co.1, lett. j) e dell'art. 1-bis del d.lgs. n.152/1997 appare, a valle del decreto Trasparenza, quale sorta di norma aperta, che – a differenza di quelle regolanti i pregressi obblighi di informazione contrattuale-collettivi e di origine legislativa, si estende anche ai collaboratori – e tenta di mutuare la storica capacità dell'art. 4 della l. n. 300/70 di dettare principi non esposti a rapida obsolescenza per

⁽²²⁾ A. PIZZOFERRATO, in *Automated decision-making in HRM*, LG, 2022, n. 11, p. 1030 e ss.

⁽²³⁾ G. PROIA, *Trasparenza, prevedibilità e poteri dell'impresa*, in *Labor*, 2022, n. 6, p.643. L'Autore rileva la differenza per natura e funzione tra gli obblighi dell'art. 1-bis e quelli relativi agli elementi del contratto di lavoro.

⁽²⁴⁾ Per una riflessione sulle ricadute giuridiche del lavoro nel metaverso, M. MARTONE, *Prime riflessioni sul lavoro e metaverso*, in *ADL*, 2022, n. 6, p. 1131 e ss.; F. LAMBERTI, *Il metaverso: profili giuslavoristici tra rischi nuovi e tutele tradizionali*, in *Federalismi.it*, n. 4, 8 febbraio 2023.

⁽²⁵⁾ Sul punto e per un'analisi dell'art. 6 della proposta di direttiva, A. TROJSI, *La sorveglianza digitale del datore di lavoro*, in *Tecnologie digitali, poteri datoriali e diritti dei lavoratori*, A. BELLAVISTA e R. SANTUCCI (a cura di), Giappichelli, 2022, p. 76 ss.

⁽²⁶⁾ Per G. PROIA, si tratta di «disclosure funzionale allo scopo di consentire il controllo giudiziale e sindacale», cit., p. 657.

⁽²⁷⁾ Di «neutralizzazione degli effetti discriminatori e di violazione della privacy dei lavoratori, provocati da biases algoritmici» parla A. TURSI, in *DRI*, 2023, n. 1.

il mutare della tecnologia, norma di cui non a caso si afferma espressamente la perdurante vigenza.

E' evidente che nello sforzo di introdurre nell'ordinamento "una cassetta degli attrezzi" per governare il nuovo e porre una regola omnicomprensiva dell'esistente e del prevedibile, sia mancato un maggiore sforzo di coordinamento con le norme pre-vigenti o una più precisa definizione del fenomeno tecnico – gestionale da regolare, con la conseguenza di aver indotto dubbi sull'ambito di applicazione degli obblighi disciplinati ⁽²⁸⁾.

In effetti, la prima questione che si pone all'interprete è proprio il rapporto fra le disposizioni del Decreto e le norme già vigenti, in primo luogo il GDPR - Regolamento (UE) 2016/679 ⁽²⁹⁾.

3. Il campo di applicazione della novella legislativa alla luce della definizione di sistemi automatizzati

Occorre, quindi, muovere dal tentativo di delimitare l'ambito di applicazione dell'art. 1-*bis* rubricato «Ulteriori obblighi informativi nel caso di utilizzo di sistemi decisionali o di monitoraggio automatizzati», al fine di comprendere quali tipologie di sistemi possano o meno rientrare nella definizione della normativa.

Innanzitutto, l'obbligo informativo insorge con l'utilizzo dei sistemi decisionali o di monitoraggio automatizzati, non con la loro mera installazione, e qui può cogliersi già una differenza con l'art. 4 l. n. 300/70. Al contempo, l'utilizzo di tali sistemi diviene presupposto dell'obbligo disciplinato laddove assuma incidenza con riferimento – in pratica – ad ogni potenziale risvolto dei contratti di lavoro o degli incarichi, ovvero dalla genesi contrattuale all'esecuzione, dalle modificazioni all'estinzione dei rapporti, in una sorta di riepilogo *ex ante* di quanto possa ipotizzarsi accadere, funzionale alla volontà del legislatore di non veder aggirato l'obbligo.

Da ciò deriva che l'esame circa i presupposti di applicabilità, per essere utile e selettivo, debba appuntarsi sulle nozioni di "sistemi decisionali o di monitoraggio automatizzati".

⁽²⁸⁾ Sul punto, «*omissis* [...] Un adempimento di tale portata dovrebbe avere un ambito di applicazione certo e definito: esattamente quello che manca nel decreto, che mette sulle spalle dei datori di lavoro l'onere di capire quando l'informativa va fatta oppure no», G. FALASCA, *Sistemi automatizzati, l'informativa va delimitata*, in *Norme & Tributi Plus Lavoro*, 8 settembre 2022.

⁽²⁹⁾ Sul punto, diffusamente, A. BELLAVISTA, cit., p. 723 ss.: «E, ovviamente, il suddetto diritto di informazione del lavoratore (e delle organizzazioni sindacali) va integrato con il più ampio ventaglio di diritti a favore del lavoratore/interessato garantiti dal RGPD e in particolare, con quelli più specifici di cui all'art 22 RGPD che scattano nel caso di processi automatizzati. Inoltre, scaturiranno maggiori possibilità di un controllo, da parte dei lavoratori e dei loro rappresentanti, dell'esercizio del potere datoriale attraverso il cosiddetto "management algoritmico" (denominato dall'intelligenza artificiale) qualora fosse approvata la proposta (del 9 dicembre 2021) della Commissione europea di direttiva del Parlamento e del Consiglio «relativa al miglioramento delle condizioni di lavoro nel lavoro mediante piattaforme digitali». Ciò soprattutto se questa proposta di direttiva fosse perfezionata, in modo tale da allargare l'applicazione delle garanzie ivi previste in ordine al "management algoritmico" a tutti i lavoratori ad esso esposti e non solo a quelli delle piattaforme digitali. Comunque, va segnalato che questa proposta di direttiva ha rappresentato la fonte d'ispirazione per il legislatore che ha inserito le disposizioni poc'anzi esaminate nel nuovo «decreto trasparenza».

Con riferimento alla prima fattispecie, ovvero i sistemi decisionali automatizzati, sappiamo che già l'art. 22, § 1 del GDPR prescrive che «L'interessato ha il diritto di non essere sottoposto a una decisione basata unicamente sul trattamento automatizzato, compresa la profilazione, che produca effetti giuridici che lo riguardano o che incida in modo analogo significativamente sulla sua persona»⁽³⁰⁾. Sulla scorta di tale presupposto, l'art. 22 co. 3 del GDPR riconosce espressamente alla persona interessata dal trattamento il diritto di ottenere l'intervento umano da parte del titolare del trattamento, di esprimere la propria opinione e di contestare la decisione.

Per i fini che rilevano, l'art. 22 del GDPR, § 1, chiarisce l'ambito di applicazione delle norme citate in relazione alla nozione di sistema decisionale, che è riferibile alle sole ipotesi in cui il processo decisionale automatizzato produca effetti giuridici, oppure incida in modo significativo sulla persona dell'utente e la decisione sia basata interamente sul trattamento automatizzato dei dati⁽³¹⁾. A questo riguardo è utile citare testualmente le Linee Guida del Gruppo di lavoro *ex art.* 29 dell'UE del 3 ottobre 2017, sul processo decisionale automatizzato e profilazione, secondo cui «il processo decisionale esclusivamente automatizzato consiste nella capacità di prendere decisioni impiegando mezzi tecnologici senza coinvolgimento umano»⁽³²⁾. Le Linee Guida così esemplificano il concetto: «Un processo automatizzato produce ciò che di fatto è una raccomandazione riguardante un interessato. Se un essere umano riesamina il risultato del processo automatizzato e tiene conto di altri fattori nel prendere la decisione finale, tale decisione non sarà basata unicamente sul trattamento automatizzato».

Ciò posto, deve quindi concordarsi con la dottrina che ha affermato che la fattispecie normativa in commento presuppone un sistema tecnologico in grado di svolgere le operazioni per le quali è stato programmato e senza che tanto necessiti di intervento umano e che il sistema abbia la capacità di assumere decisioni, ovvero operare una scelta tra le varie opzioni possibili⁽³³⁾.

A (preteso) chiarimento dei concetti espressi dal Legislatore, a valle della “ricognitiva” circ. INL del 10.8.2022, n. 4, è stata emanata la circ. Min. Lav. del 20 settembre 2022 n. 19, secondo cui «il legislatore ha inteso occuparsi di strumenti tecnologici e modelli organizzativi in costante evoluzione» precisando altresì che «sulla base delle conoscenze e delle esperienze attualmente disponibili, si può ritenere che per sistemi decisionali o di monitoraggio automatizzati si intendono quegli strumenti che, attraverso l'attività di raccolta dati ed elaborazione degli stessi effettuata tramite algoritmo, intelligenza artificiale, ecc., siano in grado di generare decisioni automatizzate». Il

⁽³⁰⁾ Sul divieto di trattamenti automatizzati ed il controllo umano, A. ZILLI, cit. p. 47 ss.

⁽³¹⁾ «Vista l'influenza della proposta di direttiva sul lavoro tramite piattaforma, parrebbe potersi ipotizzare che la scelta del legislatore nazionale di fare specifico riferimento agli strumenti automatizzati vada intesa, coerentemente con l'art. 6 della citata proposta di Direttiva, come un richiamo ai sistemi decisionali di tecnologia avanzata che non prevedono l'intervento umano (o come precisato dalla citata Circolare, molto ridotto: es. intelligenza artificiale) e ai sistemi di monitoraggio utilizzati nell'ambito dei rapporti di lavoro, diversi da quello subordinato, che implicano l'utilizzo di algoritmi», così F. ROTONDI, cit.

⁽³²⁾ in tal senso B. ROSSILLI, *Gli obblighi informativi relativi all'utilizzo di sistemi decisionali e di monitoraggio automatizzati indicati nel decreto “Trasparenza*, in *Federalismi.it*, 5 ottobre 2022.

⁽³³⁾ M. MARAZZA, F. D'AVERSA, *Dialoghi sulla fattispecie dei “sistemi decisionali o di monitoraggio automatizzati” nel rapporto di lavoro (a partire dal decreto trasparenza)*, in *giustiziacivile.com*, 2022, n. 11, 8 novembre 2022; F. ROTONDI, cit.

documento di prassi aggiunge, però, che «l'obbligo dell'informativa sussiste anche nel caso di intervento umano meramente accessorio». L'orientamento ministeriale, quindi, propende nel senso che tale disposizione debba trovare applicazione quando un sistema automatizzato: sia finalizzato a mettere in atto un procedimento decisionale che sia in grado di condizionare l'insorgere, lo svolgimento e la cessazione del rapporto di lavoro; incida sul rapporto di lavoro in termini di sorveglianza, valutazione della prestazione e adempimento degli obblighi contrattuali del lavoratore. Al contempo, come visto, il Ministero prefigura – anche se in via interpretativa – l'ampliamento dell'ambito di applicazione.

Pare di poter affermare che la nozione di intervento umano meramente accessorio ingenera, nella sua indeterminatezza e genericità, più dubbi interpretativi di quanti il documento di prassi sarebbe stato destinato a risolvere. Tale nozione pare in effetti volta a rafforzare la valenza omnicomprensiva della previsione legislativa e l'ambito di intervento della conseguente attività ispettiva, offrendo un'ulteriore sponda – di dubbia legittimità – per sostenere la sussistenza dell'obbligo informativo anche in presenza di modifiche strumentali dei software in uso e/o per ricomprendere nella fattispecie sviluppi dei sistemi ad oggi ignoti.

La circolare del Ministero del Lavoro citata elenca inoltre - a titolo esemplificativo - alcune delle fattispecie riscontrabili nelle realtà gestionali aziendali, al fine di meglio specificare l'orientamento ministeriale circa il perimetro delineato dalla norma in commento per l'insorgere dell'obbligo di informativa ⁽³⁴⁾: a) assunzione o conferimento dell'incarico tramite l'utilizzo di chatbots durante il colloquio. Il riferimento è all'utilizzo di *software* che simula ed elabora le conversazioni umane (scritte o parlate), consentendo agli utenti di interagire con i dispositivi digitali come se stessero comunicando con una persona reale; b) profilazione automatizzata dei candidati; c) *screening* dei curricula. Rientrano, quindi, nell'ambito di applicazione della norma il ricorso a *recruiting tool* per selezionare i candidati in possesso dei requisiti minimi per partecipare alla selezione; d) utilizzo di *software* per il riconoscimento emotivo e test psicoattitudinali, ecc. Allo stesso modo rientrano nell'obbligo di informativa i sistemi che utilizzano algoritmi per classificare automaticamente lo stato emotivo di un individuo sulla base dell'analisi del volto contenuto in una immagine e in un flusso video o che utilizzano un *software* per condurre test psicoattitudinali; e) gestione o cessazione del rapporto di lavoro con assegnazione o revoca automatizzata di compiti, mansioni o turni, definizione dell'orario di lavoro, analisi di produttività, determinazione della retribuzione, promozioni, ecc., attraverso analisi statistiche, strumenti di data *analytics* o *machine learning*, reti neurali, deep-learning, ecc. Si tratta di decisioni che vengono prese, per conto del datore di lavoro, da strumenti automatizzati che si sostituiscono integralmente all'attività decisionale dell'essere umano ⁽³⁵⁾.

⁽³⁴⁾ Per un'analisi della circ. Min. Lav. n. 19/2022, G. CAROSIELLI, *La circolare ministeriale sul c.d. Decreto Trasparenza*, *Boll. ADAPT* n. 32, 27 settembre 2022.

⁽³⁵⁾ Secondo L. FAILLA e P. SALAZAR, *Decreto trasparenza, obblighi informativi e trattamento dei dati personali*, in *Norme & Tributi Plus Lavoro*, 10 ottobre 2022, «l'elencazione delle ipotesi sub 2 porta con sé molteplici implicazioni in termini di corretta valutazione non solo da parte della Direzione HR, ma anche della Direzione IT (per non parlare della Direzione Commerciale) delle aziende in merito a quali e quanti elementi tecnici ed ingegneristici inserire all'interno dell'informativa».

A valle delle citate circolari è intervenuta la newsletter del Garante per la Protezione dei dati personali del 24.01.2023 e relativo Allegato ⁽³⁶⁾, «anche al fine di superare le incertezze generatesi sul piano interpretativo [...] *omissis*». Il provvedimento, affermata la necessità del coordinamento della disciplina sopravvenuta con la previgente normativa in materia di dati personali e delineato l'ambito soggettivo di applicazione, precisa come l'art. 1-*bis* abbia introdotto obblighi informativi che, in presenza di sistemi decisionali o di monitoraggio automatizzati, in parte integrano, in parte specificano gli obblighi posti dagli artt. 13 e 14 del Regolamento (UE) 2016/679.

Quanto alla seconda fattispecie, ovvero i sistemi di monitoraggio automatizzati, la previsione è stata oggetto di critiche ⁽³⁷⁾ quale potenziale indebita estensione dell'ambito di applicazione della emananda direttiva, per quanto consta allo stato sottoposta all'esame del Comitato per l'occupazione e degli Affari Sociali, per aver esteso tutele per il lavoro gestito da piattaforme digitali anche alle organizzazioni datoriali in cui siano presenti sistemi automatizzati, come tali pressoché di *default* suscettibili di fornire dati funzionali alla gestione, al controllo e monitoraggio del processo produttivo e, inevitabilmente, degli addetti allo stesso. Peraltro, una lettura restrittiva dell'ambito di applicazione dell'art. 1-*bis* alla luce dell'art. 1, lett. *s*, che subordina l'obbligo informativo alla circostanza che «[...] le modalità di esecuzione della prestazione siano organizzate mediante l'utilizzo [...] di monitoraggio automatizzati» è resa oggettivamente critica ⁽³⁸⁾ dal dettato esplicito del co. 1 del successivo art. 1-*bis*, norma definibile quale *sedes materiae*.

Sempre in ordine all'ambito di applicazione rileva che la norma, come visto, impone il contestuale rispetto anche del dettato dell'art. 4 Stat. lav. Rimane fermo, quindi, e come è ovvio, il divieto di sistemi che – comportando possibilità di controllo - non abbiano all'origine della installazione altre e comprovabili ragioni organizzative, produttive, di sicurezza, di tutela del patrimonio aziendale.

Il richiamo all'art. 4 dello Statuto, secondo parte della dottrina, pare demandare alla norma statutaria la delimitazione soggettiva ed oggettiva dell'area del controllo lecito e relativi presupposti e condizioni. Sul punto, è stata infatti rilevata la inscrivibilità della nozione di “sistema di monitoraggio automatizzato” quale strumento elettronico di controllo, in quella degli “impianti audiovisivi e di controllo” *ex* art. 4 l. n. 300/70. Ne deriverebbe, secondo la citata dottrina, che la parziale sovrapposibilità delle fattispecie conduce all'applicabilità all'area del lavoro dipendente dell'art. 4 della norma dello Statuto, applicandosi il dettato dell'art. 1-*bis* del d.lgs. n. 152/1997, relativa al monitoraggio, esclusivamente al lavoro autonomo coordinato e continuativo (art. 1-*bis*, co. 7) ⁽³⁹⁾. Al contempo, poiché – come detto – il legislatore richiama integralmente il predetto art. 4, ne conseguirebbe - alla luce del controllo indiretto dei lavoratori in base a tali strumenti – la necessità della relativa e preventiva sottoscrizione dell'accordo sindacale o, in casi di mancato raggiungimento dell'accordo,

⁽³⁶⁾ “Questioni interpretative e applicative in materia di protezione dei dati connesse all'entrata in vigore del d.lgs. 27 giugno 2022, n. 104 in materia di condizioni di lavoro trasparenti e prevedibili (c.d. “Decreto Trasparenza”)

⁽³⁷⁾ G. PROIA, *op. cit.*, p. 658.

⁽³⁸⁾ G. PROIA, *op. cit.*, p. 658.

⁽³⁹⁾ M. MARAZZA, F. D'AVERSA, *cit.*

L'autorizzazione dell'Ispettorato del lavoro competente qualora tali strumenti non rientrino nell'ambito applicativo del co. 2 dell'art. 4 Stat. lav. ⁽⁴⁰⁾.

Tuttavia, se la nozione di «sistema di monitoraggio automatizzato» quale parametro dell'ambito di applicazione dell'art. 1-*bis* può essere considerata integrata da ogni processo funzionale a rendere fruibili informazioni rilevanti per gli atti di gestione del rapporto, ivi compreso il controllo dell'adempimento delle obbligazioni assunte, deve riflettersi anche sulla circostanza che le normative rispettivamente dettate dall'art. 4 l. n. 300/70 e dall'art. 1-*bis*, non sono del tutto sovrapponibili quanto a presupposti ed adempimenti. Cosicché, in presenza di strumenti di lavoro che non presuppongano, *ex co. 2*, dell'art. 4 l. n. 300/70, l'accordo previsto dalla norma statutaria, ma la mera informativa *ex co. 3* del medesimo articolo, potrà comunque insorgere l'obbligo di fornire le ulteriori e specifiche informazioni previste dall'art. 1-*bis* ⁽⁴¹⁾. Il datore di lavoro e il committente sono infatti tenuti a informare il lavoratore ma anche le RSA o RSU o, in mancanza, le OO.SS., quando impieghino sistemi di monitoraggio automatizzati in grado di fornire indicazioni rilevanti ai fini dell'assegnazione di compiti o mansioni, della valutazione del lavoratore, della prestazione resa e dell'adempimento delle obbligazioni contrattuali ⁽⁴²⁾ ⁽⁴³⁾.

Per verificare che gli strumenti utilizzati per lo svolgimento della prestazione lavorativa siano conformi alle disposizioni previste dal Regolamento (UE) 2016/679, è poi previsto, nel medesimo co. 4 del nuovo art. 1-*bis*, che il datore di lavoro o il committente debbano effettuare un'analisi dei rischi e una valutazione d'impatto degli stessi trattamenti, procedendo a consultazione preventiva del Garante per la protezione dei dati personali ove sussistano i presupposti di cui all'art. 36 del Regolamento medesimo. Lo stesso Garante ha specificato l'ambito e l'oggetto della verifica ⁽⁴⁴⁾.

Gli obblighi informativi non si applicano alle informazioni soggette a segreto industriale di cui all'art. 98, d.lgs. n. 30/2005. Sul punto è stato rilevato il «problematico contemperamento», in sede di adempimento ma anche in sede di verifica, delle due normative. In fase di adempimento, infatti, «[...] Di fatto, è posto in capo al datore di lavoro (o committente) l'ulteriore e delicato onere di stabilire se una determinata informazione costituisca un segreto aziendale», accertamento che in sede di tutela è affidato al giudice che spesso si avvale di CTU per la qualificazione dell'informazione quale segreto industriale». Ed ancora, con riferimento a possibili accessi ispettivi: «*omissis* [...] Peraltro, analoga difficoltà sarà certamente incontrata anche dagli organismi di vigilanza nell'ipotesi in cui fossero chiamati ad accertare l'effettiva violazione degli obblighi informativi stabiliti dall'articolo 1-*bis* del d.lgs. 152/1997» ⁽⁴⁵⁾.

⁽⁴⁰⁾ Di tale avviso B. ROSSILLI, *Gli obblighi informativi relativi all'utilizzo di sistemi decisionali e di monitoraggio automatizzati indicati nel decreto "Trasparenza"*, in *federalismi.it*, 5 ottobre 2022, p. 5.

⁽⁴¹⁾ In tal senso M. PERUZZI, *op. cit.*, pag. 90.

⁽⁴²⁾ Sul punto, la circ. n. 10 del 11 agosto 2022, p. 5, della Fondazione Studi Consulenti del Lavoro: «Fermo restando quanto disposto dall'art. 4 della legge 20 maggio 1970, n. 300, tali disposizioni paiono riferirsi anche a tutte le tipologie organizzative di lavoro gestite tramite app o con l'ausilio di sistemi automatizzati, come quelli oggi in uso in particolare nel settore del delivery e della logistica».

⁽⁴³⁾ Per un esame del campo di applicazione dell'art. 1-*bis*, B. ROSSILLI, *op. cit.*

⁽⁴⁴⁾ Cfr. punto sub. 5 dell'allegato alla newsletter del Garante, *cit.* alla nota (37).

⁽⁴⁵⁾ Sul punto, in termini critici, L. BARBIERI e I. CARLI, *D. Lgs. Trasparenza/2: sui sistemi automatizzati è difficile individuare i segreti aziendali*, in *Norme & Tributi Plus Lavoro*, 30 settembre 2022.

4. I nuovi obblighi di informazione in favore del lavoratore e dei sindacati sull'uso dei sistemi automatizzati

Per adempiere agli obblighi informativi relativi all'utilizzo di sistemi decisionali o di monitoraggio automatizzati previsti dal decreto trasparenza, il co. 2 del nuovo art. 1-*bis* stabilisce, per il datore di lavoro o il committente, la comunicazione nelle forme prescritte delle ulteriori informazioni già analizzate.

Si tratta, come visto, di informazioni dettagliate da integrare, evidentemente, con quelle che occorre fornire ai lavoratori sulla base dell'art. 13 del Regolamento generale sulla protezione dei dati (Regolamento UE 2016/679) e, nel caso di sistemi di controllo a distanza, dell'art. 4, co. 3, dello Statuto dei lavoratori (l. n. 300/1970) ⁽⁴⁶⁾. Per garantire la corretta informazione, al co. 5 è previsto l'obbligo di comunicare ai lavoratori, con un preavviso di almeno 24 ore, eventuali modifiche incidenti sulle informazioni fornite sulla base del nuovo art. 1-*bis* che comportino variazioni delle condizioni di svolgimento del lavoro. Il co. 3 del nuovo art. 1-*bis* riconosce al lavoratore, direttamente o per il tramite delle rappresentanze sindacali aziendali o territoriali, in questo caso in funzione di assistenza alla parte del contratto individuale, il diritto di accedere ai dati e di richiedere ulteriori informazioni concernenti gli obblighi informativi suddetti, stabilendo che il datore di lavoro o il committente debbano trasmettere i dati richiesti e rispondere per iscritto entro trenta giorni ⁽⁴⁷⁾. Si tratta del medesimo termine previsto anche dal Regolamento (UE) 2016/679 per dare riscontro ad eventuali richieste con cui gli interessati esercitano i diritti previsti dalla normativa in materia di protezione dei dati personali.

Il co. 6 dell'art. 1-*bis* precisa che tutte le informazioni e i dati da fornire ai lavoratori nell'adempimento degli obblighi informativi introdotti dal decreto trasparenza, nel caso di utilizzo di sistemi decisionali o di monitoraggio automatizzati, debbano essere comunicati in modo trasparente, in formato strutturato, di uso comune e leggibile da dispositivo automatico.

Il legislatore, al medesimo co., stabilisce poi l'obbligo di effettuare la comunicazione delle medesime informazioni e dati anche alle rappresentanze sindacali aziendali, ovvero alla rappresentanza sindacale unitaria e, in assenza delle predette rappresentanze, alle sedi territoriali delle associazioni sindacali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale ⁽⁴⁸⁾, prevedendo infine che il Ministero del lavoro e delle politiche

⁽⁴⁶⁾ Secondo B. ROSSILLI, cit.: « [...] l'informativa del nuovo art. 1-bis d.lgs. n. 152/1997 deve essere fornita al lavoratore non tanto a tutela del suo diritto alla riservatezza quanto piuttosto per renderlo edotto rispetto al funzionamento e alla modalità di utilizzo di quei sistemi e strumenti tecnologici che realizzano un'integrale sostituzione del potere direttivo del datore di lavoro (o, nel caso delle collaborazioni, un'integrale sostituzione del potere organizzativo e di coordinamento). Probabilmente l'intenzione del legislatore era quella di rimarcare la non fungibilità dei due diversi obblighi di informazione».

⁽⁴⁷⁾ Sul punto, circ. n. 10 del 11 agosto 2022, p. 5, della Fondazione Studi Consulenti del Lavoro: «Ricorrendo tali casi, i lavoratori sono destinatari di ulteriori tutele, da esercitare direttamente o per il tramite dei propri rappresentanti sindacali».

⁽⁴⁸⁾ Sulle possibili conseguenze in ipotesi di inadempimento «*omissis* E peraltro, di fronte all'inottemperanza del suddetto obbligo, ad opera del datore di lavoro, al di là dell'applicazione della sanzione amministrativa, le organizzazioni sindacali potrebbero ovviamente anche agire mediante l'azione per la repressione della condotta antisindacale», A. BELLAVISTA, cit.

sociali e l'INL possano richiedere la comunicazione delle medesime informazioni e dati e l'accesso agli stessi.

Sul punto è stato rilevato che la normativa non ha inteso spingersi fino alla previsione di un obbligo a trattare in ordine ai sistemi automatizzati oggetto di informativa, tuttavia al contempo «[...] La norma è di grande rilevanza politica, perché per prima tratta, in una prospettiva anche sindacale, la questione dei “sistemi decisionali o di monitoraggio automatizzati introdotti dalle aziende e dai quali le medesime traggono “indicazioni rilevanti” per l’assunzione, la cessazione del rapporto di lavoro o l’assegnazione di incarichi al lavoratore [...]». Sembra che la norma sia destinata a riscrivere il diritto sindacale, rafforzando direttamente la c.d. “parte obbligatoria” dei vari CCNL di settore e dei protocolli di relazione industriale aziendale con riferimento ai diritti collettivi di informativa attinente all’organizzazione del lavoro. Ovviamente occorrerà presidiarne attentamente l’integrazione normativa negli accordi collettivi attuali e a scadenza, almeno in occasione dei rinnovi». Ed ancora, con riferimento all’art. 4 dello Stat. lav.: «[...] Il combinato disposto delle due normative di riferimento (Decreto 104 e art. 4 Legge 300) produce indubbiamente un quadro normativo la cui portata applicativa apre interessanti spazi di azione sindacale, consentendo una feconda interlocuzione anche con il Garante della Privacy, ai fini della valutazione dell’efficacia delle misure aziendali di protezione dei lavoratori» ⁽⁴⁹⁾. V’è da aggiungere che l’obbligo di informativa sindacale previsto è privo di filtro alcuno quanto ai livelli occupazionali dei datori di lavoro o committenti, e impone l’interlocuzione sindacale anche ad aziende “non sindacalizzate” ⁽⁵⁰⁾.

5. L’impatto della novella legislativa sulla governance privacy di società ed enti

Dal momento che i sistemi decisionali o di monitoraggio automatizzati in esame sono strumenti tecnologici che si nutrono e funzionano attraverso la raccolta, il trattamento e la rielaborazione anche di dati personali dei lavoratori, è chiaro come tali nuove disposizioni abbiano riflessi diretti nell’ambito della *governance privacy* di enti e società. Come rilevato dal Garante per la protezione dei dati personali nella citata newsletter del 24.01.2023, “Poiché le nuove disposizioni di legge presentano profili rilevanti in materia di protezione dei dati, in quanto l’impiego dei predetti sistemi dà luogo a “trattamenti” di dati personali, riferiti a “interessati” identificati o identificabili (art. 4, §1, nn. 1) e 2), del Regolamento) nel contesto lavorativo, tale disciplina di settore deve essere necessariamente coordinata, in sede applicativa, con la normativa in materia di protezione dei dati personali (Regolamento (UE) 2016/679; d.lgs. 30 giugno 2003, n. 196 – Codice in materia di protezione dei dati personali)”.

Il legislatore italiano, infatti, perfettamente consapevole del rapporto molto stretto tra i processi decisionali e/o di monitoraggio automatizzati e l’ambito della protezione dei dati personali, prevede ulteriori e conseguenti adempimenti, a tutela di tali dati, in

⁽⁴⁹⁾ Così D. IODICE, *Il d. lgs. n. 104/2022 nella prospettiva del diritto sindacale. Quale futuro per le relazioni industriali?*, in *Boll. ADAPT n. 1*, 9 gennaio 2023.

⁽⁵⁰⁾ A. TURSI, cit.

capo a datori di lavoro e committenti ⁽⁵¹⁾. Nello specifico, il datore di lavoro o il committente sono tenuti a integrare l'informativa con le istruzioni per il lavoratore in merito alla sicurezza dei dati ed a procedere con l'aggiornamento del registro dei trattamenti con riguardo alle attività relative ai sistemi automatizzati in questione, incluse le attività di sorveglianza e monitoraggio. Per mantenere un'adeguata *compliance*, sarà quindi necessario aggiornare le informative da fornire *ex art.* 13 del GDPR, le lettere di incarico (art. 24 del GDPR), il Registro dei trattamenti (art. 30 del GDPR); ancora, revisionare, se del caso, la valutazione dei rischi (art. 32 del GDPR) e procedere con la valutazione d'impatto *privacy* (art. 35 del GDPR).

Il co. 4 del nuovo art. 1-*bis* stabilisce, infatti, che «il datore di lavoro o il committente sono tenuti a integrare l'informativa con le istruzioni per il lavoratore in merito alla sicurezza dei dati e ad aggiornare il registro dei trattamenti riguardanti le attività svolte tramite i sistemi decisionali o di monitoraggio». Qui il legislatore ha erroneamente richiamato l'informativa unitamente alle istruzioni; non si comprende se intendesse richiedere al datore di lavoro o al committente di inserire nell'informativa le informazioni sulla sicurezza dei dati, ovvero di riportare le istruzioni in merito alla sicurezza dei dati all'interno delle nomine o incarichi forniti alle persone autorizzate al trattamento. Invero, il documento con cui propriamente si forniscono istruzioni al lavoratore non è l'informativa, bensì l'atto di designazione quale persona autorizzata al trattamento dei dati e/o il regolamento aziendale per l'utilizzo degli strumenti informatici. Sicuramente non risulta corretto arricchire l'informativa *privacy* di informazioni che non siano quelle espressamente richieste e menzionate negli artt. 13 e ss. del GDPR. Il Garante con la citata newsletter del 24 gennaio 2023 ha precisato che «il titolare del trattamento non è tenuto a informare gli interessati della predisposizione del registro e di ogni aggiornamento dello stesso».

Per verificare che gli strumenti utilizzati per lo svolgimento della prestazione lavorativa siano conformi alle disposizioni previste dal Regolamento (UE) 2016/679, come già rilevato è stabilito poi, nel medesimo co. 4 del nuovo art. 1-*bis*, che il datore di lavoro o il committente debbano effettuare un'analisi dei rischi e una valutazione d'impatto degli stessi trattamenti, procedendo a consultazione preventiva del Garante per la protezione dei dati personali ove sussistano i presupposti di cui all'articolo 36 del Regolamento medesimo ⁽⁵²⁾.

Si evidenzia, peraltro, che «l'allegato 1 al provvedimento del Garante *privacy* n. 467 dell'11 ottobre 2018, contenente un elenco esemplificativo delle tipologie di trattamenti, soggetti al meccanismo di coerenza e da sottoporre a valutazione d'impatto, parla espressamente di «trattamenti effettuati nell'ambito del rapporto di lavoro mediante sistemi tecnologici (anche con riguardo ai sistemi di videosorveglianza e di

⁽⁵¹⁾ Sul punto, di «inevitabile applicazione del polo regolativo della *privacy*» parla M. PERUZZI, cit., p. 75.

⁽⁵²⁾ Per il Garante «Resta in ogni caso fermo che la redazione di una valutazione d'impatto è sempre obbligatoria allorché si faccia ricorso a «una valutazione sistematica e globale di aspetti personali relativi a persone fisiche, basata su un trattamento automatizzato, compresa la profilazione, e sulla quale si fondano decisioni che hanno effetti giuridici o incidono in modo analogo significativamente su dette persone fisiche» (art. 35, § 3, lett. a del Regolamento)

geolocalizzazione) dai quali derivi la possibilità di effettuare un controllo a distanza dell'attività dei dipendenti»⁽⁵³⁾.

In merito all'impatto diretto della novella legislativa è stato osservato che: «[...] Questa norma contiene i germi di un'autentica rivoluzione culturale, prima che giuridica: il Legislatore del Decreto entra finalmente nel *sancta sanctorum* dell'organizzazione del lavoro, in piena era della digitalizzazione, e obbliga i datori di lavoro ad una complessa operazione di *disclosure* informativa dei propri sistemi di gestione, valutazione, monitoraggio e controllo. Per le imprese non si tratta semplicemente di assolvere a più dettagliati obblighi informativi, ma anche di asseverare, dimostrare e rendere oggettivamente misurabile l'efficacia protettiva dei propri sistemi gestionali (automatizzati e non) verso la sfera personale dei lavoratori. Non è escluso che l'assolvimento del precepto normativo, che formalmente riguarda meri obblighi informativi ma sostanzialmente rendiconta anche obblighi di efficacia organizzativa, possa in prospettiva integrare anche i modelli di organizzazione, gestione e controllo di cui al d.lgs. 231/2001 (condizionando gli effetti di esimente giuridica per l'ente) e divenire, inoltre, oggetto di più stringente rendicontazione non finanziaria, ai sensi della Direttiva CSRD. Ne deriverebbe, in tale auspicata ipotesi, anche una rivisitazione critica dei c.d. "MOG" e una responsabilità datoriale più generale, riconnessa all'eventuale inefficacia preventiva del modello»⁽⁵⁴⁾.

6. Il sistema sanzionatorio

La violazione delle disposizioni contenute nell'art. 1-*bis* del d. lgs. n. 152/1997 è sanzionata dal nuovo art. 19, co. 2, del d.lgs. n. 276/2003 con una sanzione amministrativa pecuniaria da 100 a 750 euro per ciascun mese di riferimento, ferma restando la configurabilità di eventuali violazioni in materia di protezione dei dati personali ove sussistano i presupposti di cui agli articoli 83 del Regolamento (UE) 2016/679 e 166 del d.lgs. 196/2003⁽⁵⁵⁾. Come evidenziato nella circ. INL n. 4/2022, la sanzione va quindi applicata per ciascun mese in cui il lavoratore svolga la propria attività in violazione degli obblighi informativi in esame da parte del datore di lavoro o del committente. Trattasi poi di una sanzione "per fasce" cosicché, ferma restando la sua applicazione per ciascun mese di riferimento, se la violazione si riferisce a più di cinque lavoratori, la sanzione amministrativa è da 400 a 1.500 euro. Se invece la violazione si riferisce a più di dieci lavoratori, la sanzione va da 1.000 a 5.000 euro e non è ammesso il pagamento in misura ridotta e, pertanto, neanche la procedura di diffida *ex* art. 13 del d.lgs. n. 124/2004. Da ultimo, se la comunicazione delle informazioni e dati non viene effettuata anche alle rappresentanze sindacali aziendali ovvero, alla rappresentanza sindacale unitaria o, in loro assenza, alle sedi territoriali delle associazioni sindacali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale, trova applicazione una

⁽⁵³⁾ Così E. CHIZZOLA, *Sistemi automatizzati e privacy: più tutele per i lavoratori con il decreto trasparenza*, in *Norme & Tributi Plus Lavoro*, 30 agosto 2022.

⁽⁵⁴⁾ Così D. IODICE, *Il d. lgs. n. 104/2022 nella prospettiva del diritto sindacale. Quale futuro per le relazioni industriali?*, cit.

⁽⁵⁵⁾ In quest'opera, diffusamente, S. ROSSI, tomo I, parte II, sez. IV.

sanzione amministrativa pecuniaria da 400 a 1.500 euro per ciascun mese in cui si verifica l'omissione.

Il decreto Trasparenza prevede che l'inosservanza delle norme in tema di informazioni sul rapporto di lavoro, obblighi informativi ulteriori nel caso di utilizzo di sistemi decisionali e di monitoraggio automatizzati e di modifica degli elementi essenziali del contratto in corso di rapporto, possano essere rilevate nel corso di un accesso ispettivo e formare oggetto di diffida. Trattandosi di adempimenti sanabili, il datore di lavoro è ammesso alla procedura di regolarizzazione mediante il verbale unico di accertamento e notificazione. Con l'effettivo adempimento degli obblighi violati entro 30 giorni e il pagamento della sanzione nella misura del minimo edittale, ovvero nella misura di un quarto della sanzione stabilita in misura fissa, il procedimento sanzionatorio si estingue ⁽⁵⁶⁾.

Alle conseguenze sanzionatorie derivanti dalla violazione del decreto Trasparenza, vanno aggiunti e considerati i profili più strettamente inerenti la *privacy*, soggetti alle condizioni generali per infliggere sanzioni amministrative pecuniarie di cui all'art. 83 del GDPR. Rispetto agli adempimenti sopra esaminati, in particolare, possono verificarsi violazioni soggette a sanzioni amministrative pecuniarie fino a 20.000.000 di euro, o per le imprese, fino al 4 % del fatturato mondiale totale annuo dell'esercizio precedente, se superiore.

7. Conclusioni

Fermo il comprensibile intento di eliminare asimmetrie informative a tutto vantaggio del potere contrattuale e di controllo di lavoratori dipendenti e collaboratori, in un quadro normativo che obbliga le parti datoriali ad elaborare e attuare sistemi di gestione dei rapporti di lavoro trasparenti e verificabili anche ad istanza di soggetti terzi e qualificati, quali OO.SS. e Ispettorato del lavoro, la sovrapposizione di normative poste a presidio di *privacy*, trasparenza e prevedibilità, rende particolarmente complessa l'interpretazione e non priva di incertezze e rischi l'applicazione del decreto. Tanto più che, come visto, la normativa in commento non si è fermata ad imporre alle organizzazioni aziendali di disvelare, *ex ante*, le regole di funzionamento di eventuali sistemi decisionali automatizzati adottati, ma ha inteso estendere le obbligazioni ai sistemi automatizzati e incidenti sul rapporto di lavoro, ovvero a tecnologie così diffuse in ambito produttivo dall'essere percepite quali ordinari strumenti di lavoro. Certo è che alla luce delle tendenze in atto nelle organizzazioni del lavoro, sempre più investite dal processo di digitalizzazione, anche a prescindere da fatturati e livelli occupazionali, l'adempimento del Decreto Trasparenza richiede il coordinamento con il Regolamento sul trattamento dei dati personali, di cui risulta confermata la centralità. Ancor di più, alle parti datoriali è richiesta l'accettazione dell'adempimento degli obblighi di informazione quale priorità, da assolvere con approccio dinamico, ovvero in relazione al mutare dell'organizzazione per effetto degli investimenti in tecnologia. È certo ipotizzabile che in questa fase di evoluzione tecnologica convulsa, che in Italia coinvolge un tessuto di piccole e medie aziende non strutturate per i complessi

⁽⁵⁶⁾ Così L. BARBIERI e A. MAMPRIN, *Dall'inquadramento ai sistemi automatizzati: le criticità nelle sanzioni sul decreto Trasparenza*, in *Norme e Tributi Plus Lavoro*, 8 settembre 2022.

adempimenti esaminati, sarebbe stato sufficiente rafforzare gli obblighi di informativa sui sistemi automatizzati già presente nel GDPR (art. 22, Reg. n. 679/2016).

Il legislatore sembra aver prescelto tale soluzione solo con riferimento alle informazioni di natura commerciale rinvenibili nel codice della proprietà industriale (art. 98, d. lgs. n. 30/2005 cit.), espressamente escluse dagli obblighi in parola.

Dell'opzione prescelta dal legislatore è opportuno che le organizzazioni aziendali tengano conto, perché essa appare espressione di una linea di tendenza espansiva della rilevanza degli obblighi di informazione ex lege, sotto la spinta dalla strategia europea volta al riequilibrio dei rapporti contrattuali in una fase di riorganizzazione del settore produttivo mediante investimenti che pongono al centro le tecnologie digitali e le rilevanti implicazioni, qui solo accennate, relative ai contratti di lavoro. Al contempo la normativa in esame offre opportunità alla contrattazione collettiva, altrimenti preclusi dal prevalere del rapporto diretto datore/committente- lavoratore/collaboratore. Di tanto potranno avvantaggiarsi le OO.SS., auspicabilmente in un'ottica di governo dell'innovazione e non quale strumento di mera resistenza come si deve registrare nel diverso ambito delle relazioni industriali ⁽⁵⁷⁾, in occasione di esternalizzazioni e cessazioni di impresa ⁽⁵⁸⁾.

⁽⁵⁷⁾ A. ZILLI, op. cit., p. 117 e ss.

⁽⁵⁸⁾ Trib. Trieste, Sez. Lav., 23 settembre 2022, decreto ex art. 28 L. n. 300/1970, R.G. n. 362/2022; Trib. Ancona, sez. lav., 22 febbraio 2022; Trib. Monza, sez. lav., 28 gennaio 2022 n. 56; Trib. Firenze, sez. lav., decreto 20/09/2021; Trib. Milano, sez. lav., decreto 12/11/2015.

Le prestazioni di lavoro all'estero

di Stefano Rossi

Abstract – Il decreto trasparenza nell'attuare la direttiva 2019/1152/UE sugli obblighi di informazione nei confronti dei lavoratori distaccati o trasferiti in un Paese membro o in uno Stato terzo, pone delicati problemi interpretativi sulla delimitazione del campo di applicazione e sull'individuazione dello strumento giuridico utilizzato dal datore di lavoro per la mobilità all'estero del lavoratore. L'art. 2 d.lgs. n. 152/1997, come riscritto dal d.lgs. n. 104/2022, deve essere letto con il d.l. n. 317/1987 sulle tutele dei lavoratori italiani operanti nei Paesi extracomunitari e con le direttive europee sul distacco transnazionale. Entrambe le fonti normative consentono di valorizzare il contratto collettivo quale strumento principale per adempire agli obblighi informativi del decreto trasparenza.

Abstract – The Decree on Transparency in implementing Directive 2019/1152/EU on information obligations towards workers posted or transferred to a Member State or a third State, poses delicate interpretative problems on the delimitation of the scope and on the identification of the legal instrument used by the employer for the mobility abroad of the worker. Art. 2 d.lgs. n. 152/1997, as rewritten by d.lgs. n. 104/2022, must be read with the d.l. n. 317/1987 on the protection of Italian workers operating in non-EU countries and with the European directives on transnational posting. Both normative sources allow to value the collective agreement which main instrument in order to carry out the informative obligations of the decree transparency.

Sommario: 1. L'incerta attuazione della direttiva 2019/1152/UE. – 2. L'ambito di applicazione delle prestazioni di lavoro all'estero. – 2.1. Le prestazioni di lavoro in uno Stato terzo. – 2.2. Le prestazioni di lavoro in uno Stato membro: le prestazioni transnazionale di servizi. – 2.3. Il distacco e il consenso del lavoratore. – 3. Le informazioni sulla modifica degli elementi del rapporto di lavoro e le ulteriori informazioni. – 3.1. Il trattamento economico-normativo. – 3.2. Il trattamento previdenziale. – 4. Le missioni in uno Stato membro o in un paese terzo. – 5. Le sanzioni.

1. L'incerta attuazione della direttiva 2019/1152/UE

La perdurante crisi economica, la globalizzazione, lo sviluppo di nuove tecnologie informatiche e l'apertura dei mercati a livello internazionale hanno profondamente inciso nell'affermazione di una nuova forma di emigrazione ⁽¹⁾ verso l'estero della forza lavoro italiana. Allo stesso tempo, l'incremento della mobilità internazionale dei lavoratori ha influenzato le scelte di localizzazione delle attività imprenditoriali, dando impulso a quel processo noto come internazionalizzazione delle imprese.

(1) F. MANTOVANI, *La "grande migrazione": problema epocale e planetario*, in *Iustitia*, 2018, vol. 68, fasc. 4, p. 407 ss., qualifica la questione migratoria «problema epocale e planetario».

Con il principio della libera circolazione dei lavoratori, di cui all'art. 45 del TFUE, l'Unione europea si è posta l'obiettivo di assicurare la mobilità dei lavoratori, mediante l'abolizione di qualsiasi forma di discriminazione basata sulla cittadinanza per quanto riguarda l'occupazione, la retribuzione e le altre condizioni di lavoro, l'accesso all'alloggio, nonché il diritto dei lavoratori di ricongiungersi con la propria famiglia ⁽²⁾. Pertanto, al fine di garantire la parità di trattamento tra lavoratori, attraverso la rimozione di qualsiasi ostacolo alla libera circolazione posto dalle legislazioni degli Stati membri,

la Commissione ha proposto un'agenda ambiziosa per una mobilità equa dei lavoratori che comprendeva la riforma di EURES ⁽³⁾, il riesame delle norme sul distacco dei lavoratori ⁽⁴⁾, la revisione delle norme sul coordinamento dei sistemi di sicurezza sociale ⁽⁵⁾, orientamenti strategici ⁽⁶⁾ e nuove norme sociali per i lavoratori mobili nel settore del trasporto su strada (compreso il distacco dei conducenti) ⁽⁷⁾, la lotta al lavoro non dichiarato e la creazione di un'Autorità europea del lavoro (ELA) ⁽⁸⁾.

All'interno di questo impegnativo percorso, rivitalizzato dallo shock generato dalla pandemia di Covid-19 ⁽⁹⁾, si inserisce la direttiva 2019/1152/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 20 giugno 2019 ⁽¹⁰⁾, relativa a condizioni di lavoro trasparenti e prevedibili nell'Unione europea. Per quanto qui di interesse, la direttiva integra gli atti di diritto derivato dell'UE, specificando quali informazioni devono essere fornite per iscritto ai lavoratori in missione all'estero, compresi quelli distaccati in un altro

⁽²⁾ Una maggiore mobilità dei lavoratori all'interno dell'Unione europea è uno degli obiettivi del programma Europa 2020, il quale «non mira soltanto a uscire dalla crisi che continua ad affliggere l'economia di molti paesi, ma vuole anche colmare le lacune del nostro modello di crescita e creare le condizioni per un diverso tipo di sviluppo economico, più intelligente, sostenibile e solidale». Così si legge in [Comunicazione \(COM\(2010\) 2020 final\) – Europa 2020: Una strategia per una crescita intelligente, sostenibile e inclusiva](#).

⁽³⁾ Per approfondimenti si rinvia al seguente link: https://eures.ec.europa.eu/index_en.

⁽⁴⁾ Direttiva (UE) 2018/957 del 28 giugno 2018.

⁽⁵⁾ COM(2016) 815 final del 14 dicembre 2016.

⁽⁶⁾ COM(2020) 789 del 9 dicembre 2020.

⁽⁷⁾ Regolamento (UE) 2020/1054 del 15 luglio 2020.

⁽⁸⁾ Regolamento (UE) 2019/1149 del 20 giugno 2019.

⁽⁹⁾ Nel piano d'azione a lungo termine (COM(2020) 94 final del 3 marzo 2020), la Commissione ha definito le misure per una migliore attuazione e applicazione delle norme del mercato unico, anche nel contesto della mobilità dei lavoratori. In particolare, la Commissione ha adottato degli orientamenti relativi all'esercizio della libera circolazione dei lavoratori (2020/C 102 I/03 del 30 marzo 2020) e ai lavoratori stagionali (C(2020) 4813 final del 16 luglio 2020).

⁽¹⁰⁾ Pubblicata in G.U. dell'Unione europea l'11 luglio 2019, n. 186.

Stato membro, sulla base delle disposizioni della direttiva 96/71/CE ⁽¹¹⁾, come raccomandato nella valutazione REFIT ⁽¹²⁾.

A latere prestatoris, l'art. 7 della direttiva distingue tre ipotesi: nella prima, il lavoratore presta attività lavorativa in uno Stato membro; nella seconda il lavoro è svolto in un paese terzo diverso dallo Stato membro in cui il prestatore lavora abitualmente (par. 1); nella terza il lavoratore è distaccato ai sensi della direttiva 96/71/CE (par. 2). In tutte le tre ipotesi il datore di lavoro è quello dello Stato membro dove il lavoratore svolge abitualmente la propria attività lavorativa.

Nell'attuazione dell'art. 7 della direttiva il legislatore italiano, con l'art. 2 d.lgs. 27 giugno 2022, n. 104 ⁽¹³⁾, ha riscritto l'art. 2 d.lgs. 26 maggio 1997, n. 152, in tema di prestazioni di lavoro all'estero.

Nella precedente formulazione, la norma stabiliva che il datore di lavoro doveva fornire le informazioni sul rapporto di lavoro al lavoratore «invitato» a svolgere la sua prestazione lavorativa all'estero per un periodo superiore a trenta giorni, senza distinguere se il luogo di svolgimento della prestazione fosse localizzato in uno Stato membro ovvero in un Paese terzo.

La riscrittura della disposizione in commento, con una discutibile tecnica legislativa ⁽¹⁴⁾, pone non pochi problemi interpretativi, primo fra tutti quello relativo al suo campo di applicazione.

2. L'ambito di applicazione delle prestazioni di lavoro all'estero

Il novellato art. 2, comma 1, d.lgs. n. 152/1997, applicabile ai rapporti di lavoro già instaurati alla data del 1° agosto 2022 ⁽¹⁵⁾, stabilisce che «il datore di lavoro che distacca in uno Stato membro o in uno Stato terzo un lavoratore nell'ambito di una prestazione transnazionale di servizi, è tenuto a fornire allo stesso, per iscritto e prima della partenza, qualsiasi modifica degli elementi del rapporto di lavoro di cui all'articolo 1, comma 1», unitamente ad una serie di informazioni supplementari.

La norma, in primo luogo, sembrerebbe accomunare, diversamente dalla direttiva, le ipotesi del lavoro svolto in uno Stato membro e quello eseguito in un Paese terzo,

⁽¹¹⁾ Nel considerando 26 della direttiva si legge che «i lavoratori in missione all'estero dovrebbero ricevere informazioni supplementari specifiche per la loro situazione. Per incarichi di lavoro successivi in più Stati membri o paesi terzi, tali informazioni dovrebbero poter essere raggruppate per più incarichi prima della prima partenza e successivamente modificate in caso di variazioni. Se i lavoratori sono considerati distaccati ai sensi della direttiva 96/71/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, è inoltre opportuno che siano informati del sito web nazionale unico sviluppato dallo Stato membro ospitante dove possono reperire le informazioni pertinenti sulle condizioni di lavoro applicabili alla loro situazione. Salvo altrimenti disposto dagli Stati membri, tali obblighi si applicano se la durata del periodo di lavoro all'estero è superiore a quattro settimane consecutive».

⁽¹²⁾ REFIT Evaluation of the “Written Statement Directive” (Directive 91/533/EEC) (Valutazione REFIT della “direttiva sulle dichiarazioni scritte”, direttiva 91/533/CEE), SWD(2017)205 final.

⁽¹³⁾ Per un approfondimento sugli obblighi informativi si veda, da ultimo, G. PROIA, *Trasparenza, prevedibilità e poteri dell'impresa*, in *Labor*, 2022, n. 6, p. 641; G. PROIA, *Le novità, sistemiche e di dettaglio, del decreto trasparenza*, in *MGL*, 2022, n. 3, p. 571; A. TURSI, *La “trasparenza” dei diritti dei lavoratori nel decreto “trasparenza”*, in *DRI*, 2023, n. 1, in corso di pubblicazione.

⁽¹⁴⁾ G. PROIA, *Le novità, sistemiche e di dettaglio, del decreto trasparenza*, cit., p. 572 s.

⁽¹⁵⁾ Art. 16, co. 1, d.lgs. n. 104/2022.

entrambi realizzate nell'ambito di una prestazione transnazionale di servizi. La commistione delle fattispecie pone la problematica delimitazione del campo di applicazione sia dal lato dei datori di lavoro tenuti ai nuovi obblighi informativi, sia dal versante dei lavoratori che devono ricevere le informazioni.

In secondo luogo, rispetto alla precedente formulazione, il nuovo art. 2 utilizza al primo comma la dizione «distacco» e al secondo comma quella di «missione» o trasferta, ponendo, dunque, la questione di quale sia lo strumento giuridico per la mobilità del lavoratore all'estero idoneo a far sorgere gli obblighi informativi in capo al datore di lavoro.

Al fine di fornire risposta ai suddetti quesiti è necessario interpolare l'art. 2 in commento, da un lato, con il d.l. 31 luglio 1987, n. 317 (conv. in l. n. 398/1987), recante norme in materia di tutela dei lavoratori italiani operanti nei Paesi extracomunitari⁽¹⁶⁾; dall'altro con la già citata direttiva 96/71/CE relativa al distacco dei lavoratori in uno Stato membro, nell'ambito di una prestazione di servizi, come modificata dalle direttive 2014/67/UE⁽¹⁷⁾ e 2018/957/UE⁽¹⁸⁾.

2.1. Le prestazioni di lavoro in uno Stato terzo

L'art. 1, comma 2, d.l. n. 317/1987, nell'individuare l'ambito di applicazione soggettivo del provvedimento, offre, nel contempo, anche una definizione del lavoro italiano all'estero, definizione che, sebbene dettata ai fini strettamente previdenziali, assume una portata più ampia in quanto investe ulteriori aspetti del rapporto di lavoro dei soggetti destinatari della norma stessa. Secondo la disposizione sono obbligatoriamente iscritti alle forme di previdenza ed assistenza sociale, di cui agli artt. da 1 a 5, «i lavoratori italiani assunti nel territorio nazionale o trasferiti da detto territorio per l'esecuzione di opere, commesse o attività lavorative in Paesi extracomunitari». Dunque, il lavoro italiano all'estero va riferito sia alle ipotesi in cui il lavoratore venga assunto nel territorio italiano e venga da subito inviato a svolgere la sua attività in territorio estero (c.d. transnazionalità originaria), sia quando la mobilità all'estero avvenga in un momento successivo (c.d. transnazionalità acquisita)⁽¹⁹⁾.

⁽¹⁶⁾ La l. n. 398/1987 trova la sua origine nella sentenza C. cost. 30 dicembre 1985, n. 369, in *Foro it.*, 1986, I, c. 863, con la quale le norme che limitavano la copertura previdenziale agli italiani operanti in Italia sono state censurate perché in contrasto con la finalità di tutela del «lavoro italiano all'estero» sancita dall'art. 35, c. 3, Cost. L'intervento legislativo non ha riguardato solo i profili previdenziali, ma anche quelli sostanziali. Sul tema si veda G. PROIA, *Il lavoro italiano all'estero*, in G. SANTORO PASSARELLI (a cura di), *Diritto e processo del lavoro e della previdenza sociale*, Ipsoa, Milano, 2009, p. 1212, che giustifica l'estensione con la necessità di «evitare di incorrere in un'applicazione parziale del principio sancito dall'art. 35 comma 4 Cost».

⁽¹⁷⁾ Direttiva 2014/67/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 15 maggio 2014, concernente l'applicazione della direttiva 96/71/CE relativa al distacco dei lavoratori nell'ambito di una prestazione di servizi e recante modifica del regolamento (UE) n. 1024/2012 relativo alla cooperazione amministrativa attraverso il sistema di informazione del mercato interno («regolamento IMI»).

⁽¹⁸⁾ Direttiva 2018/957/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 28 giugno 2018, recante modifica della direttiva 96/71/CE relativa al distacco dei lavoratori nell'ambito di una prestazione di servizi.

⁽¹⁹⁾ S. RUBINO, *Il lavoro italiano all'estero*, in E. GHERA, D. GAROFALO (a cura di), *Semplificazioni, sanzioni, ispezioni nel Jobs Act 2*, Cacucci, 2016, p. 131 ss.

A latere datoris gli obblighi ricadono sui seguenti soggetti: a) i datori di lavoro residenti, domiciliati o aventi la propria sede, anche secondaria, nel territorio nazionale; b) le società costituite all'estero con partecipazione italiana di controllo ai sensi dell'art. 2359, comma 1, c.c.; c) le società costituite all'estero, in cui persone fisiche e giuridiche di nazionalità italiana partecipano direttamente, o a mezzo di società da esse controllate, in misura complessivamente superiore ad un quinto del capitale sociale; d) i datori di lavoro stranieri ⁽²⁰⁾.

Ne consegue che gli obblighi informativi previsti dall'art. 2, comma 1, d.lgs. n. 152/1997, graveranno nei confronti dei sopra elencati datori di lavoro che distaccano lavoratori per l'esecuzione di opere, commesse o attività lavorative nei Paesi extracomunitari ⁽²¹⁾.

2.2. Le prestazioni di lavoro in uno Stato membro: la prestazione transnazionale di servizi

La mobilità in uscita del lavoratore italiano può avvenire nei confronti di un'azienda situata in uno Stato membro, nell'ambito di una prestazione transnazionale di servizi ⁽²²⁾.

Dunque, al fine di circoscrivere il campo di applicazione dell'art. 2, comma 1, d.lgs. n. 152/1997, è opportuno, in questa specifica ipotesi, riferirsi alla direttiva 96/71/CE relativa al distacco dei lavoratori in uno Stato membro dell'Unione europea.

In particolare, l'art. 1, par. 1, della direttiva citata, nel definire il suo campo di applicazione, afferma che la stessa si applica alle imprese stabilite in uno Stato membro che, nel quadro di una prestazione di servizi transnazionale distaccano lavoratori nel territorio di un altro Stato membro. Il par. 3 individua tre misure di distacco temporaneo: a) quella eseguita nell'ambito di una prestazione transnazionale di servizi; b) quella infragruppo e, infine, c) quella attuata con la somministrazione transnazionale di lavoro. Per quanto riguarda l'ambito soggettivo di applicazione, la normativa europea, all'art. 2, par. 1, definisce il lavoratore distaccato come colui che, per un periodo limitato, svolge il proprio lavoro nel territorio di uno Stato membro diverso da quello nel cui territorio lavora abitualmente.

Rientra nella sfera di applicazione della prima ipotesi ogni prestazione transnazionale di servizi la cui definizione, ai sensi del TFUE ⁽²³⁾, deve essere intesa come una prestazione che, indipendentemente dalla forma contrattuale utilizzata dalle parti, riguarda l'esecuzione di prestazioni da parte di imprese non stabilite nel Paese di esecuzione del contratto relative ad attività di carattere, industriale, commerciale,

⁽²⁰⁾ Art. 1, c. 2, d.l. n. 317/1987, conv. in l. n. 398/1987.

⁽²¹⁾ Il Ministero del lavoro, con la nota 23 agosto 2011, prot. n. 04/UL/004103/L, ha esteso le disposizioni del d.l. n. 317/1987 anche ai lavoratori extracomunitari che siano in possesso dello *status* di «soggiornanti di lungo periodo» ex art. 9, co. 12, d.lgs. n. 286/1998; ovvero che, pur privi di tale *status*, siano in possesso di regolare titolo di soggiorno e di un contratto di lavoro.

⁽²²⁾ Sul tema si veda l'ultima opera monografica di C. CORDELLA, *Distacco transnazionale, ordine pubblico e tutela del lavoro*, Giappichelli, 2020; nonché l'opera collettanea *Transnational posting of workers. Reflections on a new European path*, S.M. CORSO, M.G. GRECO (a cura di), Giappichelli, 2022.

⁽²³⁾ Artt. 56 ss., TFUE, reperibile al seguente link: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/?uri=celex%3A12016ME%2FTXT>.

artigianale e afferente all'esercizio di libere professioni. La nozione europea di prestazione di servizi prescinde, in quanto più ampia, dall'ambito di applicazione nazionale della disciplina del contratto di appalto in relazione al quale essa è nella pratica normalmente attuata, per estendersi agli altri contratti di *facere*, come ad esempio il contratto di trasporto o il contratto atipico di *outsourcing*.

Secondo l'art. 3, par. 2, della direttiva 96/71/CE, il regime di tutele per il lavoratore in distacco transnazionale non si applica nel caso di contratti di compravendita che trasferiscono beni da Paese a Paese, nell'ambito dell'esercizio del principio di libera circolazione dei beni, qualora la durata della prestazione lavorativa di assemblaggio iniziale e di prima installazione dei beni non superi gli otto giorni. Si consideri però che l'esenzione non trova applicazione nel settore delle costruzioni edili; pertanto, rientrano nella disciplina del distacco transnazionale anche i contratti atipici afferenti al *genus* della compravendita con prestazioni accessorie che si realizzano in attività di lavoro quali il contratto di fornitura e posa. Allo stesso modo, la direttiva si applicherà nel caso del contratto atipico di nolo a caldo rientrante nell'alveo della locazione, qualora questo afferisca ad attività edili, indipendentemente dalla durata delle attività lavorative accessorie connesse al nolo (si pensi ad esempio al nolo di ponteggio che prevede anche il montaggio dello stesso).

La seconda misura transnazionale prevista dalla direttiva del 1996 è quella del distacco infragruppo che si presenta strutturalmente differente e comunque meno ampia rispetto a quella regolata a livello nazionale dall'art. 30 d.lgs. n. 276/2003, che disciplina il distacco di lavoratori anche non infragruppo. Secondo la dottrina ⁽²⁴⁾ il distacco infragruppo è funzionalmente collegato alla prestazione di servizi, diversamente dalla nozione del diritto interno. Aderendo a questa lettura, potremmo ampliare il campo di applicazione dell'art. 2, comma 1, d.lgs. n. 152/1997, inserendo «nell'ambito di una prestazione transnazionale di servizi» anche il distacco infragruppo.

La terza ipotesi contemplata dalla direttiva attiene al distacco operato nel contesto di una somministrazione transnazionale. Da una prima lettura, questa fattispecie potrebbe restare al di fuori del perimetro dell'art. 2 d.lgs. n. 152/1987, poiché la norma si riferisce ad una prestazione transnazionale di servizi. Tuttavia, questa conclusione non può essere condivisa perché la direttiva 2008/104/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 19 novembre 2008, relativa al lavoro tramite agenzia interinale, rispecchia il principio secondo il quale le condizioni di base di lavoro e di occupazione applicabili ai lavoratori assunti tramite agenzia interinale dovrebbero essere quanto meno identiche a quelle che si applicherebbero a tali lavoratori se essi fossero assunti dall'impresa utilizzatrice per svolgere lo stesso lavoro. Tale principio dovrebbe applicarsi anche ai lavoratori assunti tramite agenzia interinale distaccati nel territorio di un altro Stato membro. Dunque, in virtù del principio di parità di trattamento, l'art. 2 in commento deve estendersi anche al caso di un lavoratore italiano assunto da

⁽²⁴⁾ F. BANO, *Diritto del lavoro e libera prestazione di servizi nell'Unione Europea*, Il Mulino, 2008, p. 158 ss., osserva che per qualificare la nozione europea di distacco infragruppo nell'ambito della direttiva, «è sufficiente, infatti, ricordare che il distacco regolato dalla Direttiva non può prescindere dalla fornitura di un servizio, perché non è rilevante di per sé, ma soltanto in quanto si presenti “nel quadro di” detta fornitura. Il parallelo con l'istituto del distacco ex art. 30, d.lgs. n. 276/2003 risulta, in definitiva, impraticabile, perché la fattispecie comunitaria è strutturalmente diversa da quella domestica». *Contra* S. GIUBBONI, G. ORLANDINI, *La libera circolazione dei lavoratori nell'Unione Europea*, Il Mulino, 2007, p. 108 ss.

un'agenzia e distaccato presso un utilizzatore straniero. Se l'utilizzatore è collocato in uno Stato membro troveranno applicazione le tutele della direttiva 96/71/CE, come modificata dalle successive direttive; se, invece, il luogo di lavoro dell'utilizzatore è in un Paese terzo (extracomunitario), si applicherà il regime di tutele del d.l. n. 317/1987. In entrambi i casi, trattandosi di una somministrazione di lavoro, la normativa di riferimento sarà il d.lgs. n. 81/2015 e il d.lgs. n. 276/2003.

La direttiva 957/2018/UE è intervenuta a modificare la direttiva 96/71/CE, disciplinando l'ipotesi in cui i lavoratori somministrati da un'agenzia ad un'impresa utilizzatrice avente sede nel medesimo o in un altro Stato membro siano inviati a rendere la prestazione lavorativa presso un'altra impresa – c.d. destinataria – avente sede in un ulteriore Stato membro. La fattispecie resta, comunque, circoscritta da una prestazione di servizi di somministrazione di lavoratori. Gli obblighi informativi di cui all'art. 2 d.lgs. n. 152/1997 dovrebbero perciò estendersi all'ipotesi del distacco a catena in uscita, in cui l'impresa con sede in Italia, utilizzatrice di lavoratori somministrati da agenzia stabilita in uno Stato membro, invia gli stessi presso un terzo e differente Stato membro in esecuzione di una prestazione di servizi che, tuttavia, non può consistere in un ulteriore contratto commerciale di somministrazione di lavoro, stante il divieto della doppia somministrazione. L'art. 1, comma 2-*bis*, secondo periodo, d.lgs. n. 122/2020 ⁽²⁵⁾, prevede, in aderenza alla direttiva del 2018, che il lavoratore è considerato distaccato dall'agenzia di somministrazione con la quale intercorre il rapporto di lavoro. Ciò comporta che, nonostante il lavoratore sia interessato da ulteriori invii presso diversi operatori economici aventi sede in altri Stati membri, il soggetto distaccante responsabile del trattamento economico e normativo e degli adempimenti formali va individuato in ogni caso nell'agenzia di somministrazione sulla quale ricadono i relativi obblighi (obbligo di comunicazione del distacco, nomina del referente in Italia, obbligo di applicazione delle condizioni di lavoro e occupazione più favorevoli). Tale impostazione assume un peculiare rilievo, atteso che è indicativa del chiaro intento del legislatore comunitario di far sì che l'agenzia di somministrazione governi e sia responsabile di tutti i successivi eventuali impieghi dei propri lavoratori dipendenti presso Stati membri diversi, effettuati su richiesta dell'impresa utilizzatrice. Va, inoltre, evidenziato che la disciplina introdotta trova applicazione solo alle agenzie di somministrazione stabilite in un paese UE, restando escluse tutte le imprese di fornitura di manodopera aventi sede in Paesi extra UE. Peraltro, nelle ipotesi di distacco a catena anche l'impresa utilizzatrice deve avere sede in uno Stato membro che deve essere diverso dall'Italia ⁽²⁶⁾.

Sul fronte degli oneri di comunicazione in caso di distacco transnazionale è necessario coordinare l'art. 10, comma 3, lett. *a*, d.lgs. n. 136/2016 con l'art. 1, comma 8, d.lgs. n. 152/1997, che presentano un disallineamento temporale. La prima disposizione, infatti, ha introdotto un obbligo di conservazione documentale, a carico del datore di lavoro, per due anni dalla cessazione del distacco ⁽²⁷⁾; mentre la norma del decreto

⁽²⁵⁾ Il d.lgs. n. 122/2020 ha recepito la direttiva 957/2018/UE, modificando il d.lgs. n. 136/2016 in materia di distacco transnazionale di lavoro. Le disposizioni introdotte dal d.lgs. n. 122/2020 trovano applicazione a decorrere dal 30 settembre 2020, data di entrata in vigore del decreto.

⁽²⁶⁾ Si veda circ. INL n. 2/2021.

⁽²⁷⁾ Art. 10, c. 3, lett. *a*, d.lgs. n. 136/2016 afferma che l'impresa distaccante, durante il distacco e fino a due anni dalla sua cessazione, ha l'obbligo di «conservare, predisponendone copia in lingua italiana,

trasparenza ha previsto che le informazioni trasmesse al lavoratore devono essere conservate, ai fini della prova ⁽²⁸⁾, per la durata di cinque anni dalla conclusione del rapporto. La medesima finalità antielusiva delle disposizioni sopra richiamate ⁽²⁹⁾ conduce a valorizzare la tesi per cui il termine da prendere in considerazione per la conservazione della documentazione – almeno per il documento contenente le informazioni di cui all’art. 1 d.lgs. n. 152/1997 – è quello di cinque anni dalla cessazione del rapporto, anche ove durante il rapporto di lavoro sia intercorso un distacco transnazionale, anche nella forma del distacco a catena come sopra illustrato. La lettura offerta trova ragione sia nell’art. 11 disp. prel. in tema di irretroattività della legge ⁽³⁰⁾, sia, sul piano sanzionatorio, nell’art. 1 l. n. 689/1981 secondo cui la condotta illecita è assoggettata alla legge del tempo del suo verificarsi, con conseguente inapplicabilità della disciplina posteriore più favorevole ⁽³¹⁾. Ne consegue che l’obbligo di conservazione quinquennale delle informazioni *ex* art. 1 d.lgs. n. 152/1997, anche in caso di distacco transnazionale, scatta dal 13 agosto 2022, data di entrata in vigore del decreto trasparenza.

il contratto di lavoro o altro documento contenente le informazioni di cui agli articoli 1 e 2 del decreto legislativo 26 maggio 1997, n. 152, i prospetti paga, i prospetti che indicano l’inizio, la fine e la durata dell’orario di lavoro giornaliero, la documentazione comprovante il pagamento delle retribuzioni o i documenti equivalenti, la comunicazione pubblica di instaurazione del rapporto di lavoro o documentazione equivalente e il certificato relativo alla legislazione di sicurezza sociale applicabile». La circ. INL 15 febbraio 2023, n. 1 equipara l’attestazione della richiesta del documento A1 all’Autorità di sicurezza sociale dello Stato membro di provenienza alla documentazione equivalente alla comunicazione pubblica di instaurazione del rapporto di lavoro.

⁽²⁸⁾ Art. 1, co. 8, d.lgs. n. 152/1997, come mod. dall’art. 4, co. 1, lett. a), d.lgs. n. 104/2022, stabilisce che «le informazioni di cui al comma 1 sono conservate e rese accessibili al lavoratore ed il datore di lavoro ne conserva la prova della trasmissione o della ricezione».

⁽²⁹⁾ La circ. INL n. 1/2023, cit., ribadisce che l’obbligo di conservazione della documentazione di cui al d.lgs. n. 136/2016 «appare proporzionata alla necessità di assicurare l’effettiva vigilanza sul rispetto degli obblighi di cui alla direttiva 2014/67/UE e alla direttiva 96/71/CEE e sufficiente in riferimento alla fondamentale esigenza di impedire che la disciplina sul distacco transnazionale possa essere utilizzata per facilitare l’ingresso nel mercato del lavoro nazionale di lavoratori irregolari anziché come strumento di protezione dei diritti dei lavoratori distaccati e della capacità concorrenziale delle imprese dell’Unione».

⁽³⁰⁾ Cass. 2 agosto 2016, n. 16039, afferma che «il principio della irretroattività della legge comporta che la nuova norma non possa essere applicata, oltre che ai rapporti giuridici esauriti prima della sua entrata in vigore, a quelli sorti anteriormente ancora in vita se, in tal modo, si disconoscano gli effetti già verificatisi nel fatto passato o si venga a togliere efficacia, in tutto o in parte, alle conseguenze attuali o future di esso, sicché la disciplina sopravvenuta è invece applicabile ai fatti, agli “status” e alle situazioni esistenti o venute in essere alla data della sua entrata in vigore, ancorché conseguenti ad un fatto passato, quando essi, ai nuovi fini, debbano essere presi in considerazione in se stessi, prescindendosi dal collegamento con il fatto che li ha generati».

⁽³¹⁾ Cass. 9 gennaio 2019, n. 301, secondo cui «in tema di sanzioni amministrative, i principi di legalità, irretroattività e di divieto dell’applicazione analogica di cui all’articolo 1 della legge 689/1981, comportano l’assoggettamento della condotta illecita alla legge del tempo del suo verificarsi, con conseguente inapplicabilità della disciplina posteriore più favorevole, sia che si tratti di illeciti amministrativi derivanti da depenalizzazione, sia che essi debbano considerarsi tali ab origine, senza che possano trovare applicazione analogica, attesa la differenza qualitativa delle situazioni considerate, gli opposti principi di cui all’articolo 2, secondo e terzo comma, del codice penale, i quali, recando deroga alla regola generale dell’irretroattività della legge, possono, al di fuori della materia penale, trovare applicazione solo nei limiti in cui siano espressamente richiamati dal legislatore».

Gli obblighi informativi di cui all'art. 2 d.lgs. n. 152/1997 troveranno applicazione anche per il distacco dei conducenti nel settore del trasporto su strada, tuttavia, è necessario considerare le specifiche norme previste dalla direttiva 2020/1057/UE ⁽³²⁾ in merito a taluni aspetti della direttiva 96/71/CE e della direttiva 2014/67/UE. Tali norme specifiche si applicano ai conducenti che lavorano per imprese stabilite in uno Stato membro, le quali adottano le misure transnazionali di cui all'art. 1, paragrafo 3, lett. a), della direttiva 96/71/CE. La disciplina speciale riguarda in particolare le prestazioni transnazionali di servizi di trasporto o di cabotaggio effettuate da trasportatori stabiliti in uno Stato membro o in un Paese terzo. Si prevede, inoltre, che le imprese di trasporto stabilite in Stati che non sono membri della UE non beneficiano di un trattamento più favorevole di quello riservato alle imprese dell'Unione, anche quando effettuano operazioni di trasporto in virtù di accordi bilaterali o multilaterali che consentono l'accesso al mercato UE o a parti di esso. La disciplina speciale non si applica, comunque, alle prestazioni di servizi di somministrazione di conducenti. Infine, l'art. 2, comma 3, d.lgs. n. 152/1997, esclude gli obblighi informativi per le prestazioni di lavoro all'estero in caso di personale dipendente da pubbliche amministrazioni in servizio all'estero ⁽³³⁾ e per i lavoratori marittimi e della pesca ⁽³⁴⁾.

2.3. Il distacco e il consenso del lavoratore

Altra questione, come sopra anticipato, è quella relativa all'individuazione dello strumento giuridico utilizzato dal datore di lavoro per l'invio del lavoratore all'estero, tale

⁽³²⁾ La direttiva 2020/1057/UE del Parlamento europeo e del Consiglio europeo del 15 luglio 2020, modifica la direttiva 2006/22/CE e il Regolamento (UE) 1024/2012. Il provvedimento trova applicazione nell'ambito del «Pacchetto Mobilità dell'UE», il quale determina un'ampia riorganizzazione del settore su strada e si compone dei seguenti atti normativi: Regolamento (UE) 2020/1054 sui tempi di guida e riposo dei conducenti e sul tachigrafo digitale; Regolamento (UE) 2020/1055 che disciplina l'accesso al mercato del trasporto di merci su strada e alla professione di trasportatore di merci su strada o di trasportatore di passeggeri su strada; Regolamento (UE) 2020/1056 sulla digitalizzazione dell'autotrasporto e la dematerializzazione delle informazioni. La direttiva doveva essere attuata negli Stati membri entro il 2 febbraio 2022; in Italia lo schema di decreto legislativo è, al momento in cui si scrive, all'esame della Commissione Trasporti della Camera.

⁽³³⁾ L'art. 32 d.lgs. n. 165/2001, disciplina il temporaneo servizio dei dipendenti pubblici presso il Parlamento europeo, il Consiglio dell'Unione europea, la Commissione europea, le altre istituzioni e organi dell'Unione europea, incluse le agenzie, in qualità di esperti nazionali distaccati. Il servizio può avvenire anche presso le amministrazioni pubbliche degli Stati candidati all'adesione all'Unione e degli Stati con i quali l'Italia intrattiene rapporti di collaborazione, a seguito di appositi accordi di reciprocità stipulati tra le amministrazioni interessate. Il trattamento economico degli esperti nazionali distaccati può essere a carico delle amministrazioni di provenienza, di quelle di destinazione o essere suddiviso tra esse, ovvero essere rimborsato in tutto o in parte allo Stato italiano dall'Unione europea o da un'organizzazione o ente internazionale. Il personale che presta servizio temporaneo all'estero resta a tutti gli effetti dipendente dell'amministrazione di appartenenza. L'esperienza maturata all'estero costituisce titolo preferenziale per l'accesso a posizioni economiche superiori o a progressioni orizzontali e verticali di carriera all'interno dell'amministrazione pubblica.

⁽³⁴⁾ Si veda la normativa speciale: r.d. n. n. 327/1942 (Codice della navigazione); d.P.R. n. 231/2006 (Regolamento del collocamento della gente di mare); Convenzione OIL n. 186/2006, ratificata con l. n. 113/2013. Sulle modifiche apportate dall'art. 19 d.lgs. n. 151/2015 al d.P.R. n. 231/2006 si veda A. RICCARDI, *Semplificazione in materia di collocamento della gente di mare*, in E. GHERA, D. GAROFALO (a cura di), *Semplificazioni, sanzioni, ispezioni nel Jobs Act2*, op. cit., p. 89 ss.

da far sorgere gli obblighi informativi di cui all'art. 2 d.lgs. n. 152/1997. Quest'ultima disposizione ha previsto, al primo comma, l'istituto del distacco; mentre al secondo comma quello della missione o trasferta.

Nel caso di distacco in un Paese terzo sarà necessario rispettare i requisiti di cui all'art. 30 d.lgs. n. 276/2003 ⁽³⁵⁾; mentre se il distacco è effettuato nell'ambito di una prestazione transnazionale di servizi il datore di lavoro dovrà adeguarsi alla legislazione dello Stato membro presso cui il lavoratore eseguirà la prestazione secondo le prescrizioni della direttiva 96/71/CE, come modificata dalle successive direttive europee.

Il d.l. n. 317/1987, applicabile nell'ipotesi di distacco in uno Stato extracomunitario, ha espressamente considerato, quale tipologia cui il datore di lavoro può ricorrere per spostare all'estero il proprio dipendente, l'istituto della trasferta e del trasferimento. Si pone, pertanto, il problema di allargare l'ambito di applicazione del decreto anche al caso di distacco, al fine di allinearlo con la previsione dell'art. 2, comma 1, d.lgs. n. 152/1997.

La qualificazione della trasferta è stata fatta dalla dottrina e la normativa di riferimento è contenuta nell'art. 51, comma 5, d.P.R. n. 917/1986. La trasferta consiste nel mutamento temporaneo del luogo di esecuzione della prestazione lavorativa per il sopraggiungere di esigenze di servizio che rendano necessario il dislocamento del dipendente nel luogo dove tali esigenze siano sorte e per il tempo necessario al loro soddisfacimento. Ciò che dunque contraddistingue la fattispecie della trasferta è da un lato la continuità del legame con l'originario luogo di lavoro quale definito al momento dell'assunzione e, dall'altro, la temporaneità. Sebbene il legislatore del 1987 abbia considerato la tipologia della trasferta e del trasferimento, nella realtà il datore di lavoro utilizza l'istituto del distacco (o comando), il quale si distingue dalla trasferta, in quanto, sebbene anch'esso realizzi un mutamento temporaneo del luogo di esecuzione della prestazione lavorativa, comporta che il lavoratore, per realizzare l'interesse del proprio datore di lavoro, venga posto a disposizione di un altro soggetto per la esecuzione di una determinata prestazione lavorativa ⁽³⁶⁾. Trattasi dunque di un atto organizzativo che deve rispondere ad un interesse esclusivo del datore di lavoro ⁽³⁷⁾. Il termine «trasferimento» di cui alla l. n. 398/1987 è quindi utilizzato in senso volutamente generico, ampio ed atecnico, sì da ricomprendere tutte le forme di spostamento all'estero del lavoratore ⁽³⁸⁾, poiché disposto per l'esecuzione di singole «opere o commesse». Pertanto, le tutele previste dal d.l. n. 317/1987 si applicheranno sia in caso di distacco sia nell'ipotesi di trasferta presso uno Stato terzo.

⁽³⁵⁾ Cass. 26 aprile 2006, n. 9557, valorizza l'interesse produttivo del datore di lavoro – specifico, rilevante, concreto e persistente per tutto il periodo in cui il distacco è disposto – che rende legittimo il ricorso a siffatto istituto. Cass. 25 novembre 2010, n. 23933, afferma che «il “comando” o “distacco” di un lavoratore disposto dal datore di lavoro presso altro soggetto, destinatario delle prestazioni lavorative, è configurabile quando sussista oltre l'interesse del datore di lavoro a che il lavoratore presti la propria opera presso il soggetto distaccatario, anche la temporaneità del distacco, che non richiede una predeterminazione della durata, più o meno lunga, ma solo la coincidenza della durata stessa con l'interesse del datore di lavoro allo svolgimento da parte del proprio dipendente della sua opera a favore di un terzo, e che permanga in capo al datore di lavoro distaccante, il potere direttivo, eventualmente delegabile al distaccatario, e quello di determinare la cessazione del distacco».

⁽³⁶⁾ La disciplina sugli obblighi informativi in caso di trasferta all'estero è contenuta nell'art. 2, c. 2, d.lgs. n. 151/1997, su cui si veda *infra* § 4.

⁽³⁷⁾ Così Cass. 23 aprile 2009, n. 9694.

⁽³⁸⁾ S. RUBINO, *Il lavoro italiano all'estero*, cit., p. 141.

Una questione dibattuta è quella della rilevanza del consenso del lavoratore per l'esecuzione della prestazione all'estero, che risentirà evidentemente della necessità di fornire una corretta e completa informazione.

Secondo una prima e più accreditata tesi, nella ipotesi di distacco all'estero, traducendo l'invio una circostanza estranea all'assetto degli interessi quali prefigurati al momento dell'assunzione, vale a dire un mutamento di mansioni ⁽³⁹⁾, è necessario il consenso del lavoratore ⁽⁴⁰⁾. Inoltre, poiché il ricorso a tale istituto comporta inevitabilmente uno spostamento per il lavoratore ad una sede produttiva sita a più di 50 km da quella in cui il medesimo era adibito, dovranno sussistere, ai fini della sua legittimità, «comprovate ragioni tecniche, produttive o sostitutive» ⁽⁴¹⁾.

Un'altra interpretazione ⁽⁴²⁾, invece, nega rilevanza al consenso del lavoratore, requisito assente nella disciplina dell'art. 2103 c.c., salva diversa pattuizione, e la necessità comunque di procedere all'accertamento delle «comprovate ragioni tecniche organizzative e produttive». Accertamento che andrà condotto con particolare attenzione, proprio in ragione degli effetti che il trasferimento all'estero può produrre sulle condizioni di lavoro e di vita del lavoratore ⁽⁴³⁾.

Diversa naturalmente sarebbe la disciplina della trasferta all'estero, potendo questa essere disposta non solo unilateralmente ma anche arbitrariamente ⁽⁴⁴⁾.

3. Le informazioni sulla modifica degli elementi del rapporto di lavoro e le ulteriori informazioni

L'art. 2 in commento prevede due obblighi informativi in capo al datore di lavoro che distacca un lavoratore presso un Paese terzo o uno Stato membro: il primo sulle modifiche degli elementi informativi del rapporto di lavoro di cui all'art. 1, comma 1, d.lgs. n. 152/1997 ⁽⁴⁵⁾; il secondo attiene invece ad una serie di ulteriori informazioni. In entrambi i casi il datore di lavoro dovrà fornire per iscritto le informazioni anzidette prima della partenza del lavoratore presso il luogo di esecuzione della prestazione di lavoro.

⁽³⁹⁾ Art. 30, co. 3, d.lgs. n. 276/2003.

⁽⁴⁰⁾ Cass., sez. un., 8 giugno 1983, n. 3926, in *Giust. civ.*, 1984, I, p. 1250, con nota di M. PAPALEONI, *Punti fermi sull'indennità di missione all'estero*; Cass. 27 luglio 1986, n. 4859; Cass., 25 febbraio 1987, n. 2015, in *Mass. giur. lav.*, 1987, p. 48 ss. In dottrina si veda G. SANTORO PASSARELLI, *Il trattamento economico del lavoratore all'estero*, in *DL.*, 1991, n. 6, I, p. 524; P. MAGNO, *Il lavoro all'estero*, Cedam, Padova, 1990, p. 326; F. SANTONI, *La tutela della personalità del lavoratore all'estero*, in F. SANTONI (a cura di), *Rapporti speciali di lavoro*, Giappichelli, Torino, 1993, p. 145.

⁽⁴¹⁾ Art. 30, co. 3, d.lgs. n. 276/2003.

⁽⁴²⁾ F. BASENGHI, *Il trasferimento del lavoratore all'estero*, Cedam, 1988, p. 108; R. ROMEI, *Sul trasferimento all'estero del lavoratore*, in *DLRI.*, 1991, n. 85, p. 102 ss.

⁽⁴³⁾ E. GHERA, *Mobilità introaziendale e limiti dell'art. 13 dello Statuto dei lavoratori*, in *MGL.*, 1984, p. 406; M. BROLLO, *La mobilità interna del lavoratore*, Giuffrè, Milano, 1997, p. 444 ss.

⁽⁴⁴⁾ Secondo R. ROMEI, *Sul trasferimento all'estero del lavoratore*, cit., p. 90 ss., anche l'istituto della trasferta rientra nell'ambito di applicazione dell'art. 2103 c.c., in sintonia con quell'autorevole dottrina minoritaria che fa leva sul dato testuale della norma come riscritta dallo Statuto dei lavoratori (F. LISO, *La mobilità del lavoratore in azienda: il quadro legale*, Giuffrè, Milano, 1982, p. 275 ss.; C. CESTER, *Unità produttiva e rapporti di lavoro*, Cedam, Padova, 1983, p. 236 ss.).

⁽⁴⁵⁾ Mod. dall'art. 4, co. 1, lett. a, d.lgs. n. 104/2022.

Pertanto, non tutti gli elementi di cui all'art. 1, comma 1, d.lgs. n. 152/1997 subiranno una sostanziale modifica in virtù della partenza del lavoratore all'estero ⁽⁴⁶⁾.

Tra gli elementi che possono subire una modifica, in virtù del distacco o della trasferta del lavoratore all'estero, vi è quello per cui il datore di lavoro dovrà comunicare al lavoratore il nominativo dell'utilizzatore o del cliente presso cui eseguirà la prestazione. Si pensi al caso di un montaggio o smontaggio di strutture metalliche da realizzare presso fiere o mostre campionarie, dove normalmente è sottoscritto un contratto di appalto ⁽⁴⁷⁾. La modifica, dunque, riguarderà l'identità delle parti di cui all'art. 1, comma 1, lett. *a*, d.lgs. n. 152/1997.

Altra modifica interesserà senz'altro il luogo di esecuzione della prestazione ai sensi della successiva lett. *b*. Nella lettera di assunzione o nel contratto di lavoro potranno indicarsi luoghi diversi anche all'estero, tuttavia, al momento del distacco, il datore di lavoro dovrà esattamente determinare il luogo di esecuzione della prestazione. A ciò si aggiunge l'ulteriore obbligo informativo di cui alla lett. *a* dell'art. 2 in commento riguardante l'indicazione del paese o dei paesi in cui deve essere svolto il lavoro all'estero ⁽⁴⁸⁾.

La lett. *g* dell'art. 1, comma 1, afferma che in caso di lavoratori dipendenti da agenzia di somministrazione di lavoro, questi hanno diritto di essere informati, «quando e non appena è nota», l'identità delle imprese utilizzatrici. L'obbligo quindi si attua al momento della partenza del lavoratore distaccato da un'agenzia di somministrazione presso un Paese terzo o uno Stato membro ⁽⁴⁹⁾.

Per quanto riguarda l'orario di lavoro, individuato dalle lett. *o*) e *p*) dell'art. 1, comma 1, la modifica potrà riguardare la diversa articolazione oraria in virtù dell'organizzazione aziendale presso cui il lavoratore presterà la propria opera. La lett. *a* dell'art. 2 stabilisce quale informazione aggiuntiva anche la durata del distacco entro la quale il datore di lavoro dovrà comunicare l'articolazione oraria di svolgimento della prestazione all'estero o, in caso di imprevedibilità del tempo lavoro, dovrà informare il lavoratore dei giorni o delle ore di riferimento in cui sarà tenuto a svolgere la prestazione lavorativa ovvero del periodo minimo di preavviso per eseguire la prestazione. Se poi la durata del distacco dovesse prolungarsi oltre la sua naturale scadenza, il datore di lavoro dovrà informarne il lavoratore, oltre a dover adempiere alle prescrizioni di cui alla legge applicabile nello Stato membro ove si svolge il lavoro, conformemente alla direttiva del 2014 in materia di comunicazioni telematiche del distacco transnazionale. Tra le informazioni aggiuntive, l'art. 2, comma 1, lett. *g*, prevede l'obbligo del datore di lavoro di fornire al lavoratore l'indirizzo del sito internet istituzionale dello Stato

⁽⁴⁶⁾ Le informazioni che non subiranno una modifica in seguito al distacco del lavoratore in un Paese terzo o in uno Stato membro sono: la sede o il domicilio del datore di lavoro (lett. *c*); l'inquadramento, il livello e la qualifica attribuiti al lavoratore o, in alternativa, le caratteristiche o la descrizione sommaria del lavoro (lett. *d*); la data di inizio del rapporto di lavoro (lett. *e*); la tipologia del rapporto di lavoro (lett. *f*); la durata del periodo di prova (lett. *h*); il diritto a ricevere la formazione, se prevista (lett. *i*); la durata del congedo per ferie o gli altri congedi retribuiti (lett. *l*); il preavviso per il recesso (lett. *m*).

⁽⁴⁷⁾ Si veda la nota INL prot. 4833 del 5 giugno 2017.

⁽⁴⁸⁾ Art. 7, par. 1, lett. *a*, direttiva 2019/1152/UE.

⁽⁴⁹⁾ G. PROIA, *Le novità, sistemiche e di dettaglio, del decreto trasparenza*, cit., p. 582, ricorda che l'indicazione deve essere data prima dell'invio in missione presso l'utilizzatore ai sensi dell'art. 33, co. 3, d.lgs. n. 81/2015, come mod. dall'art. 5, co. 2, d.lgs. n. 104/2022.

membro ospitante in cui sono pubblicate le informazioni sul distacco ⁽⁵⁰⁾. La disposizione deve essere letta unitamente all'art. 5 della direttiva 2014/67/UE che impone agli Stati membri di adottare le misure appropriate per far sì che le informazioni relative alle condizioni di lavoro e di occupazione di cui all'art. 3 della direttiva 96/71/CE che i prestatori di servizi devono rispettare, siano rese pubbliche gratuitamente in modo chiaro, trasparente, esauriente e facilmente accessibile a distanza e per via elettronica, in formati e in conformità di standard web di accessibilità.

Si pone perciò la questione dell'insufficienza delle informazioni contenute nel sito web del Paese membro in cui avverrà il distacco e il conseguente obbligo del datore di lavoro di dover integrare dette informazioni. Una possibile soluzione potrebbe essere quella del rinvio al contratto collettivo applicato nel Paese membro di esecuzione della prestazione. Infatti, l'art. 3 della direttiva 96/71/CE afferma che le condizioni di lavoro e occupazione ⁽⁵¹⁾ sono fissate da «contratti collettivi o da arbitrati dichiarati di applicazione generale, a norma del paragrafo 8» ⁽⁵²⁾. Lo stesso art. 5, par. 4, della direttiva 2014/67/UE, stabilisce che «le condizioni di lavoro di cui all'articolo 3 della direttiva 96/71/CE» sono stabiliti in contratti collettivi, nel rispetto dell'autonomia delle parti sociali. La direttiva precisa altresì che «gli Stati membri si assicurano che tali condizioni siano messe a disposizione dei prestatori di servizi provenienti da altri Stati membri e dei lavoratori distaccati in modo accessibile e trasparente». Le pertinenti informazioni dovrebbero in particolare riguardare le diverse tariffe minime salariali e i loro elementi costitutivi, il metodo utilizzato per calcolare la retribuzione dovuta e, se del caso, i criteri per la classificazione nelle diverse categorie salariali.

⁽⁵⁰⁾ Si veda art. 7, par. 2, lett. c, direttiva 2019/1152/UE.

⁽⁵¹⁾ L'art. 3 della direttiva 96/71/CE stabilisce che le condizioni di lavoro e occupazione da garantire al lavoratore distaccato possono rinvenirsi da disposizioni di legge o di contratto collettivo sempreché vertano sulle seguenti materie: a) periodi massimi di lavoro e periodi minimi di riposo; b) durata minima delle ferie annuali retribuite; c) tariffe minime salariali, comprese le tariffe maggiorate per lavoro straordinario; il presente punto non si applica ai regimi pensionistici integrativi di categoria; d) condizioni di cessione temporanea dei lavoratori, in particolare la cessione temporanea di lavoratori da parte di imprese di lavoro temporaneo; e) sicurezza, salute e igiene sul lavoro; f) provvedimenti di tutela riguardo alle condizioni di lavoro e di occupazione di gestanti o puerpere, bambini e giovani; g) parità di trattamento fra uomo e donna nonché altre disposizioni in materia di non discriminazione.

⁽⁵²⁾ In particolare, il par. 8 dell'art. 3 della direttiva 96/71/CE afferma che «per contratti collettivi o arbitrati, dichiarati di applicazione generale, si intendono quelli che devono essere rispettati da tutte le imprese situate nell'ambito di applicazione territoriale e nella categoria professionale o industriale interessate. In mancanza di un sistema di dichiarazione di applicazione generale di contratti collettivi o di arbitrati di cui al primo comma, gli Stati membri possono, se così decidono, avvalersi: dei contratti collettivi o arbitrati che sono in genere applicabili a tutte le imprese simili nell'ambito di applicazione territoriale e nella categoria professionale o industriale interessate e/o dei contratti collettivi conclusi dalle organizzazioni delle parti sociali più rappresentative sul piano nazionale e che sono applicati in tutto il territorio nazionale, a condizione che la loro applicazione alle imprese di cui all'articolo 1, paragrafo 1 assicuri la parità di trattamento quanto alle materie di cui al paragrafo 1, primo comma del presente articolo, fra tali imprese e le altre imprese di cui al presente comma che si trovano in una situazione analoga. Vi è parità di trattamento, a norma del presente articolo, quando le imprese nazionali che si trovano in una situazione analoga: sono soggette, nel luogo o nel settore in cui svolgono la loro attività, ai medesimi obblighi delle imprese che effettuano il distacco, per quanto attiene alle materie menzionate al paragrafo 1, primo comma del presente articolo, e sono soggette ai medesimi obblighi, aventi i medesimi effetti».

In conseguenza delle richiamate fonti europee, il datore di lavoro dovrà comunicare al lavoratore in distacco presso uno Stato membro, la variazione, o meglio la contestuale «applicazione» dei contratti collettivi nazionale e del Paese membro presso cui il lavoratore dovrà svolgere la prestazione lavorativa ⁽⁵³⁾.

3.1. Il trattamento economico-normativo

La lett. *e* dell'art. 2, comma 1, d.lgs. n. 152/1997, prevede che il datore di lavoro deve informare il lavoratore sulla «retribuzione cui ha diritto il lavoratore conformemente al diritto applicabile dello Stato membro ospitante» ⁽⁵⁴⁾. La successiva lett. *f* stabilisce anche di informare sulle «eventuali indennità specifiche per il distacco e le modalità di rimborso delle spese di viaggio, vitto e alloggio» ⁽⁵⁵⁾.

Per quanto riguarda il distacco in un Paese membro, nell'ambito di una prestazione transnazionale di servizi, la direttiva 96/71/CE dispone, all'art. 3 ⁽⁵⁶⁾, tra le condizioni di lavoro fondamentali applicabili ai lavoratori distaccati, la corresponsione di una retribuzione, comprensiva delle tariffe per lavoro straordinario, determinata dalla normativa o dalla prassi nazionale dello Stato membro nel cui territorio il lavoratore è distaccato. La direttiva del 2018 ha altresì precisato che nel concetto di retribuzione devono rientrare tutti gli elementi costitutivi resi obbligatori da disposizioni legislative, regolamentari o amministrative nazionali, da contratti collettivi o da arbitrati che sono stati dichiarati di applicazione generale nello Stato membro in questione ⁽⁵⁷⁾. Pertanto, al fine di adempire all'obbligo informativo sulla retribuzione erogabile per la prestazione resa in un Paese membro il datore di lavoro dovrà individuare il contratto collettivo applicato o le disposizioni legislative che hanno dato attuazione alle direttive europee in materia di distacco transnazionale. Del resto, l'art. 7, par. 3, direttiva 1152/2022/UE, afferma che le informazioni sulla retribuzione e sulla valuta possono «essere fornite sotto forma di un riferimento alle disposizioni specifiche di leggi, regolamenti e atti amministrativi o statutari ovvero ai contratti collettivi che disciplinano le informazioni ivi considerate».

Per quanto riguarda le informazioni sulle modalità di rimborso delle spese di vitto e alloggio, l'art. 3 della direttiva del 1996 precisa che dette spese devono essere sostenute dal lavoratore distaccato qualora debba recarsi all'abituale luogo di lavoro nello Stato membro nel cui territorio è distaccato e fare da esso ritorno, ovvero qualora sia

⁽⁵³⁾ L'art. 1, co. 1, lett. *g*, d.lgs. n. 152/1997, dispone che il datore di lavoro dovrà comunicare al lavoratore «il contratto collettivo, anche aziendale, applicato al rapporto di lavoro, con l'indicazione delle parti che lo hanno sottoscritto».

⁽⁵⁴⁾ Si veda art. 7, par. 2, lett. *a*, direttiva 2019/1152/UE.

⁽⁵⁵⁾ Si veda art. 7, par. 2, lett. *b*, direttiva 2019/1152/UE.

⁽⁵⁶⁾ Come modificato dalla direttiva 2018/957/UE.

⁽⁵⁷⁾ Il Min. lav. con interpello n. 33/2010 ha precisato che nella nozione di retribuzione devono essere ricomprese tutte le erogazioni patrimoniali del periodo di riferimento, al lordo di qualsiasi contributo e trattenuta. La retribuzione così intesa va dunque più strettamente legata alla definizione di «reddito da lavoro dipendente» valida ai fini fiscali e nella stessa rientrano tutte le erogazioni patrimoniali aventi causa nel rapporto di lavoro in senso lato, senza operare una comparazione per singola voce retributiva che risulterebbe comunque impossibile in considerazione dei differenti regimi normativi applicabili nei diversi Paesi europei. Sul punto si veda circ. INL n. 1/2017.

inviato temporaneamente dal proprio datore di lavoro dall'abituale luogo di lavoro verso un altro luogo di lavoro.

Se, invece, il distacco avviene in un Paese terzo, le informazioni sulla retribuzione devono essere desunte dall'art. 2 d.l. n. 317/1987. Ora, la lett. *e* dell'art. 2 in commento si riferisce alla retribuzione da corrispondere al lavoratore in caso di distacco in Paese membro; mentre l'obbligo informativo nei confronti di un lavoratore distaccato in un Paese terzo sarebbe desumibile, indirettamente, dalla conseguente modifica all'elemento del rapporto di lavoro relativo alla retribuzione previsto dalla lett. *n* dell'art. 1 d.lgs. n. 152/1997.

L'art. 2 d.l. n. 317/1987 dispone che il contratto di lavoro dei lavoratori italiani da impiegare o da trasferire all'estero preveda: a) un trattamento economico e normativo complessivamente non inferiore a quello previsto dai contratti collettivi nazionali di lavoro stipulati dalle associazioni sindacali comparativamente più rappresentative per la categoria di appartenenza del lavoratore, e, distintamente, l'entità delle prestazioni in denaro o in natura connesse con lo svolgimento all'estero del rapporto di lavoro; b) la possibilità per i lavoratori di ottenere il trasferimento in Italia della quota di valuta trasferibile delle retribuzioni corrisposte all'estero, fermo restando il rispetto delle norme valutarie italiane e del Paese d'impiego; c) un'assicurazione per ogni viaggio di andata del luogo di destinazione e di rientro dal luogo stesso, per i casi di morte o di invalidità permanente; d) il tipo di sistemazione logistica; e) idonee misure in materia di sicurezza.

La sovrapposibilità dell'art. 2, comma 1, d.lgs. n. 152/1997 con la succitata disposizione si rinviene non solo sull'ulteriore obbligo informativo inerente alla retribuzione da corrispondere, ma anche sulla valuta in cui verrà corrisposta ⁽⁵⁸⁾, sulle eventuali prestazioni ulteriori in denaro o in natura inerenti agli incarichi svolti ⁽⁵⁹⁾, sulle eventuali indennità specifiche per il distacco e le modalità di rimborso delle spese di viaggio, vitto e alloggio ⁽⁶⁰⁾ e, infine, sulle condizioni del rimpatrio del lavoratore ⁽⁶¹⁾.

Si pone pertanto il problema dell'applicabilità del contratto collettivo stipulato in Italia al rapporto di lavoro svolto all'estero ⁽⁶²⁾, salvo che le parti non hanno curato di definire specificatamente a riguardo.

Secondo una parte della giurisprudenza il contratto collettivo esplica un'efficacia esclusivamente territoriale salvo espressa diversa volontà delle parti ⁽⁶³⁾. Un diverso

⁽⁵⁸⁾ Art. 2, co. 1, lett. *b*, d.lgs. n. 152/1997; nonché art. 7, par. 1, lett. *b*, direttiva 2019/1152/UE.

⁽⁵⁹⁾ Art. 2, co. 1, lett. *c*, d.lgs. n. 152/1997; nonché art. 7, par. 1, lett. *c*, direttiva 2019/1152/UE.

⁽⁶⁰⁾ Art. 2, co. 1, lett. *f*, d.lgs. n. 152/1997.

⁽⁶¹⁾ Art. 2, co. 1, lett. *d*, d.lgs. n. 152/1997; nonché art. 7, par. 1, lett. *d*, direttiva 2019/1152/UE.

⁽⁶²⁾ La precedente formulazione dell'art. 2, co. 2, d.lgs. n. 152/1997, stabiliva che le informazioni sulla valuta e sugli eventuali vantaggi in danaro o in natura collegati allo svolgimento della prestazione lavorativa all'estero, potevano «essere effettuati mediante rinvio alle norme del contratto collettivo applicato al lavoratore».

⁽⁶³⁾ Cass. 16 aprile 1993, n. 4505, secondo cui «i contratti collettivi di lavoro spiegano la loro efficacia, di regola, all'interno del territorio nazionale e, in mancanza di diversa ed esplicita volontà delle parti (sociali) contraenti, non sono quindi applicabili ad attività lavorative svolte al di fuori dei confini dello Stato, salvo l'accertamento del giudice del merito (incensurabile in sede di legittimità se correttamente motivato) circa la sussistenza di una pattuizione individuale nel senso dell'applicabilità di un contratto collettivo a rapporto di lavoro svoltosi all'estero». Nella specie, l'impugnata sentenza confermata sul punto dalla Suprema Corte aveva ritenuto che il ccnl per gli edili del 1° agosto 1959, reso efficace *erga omnes* con d.P.R. 14 luglio 1960 n. 1032, non solo non conteneva alcuna esplicita manifestazione di

orientamento evidenzia invece che le prioritarie esigenze di tutela del lavoratore dipendente, principale oggetto di cura da parte della contrattazione collettiva, escludono che la disciplina dettata dalla contrattazione collettiva sia limitata al territorio nazionale, salvo le parti abbiano espressamente stabilito in termini diversi ⁽⁶⁴⁾. Infine, secondo un ulteriore orientamento giurisprudenziale ⁽⁶⁵⁾, l'applicazione della normativa contrattuale impone una valutazione delle specifiche modalità della prestazione e delle condizioni economiche-sociali del Paese di destinazione, al fine di stabilire quali clausole, essendo indifferenti rispetto al luogo della prestazione, trovano comunque applicazione e quali, invece, presupponendo determinate condizioni di lavoro, non possono ritenersi volute e quindi applicabili in relazione ad attività da svolgersi all'estero od in paesi che tali condizioni non consentono. In altre parole, secondo tale ultima lettura, l'applicazione o meno delle norme contrattuali dipende dalla loro funzionalità rispetto all'esecuzione all'estero della prestazione lavorativa.

A conferma della rilevanza delle previsioni adottate in sede di contrattazione collettiva vi è comunque il d.m. 23 dicembre 2021 con il quale sono stati determinati gli importi convenzionali delle retribuzioni dei lavoratori italiani all'estero per l'anno 2022 ⁽⁶⁶⁾.

La specifica prestazione in danaro o in natura inerenti agli incarichi svolti al di fuori del territorio nazionale, prevista sia dall'art. 2 d.l. n. 317/1987 sia dall'art. 2 d.lgs. n. 152/1997, dunque da riconoscere sia al lavoratore distaccato in un Paese membro sia in uno Stato terzo, viene convenzionalmente individuata come «indennità estero». Le norme richiamate non risolvono però la controversa questione della natura da riconoscere a tale emolumento, in merito alla quale si è sviluppata un'ampia e non univoca giurisprudenza. Quest'ultima ipotizza che tale indennità estero possa avere o natura retributiva ⁽⁶⁷⁾ ove intesa esplicitamente a compensare il disagio connesso alla situazione straordinaria in cui si venga a trovare il lavoratore, o riparatoria (risarcitoria) ⁽⁶⁸⁾ laddove con essa si intenda specificatamente risarcire il lavoratore espatriato degli oneri connessi ad un costo della vita particolarmente elevato o, infine, natura mista ove finalizzata a rispondere ad entrambe le menzionate finalità ⁽⁶⁹⁾.

volontà delle parti collettive di estendere il contratto stesso oltre i confini statali, ma limitava espressamente la sua validità al territorio italiano.

⁽⁶⁴⁾ Cass. 25 febbraio 1988, n. 2029, afferma che «in mancanza di una diversa volontà delle parti contraenti, i contratti collettivi di lavoro sono applicabili anche alle prestazioni lavorative svolte fuori del territorio nazionale».

⁽⁶⁵⁾ Cass. 5 settembre 1988, n. 5021, stabilisce che «ove la contrattazione collettiva di diritto comune non limiti espressamente la propria efficacia al territorio nazionale, si applicano al lavoratore italiano trasferito all'estero gli istituti contrattuali che siano indifferenti alla situazione socio-economica del paese ospitante».

⁽⁶⁶⁾ Leggilo in G.U. 18 gennaio 2022, n. 13.

⁽⁶⁷⁾ Cass. 11 febbraio 2009, n. 3374.

⁽⁶⁸⁾ Cass. 18 giugno 1991, n. 6911; Cass. 9 novembre 1990, n. 10804.

⁽⁶⁹⁾ Cass. 4 gennaio 2000, n. 22, in *RIDL*, 2001, p. 298 ss., con nota di R. FOGLIA, *Nuovi spunti giurisprudenziali sulla natura (retributiva o risarcitoria) dell'indennità estero*. In dottrina, tra gli altri, R. SCOGNAMILGIO, *Quando il lavoratore va all'estero: le indennità*, in *MGL*, 1988, p. 564 ss.; G. SANTORO PASSARELLI, *Il trattamento economico del lavoratore all'estero*, cit., p. 594 ss.; F. BASENGHI, *Il trasferimento del lavoratore all'estero*, cit., p. 158.

3.2. Il trattamento previdenziale

Il datore di lavoro è tenuto a comunicare al lavoratore, ai sensi dell'art. 1, comma 1, lett. *r*, d.lgs. n. 152/1997, come modificato dall'art. 4 d.lgs. n. 104/2022, le informazioni sugli «gli enti e gli istituti che ricevono i contributi previdenziali e assicurativi dovuti dal datore di lavoro e qualunque forma di protezione in materia di sicurezza sociale fornita dal datore di lavoro stesso». Quindi, in caso di distacco del lavoratore in uno Stato membro o in un Paese terzo, il datore di lavoro dovrà comunicare al lavoratore la «modifica» sulla posizione previdenziale e sui sistemi di sicurezza sociale applicabili per lo svolgimento della prestazione all'estero.

È necessario premettere che il rapporto di lavoro che presenti elementi di internazionalità è soggetto al principio di territorialità in base al quale la copertura assicurativa in materia previdenziale e di sicurezza sociale del lavoratore operante all'estero, sarà disciplinata dalla legislazione del Paese in cui viene svolta l'attività lavorativa ⁽⁷⁰⁾. In tali casi, tuttavia, bisogna distinguere a seconda del Paese in cui il lavoratore viene inviato.

Per i lavoratori operanti in Paesi membri dell'UE, il Regolamento 883/2004/CE e il Regolamento di applicazione 16 settembre 2009, n. 987, disciplinano l'aspetto previdenziale del rapporto di lavoro, in virtù dei principi generali di parità di trattamento delle persone nei confronti delle legislazioni nazionali, di unicità della legislazione applicabile, della totalizzazione dei periodi assicurativi o di residenza nei Paesi membri per il diritto alle prestazioni, per l'accesso all'assicurazione obbligatoria, facoltativa o volontaria, nonché per l'ammissione ai benefici previsti da una legislazione nazionale. In tali casi la regola generale è fissata dall'art. 11 del Regolamento per cui durante la permanenza del lavoratore nel Paese estero è sospesa l'obbligazione contributiva in Italia, restando il rapporto assoggettato esclusivamente alla normativa previdenziale del Paese in cui si svolge la prestazione, anche se il lavoratore risiede in altro Paese o il datore di lavoro da cui dipende ha la propria sede o il proprio domicilio in altro Stato membro.

⁽⁷⁰⁾ L'art. 57 l. n. 218/1995 estende a tutte le obbligazioni contrattuali le disposizioni della Convenzione di Roma del 19 giugno 1980, resa esecutiva in Italia con la l. 18 dicembre 1984, n. 975. Tale Convenzione è stata successivamente estesa alle obbligazioni contrattuali contratte al di fuori dell'ambito europeo ed è stata, da ultimo, sostituita dal Regolamento 593/2008/CE (Regolamento Roma I) che dunque contiene la disciplina di legge applicabile ai rapporti di lavoro che presentano profili di internazionalità. L'art. 8, co. 1, del Regolamento Roma I, dispone che «un contratto individuale di lavoro è disciplinato dalla legge scelta dalle parti conformemente all'articolo 3. Tuttavia, tale scelta non vale a privare il lavoratore della protezione assicurativa dalle disposizioni alle quali non è permesso derogare convenzionalmente in virtù della legge che, in mancanza di scelta, sarebbe stata applicabile». La scelta della disciplina, infine, è soggetta agli ulteriori obblighi derivanti dal «principio dell'ordine pubblico» previsto dall'art. 21 e dalle «norme di applicazione necessaria» di cui all'art. 9 del Regolamento Roma I. In dottrina si veda A. MONTANARI, *Diritto internazionale privato del lavoro e ordinamento comunitario*, in F. CARINCI, A. PIZZOFERRATO (a cura di), *Diritto del lavoro dell'Unione europea*, vol. IX, Utet, Torino, 2010, p. 826 ss.; F. SEATZU, *La legge applicabile ai contratti individuali di lavoro*, in N. BOSCHIERO (a cura di), *La nuova disciplina comunitaria della legge applicabile ai contratti (Roma I)*, Giappichelli, Torino, 2009, p. 337 ss.; U. VILLANI, *La Convenzione di Roma sulla legge applicabile ai contratti*, Cacucci, Bari, 2002, p. 3 ss.

Un'eccezione al principio di territorialità è rappresentato dal regime del c.d. «distacco previdenziale», per cui il rapporto rimane disciplinato dalla legislazione previdenziale vigente nel territorio italiano ove ricorrano determinate condizioni.

In particolare, l'art. 12 del Regolamento 883/2004/CE e l'art. 14 del Regolamento 987/2009/CE, prevedono quali condizioni: la durata prevedibile dell'attività lavorativa da svolgersi nello Stato di destinazione non deve essere superiore a 24 mesi; la persona non deve essere stata inviata in sostituzione di un lavoratore che sia a sua volta giunto al termine massimo dei 24 mesi; il lavoratore deve mantenere per tutto il periodo di attività nello Stato di destinazione un legame organico con il suo datore di lavoro. Quindi, in caso siano soddisfatte tutte le condizioni per il distacco del lavoratore previste dalla normativa comunitaria, il datore di lavoro potrà richiedere all'Inps il rilascio del certificato A1 ⁽⁷¹⁾, il quale attesterà l'iscrizione dell'impresa al sistema di sicurezza sociale del paese di origine. Il datore di lavoro dovrà pertanto informare il lavoratore distaccato in un Paese membro che, in virtù del rilascio del modello A1, i contributi previdenziali continueranno a essere versati esclusivamente alla gestione previdenziale italiana.

La tutela previdenziale del lavoratore distaccato in un Paese terzo è contenuta invece nel d.l. n. 317/1987, il cui art. 1 stabilisce che i lavoratori italiani operanti all'estero, in Paesi extracomunitari con i quali non sono in vigore accordi di sicurezza sociale, alle dipendenze dei datori di lavoro italiani e stranieri, sono obbligatoriamente iscritti alle seguenti forme di previdenza ed assistenza sociale, con le modalità in vigore nel territorio nazionale ⁽⁷²⁾:

- a) assicurazione per l'invalidità, la vecchiaia ed i superstiti;
- b) assicurazione contro la tubercolosi;
- c) assicurazione contro la disoccupazione involontaria;
- d) assicurazione contro gli infortuni sul lavoro e le malattie professionali;
- e) assicurazione contro le malattie;
- f) assicurazione di maternità.

In assenza di una Convenzione bilaterale i contributi saranno quindi versati sia nel luogo di esecuzione della prestazione lavorativa, sia, attesa la tutela minima obbligatoria prevista dalla normativa italiana, in Italia. Tale situazione dà luogo alla c.d. «doppia imposizione» che risponde all'esigenza ⁽⁷³⁾ di evitare il rischio che i lavoratori inviati in Paesi extracomunitari non convenzionati restino privi di una copertura previdenziale, «in palese contraddizione con quanto sancito dall'art. 35 Cost.» ⁽⁷⁴⁾.

Nei Paesi extracomunitari convenzionati ⁽⁷⁵⁾, gli accordi vigenti permettono invece, al lavoratore inviato, di mantenere, durante il distacco, il regime previdenziale dello Stato del paese di origine, generalmente più favorevole rispetto a quello di altri Paesi. Ciò rappresenta un'eccezione al principio di territorialità del vincolo contributivo ed evita nel contempo di dar luogo alla c.d. «doppia imposizione». Le Convenzioni hanno

⁽⁷¹⁾ Sulle modalità telematiche di richiesta del modello A1 si veda circ. INPS 11 giugno 2019, n. 86.

⁽⁷²⁾ L'art. 3 d.l. n. 317/1987 prevede una serie di tutele per la malattia, l'infortunio o la malattia professionale e per la maternità.

⁽⁷³⁾ Si veda C. cost. 30 dicembre 1985, n. 369, cit.

⁽⁷⁴⁾ Così S. RUBINO, *Il lavoro italiano all'estero*, op. cit., p. 151.

⁽⁷⁵⁾ Per l'elenco dei Paesi extracomunitari con cui l'Italia ha sottoscritto Convenzioni bilaterali di sicurezza sociale si rinvia al seguente link: <https://www.inps.it/prestazioni-servizi/paesi-extra-ue-convenzionati>.

validità solo per gli Stati firmatari e, per essere operanti nell'ordinamento interno dello Stato, devono essere ratificati da una legge ordinaria e riguardano, in genere, prestazioni di invalidità, di vecchiaia, ai superstiti; in caso di morte; di disoccupazione; in caso di infortuni sul lavoro e malattie professionali; in caso di malattia e maternità. Nelle ipotesi in cui le convenzioni internazionali non comprendano tutte le forme di tutela previdenziale alle quali i lavoratori operanti all'estero sono obbligatoriamente iscritti ai sensi dell'art. 1 d.l. n. 317/1987, trova applicazione la legislazione previdenziale italiana ⁽⁷⁶⁾.

4. Le missioni in uno Stato membro o in un paese terzo

Altro strumento giuridico per la mobilità del lavoratore all'estero idoneo a far sorgere gli obblighi informativi in capo al datore di lavoro è quello della missione o trasferta ⁽⁷⁷⁾ in un Paese membro o in uno Stato terzo. L'art. 2, comma 2, d.lgs. n. 152/1997 stabilisce che al lavoratore che è inviato in missione in uno Stato membro o in un paese terzo per un periodo superiore a quattro settimane consecutive ⁽⁷⁸⁾, il datore di lavoro comunica per iscritto, prima della partenza, qualsiasi modifica degli elementi del rapporto di cui all'art. 1, comma 1, d.lgs. n. 152/1997, nonché le ulteriori informazioni relative al paese o i paesi dove verrà svolto il lavoro; la valuta in cui verrà corrisposta la retribuzione, le eventuali prestazioni in danaro o in natura e le condizioni che disciplinano il rimpatrio. Pertanto, il datore di lavoro, rispetto agli obblighi di cui al comma 1, non dovrà fornire le ulteriori informazioni relative al distacco del lavoratore in uno Stato membro nell'ambito di una prestazione transnazionale di servizi, di cui alle lett. *e, f, g* dell'art. 2, comma 1, d.lgs. n. 152/1997.

Ne consegue che se la trasferta avviene per un periodo inferiore alle quattro settimane o per periodi frazionati inferiori a tale limite, il datore di lavoro non ha un obbligo informativo ai sensi dell'art. 2, comma 2, d.lgs. n. 152/1997 nei confronti dei lavoratori comandati all'estero.

⁽⁷⁶⁾ Si veda circ. INPS n. 90/1992.

⁽⁷⁷⁾ Nell'ordinamento non esiste una definizione di trasferta, se non ai fini fiscali; perciò, la stessa è stata fornita dalla giurisprudenza e dalla dottrina, recepita nella contrattazione collettiva. In giurisprudenza si veda Cass. 11 dicembre 2013, n. 27643, secondo cui «la nozione di trasferta è caratterizzata dal trasferimento del lavoratore in un luogo diverso da quello abituale per svolgere l'attività lavorativa; dalla temporaneità del mutamento del luogo di lavoro; dalla necessità che la prestazione lavorativa sia effettuata in esecuzione di un ordine di servizio del datore di lavoro e dalla irrilevanza del consenso del lavoratore».

⁽⁷⁸⁾ Nella direttiva 96/71/CE, al considerando 16, è utilizzata la stessa tecnica di deroga alle condizioni di lavoro e occupazione in caso di distacco non superiore a un mese, al fine di garantire una determinata flessibilità nell'applicazione delle disposizioni concernenti le tariffe minime salariali e la durata minima delle ferie annuali retribuite. L'art. 3, c. 3, direttiva 96/71/CE afferma infatti che «gli Stati membri possono decidere, previa consultazione delle parti sociali e in base agli usi e costumi vigenti nei rispettivi Stati, di non applicare il paragrafo 1, primo comma, lettera c) ai casi di cui all'articolo 1, paragrafo 3, lettere a) e b), qualora la durata del distacco non sia superiore a un mese». Si veda l'art. 7, par. 4, direttiva 2019/1152/UE.

Il datore di lavoro dovrà dunque comunicare al lavoratore l'entità della trasferta estero da corrispondere, secondo il CCNL applicato ⁽⁷⁹⁾ e la valuta del paese in cui svolgerà la prestazione lavorativa, nonché il regime fiscale applicabile ⁽⁸⁰⁾, conformemente alle lett. *b e c*, comma 1, d.lgs. n. 152/1997.

Sul piano contributivo, l'art. 5 d.l. n. 317/1987, stabilisce che per i lavoratori inviati in trasferta all'estero l'indennità di trasferta, anche se corrisposta con continuità ed indipendentemente dal luogo in cui la trasferta è svolta, è esclusa dalla retribuzione imponibile per il calcolo dei contributi ai sensi dell'art. 12 della legge 30 aprile 1969, n. 153, per una quota pari all'ammontare esente dall'imposta sul reddito delle persone fisiche ⁽⁸¹⁾.

⁽⁷⁹⁾ Tra i molteplici CCNL si può citare: CCNL Refrattari e piastrelle industrie che prevede al lavoratore inviato in missione per esigenze di servizio l'erogazione del rimborso delle spese effettive di viaggio corrispondenti ai mezzi normali di trasporto e delle altre spese vive necessarie per l'espletamento della missione; oltre un'indennità pari al 15% delle retribuzione giornaliera; CCNL per i lavoratori addetti all'industria metalmeccanica privata e all'installazione di impianti, prevede un rimborso spese per i lavoratori comandati a prestare la propria opera fuori dallo stabilimento; in alternativa al rimborso, è possibile corrispondere un'indennità di trasferta forfettaria per ciascun pasto e per il pernottamento; CCNL per i dipendenti da aziende del Terziario, della Distribuzione e dei Servizi, stabilisce l'erogazione del rimborso spese effettive di viaggio; il rimborso delle spese effettive per il trasporto bagagli; il rimborso delle spese postali, telegrafiche ed altre, sostenute in esecuzione del mandato nell'interesse dell'azienda; una diaria non inferiore al doppio della quota giornaliera della retribuzione di fatto di cui all'art. 195; qualora non vi sia pernottamento fuori sede la diaria verrà ridotta di un terzo.

⁽⁸⁰⁾ L'art. 51, co. 5, d.P.R. n. 917/1986 (TUIR), prevede che «le indennità percepite per le trasferte o le missioni fuori del territorio comunale concorrono a formare il reddito per la parte eccedente euro 46,48 al giorno, elevate a euro 77,46 per le trasferte all'estero, al netto delle spese di viaggio e di trasporto; in caso di rimborso delle spese di alloggio, ovvero di quelle di vitto, o di alloggio o vitto fornito gratuitamente il limite è ridotto di un terzo. Il limite è ridotto di due terzi in caso di rimborso sia delle spese di alloggio che di quelle di vitto. In caso di rimborso analitico delle spese per trasferte o missioni fuori del territorio comunale non concorrono a formare il reddito i rimborsi di spese documentate relative al vitto, all'alloggio, al viaggio e al trasporto, nonché i rimborsi di altre spese, anche non documentabili, eventualmente sostenute dal dipendente, sempre in occasione di dette trasferte o missioni, fino all'importo massimo giornaliero di euro 15,49, elevate a euro 25,82 per le trasferte all'estero».

⁽⁸¹⁾ Da ultimo Cass. 25 febbraio 2022, n. 6294, afferma che «in tema di contributi dovuti per i regimi assicurativi dei lavoratori operanti all'estero, in Paesi extracomunitari con i quali non sono in vigore accordi di sicurezza sociale, ai fini della individuazione della base imponibile contributiva, deve aversi riguardo alla retribuzione effettivamente corrisposta, e non alle retribuzioni convenzionali individuate con i d.m. richiamati dall'art. 4, comma 1, del d.l. n. 314 del 1987, conv. dalla l. n. 398 del 1987, restando inapplicabile il comma 8 bis dell'art. 48 del d.P.R. n. 917 del 1986 (poi divenuto 51 per effetto del d.lgs. n. 344 del 2003), che opera esclusivamente a fini fiscali; ne consegue che, ove l'indennità di trasferta corrisposta al lavoratore abbia natura retributiva, alla luce del suo carattere stabile e non contingente, va computata ai fini dell'individuazione della fascia di retribuzione convenzionale da applicare a fini contributivi».

5. Le sanzioni

Sul fronte delle sanzioni, l'art. 4, comma 1, lett. *e*, d.lgs. n. 104/2022 ha riscritto l'art. 4, comma 1, d.lgs. n. 152/1997, stabilendo che in caso di denuncia del lavoratore ⁽⁸²⁾ sul mancato, ritardato, incompleto o inesatto assolvimento agli obblighi informativi, compresi quelli per le prestazioni di lavoro all'estero di cui all'art. 2 d.lgs. n. 152/1997, l'INL applica la sanzione prevista dal novellato art. 19, comma 2, d.lgs. n. 276/2003 ⁽⁸³⁾.

Quest'ultima disposizione prevede che in caso di violazione degli obblighi informativi si applica la sanzione amministrativa pecuniaria da euro 250 a euro 1.500 per ogni lavoratore interessato ⁽⁸⁴⁾. Rispetto a tale violazione trova applicazione la procedura di diffida ai sensi dell'art. 13 d.lgs. n. 124/2004 ⁽⁸⁵⁾.

Secondo la nuova formulazione dell'art. 3 d.lgs. n. 152/1997 il datore di lavoro comunica per iscritto al lavoratore, entro il primo giorno di decorrenza degli effetti della modifica, qualsiasi variazione degli elementi del rapporto di lavoro, che non derivi direttamente dalla modifica di disposizioni legislative o regolamentari, ovvero dalle clausole del contratto collettivo. Tale disposizione deve essere letta congiuntamente all'art. 2 in commento, poiché gli effetti della comunicazione della modifica degli elementi del rapporto di lavoro ovvero delle ulteriori informazioni ai sensi del comma 1, lett. da *a* a *g*, decorreranno «prima della partenza» del lavoratore nel Paese membro o in uno Stato terzo; perciò, oltre tale limite scatterà la sanzione amministrativa.

Infine, l'art. 19, comma 1, d.lgs. n. 276/2003, si applicherà anche nell'ipotesi di missione del lavoratore in uno Stato membro o in un paese terzo per un periodo superiore a quattro settimane consecutive, poiché l'art. 4, comma 1, d.lgs. n. 152/1997, richiama integralmente l'art. 2, compreso, dunque, il comma 2.

⁽⁸²⁾ Sulla questione della denuncia del lavoratore quale condizione di procedibilità per gli accertamenti ispettivi sia consentito il rinvio a S. ROSSI, *Il sistema sanzionatorio nel decreto trasparenza*, in questo Commentario.

⁽⁸³⁾ Mod. dall'art. 5, co. 4, d.lgs. n. 104/2022.

⁽⁸⁴⁾ P. RAUSEI, *Sistema sanzionatorio per gli obblighi informativi*, in *DPL*, 2022, n. 41, p. 2479 ss.

⁽⁸⁵⁾ Circ. INL n. 4/2022.

Gli obblighi informativi in caso di modifica degli elementi del contratto di lavoro dopo l'assunzione (novella dell'art. 3, d.lgs. n. 152/1997, ai sensi dell'art. 4, comma 1, lett. d, d.lgs. n. 104/2022)

di Giada Benincasa

Abstract – La presente analisi indaga la disciplina e le modifiche apportate dal decreto trasparenza (art. 4, d.lgs. n. 104/2022) all'art. 3 del d.lgs. n. 152/1997, inerente agli obblighi informativi che i datori di lavoro e i committenti devono comunicare ai lavoratori in caso di modifica di alcuni degli elementi del contratto di lavoro. Nello specifico, oggetto del presente commento sarà l'individuazione del perimetro di applicazione della disposizione analizzata in quanto risultano escluse le modifiche che derivano direttamente da disposizioni legislative, regolamentari o contrattual-collettiva. A tal proposito, specifici approfondimenti saranno dedicati alle dinamiche concernenti la proroga del contratto, la modifica delle mansioni *ex art.* 2103, co. 6, c.c. e, da ultimo, i profili applicativi della disposizione in caso di contratti di collaborazione coordinata e continuativa.

Abstract – This paper investigates the “Transparency Decree” (i.e., Article 4, Legislative Decree no. 104/2022) and the amendments made to Article 3 of Legislative Decree no. 152/1997, concerning the employers' obligation to inform employees of any change made to the employment contract. Emphasis will be given to the scope of application of the provision under scrutiny, since the novelties laid down in legislation or collective agreements will not be considered. Special attention will be given to the extension of the contract, the change of one's tasks pursuant to Article 2103, par. 6, of the Civil Code and the provision to be implemented in case of 'coordinated and continuous' collaboration contracts.

Sommario: 1. L'intervento nel quadro dell'attuazione della Direttiva trasparenza. – 2. Gli elementi del contratto oggetto di variazione e il principio di *effettività*. – 3. Le modifiche che non derivano *direttamente da disposizioni legislative o regolamentari, ovvero dalle clausole del contratto collettivo*. – 3.1. La modifica della durata del rapporto di lavoro: il caso della *proroga* del contratto. – 3.2. La *modifica delle mansioni ex art.* 2103, co. 6, c.c. – 4. L'esplicito richiamo ai *committenti* e i profili applicativi rispetto ai contratti di collaborazione coordinata e continuativa: *cenni*.

1. L'intervento nel quadro dell'attuazione della Direttiva trasparenza

L'art. 4, comma 1, lett. *d* del d.lgs. n. 104/2022 (c.d. Decreto trasparenza), di recepimento dell'art. 6, direttiva 2019/1152/UE, interviene nel nostro ordinamento modificando l'art. 3 del d.lgs. n. 152/1997 per quanto riguarda gli obblighi informativi che i datori di lavoro e i committenti devono comunicare ai lavoratori in caso di modifica degli elementi del contratto di lavoro di cui agli artt. 1 (*Informazioni sul rapporto di lavoro*),

1-bis (*Ulteriori obblighi informativi nel caso di utilizzo di sistemi decisionali o di monitoraggio automatizzati*) e 2 (*Prestazioni di lavoro all'estero*).

Nello specifico, l'art. 6, par. 1 della direttiva richiamata, nella *ratio* generale di comunicare ai lavoratori le condizioni essenziali del loro lavoro in modo *pieno e tempestivo*, indica agli Stati membri di provvedere affinché i datori di lavoro informino i lavoratori, per iscritto, «quanto prima possibile e al più tardi il primo giorno di decorrenza degli effetti della modifica», di «eventuali modifiche degli elementi del rapporto di lavoro» nonché «delle informazioni supplementari per i lavoratori in missione in un altro Stato membro o in un paese terzo». Tuttavia, come specificato al par. 2, tale previsione «non si applica alle modifiche che riflettono semplicemente un cambiamento delle disposizioni legislative, regolamentari e amministrative o statuarie ovvero dei contratti collettivi».

Ed invero, l'intervento emendativo ad opera dell'art. 4, comma 1, lett. *d* del d.lgs. n. 104/2022, conformemente a quanto previsto dall'art. 6 della direttiva 2019/1152/UE, da un lato, riduce ⁽¹⁾, non senza complicazioni per i destinatari di tale obbligo ⁽²⁾, i tempi entro i quali è possibile realizzare l'adempimento che diviene ormai «contestuale» ⁽³⁾, passando dal termine di «un mese dall'adozione della modifica» a quello, ben più stringente, di «un giorno dalla decorrenza degli effetti della modifica» ⁽⁴⁾. Dall'altro lato, sembra diretto ad ampliare la platea dei soggetti destinatari dell'obbligo informativo, includendo, in linea con quanto previsto dal nuovo art. 1, comma 5, d.lgs. n. 152/1997, anche i committenti titolari di rapporti di collaborazione etero-organizzata e coordinata e continuativa, precedentemente esclusi dal testo originario della disposizione in parola ⁽⁵⁾.

Nonostante si tratti di un intervento correttivo di limitata portata, residuano alcune questioni di diritto che meritano particolare attenzione con riferimento tanto agli elementi del contratto che possono essere oggetto di variazione ai sensi di quanto disposto dalla vigente normativa (si veda *infra* §§2, 3 e ss.) quanto alla compatibilità degli stessi rispetto all'obbligo posto a carico dei committenti (si veda *infra* §4).

(1) Nello schema di decreto trasmesso dal Governo al Parlamento, la previsione era ancor più stringente in quanto l'obbligo di informare i lavoratori circa le modifiche intervenute sul contratto doveva essere adempiuto antecedentemente alla decorrenza della variazione (v. in <https://temi.camera.it/leg18/dossier/OCD18-16530/schema-decreto-legislativo-recante-attuazione-della-direttiva-ue-2019-1152-relativa-condizioni-lavoro-trasparenti-e-prevedibili.html>).

(2) In questo senso, già A. TURSI, *Il "decreto trasparenza": profili sistematici e problematici*, in *LDE*, 2022, n. 3, p. 15, sottolinea come «Determinare quali possano essere le "variazioni delle condizioni di lavoro" incidenti sulle materie di cui agli artt. 1 e 1-bis del decreto novellato può non essere operazione banale, soprattutto se si considera l'immediatezza con cui s'impone al datore di lavoro di provvedere».

(3) Sul punto si veda A. ZILLI, *La trasparenza nel lavoro subordinato. Principi e tecniche di tutela*, in *Labor Istantanee*, 2022, p. 141.

(4) Art. 3, d.lgs. n. 152/1997: «Il datore di lavoro comunica a ciascun lavoratore in modo chiaro e trasparente le informazioni previste dal presente decreto in formato cartaceo oppure elettronico. Le medesime informazioni sono conservate e rese accessibili al lavoratore ed il datore di lavoro ne conserva la prova della trasmissione o della ricezione per la durata di cinque anni dalla conclusione del rapporto di lavoro».

(5) In tema si veda F. FERRARO, in questo volume, tomo I, parte II, sez. I.

2. Gli elementi del contratto oggetto di variazione e il principio di *effettività*

La disposizione contenuta nell'art. 3, d.lgs. n. 152/1997, novellata dall'art. 4, comma 1, lett. *d*, d.lgs. n. 104/2022, è diretta a garantire l'efficacia della *ratio* sottesa al c.d. Decreto trasparenza ⁽⁶⁾ (e, prima ancora, alla direttiva 2019/1152/UE) durante tutto lo svolgimento della relazione lavorativa. Tale intervento, lasciando tuttavia aperta la questione inerente al rinvio a fonti eteronome ⁽⁷⁾, assicura infatti al decreto trasparenza – sul quale non si esclude che si tratti di una “disciplina sostanzialista” ⁽⁸⁾ – la capacità di produrre i propri effetti anche qualora intervengano modifiche nel rapporto di lavoro in un momento successivo all'instaurazione dello stesso. Ciò permette, nel rispetto del generale principio di *effettività* che contraddistingue la materia giuslavoristica, di evitare che, datori di lavoro e committenti, rispettino gli adempimenti formali di cui agli artt. 1, 1-*bis* e 2 del nuovo d.lgs. n. 152/1997, esclusivamente nel momento iniziale o antecedente al rapporto di lavoro (assunzione e/o affidamento dell'incarico). Merita infatti evidenziare che, a parere di chi scrive, una scelta diversa sarebbe stata in grado di privare i lavoratori di qualsivoglia tutela in termini di «occupazione più trasparente e prevedibile» richiesta dalla direttiva 2019/1152/UE ⁽⁹⁾ durante l'intero ciclo di vita del rapporto lavorativo.

Nello specifico, la normativa di riferimento prevede l'obbligo di informare i lavoratori, per iscritto ed «entro un giorno dalla decorrenza degli effetti delle modifiche» attuate, in caso di variazioni intervenute sulle «Informazioni sul rapporto di lavoro» (art. 1, d.lgs. n. 152/1997), che riguarda vari elementi, tra cui: «identità delle parti, ivi compresa quella dei co-datori (lett. *a*), «la sede o il domicilio del datore di lavoro» (lett. *c*), «l'inquadramento, il livello e la qualifica attribuiti al lavoratore o, in alternativa, le caratteristiche o la descrizione sommaria del lavoro» (lett. *d*), «la tipologia di rapporto di lavoro, precisando in caso di rapporti a termine la durata prevista dello stesso» (lett. *f*); «il diritto a ricevere la formazione erogata dal datore di lavoro, se prevista» (lett. *i*). Ancora, l'art. 3, d.lgs. n. 152/1997, riguarda altresì le modifiche inerenti agli elementi oggetto delle informazioni supplementari che devono essere fornite ai lavoratori che eseguono prestazioni lavorative all'estero (art. 2, d.lgs. n. 152/1997) nonché in caso di utilizzo di sistemi decisionali e di monitoraggio automatizzati ai sensi dell'art. 1-*bis*, d.lgs. n. 152/1997 ⁽¹⁰⁾, tra cui gli «aspetti del rapporto di lavoro sui quali incide

⁽⁶⁾ Per un approfondimento sul concetto di “trasparenza” e il labile confine rispetto alla “prevedibilità” delle disposizioni oggetto del d.lgs. n. 104/2022, si veda G. PROIA, *Trasparenza, prevedibilità e poteri dell'impresa*, in *Labor*, 2022, n. 6, pp. 642 ss.

⁽⁷⁾ Cfr. A. ZILLI, *La trasparenza nel lavoro subordinato. Principi e tecniche di tutela*, cit., p. 142 e G. PROIA, *Gli obblighi di informazione nel decreto trasparenza*, in *Glaw* (inserto), n. 39 del 7 ottobre 2022, p. XV, cui *adde* per un approfondimento in merito al rinvio esterno alla legge e alla contrattazione collettiva, si veda L. CALCATERRA, in questo volume, tomo I, parte II, sez. II.

⁽⁸⁾ A. TURSI, *La “trasparenza” dei diritti dei lavoratori nel decreto “trasparenza”*, in *DRI*, 2023, n. 1, p. 4, in corso di pubblicazione.

⁽⁹⁾ Sulla *ratio* e sul processo di approvazione della direttiva cfr. S. BORELLI, G. ORLANDINI, *Appunti sulla nuova legislazione sociale europea. La direttiva sul distacco transnazionale e la direttiva sulla trasparenza*, in *QG*, 2019, n. 4, spec. pp. 61-70; E. ALES, *Il Modello Sociale Europeo dopo la crisi: una mutazione genetica?* in *DLM*, 2017, n. 3, pp. 485-494; M. BIASI, *Il Decent Work tra politica e sistema*, in *LDE*, 2022, n. 1, spec. pp. 6-7; S. GIUBBONI, *Appunti e disappunti sul pilastro europeo dei diritti sociali*, in *QC*, 2017, n. 4, pp. 953-962.

⁽¹⁰⁾ In tema si veda E.C. SCHIAVONE, in questo volume, tomo I, parte II, sez. II.

l'utilizzo dei sistemi» di cui al comma 1 ai sensi della lett. *a* e le «misure di controllo adottate per le decisioni automatizzate, gli eventuali processi di correzione e il responsabile del sistema di gestione della qualità» (lett. *e*) ⁽¹¹⁾.

A tal ultimo riguardo merita altresì sottolineare il possibile contrasto che viene a instaurarsi fra il regime di cui all'art. 3 e quello previsto dai commi 5 e 6 dell'art. 1-*bis*, d.lgs. n. 152/1997. Ed invero, sebbene, come già anticipato, la disposizione contenuta nell'art. 3 richiamato (applicabile anche all'art. 1-*bis*) prevede che le variazioni intervenute debbano essere comunicate ai lavoratori «entro il primo giorno di decorrenza delle modifiche», il comma 5 dell'art. 1-*bis*, disciplina - in parziale sovrapposizione con il primo - che i lavoratori debbano essere informati di ogni modifica «almeno 24 ore prima» ⁽¹²⁾, nonché, al comma 6, «in modo trasparente, in formato strutturato, di uso comune e leggibile da dispositivo automatico» ⁽¹³⁾, facendo presumere la possibilità di fornire tale informativa in modo disgiunto rispetto a quella relativa alle variazioni degli elementi contenuti all'art. 1, che, al contrario, può essere fornita anche in formato cartaceo ⁽¹⁴⁾. A tal proposito, infatti, una soluzione pratico-operativa ragionevole, seguendo una interpretazione volta ad adottare un approccio cautelativo nonché diretto a valorizzare il principio della *lex specialis*, potrebbe essere quella, a parere di chi scrive, di consegnare ai lavoratori interessati dalle modifiche inerenti agli elementi di cui all'art. 1-*bis*, una informativa ad hoc, redatta in formato leggibile da dispositivo automatico. Informativa che, nel rispetto dell'interpretazione proposta, dovrebbe essere consegnata ai lavoratori almeno 24 ore prima della decorrenza degli effetti della variazione introdotta sui sistemi decisionali o di monitoraggio automatizzati.

3. Le modifiche che non derivano direttamente da disposizioni legislative o regolamentari, ovvero dalle clausole del contratto collettivo

Nel merito della disposizione in analisi sembra doveroso domandarsi se tutte le modifiche al rapporto di lavoro che intervengono nel tempo con riferimento agli artt. 1, 1-*bis* e 2 sono soggette al regime di cui all'art. 3 del d.lgs. n. 152/1997.

A tal proposito, è opportuno ricordare che la richiamata disciplina prevede l'obbligo di informazione solo per quelle variazioni che non derivino «direttamente dalla modifica di disposizioni legislative o regolamentari, ovvero dalle clausole del contratto collettivo», pertanto includendo esclusivamente tutte quelle modifiche al rapporto di

⁽¹¹⁾ Sul rapporto fra l'utilizzo dei «sistemi decisionali o di monitoraggio automatizzato» e la disciplina di protezione dei dati personali si è espresso recentemente il Garante per la protezione dei dati personali con il provvedimento avente ad oggetto *Questioni interpretative e applicative in materia di protezione dei dati connesse all'entrata in vigore del d. lgs. 27 giugno 2022, n. 104 in materia di condizioni di lavoro trasparenti e prevedibili (c.d. "Decreto trasparenza")*, del 24 gennaio 2023.

⁽¹²⁾ Art. 1-*bis*, comma 5: «I lavoratori, almeno 24 ore prima, devono essere informati per iscritto di ogni modifica incidente sulle informazioni fornite ai sensi del comma 2 che comportino variazioni delle condizioni di svolgimento del lavoro».

⁽¹³⁾ Art. 1-*bis*, comma 6: «Le informazioni e i dati di cui ai commi da 1 a 5 del presente articolo devono essere comunicati dal datore di lavoro o dal committente ai lavoratori in modo trasparente, in formato strutturato, di uso comune e leggibile da dispositivo automatico».

⁽¹⁴⁾ Sul punto si veda anche G. PROIA, *Gli obblighi di informazione nel decreto trasparenza*, cit., p. XV.

lavoro volute dalle parti – o, unilateralmente, da “decisioni o ragioni aziendali” ⁽¹⁵⁾ - e non per effetto di una norma sopravvenuta di legge o di contratto collettivo.

Ed invero, se il legislatore intervenisse con un emendamento sulla disciplina dei contratti a tempo determinato o, nell’ambito del rinnovo della contrattazione collettiva di riferimento, venisse modificato il termine del periodo di prova, i datori di lavoro e committente, già titolari di rapporti di lavoro interessati dalle modifiche introdotte ad opera degli interventi normativi richiamati, non sarebbero dunque obbligati, ai sensi dell’art. 3, d.lgs. n. 152/1997, ad informare i lavoratori delle variazioni introdotte dalla legge e/o dalla contrattazione collettiva. A mero titolo esemplificativo, dunque, una modifica legislativa al regime del tempo determinato, con effetti diretti sui contratti appartenenti a tale fattispecie, non implicherebbe la necessità, da parte dei datori di lavoro e committenti, di comunicare le nuove e diverse informazioni in merito al mutato rapporto di lavoro.

A tal proposito, merita altresì sottolineare che, per come il Legislatore italiano ha formulato la disposizione in parola - sebbene persistano dei dubbi sulla esatta trasposizione della direttiva ⁽¹⁶⁾ - la comunicazione delle variazioni non dovrebbe ritenersi necessaria allorquando tale modifica derivi da quelle previsioni contrattual-collettive che, fermo restando la disciplina applicabile, modificano le condizioni del rapporto di lavoro a causa del decorso temporale, come avviene, ad esempio, quando il contratto collettivo prevede aumenti retributivi a fronte dell’avanzare dell’anzianità lavorativa del lavoratore interessato.

Diverso, invece, è il caso in cui l’introduzione delle modifiche che incidono sul rapporto di lavoro dipende esclusivamente dalla volontà delle parti (o di una di esse) come nel caso della proroga del contratto (si veda *infra* §3.1.), del trasferimento del lavoratore, della modifica di cui all’art. 2103, comma 6, c.c. (si veda *infra* §3.2.) e, ancora, della variazione della retribuzione eccedente il minimo legale e sindacale. Ed invero, al fine dell’applicazione della normativa oggetto della presente analisi «non è possibile fare ricorso ad un unico criterio generale» dovendo invece analizzare «i vincoli ed i limiti che sorgono dallo specifico contenuto dei singoli elementi oggetto di informazione, anche alla luce del complessivo sistema di regole (legali e sindacali) applicabili a ciascuno di essi» ⁽¹⁷⁾. Nei casi citati, infatti, onde evitare di incorrere nelle sanzioni di cui all’art. 4 del d.lgs. n. 152/1997 ⁽¹⁸⁾, sarà necessario che il datore di lavoro o committente informi il lavoratore - per iscritto ed entro il primo giorno di decorrenza degli effetti della modifica - degli elementi del rapporto di lavoro che hanno subito tali variazioni.

⁽¹⁵⁾ G. PROIA, *Le novità, sistemiche e di dettaglio, del decreto trasparenza*, in *MGL*, 2022, n. 3, p. 577, in cui sostiene che gli «obblighi informativi presentano un “margine” di modificabilità unilaterale».

⁽¹⁶⁾ Si veda a tal proposito G. PROIA, *Gli obblighi di informazione nel decreto trasparenza*, cit., p. XV, in cui richiamando il dettato normativo della direttiva 2019/1152/UE, in base alla quale l’obbligo di informativa delle variazioni «non si applica alle modifiche che riflettono semplicemente un cambiamento [...] dei contratti collettivi [...]» (art. 7.2), sostiene che «è molto probabile si affermi una interpretazione adeguatrice che renda la norma nazionale compatibile con quella europea».

⁽¹⁷⁾ G. PROIA, *Le novità, sistemiche e di dettaglio, del decreto trasparenza*, cit. p. 577.

⁽¹⁸⁾ In tema si veda S. ROSSI, in questo volume, tomo I, parte II, sez. II.

3.1. La modifica della durata del rapporto di lavoro: il caso della *proroga* del contratto

Sebbene il c.d. Decreto trasparenza non disciplini espressamente il regime inerente all'obbligo di informazione a cui sono tenuti datori di lavoro e committenti in caso di *proroghe* e *rinnovi*, sembra possibile avanzare alcune riflessioni che permettono di ricondurre tali istituti, con riferimento all'adempimento dell'obbligo in parola, a due diverse discipline.

A tal proposito è opportuno ricordare che, come chiarito dalla costante giurisprudenza formatasi nel corso del tempo ⁽¹⁹⁾, con la *proroga* contrattuale si ha una estensione temporale della durata del rapporto di lavoro, con mero differimento del termine finale, restando tuttavia “invariate” le condizioni precedentemente pattuite. Contrariamente, è possibile parlare di *rinnovo* quando fra le parti interviene una nuova negoziazione che si conclude con un nuovo assetto delle condizioni contrattuali, dando vita ad una nuova relazione di lavoro, sebbene fra le medesime parti.

Sulla base di questa distinzione è ragionevole dunque ritenere che in caso di *rinnovo* successivo al 13 agosto 2022 ⁽²⁰⁾ - anche in caso di rapporto originario instaurato prima della modifica al d.lgs. n. 152/1997 - il datore di lavoro e/o committente, venendosi a costituire un nuovo rapporto giuridico, sia obbligato ad adempiere *ex novo* all'obbligo informativo di cui al nuovo art. 1, d.lgs. n. 152/1997.

Diverso, invece, è il caso in cui il contratto venga *prorogato*. In quest'ultimo caso, è necessario domandarsi se, essendo di fronte ad una mera estensione della durata del contratto - e non invece ad un nuovo negozio giuridico - sia possibile applicare, almeno per i contratti in essere al 1 agosto 2022 e prorogati successivamente, il regime “agevolato” di cui all'art. 16, comma 2, d.lgs. n. 104/2022 (*Disposizioni transitorie*) ⁽²¹⁾ oppure sia sempre necessario (sia per i contratti instaurati prima del 1 agosto 2022 che dopo) applicare quanto previsto dall'art. 3, d.lgs. n. 152/1997: disposizione ben più onerosa per i datori di lavoro e committenti, almeno in termini di proattività.

Ed invero, la modifica della durata del rapporto di lavoro ben potrebbe essere *sempre* ⁽²²⁾ ricompresa nella lett. *f* dell'art. 1, d.lgs. n. 152/1997 ⁽²³⁾, quale elemento soggetto al regime giuridico di cui all'art. 3 in analisi. Ciò farebbe ragionevolmente presumere che, in tutti i casi in cui abbiamo una *proroga* - successiva al 13 agosto 2022 - di un contratto, il datore di lavoro o committente sia chiamato ad adempiere all'obbligo informativo inerente alla estensione della durata del rapporto di lavoro, comunicando al lavoratore tale variazione per iscritto ed entro un giorno dalla decorrenza degli

⁽¹⁹⁾ *Ex multis*, C. Stato, Sez. III, n. 5059 del 2018; Sez. VI, n. 3478 del 2019 e n. 8219 del 2019; Sez. V, n. 3874 del 2020.

⁽²⁰⁾ Data di entrata in vigore del d.lgs. n. 104/2022.

⁽²¹⁾ Art. 16, comma 2, d.lgs. n. 104/2022: «Il datore di lavoro o il committente, su richiesta scritta del lavoratore già assunto alla data del 1° agosto 2022, è tenuto a fornire, aggiornare o integrare entro sessanta giorni le informazioni di cui agli articoli 1, 1- bis, 2 e 3 del decreto legislativo 26 maggio 1997, n.152».

⁽²²⁾ Il riferimento è alla proroga, intervenuta successivamente al 13 agosto 2022, tanto di un contratto originario instaurato prima del 1 agosto 2022 quanto dopo tale data.

⁽²³⁾ Art. 1, comma 1, lett. *f*: «la tipologia di rapporto di lavoro, precisando in caso di rapporti a termine la durata prevista dello stesso».

effetti della modifica, come richiesto dalla novella dell'art. 3, d.lgs. n. 152/1997, ai sensi dell'art. 4, comma 1, lett. *d*, d.lgs. n. 104/2022.

3.2. La modifica delle *mansioni ex art. 2103, co. 6, c.c.*

Di particolare interesse, per ciò che concerne l'analisi dell'art. 3, d.lgs. n. 152/1997, è il tema della modifica delle mansioni *ex art. 2103, comma 6, c.c.* Ed invero, è ragionevole ritenere che la stipula di «accordi individuali di modifica delle mansioni, della categoria legale e del livello di inquadramento e della relativa retribuzione» sia non solo riconducibile a modifiche richieste dalla volontà delle parti (sebbene azionata in sede protetta) e non per effetto di una norma sopravvenuta di legge o di contratto collettivo ma, contestualmente, rientri pacificamente nella lett. *d* dell'art. 1, d.lgs. n. 152/1997⁽²⁴⁾, soggetta alle modifiche disciplinate dall'articolo 3 in analisi. Nello specifico, dunque, il datore di lavoro che si appresta a sottoscrivere un accordo di modifica delle mansioni ai sensi dell'art. 2103, comma 6, c.c., dovrà *immediatamente*⁽²⁵⁾ informare il lavoratore, per iscritto, circa le modifiche che attengono al suo nuovo livello di inquadramento, mansione e relativa retribuzione.

Tuttavia, ciò che ancora oggi rimane apparentemente incerto riguarda il possibile ruolo degli enti terzi cui è affidata la sottoscrizione degli accordi in sede protetta quali, ad esempio, le Commissioni di certificazione ai sensi degli artt. 76 ss., d.lgs. n. 276/2003. Tali soggetti, infatti, si trovano, contestualmente, ad assistere le parti in sede di sottoscrizione dell'accordo diretto a modificare alcuni degli aspetti dirimenti del contratto di lavoro nonché a convalidare il contenuto dell'accordo modificativo indagando «la sussistenza dell'interesse addotto dal lavoratore»⁽²⁶⁾. Se infatti la disposizione contenuta nell'art. 2103, comma 6, c.c. subordina l'esercizio della derogabilità assistita⁽²⁷⁾ alla presenza di una sede protetta, è doveroso domandarci in questa sede

⁽²⁴⁾ Art. 1, comma 1, lett. *d*: «l'inquadramento, il livello e la qualifica attribuiti al lavoratore o, in alternativa, le caratteristiche o la descrizione sommaria del lavoro».

⁽²⁵⁾ Il riferimento è alla disposizione in analisi e, dunque, «entro un giorno dalla decorrenza degli effetti della modifica».

⁽²⁶⁾ F. LAMBERTI, *I limiti dell'autonomia individuale del lavoratore*, Jovene editore, Napoli, 2020, pp. 179-182 in cui viene affermato che «La questione, per quanto di nostro interesse, si connette precipuamente al ruolo di cui sono investite le sedi protette, volte a convalidare il contenuto dell'accordo modificativo, ruolo che non può travalicare la funzione di verifica della genuinità della volontà negoziale. Pertanto, il soggetto innanzi al quale tale patto è concluso, è tenuto a verificare la sussistenza dell'interesse addotto dal lavoratore».

⁽²⁷⁾ Per un approfondimento sulla funzione della derogabilità negoziale assistita delle Commissioni di certificazione cfr. L. ZOPPOLI, *Certificazione dei contratti di lavoro e arbitrato: le liasons dangereuses*, WP CSDLE «Massimo D'Antona», 2010, n. 102, pp. 5 ss., e F. LAMBERTI, *I limiti dell'autonomia individuale del lavoratore*, cit., pp. 179-182, in cui afferma che «La funzione cui è chiamata la Commissione è qui quella di assistere l'autonomia privata, ma, per non incorrere nel già richiamato errore di confondere l'autonomia assistita con la derogabilità assistita, occorre chiarire che, a differenza delle ipotesi di autonomia assistita, nei patti di cui al comma 6 si tratta di attenuare e derogare lo statuto protettivo del lavoratore per flessibilizzarlo e adattarlo d'interessi specifici ed individuali. In considerazione degli effetti che il patto in deroga ha (e avrà) nella sfera giuridica del lavoratore, appare evidente - e pienamente condivisibile - la necessità di proteggere la volontà di quest'ultimo dal rischio di indebite pressioni da parte del datore di lavoro, vigilando sulla integrità del consenso prestato dal lavoratore».

se l'obbligo informativo di cui all'art. 3, d.lgs. n. 152/1997 possa investire anche le Commissioni nel momento in cui si trovano ad assistere le parti in sede protetta.

Tale interpretazione, sebbene non si possa parlare di un aggravio burocratico significativo per le Commissioni, non convince per due principali motivi. In primo luogo, l'art. 3, d.lgs. n. 152/1997, identifica espressamente i soggetti destinatari dell'obbligo, individuando soltanto nelle figure di datore di lavoro e committente coloro che sono chiamati a rispettare il contenuto della citata disposizione comunicando al lavoratore eventuali modifiche intervenute nel corso del rapporto di lavoro. In secondo luogo, a fronte del dettato normativo contenuto nell'art. 3 in analisi, che prevede la possibilità di adempiere a tale obbligo informativo entro un giorno dalla decorrenza dagli effetti della modifica, è opportuno ricordare che gli accordi di cambio delle mansioni ai sensi dell'art. 2013, comma 6, c.c. possono essere sottoscritti in sede protetta anche in un periodo antecedente rispetto a quello indicato dalla novella dell'art. 3, d.lgs. n. 152/1997, ai sensi dell'art. 4, comma 1, lett. *d*, d.lgs. n. 104/2022, lasciando poi al datore di lavoro o committente l'onere di adempiere all'obbligo in parola nei tempi previsti dalla normativa.

Semmai, ciò che in questo ambito potrebbe interessare le Commissioni anche in ottica di una maggiore valorizzazione del loro ruolo ⁽²⁸⁾ è, non tanto l'individuazione in capo alle stesse di un obbligo informativo che non risulterebbe fondato ai sensi dell'art. 3, d.lgs. n. 152/1997 (e, in generale, della *ratio* sottesa prima alla direttiva 2019/1152/UE e poi al d.lgs. n. 104/2022), bensì la loro funzione di assistenza alle parti che, nel caso di specie, potrebbe essere diretta a ricordare al datore di lavoro o committente la necessità di adempiere a tale obbligo, eventualmente inserendo tale previsione anche all'interno dell'accordo sottoscritto ai sensi dell'art. 2103, comma 6, c.c.

4. L'espresso richiamo ai *committenti* e i profili applicativi rispetto ai contratti di collaborazione coordinata e continuativa: *cenni*

Al fine di comprendere lo spazio operativo della disposizione in esame, merita richiamare brevemente, anche in questa sede, il campo di applicazione della direttiva 2019/1152/UE che, individuando i destinatari, si riferisce a «tutti i lavoratori dell'Unione che hanno un contratto di lavoro o un rapporto di lavoro quali definiti dal diritto, dai contratti collettivi o dalle prassi in vigore in ciascuno Stato membro, tenendo conto della giurisprudenza della Corte di giustizia» ⁽²⁹⁾. Tralasciando, per quanto concerne il presente approfondimento, la peculiarità della richiamata previsione normativa euro-unitaria ⁽³⁰⁾, pare opportuno ricordare brevemente come il

⁽²⁸⁾ Sul ruolo delle Commissioni di certificazione a fronte dell'introduzione del decreto trasparenza e l'utilità di una certificazione diretta a «neutralizzare la sanzione amministrativa derivante dalla violazione degli obblighi informativi di cui al novellato art. 1 del d.lgs. n. 152/1997» si veda A. TURSI, *Il "decreto trasparenza": profili sistematici e problematici*, cit., p. 6.

⁽²⁹⁾ In tema si veda I. INGRAVALLO, *Il quadro comunitario: la direttiva (UE) 2019/1152*, in questo volume, parte I.

⁽³⁰⁾ Per un approfondimento sul punto si veda F. CAPPONI, *Condizioni di lavoro trasparenti e prevedibili: nodi irrisolti circa l'applicabilità delle prescrizioni minime alle collaborazioni ex art. 409, n. 3, c.p.c.*, in DRI, 2023, n. 1. in cui viene sottolineato che la direttiva 2019/1152/UE, richiamando non solo la prassi nazionale ma anche la giurisprudenza della Corte di Giustizia Europea (CGUE), divide la dottrina in due

Legislatore italiano abbia ricompreso nel campo di applicazione del decreto trasparenza non solo i rapporti di lavoro subordinato ex art. 2094 c.c. bensì anche i contratti di collaborazione ⁽³¹⁾, *nei limiti della compatibilità* ⁽³²⁾, trascurando l'indicazione della direttiva che voleva escludere, invece, i *lavoratori effettivamente autonomi* ⁽³³⁾.

Tuttavia, per ciò che compete in questa sede e dato quanto affermato in premessa, pare opportuno sottolineare che non sembrano sussistere dubbi in merito all'applicabilità dell'art. 3, d.lgs. n. 152/1997 ai contratti di collaborazione (compresi quelle coordinate e continuative di cui all'art. 409, n. 3, c.p.c.). Tale intervento si pone, del resto, in linea con l'estensione dell'ambito di applicazione subita dal d.lgs. n. 152/1997 che, prima dell'introduzione del d.lgs. n. 104/2022, riguardava esclusivamente i rapporti di lavoro subordinato. Ed invero, fatta salva la necessità di valutare caso per caso le variazioni apportate e, in base agli elementi interessati dalle modifiche che incidono sul rapporto di lavoro, la loro compatibilità con la richiamata fattispecie contrattuale, è proprio la disposizione in analisi che sembra effettuare un espresso richiamo ai rapporti di collaborazione indicando, quali soggetti destinatari dell'obbligo, non soltanto i *datori di lavoro* bensì anche i *committenti*, ponendo tuttavia alcuni dubbi di compatibilità con la fattispecie, in particolare, delle collaborazioni coordinate e continuative ⁽³⁴⁾.

orientamenti: il primo diretto a sostenere che la nozione di lavoratore fornita dalla CGUE sarebbe più ampia di quella contenuta nell'art. 2094 c.c. e, dunque, in grado di ricomprendere, diversamente da quanto accade nel nostro ordinamento, sia i casi di etero-direzione che quelli di etero-organizzazione del rapporto di lavoro (F. GIUBBONI, *Note sparse sugli usi della nozione euro-unitaria di subordinazione nell'ordinamento interno*, in RIDL, 2022, I, spec. pp. 55-69); il secondo diretto a ritenere che l'ambito applicativo della direttiva si possa ritenere sovrapponibile all'art. 2094 c.c. (V. FERRANTE, *La nozione di lavoro subordinato nella dir. 2019/1152 e nella proposta di direttiva europea rivolta a tutelare i lavoratori "delle piattaforme"*, in WP CSDL E Massimo D'Antona, 2022, n. 158, p. 16).

⁽³¹⁾ Sia quelle etero-organizzate ex art. 2, comma 2, d.lgs. n. 81/2015, che quelle coordinate e continuative ex art. 409, n. 3, c.p.c. Il riferimento normativo è all'art. 1, comma 1, lett. d) ed e), d.lgs. 152/1997, fatti salvi quei rapporti di lavoro «caratterizzati da un tempo di lavoro predeterminato ed effettivo di durata pari o inferiore a una media di tre ore a settimana in un periodo di riferimento di quattro settimane consecutive» (art. 1, comma 4, lett. b del decreto legislativo).

⁽³²⁾ Art. 1, comma 5, d.lgs. n. 152/1997: «Agli obblighi informativi di cui al presente articolo è tenuto, nei limiti della compatibilità, anche il committente nell'ambito dei rapporti di lavoro di cui all'articolo 409, n. 3, del codice di procedura civile, dei rapporti di cui all'articolo 2, comma 1, del decreto legislativo 15 giugno 2015, n. 81, nonché dei contratti di prestazione occasionale di cui all'articolo 54-bis del decreto-legge 24 aprile 2017, n. 50, convertito, con modificazioni, dalla legge 21 giugno 2017, n. 96».

⁽³³⁾ Il riferimento è al Considerando 8, direttiva 2019/1152/UE: «I lavoratori effettivamente autonomi non dovrebbero rientrare nell'ambito di applicazione della presente direttiva, in quanto non soddisfano tali criteri». A tal proposito merita sottolineare che, nonostante l'intento della direttiva di escludere dal campo di applicazione i titolari di rapporti di lavoro che non hanno i requisiti della etero-direzione e della etero-organizzazione, tra cui pacificamente rientrano le collaborazioni coordinate e continuative di cui all'art. 409, n. 3, c.p.c., il Legislatore italiano ha scelto di estendere la disciplina anche a tale fattispecie. Per un approfondimento sul tema si veda F. CHIETERA, in questo volume, tomo I, parte II, sez. I.

⁽³⁴⁾ Si veda a tal proposito G. BENINCASA, *Decreto trasparenza: quali novità sui contratti di COLLABORAZIONE coordinata e continuativa (co.co.co.)?* in *Bollettino ADAPT*, 5 settembre 2022, n. 29; F. CAPPONI, *op. cit.*

Con particolare riferimento agli elementi di cui al nuovo art. 1, d.lgs. n. 152/1997, e nonostante l'indicazione della prassi amministrativa ⁽³⁵⁾, gli elementi soggetti ad una nuova informativa ex art. 3, d.lgs. n. 152/1997, in caso di modifica delle condizioni lavorative per i titolari di contratti di collaborazione, sembrano poter riguardare non soltanto le lettere dalla *a* alla *f* del nuovo art. 1, comma 1 del decreto legislativo richiamato. In tal senso, e fermo restando la necessaria valutazione da effettuare caso per caso data la peculiarità di tali rapporti di lavoro, ben potrebbero rientrare nel campo di applicazione dell'art. 3, d.lgs. n. 152/1997 - in caso di intervenute modifiche nel corso del tempo - almeno i seguenti ulteriori aspetti: «la procedura, la forma e i termini del preavviso in caso di recesso del datore di lavoro o del lavoratore» (lett. *m*), «l'importo iniziale della retribuzione o comunque il compenso e i relativi elementi costitutivi, con l'indicazione del periodo e delle modalità di pagamento» (lett. *n*), «il contratto collettivo, anche aziendale, applicato al rapporto di lavoro, con l'indicazione delle parti che lo hanno sottoscritto» (lett. *q*) ⁽³⁶⁾, «gli enti e gli istituti che ricevono i contributi previdenziali e assicurativi dovuti dal datore di lavoro e qualunque forma di protezione in materia di sicurezza sociale fornita dal datore di lavoro stesso» (lett. *r*) e, infine, «gli elementi previsti dall'articolo 1-*bis* qualora le modalità di esecuzione della prestazione siano organizzate mediante l'utilizzo di sistemi decisionali o di monitoraggio automatizzati» (lett. *s*).

⁽³⁵⁾ Il riferimento è alla circ. INL n. 4/2022 in cui viene affermato che, fermo restando la necessità di accertare caso per caso la *compatibilità* degli obblighi informativi «in relazione alla tipologia di prestazione effettivamente richiesta [...] si ritiene che siano certamente compatibili – e quindi sicuramente dovute – con le attività di collaborazione coordinata e continuativa e, a maggior ragione, con le attività di collaborazione etero-organizzate quantomeno le informazioni dettate dalle lett. da a) ad f) del nuovo art. 1 del D.Lgs. n. 152/1997».

⁽³⁶⁾ È questo il caso dei contratti di collaborazione coordinata e continuativa ex art. 409, n. 3, c.p.c. e delle collaborazioni etero-organizzate ex art. 2, comma 2, d.lgs. n. 81/2015 disciplinati da accordi collettivi. Per un approfondimento sulla contrattazione collettiva sottoscritta ai sensi dell'art. 2, comma 2, d.lgs. n. 81/2015 si veda G. PIGLIALARMI, *La contrattazione collettiva, il lavoro parasubordinato e i rapporti di collaborazione ex art. 2, comma 2, d.lgs. n. 81/2015*, in *DRI*, 2019, n. 1, pp. 388-405.

Le modifiche agli obblighi informativi nella disciplina delle prestazioni di lavoro occasionale (art. 5, co. 1 d.lgs. n. 104/2022)

di Federica Capponi

Abstract – L’Autrice, dopo aver brevemente inquadrato le modifiche apportate alla disciplina del contratto di prestazione occasionale *ex art. 54-bis* del d.l. n. 50/2017 convertito con modificazioni in l. n. 96/2017 nell’ambito dell’attuazione della c.d. Direttiva trasparenza, si sofferma sulla analisi delle novità introdotte dal d.lgs. n. 104/2022, le quali riguardano sostanzialmente le modalità di comunicazione da parte dell’utilizzatore al prestatore delle informazioni relative al rapporto di lavoro nonché la sanzione per il mancato assolvimento di detto obbligo informativo.

Sommario: 1. Premessa. – 2. L’attuazione della direttiva (UE) 2019/1152 e il contratto di prestazione occasionale. – 3. Le modifiche agli obblighi informativi a seguito del d.lgs. n. 104/2022.

L’art. 5, co. 1, del d.lgs. n. 104/2022 ha novellato i co. 17 e 20 dell’art. 54-*bis* del d.l. n. 50/2017 convertito con modificazioni in l. n. 96/2017, recante la disciplina delle c.d. prestazioni occasionali. In particolare, l’intervento normativo ha disciplinato le modalità di comunicazione al prestatore delle informazioni sul contratto prescritte dalla legge (co. 17) nonché la disciplina sanzionatoria in caso di violazione del citato obbligo informativo (co. 20).

1. Premessa

Nell’ordinamento giuridico italiano, il lavoro occasionale è stato oggetto di molteplici interventi legislativi ⁽¹⁾. Prima abrogata poi reintrodotta, l’odierna disciplina delle prestazioni occasionali è contenuta nell’art. 54-*bis* del d.l. n. 50/2017 convertito con modificazioni in l. n. 96/2017. In particolare, nel 2003, seguendo l’esempio di altri Paesi europei come la Francia e il Belgio ⁽²⁾, il legislatore italiano aveva introdotto il c.d. lavoro accessorio, disciplinato dagli artt. 70-73 del d.lgs. n. 276/2003, con l’obiettivo

⁽¹⁾ Non potendo ripercorrere, in questa sede, l’evoluzione legislativa in materia di lavoro occasionale e il dibattito, non solo della dottrina, che l’ha riguardata, ci si limita a rinviare alla vasta bibliografia esistente in materia. In particolare, per tutti, si rinvia ai saggi sul tema contenuti in D. GAROFALO (a cura di), *La nuova frontiera del lavoro: autonomo – agile – occasionale. Aggiornamento al decreto-legge 12 luglio 2018, n. 87 c.d. decreto dignità*, Adapt University Press, 2018, spec. pp. 527-679 e bibliografia ivi richiamata, e a F. MARINELLI, *Il lavoro occasionale in Italia. Evoluzione, disciplina e potenzialità della fattispecie lavoristica*, Giappichelli, 2019.

⁽²⁾C. CORDELLA, *Libretto famiglia e contratto di prestazione occasionale: individuazione della fattispecie*, in DRI, 2018, n. 4, p. 1162.

di far emergere le «prestazioni occasionali svolte da soggetti deboli (studenti, pensionati, casalinghe, ecc.), nei settori in cui l'evasione era di particolare evidenza (servizi familiari, insegnamento privato, manutenzione, ecc.)»⁽³⁾ attraverso la previsione di meccanismi semplificati (e tracciabili) di attivazione e remunerazione del rapporto di lavoro. Nella formulazione originaria erano particolarmente valorizzati gli elementi della accessorietà e della occasionalità della prestazione lavorativa tramite la previsione di precisi limiti rispetto ai soggetti che potevano ricorrervi, al settore e al valore economico delle prestazioni. Un poco alla volta tali limiti sono stati rimossi⁽⁴⁾. Con alcuni interventi nel 2012 e nel 2015⁽⁵⁾ si è tentata una correzione dello strumento in senso antielusivo attraverso una riduzione delle soglie del compenso percepibile tramite prestazioni occasionali; tuttavia, si è anche espunto l'elemento della accessorietà, che originariamente connotava la fattispecie, tramite l'estensione della possibilità di impiego dei c.d. voucher a tutti i settori e a qualsiasi soggetto⁽⁶⁾. Nel 2016, i timori di una precarizzazione del lavoro derivante dall'effetto "concorrenziale" della tipologia contrattuale in parola rispetto ad altre forme di lavoro subordinato più stabili⁽⁷⁾ hanno portato alla raccolta di firme per la promozione di un referendum abrogativo, ammesso dalla Corte costituzionale⁽⁸⁾ e "sventato" unicamente dalla abrogazione preventiva degli artt. 48-50 del d.lgs. n. 81/2015 ad opera del legislatore⁽⁹⁾. Le prestazioni occasionali sono poi state reintrodotte dall'art. 54-*bis* del d.l. n. 50/2017 convertito con modificazioni in l. n. 96/2017⁽¹⁰⁾.

Con le "nuove" prestazioni occasionali, il legislatore ha individuato due distinti schemi negoziali, il primo utilizzabile da persone fisiche non nell'esercizio della propria attività professionale o d'impresa ("libretto famiglia"), il secondo a disposizione delle pubbliche amministrazioni e dei privati per attività aventi fini di lucro ("contratto di prestazione occasionale")⁽¹¹⁾. Per entrambe le tipologie contrattuali, in ragione del

⁽³⁾ *Op. ult. cit.*, p. 1162.

⁽⁴⁾ In particolare, si ricordano gli artt. 16 e 17, d.lgs. n. 251/2004 e l'art. 1-*bis*, co. 1, lett. e, d.l. n. 35/2005, convertito dalla l. n. 80/2005, che hanno innalzato le soglie annuali dei compensi derivanti dal lavoro accessorio; l'art. 22 del d.l. n. 112/2008, convertito dalla l. n. 133/2008, l'art. 7-*ter*, co. 12, del d.l. n. 5/2009, convertito dalla l. n. 33/2009, e l'art. 2, co. 148-253, della l. n. 191/2009 che hanno esteso la possibilità di utilizzo dei c.d. voucher a tutti i settori produttivi.

⁽⁵⁾ Il riferimento è all'art. 1, co. 32, della l. n. 92/2012 e all'art. 7 del d.l. n. 76/2013 e agli artt. 48-50 del d.lgs. n. 81/2015. Le ragioni del mancato raggiungimento dell'obiettivo antielusivo e correttivo sono descritte da C. CORDELLA, *op. cit.*, p. 1164.

⁽⁶⁾ C. CORDELLA, *op. cit.*, pp. 1164-1165.

⁽⁷⁾ Il "boom" di utilizzo dei voucher è imputato da V. FERRANTE, *Il cumulo dei "lavoretti": quale tutela per le attività discontinue o saltuarie?* in *LD*, 2018, 4, p. 623, più che alla c.d. liberalizzazione dei voucher stessi, alla apparente eliminazione della possibilità di ricorrere alle co.co.co. quale alternativa al lavoro subordinato a seguito della approvazione del c.d. Jobs Act, come dimostrerebbe la contestualità delle operazioni giuridiche che nel 2017 da un lato hanno re-introdotta le prestazioni occasionali, dall'altro sono intervenute sull'art. 409, n.3, c.p.c., sancendo così, per quanto riguarda il lavoro parasubordinato, il ritorno alla situazione pre-d. lgs. n. 276/2003 (qui p. 625).

⁽⁸⁾ Cfr. sentenza C. cost. 27 gennaio 2017, n. 28.

⁽⁹⁾ Con art. 1 del d.l. n. 25/2017, convertito dalla l. n. 49/2017.

⁽¹⁰⁾ La CGIL, che aveva promosso il referendum abrogativo, aveva richiesto il trasferimento del quesito referendario alla nuova disciplina delle prestazioni occasionali. Tuttavia, la Corte di Cassazione, con ordinanza del 29 novembre 2017, ha escluso detta possibilità.

⁽¹¹⁾ A. VENTURA, *Dal lavoro occasionale accessorio alle prestazioni occasionali evitando il referendum: è "PrestO" fatto*, in D. GAROFALO (cura di), *op. cit.*, p. 540.

carattere della occasionalità che giustifica la disciplina *ad hoc*, sono previsti limiti quantitativi per il loro utilizzo. In particolare, sono state individuate soglie economiche, con riferimento all'anno civile, per il compenso massimo percepibile dal prestatore per il lavoro svolto a favore della totalità degli utilizzatori (pari a 5 mila euro), per il compenso massimo erogabile dall'utilizzatore in favore di uno stesso prestatore (pari 2.500 euro) e per il compenso massimo erogabile dall'utilizzatore in favore di più prestatori (pari a 5 mila euro), con la previsione della sanzione della conversione del rapporto in un rapporto di lavoro a tempo pieno e indeterminato nel solo caso del superamento della seconda delle tre soglie riportate ⁽¹²⁾. La nuova disciplina ha altresì introdotto misure di tutela a favore del prestatore quali l'iscrizione alla gestione separata INPS, l'assicurazione all'INAIL e l'applicazione al rapporto di lavoro delle disposizioni in materia di pause e riposi e di salute e sicurezza ⁽¹³⁾. Nel caso del "contratto di prestazione occasionale" vi sono poi ulteriori limiti all'utilizzo: il contratto in parola non può essere stipulato in alcuni settori, più esposti al rischio di un utilizzo improprio dello strumento, né nell'ambito di appalti di opere o servizi e comunque non può essere impiegato da committenti che abbiano alle loro dipendenze più di 5 lavoratori a tempo determinato ⁽¹⁴⁾. Nel caso di violazione di quest'ultimi limiti il legislatore dispone una sanzione amministrativa.

L'art. 5, co. 1, del d.lgs. n. 104/2022, c.d. decreto trasparenza è intervenuto in modifica dei co. 17 e 20 dell'art. 54-*bis* del d.l. n. 50/2017 convertito con modificazioni in l. n. 96/2017, prevedendo ulteriori oneri informativi rispetto a quelli già previsti e sanzioni in caso di mancato adempimento.

2. L'attuazione della direttiva (UE) 2019/1152 e il contratto di prestazione occasionale

Rispetto alla precedente direttiva in materia di obblighi informativi (91/533/CEE), l'ambito di applicazione della direttiva (UE) 2019/1152 è più ampio ⁽¹⁵⁾. Risulta di particolare interesse osservare che, da un lato, la direttiva permette agli Stati membri di escludere dall'ambito applicativo, in fase di recepimento, «i rapporti di lavoro caratterizzati da un tempo di lavoro predeterminato ed effettivo di durata pari o inferiore a una media di tre ore a settimana in un periodo di riferimento di quattro settimane consecutive», dall'altro, chiarisce che quest'ultimi vi debbono rientrare quando «non sia stata stabilita una quantità garantita di lavoro retribuito prima dell'inizio del lavoro» ⁽¹⁶⁾. Tale scelta legislativa, secondo parte della dottrina, ha l'obiettivo precipuo di garantire una maggiore trasparenza delle informazioni relative al rapporto di lavoro e, dunque, maggiore potere contrattuale ai «lavoratori più esposti all'incertezza e ai mutamenti del mercato, per esempio, perché impegnati attraverso i cd. zero-hours

⁽¹²⁾ C. CORDELLA, *op. cit.*, p.1167.

⁽¹³⁾ Su cui si veda C. CARCHIO, *La tutela del lavoratore occasionale (compenso – orario – sicurezza)*, in D. GAROFALO (cura di), *op. cit.*, pp. 567-595.

⁽¹⁴⁾ C. CORDELLA, *op. cit.*, p.1171

⁽¹⁵⁾ A. ZILLI, *La trasparenza nel lavoro subordinato. Principi e tecniche di tutela*, Collana Labor Istantanee, 2022, p.137.

⁽¹⁶⁾ Art. 1, co. 3 e 4, della direttiva 2019/1152, recepito dall'art. 1, co. 4, lett. b, d. lgs. n. 104/2022.

contracts»⁽¹⁷⁾. Infatti, come è stato osservato, il più ambizioso fine della direttiva 2019/1152 di «migliorare le condizioni di lavoro promuovendo un'occupazione più trasparente e prevedibile, pur garantendo nel contempo l'adattabilità del mercato del lavoro» viene perseguito dal legislatore europeo garantendo al lavoratore il diritto «a non sottostare all'incertezza che coinvolge oggi tutte le dimensioni del lavoro, a cominciare dal tempo di lavoro e dalla gestione automatizzata dei rapporti di lavoro»⁽¹⁸⁾. Dunque, il legislatore europeo (ma, come si vedrà, anche quello italiano) sembra prendere atto della esistenza di una porzione non secondaria del mercato del lavoro interessata dai c.d. «lavori marginali», trascurati dalla giurisprudenza⁽¹⁹⁾.

Va tuttavia osservato che la direttiva limita il proprio ambito applicativo «a tutti i lavoratori nell'Unione che hanno un contratto di lavoro o un rapporto di lavoro quali definiti dal diritto, dai contratti collettivi o dalle prassi in vigore in ciascuno Stato membro, tenendo conto della giurisprudenza della Corte di giustizia» (art. 1). La scelta del legislatore italiano, nel recepire la direttiva, è stata, però, quella di definire l'ambito applicativo in maniera più estesa⁽²⁰⁾, ricomprendendovi anche le collaborazioni coordinate e continuative ex art. 409, n. 3, c.p.c., le collaborazioni organizzate dal committente ex art. 2 del d.lgs. n. 81/2015⁽²¹⁾ e le prestazioni occasionali di cui all'art. 54-bis del d.l. n. 50/2017 convertito con modificazioni in l. n. 96/2017.

L'estensione dell'ambito applicativo oltre la subordinazione ha sollevato alcuni dubbi e incertezze interpretative relativamente alla compatibilità di alcune delle misure contenute all'interno del decreto trasparenza con rapporti di lavoro di natura autonoma. Tale considerazione vale non tanto per le collaborazioni organizzate dal committente, che, secondo parte della dottrina, sarebbero riconducibili alla nozione di subordinazione euro-unitaria⁽²²⁾, quanto per le collaborazioni coordinate e continuative. In particolare, appaiono in particolare contrasto con la fattispecie appena richiamata quelle che il decreto trasparenza, al capo III, definisce prescrizione minime, come le disposizioni in tema di prova, cumulo di impieghi, prevedibilità minima del lavoro e transizione occupazionale⁽²³⁾.

Con specifico riferimento alle prestazioni occasionali, si può rilevare come in realtà, il dibattito sulla corretta collocazione tra autonomia e subordinazione di quest'ultima tipologia di rapporti di lavoro sia tuttora aperto. In particolare, una parte della dottrina, sulla base di alcuni elementi della vigente disciplina del lavoro occasionale, come l'obbligo di rispettare la disciplina del riposo giornaliero, delle pause e dei riposi settimanali di cui agli artt. 7, 8 e 9 del d.lgs. n. 276/2003, nonché la previsione della conversione del rapporto di lavoro in un rapporto di lavoro a tempo pieno e

⁽¹⁷⁾ A. ZILLI, *op. cit.*, p.137.

⁽¹⁸⁾ A. TURSI, *Il "decreto trasparenza": profili sistematici e problematici*, in *LDE*, 2022, n. 3, p. 4.

⁽¹⁹⁾ V. FERRANTE, *op. cit.*, p. 622.

⁽²⁰⁾ Cfr. i contributi nella I sezione della parte seconda di q. Opera (pp...)

⁽²¹⁾ Sulla estensione della disciplina alle collaborazioni coordinate e continuative ed etero-organizzate si veda Ferraro in q. Opera, pp. ...

⁽²²⁾ In questo senso F. GIUBBONI, *Note sparse sugli usi della nozione euro-unitaria di subordinazione nell'ordinamento interno*, in *RIDL*, 2022, n. 1, spec. p. 67, *contra* V. FERRANTE, *La nozione di lavoro subordinato nella dir. 2019/1152 e nella proposta di direttiva europea rivolta a tutelare i lavoratori "delle piattaforme"*, in *WP CSDLE Massimo D'Antona*, 2022, N. 158, p. 16, il quale ritiene che la nozione di lavoratore subordinato contenuta nella direttiva corrisponda alla nozione di lavoratore subordinato ex art. 2094 c.c.

⁽²³⁾ A. TURSI, *cit.*, p. 7.

indeterminato al solo superamento della durata temporale del rapporto (e non per l'assenza di elementi che qualificano la fattispecie o per la presenza di elementi che denotano la volontà di dissimulare una diversa volontà negoziale), è portata a risolvere tale questione nel senso di una riconduzione del lavoro occasionale nell'alveo della subordinazione giuridica ⁽²⁴⁾, con tutte le implicazioni e le criticità che da tale collocazione discendono. In una tale ottica, quindi, l'espressa inclusione delle prestazioni occasionali nell'ambito applicativo rappresenterebbe non tanto una estensione al di fuori del lavoro subordinato, quanto piuttosto una specificazione, di cui occorre interpretare l'esatta portata. Dall'altro lato, vi è chi ritiene che tali argomentazioni da sole non siano in grado di giustificare detta collocazione tra i rapporti di lavoro subordinato, rappresentando, quelle sopra richiamate, unicamente alcune delle tecniche utilizzate dal legislatore a fini sanzionatori e di estensione delle tutele a particolari tipologie di rapporti di lavoro considerate sotto-protette ⁽²⁵⁾.

3. Le modifiche agli obblighi informativi a seguito del d.lgs. n. 104/2022.

Ai sensi dell'art. 1, co. 1, lett. *f*, del d.lgs. n. 104/2022 rientra nell'ambito applicativo del decreto trasparenza anche il contratto di prestazione occasionale di cui all'art. 54-*bis* del d.l. 24 aprile 2017, n. 50, convertito, con modificazioni, dalla l. 21 giugno 2017, n. 96. Nel circoscrivere l'ambito applicativo in questo senso, la scelta del legislatore è stata quella di escludere dai più incisivi obblighi informativi introdotti il c.d. "Libretto Famiglia" ⁽²⁶⁾. Infatti, non solo il decreto legislativo richiama espressamente il contratto di prestazione occasionale, ma anche gli interventi di modifica degli oneri informativi intervengono unicamente sulla parte di disciplina dedicata alla regolazione di quest'ultima tipologia di prestazione occasionale.

L'art. 5, co. 1, del c.d. decreto trasparenza interviene sulle modalità di comunicazione al prestatore delle informazioni sul contratto prescritte dalla legge (co. 17) nonché sulla disciplina sanzionatoria in caso di violazione del citato obbligo informativo (co. 20).

Il co. 17 dell'art. 54-*bis* prescrive le modalità per la comunicazione all'INPS della instaurazione del rapporto lavorativo nel caso di contratto di prestazione occasionale. Nello specifico, almeno un'ora prima dell'inizio della prestazione, l'utilizzatore deve trasmettere all'istituto previdenziale, tramite la piattaforma informatica INPS o avvalendosi dei servizi di contact center dell'istituto, una dichiarazione contenente specifiche informazioni. In particolare, la dichiarazione deve contenere le seguenti informazioni: «a) i dati anagrafici e identificativi del prestatore; b) il luogo di svolgimento della prestazione; c) l'oggetto della prestazione; d) la data e l'ora di inizio e di termine della prestazione ovvero, se si tratta di imprenditore agricolo, di azienda alberghiera o struttura ricettiva che opera nel settore del turismo o di ente locale, la data di inizio e il monte orario complessivo presunto con riferimento a un arco temporale non superiore a dieci giorni; e) il compenso pattuito per la prestazione, in misura non inferiore

⁽²⁴⁾ P. MONDA, *Prime riflessioni sulla nuova disciplina del lavoro occasionale*, WP M. D'Antona, 2017, n. 346, pp. 9-16. Sull'argomento si veda anche F. MARINELLI, cit., spec. pp. 89-106.

⁽²⁵⁾ C. CORDELLA, cit., pp. 1176-1179.

⁽²⁶⁾ A. TURSI, cit., p. 5.

a 36 euro, per prestazioni di durata non superiore a quattro ore continuative nell'arco della giornata, fatto salvo quanto stabilito per il settore agricolo [...]».

Nella sua formulazione originaria, il secondo periodo del co. 17 dell'art. 54-*bis* prevedeva che il prestatore ricevesse «contestuale notifica della dichiarazione» attraverso sms o mail. A seguito della modifica introdotta con l'art. 5, co. 1, lett. *a*, del d.lgs. n. 104/2022, il secondo periodo dell'art. 17 è stato sostituito con la seguente previsione «Copia della dichiarazione, contenente le informazioni di cui alle lettere da a) ad e) è trasmessa, in formato elettronico, oppure è consegnata in forma cartacea prima dell'inizio della prestazione». La lett. *b* del co. 1 dell'art. 5 del decreto trasparenza ha poi introdotto una misura sanzionatoria specifica in caso di mancata trasmissione al prestatore della copia della dichiarazione contenente le informazioni sulla prestazione lavorativa. Tale sanzione si aggiunge, dunque, a quanto ivi previsto in caso di mancata comunicazione all'INPS della instaurazione della prestazione lavorativa o di violazione di uno degli obblighi previsti al co. 14 dell'art. 54-*bis* ⁽²⁷⁾. In particolare, l'art. 20, terzo periodo, dell'art. 54-*bis* ora prevede che «In caso di violazione dell'obbligo informativo di cui al secondo periodo del comma 17, si applica la sanzione di cui all'articolo 19, comma 2, del decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276», ovvero la medesima sanzione prevista per la violazione degli obblighi informativi di cui all'art. 4 del decreto trasparenza ⁽²⁸⁾.

In merito si osserva come, secondo i chiarimenti forniti dall'INL all'interno della circ. n. 4 del 10 agosto 2022, tramite la consegna, in formato cartaceo o elettronico, al prestatore della copia della dichiarazione contenente le informazioni di cui alle lettere da a) a e) del co. 17 dell'art. 54-*bis*, sopra riportate, si debba ritenere adempiuto l'obbligo informativo di cui all'art. 4 del d.lgs. n. 104/2022. Infatti, l'art. 1, co. 5, d.lgs. del 1997, come novellato dall'art. 4, co. 1, lett. *a* prevede che «agli obblighi informativi di cui al presente articolo è tenuto, nei limiti della compatibilità, anche il committente nell'ambito [...] dei contratti di prestazione occasionale di cui all'articolo 54-*bis* del decreto-legge 24 aprile 2017, n. 50, convertito, con modificazioni, dalla legge 21 giugno 2017, n. 96». L'INL, con la citata circolare, ha chiarito che «la 'compatibilità' degli obblighi informativi in questione va accertata caso per caso e cioè in relazione alla tipologia di prestazione effettivamente richiesta»; ha poi specificato che «con riguardo [...] ai contratti di prestazione occasionale di cui all'art. 54-*bis* del D.L. n. 50/2017, si dovrà fare riferimento alle informazioni contenute alle lett. da a) ad e) del comma 17 dello stesso art. 54-*bis* che, secondo le nuove modifiche legislative (v. art. 5, comma 1 lett. a), del D. Lgs. n. 104/2022), devono essere trasmesse in formato elettronico o in forma cartacea al lavoratore prima dell'inizio della prestazione».

Con l'espressa inclusione del contratto di prestazione occasionale nell'ambito applicativo del c.d. decreto trasparenza il legislatore estende forme di tutela sul piano formale e sostanziale a quei rapporti di lavoro maggiormente caratterizzati da

⁽²⁷⁾ Per una disamina dei profili sanzionatori legati all'utilizzo delle prestazioni occasionali, con riferimento al periodo antecedente all'entrata in vigore del decreto trasparenza si rinvia a G. CAROSIELLI, C. SANTORO, D. VENTURI, *Teoria e pratica dell'ispezione del lavoro. L'accertamento ispettivo nel lavoro che cambia*, Adapt University Press, 2019, pp. 160-167. Per quanto riguarda i profili sanzionatori derivanti dal mancato rispetto degli obblighi di cui al d. lgs. n. 104/2022 si rinvia alla circ. INL n. 4 del 10 agosto 2022.

⁽²⁸⁾ Sul punto si rinvia a S. ROSSI, in questo volume, tomo I, parte II, sez. II.

discontinuità. Tuttavia, occorre osservare come, sul piano degli obblighi informativi, le modifiche apportate dal decreto alla disciplina delle prestazioni occasionali non stravolgano l'impianto iniziale, dal momento che quest'ultimo già contemplava un obbligo informativo piuttosto accurato a favore dell'INPS. L'intervento normativo in commento, dunque, da un lato, non onera i committenti con adempimenti particolarmente dispendiosi, dall'altro, rende edotto il prestatore delle condizioni contrattuali che regolano il rapporto di lavoro con il committente. Limitando l'intervento correttivo al solo contratto di prestazione occasionale, inoltre, il legislatore ha evitato di gravare di ulteriori obblighi informativi quei soggetti che usufruiscono di queste modalità di lavoro occasionale al di fuori di una attività d'impresa.

Il contratto di lavoro intermittente tra obblighi informativi e obblighi sostanziali

di Carmela Garofalo

Abstract – Il saggio analizza le novità introdotte dal d.lgs. n. 104/2022 (c.d. Decreto Trasparenza) nella disciplina del contratto di lavoro intermittente (artt. 13-18, d.lgs. n. 81/2015). Nello specifico, al fine di recepire le prescrizioni minime in tema di trasparenza e prevedibilità stabilite dalla direttiva 2019/1152/UE è stato novellato l'art. 15 del d.lgs. n. 81/2015 che indica gli elementi che il contratto di lavoro intermittente deve contenere, a cui vengono affiancati i nuovi obblighi informativi previsti dal d.lgs. n. 152/1997, modificato dal Decreto Trasparenza. Ne è conseguita una implementazione delle tutele del lavoratore "a chiamata" sotto il profilo della prevedibilità del tempo di lavoro, ma al contempo un irrigidimento della fattispecie ontologicamente pensata per rispondere ad esigenze non programmabili del datore di lavoro. Agli interpreti l'arduo compito di fornire una lettura coerente e sistematica delle nuove disposizioni al fine di coordinare i nuovi obblighi informativi con quelli di carattere sostanziale.

Abstract – The essay analyzes the innovations introduced by the Legislative Decree n. 104/2022 (so-called Transparency Decree) in the discipline of the intermittent employment contract (articles 13-18, Legislative Decree n. 81/2015). Specifically, in order to implement the minimum requirements in terms of transparency and predictability established by the European Directive 2019/1152/EU, art. 15 of Legislative Decree n. 81/2015, which indicates the elements that the intermittent employment contract must contain, which are accompanied by the new disclosure obligations established by Legislative Decree n. 152/1997, modified by the Transparency Decree, has been exposed. The result was an implementation of the protections of the "on-call" worker in terms of the predictability of the working time, but at the same time a stiffening of the case ontologically designed to respond to the employer's non-programmable needs. The interpreters have the difficult task of providing a coherent and systematic reading of the new provisions in order to coordinate the new disclosure obligations with those of a substantial nature.

Sommario: 1. Premessa. – 2. La novella dell'art. 15 d.lgs. n. 81/2015: la forma del contratto di lavoro intermittente. – 3. I nuovi elementi del contratto di lavoro intermittente. – 3.1. La natura variabile della programmazione del lavoro e l'ammontare del minimo di ore retribuite garantite. – 3.2. Il ragionevole preavviso di chiamata. – 3.3. Le fasce orarie e i giorni predeterminati in cui il lavoratore è tenuto a svolgere le prestazioni lavorative. – 4. Il coordinamento del nuovo contenuto del contratto intermittente con gli obblighi informativi *ex* d.lgs. n. 152/1997. – 5. Conclusioni.

1. Premessa

Il d.lgs. n. 104/2022 (c.d. Decreto Trasparenza) recepisce nel nostro ordinamento la direttiva 2019/1152/UE relativa a «condizioni di lavoro trasparenti e prevedibili nell'Unione europea» espressamente indicate come il mezzo per migliorare la qualità del lavoro, nell'equilibrio tra «un'occupazione più trasparente e prevedibile» e «l'adattabilità del mercato del lavoro» (1).

Le categorie utilizzate dal legislatore europeo, e puntualmente riprese dal nostro legislatore, sono quelle di “trasparenza” e “prevedibilità”, che seppur connesse, non possono considerarsi equivalenti (2).

La “trasparenza” delle condizioni di lavoro consente ai lavoratori più esposti all'incertezza e ai mutamenti del mercato del lavoro, maggiore consapevolezza delle condizioni di lavoro, che si traduce in forza contrattuale; per perseguire un'occupazione “più trasparente” vengono implementati, rispetto al precedente quadro europeo delineato dalla direttiva 91/533/CEE, i diritti di informazione relativi agli elementi del rapporto di lavoro come determinati dalle parti o etero regolati.

La “prevedibilità”, viceversa, è declinata principalmente in senso temporale, quale diritto del lavoratore di godere di un tempo di vita liberamente programmabile (per dedicarsi ad attività extralavorative, ma anche per reperire un secondo lavoro), da contemperare con l'esigenza di flessibilità del datore di lavoro. Alla finalità di un'occupazione più “prevedibile” sono destinate le “prescrizioni minime” che introducono limiti al potere del datore di lavoro di stabilire e variare le condizioni di lavoro, riducendo così il grado di indeterminatezza che connota lo svolgimento nel tempo del rapporto di lavoro (3).

In questi termini, la precarietà del lavoro viene considerata una connotazione che può caratterizzare le condizioni di lavoro perché è legata non solo alla quantità del lavoro e alla durata del rapporto di lavoro, ma anche alla programmabilità, prevedibilità e variabilità del lavoro. Situazione di incertezza potenzialmente inerente a qualsiasi tipologia contrattuale e non solo a quelle tecnicamente “atipiche” o “speciali”(4), giustificando l'applicazione generalizzata delle nuove disposizioni a tutti i lavoratori che hanno un contratto di lavoro o un rapporto di lavoro quali definiti dal diritto, dai contratti collettivi o dalle prassi in vigore in ciascuno Stato membro, ad eccezione, utilizzando sempre un criterio temporale, di quelli che, indipendentemente dal tipo

(1) Cfr. A. ZILLI, *La trasparenza nel lavoro subordinato. Principi e tecniche di tutela*, Pacini Giuridica, Pisa, 2022, p. 136.

(2) Cfr. G. PROIA, *Trasparenza, prevedibilità e poteri dell'impresa*, in *Labor*, 2022, n. 6, pp. 642-643.

(3) Il valore giuridico e non solo sociale della programmabilità del tempo e della facoltà del lavoratore di dedicare del tempo alla sua vita privata già si poteva ricavare dalla sentenza C. cost. n. 210/1992 sulle clausole elastiche nel *part time* e dalla giurisprudenza più recente di legittimità (v. Cass. 3 settembre 2018 n. 21562) che ha riconosciuto il diritto del lavoratore a conoscere con un ragionevole anticipo i turni di lavoro pur in assenza di disposizioni specifiche di legge o di contratto, così da consentire loro una programmazione del tempo di vita. Per un commento alla sentenza C. cost. 11 maggio 1992, n. 210 cfr. M. BROLLO, “Part time”: la Corte Costituzionale detta le istruzioni per l'uso e le sanzioni per l'abuso, in *GI*, 1993, n. 2, p. 277 ss.

(4) In questo senso A. TURSI, *La “trasparenza” dei diritti dei lavoratori nel decreto “trasparenza”*, in *DRI*, 2023, n. 1, in corso di pubblicazione.

negoziale, abbiano una durata predeterminata pari o inferiore “*a una media di tre ore a settimana in un periodo di riferimento di quattro settimane consecutive*”⁽⁵⁾.

L’ampiezza degli obiettivi prefissati dalla direttiva si riflettono sul contenuto del decreto di recepimento, che si caratterizza non solo per la mole e la complessità delle informazioni aggiuntive (rispetto alla direttiva 91/533/CEE e all’originario d.lgs. n. 152/1997) imposte ai datori di lavoro - in alcuni casi estranee alla direttiva da attuare - ma anche per l’introduzione di norme sostanziali, di portata tutt’altro che marginale, con un non semplice raccordo tra diritti strumentali all’informazione (sugli elementi essenziali del rapporto di lavoro e sulle condizioni di lavoro) e diritti sostanziali⁽⁶⁾.

La riprova promana dalle modifiche apportate dal Decreto Trasparenza alla disciplina del contratto di lavoro intermittente, prototipo del lavoro non programmabile e imprevedibile, nel quale la dilatazione del tempo della prestazione raggiunge la sua portata massima ⁽⁷⁾, al punto che si è parlato di dissoluzione del tempo di lavoro ⁽⁸⁾ o di una sorta di *jus creandi* dell’orario di lavoro attribuito al datore di lavoro ⁽⁹⁾. In questa tipologia contrattuale il tempo di lavoro rappresenta un elemento indeterminato, ovvero determinabile all’occorrenza, in funzione delle contingenti e variabili esigenze produttive del datore di lavoro, riconoscendogli l’ampio potere di determinare, volta per volta, non solo il *quomodo* o il *quantum*, ma addirittura l’*an* della prestazione ⁽¹⁰⁾.

L’ontologica non programmabilità del lavoro intermittente giustifica la specifica attenzione del legislatore europeo verso questa forma di lavoro ⁽¹¹⁾, a cui fa eco anche

⁽⁵⁾ V. art. 1, § 4, direttiva 2019/1152/UE e il corrispondente art. 1, co. 4, lett. *b*, Decreto Trasparenza secondo cui «Sono esclusi dall’applicazione del presente decreto: [...] b) i rapporti di lavoro caratterizzati da un tempo di lavoro predeterminato ed effettivo di durata pari o inferiore a una media di tre ore a settimana in un periodo di riferimento di quattro settimane consecutive. È considerato nella media delle tre ore il tempo di lavoro prestato in favore di tutti i datori di lavoro che costituiscono una stessa impresa, uno stesso gruppo di imprese. La presente esclusione non opera in relazione ai rapporti di lavoro nell’ambito dei quali non sia stata stabilita una quantità garantita di lavoro retribuito prima dell’inizio del lavoro». La circ. Min. lav. 10 agosto 2022, n. 4, a proposito dell’esclusione dal campo applicativo del decreto, specifica che i requisiti della predeterminatezza ed effettività devono entrambi concorrere. Ciò significa che le disposizioni del Decreto Trasparenza trovano, invece, applicazione: laddove, pur a fronte di un tempo di lavoro pattuito pari o inferiore alla citata media delle tre ore settimanali, la prestazione abbia comunque superato detto limite (in tal caso, a partire dal primo giorno lavorativo della settimana che determina il superamento della media) oppure laddove, pur a fronte di un tempo di lavoro effettivo pari o inferiore alla citata media, lo stesso non sia stato predeterminato.

⁽⁶⁾ Cfr. A. TURSI, *Il “decreto trasparenza”: profili sistematici e problematici*, in *LDE*, 2022, n. 3.

⁽⁷⁾ Cfr. P. ALBI, *Lavoro intermittente*, in F. CARINCI (a cura di) *Commento al d.lgs. 15 giugno 2015, n. 81: le tipologie contrattuali e lo jus variandi*, Adapt Labour Studies e-Book series, 2015, n. 48, p. 141.

⁽⁸⁾ Cfr. R. VOZA, *La destrutturazione del tempo di lavoro: part-time, lavoro intermittente e lavoro ripartito*, in P. CURZIO (a cura di), *Lavoro e diritti dopo il decreto legislativo 276/2003*, Cacucci, Bari, 2004, p. 252.

⁽⁹⁾ Cfr. V. BAVARO, *Sul lavoro intermittente. Note critiche*, in G. GHEZZI (a cura di), *Il lavoro tra progresso e mercificazione. Commento critico al decreto legislativo n. 276/2003*, Ediesse, Roma, 2004, p. 219; M. BROLLO, *Part-time e lavoro intermittente alla prova dei numeri*, in *ADL*, 2014, n. 6, I, p. 1252 ss.

⁽¹⁰⁾ Cfr. R. VOZA, *I contratti di lavoro ad orario “ridotto, modulato o flessibile” (part-time, lavoro intermittente e lavoro ripartito)* in *WP C.S.D.L.E. “Massimo D’Antona”.IT – 37/2005*. Sul tema cfr. anche M. BROLLO, *“Part-time” e lavoro intermittente alla prova dei numeri*, cit., p. 1245 ss.

⁽¹¹⁾ La direttiva 2019/1152/UE menziona espressamente i “contratti di lavoro a chiamata” nei consideranda nn. 8, 12, 21, 35 e 43 nonché detta nell’art. 11 specifiche misure complementari che gli Stati membri devono adottare per prevenire pratiche abusive nel caso consentano l’uso di contratti di lavoro a chiamata o di contratti di lavoro analoghi.

quella del legislatore interno, e la sua inclusione nel campo di applicazione del nuovo quadro sulla trasparenza e prevedibilità che ha il compito di rinvenire una qualche forma di contemperamento tra esigenze organizzative (e di flessibilità) del datore di lavoro ed esigenze personali del lavoratore, esposto (utilizzando le parole del legislatore europeo) ad una situazione di particolare vulnerabilità.

La tecnica legislativa utilizzata nel Decreto Trasparenza è stata quella di estendere *tout court* a tale tipologia contrattuale, senza alcun filtro di compatibilità⁽¹²⁾, i riformati obblighi informativi di cui al d.lgs. n. 152/1997 e di modificare l'art.15 d.lgs. n. 81/2015, dedicato alla forma (e alle comunicazioni) del contratto intermittente, lasciando inalterato il restante impianto normativo delineato nel 2015⁽¹³⁾.

Ne è conseguita una disciplina che si compone di un apparato apparentemente informativo, ma che sembra incidere in maniera “sostanziale” sulla struttura del contratto, creando dubbi interpretativi (di natura letterale e sistematica) dalla cui soluzione dipende da un lato l'impatto applicativo della novella legislativa sull'istituto contrattuale, e dall'altro la sua idoneità a perseguire gli obiettivi fissati a livello europeo.

2. La novella dell'art. 15 d.lgs. n. 81/2015: la forma del contratto di lavoro intermittente

L'art. 5, co. 2, lett. *a* del Decreto Trasparenza sostituisce l'art. 15, co. 1, del d.lgs. n. 81/2015 dedicato alla “forma” e alle “comunicazioni” del contratto di lavoro intermittente.

L'*incipit* della previgente disposizione secondo cui «Il contratto di lavoro intermittente è stipulato in forma scritta ai fini delle prove dei seguenti elementi» è sostituito dal seguente: «Il contratto di lavoro intermittente è stipulato in forma scritta ai fini della prova e, oltre alle informazioni di cui all'articolo 1, comma 1, del decreto legislativo 26 maggio 1997, n. 152, deve contenere i seguenti elementi».

Tralasciando per il momento il richiamo agli obblighi di informazione di cui al d.lgs. n. 152/1997 su cui si tornerà nel prosieguo, un primo quesito da porsi è se il Decreto Trasparenza abbia o meno modificato il requisito di forma prescritto per il contratto di lavoro intermittente.

Apparentemente il nuovo art. 15 d.lgs. n. 81/2015 sembra ricalcare quello precedente richiedendo per il contratto e per gli elementi ivi elencati la forma scritta «ai fini della prova», ma, ad una più attenta lettura, così non è.

⁽¹²⁾ Il filtro di compatibilità è invece previsto dal novellato art. 1, co. 5, d.lgs. n. 152/1997 per i rapporti di lavoro di cui all'art. 409, n. 3, c.p.c., per le collaborazioni etero-organizzate di cui all'art. 2, co. 1, d.lgs. n. 81/2015 nonché per i contratti di prestazione occasionale ex art. 54-*bis* d.l. n. 50/2017, conv. in l. n. 96/2017. La circ. Min. lav. 10 agosto 2022, n. 4 specifica che in questi casi la “compatibilità” degli obblighi informativi va accertata caso per caso e cioè in relazione alla tipologia di prestazione effettivamente richiesta.

⁽¹³⁾ Per un recente commento sulla normativa in tema di contratto di lavoro intermittente cfr. F. LUNARDON, *Il lavoro intermittente*, in AA.VV. *I contratti di lavoro. Subordinati e autonomi*, in L. FIORILLO, A. PERULLI (diretto da) *Il nuovo diritto del lavoro*, Giappichelli, Torino, 2021, p. 37 ss.

Nella previgente disposizione, con una formulazione sintatticamente poco chiara, il requisito formale ai fini della prova non era riferito al contratto, ma agli elementi da indicare in esso ⁽¹⁴⁾.

In merito a questo profilo, ancor prima dell'intervento legislativo del 2015, si è ritenuto che, al di là del dato letterale, il requisito formale fosse imposto ai fini della prova del contratto di lavoro, e dunque, l'uso della forma scritta *ad probationem*, lungi dal riguardare i soli "elementi", doveva interessare l'intero contratto, con la conseguenza che la prova dello stesso, in caso di controversia, era assoggettata ai limiti di cui all'art. 2725 c.c.

In assenza della forma scritta, trattandosi di un onere imposto ai soli fini probatori, il difetto formale, inconfigurabile in termini di patologia negoziale, non incideva sulla natura del contratto che era e rimaneva valido, ma rilevava solo sul piano dei mezzi probatori: l'esistenza e il contenuto del negozio non potevano essere provati con testi o presunzioni, ma solo attraverso mezzi di prova eccezionali (giuramento o confessione), oltre che dalla prova per testi solo nell'ipotesi in cui la scrittura fosse stata smarrita inconsapevolmente.

Con riferimento, invece, agli elementi da indicare nel contratto si è operato un distinguo tra quelli rimessi alla libera contrattazione delle parti (si pensi all'indicazione specifica delle modalità della disponibilità garantita dal lavoratore o delle modalità di richiesta della prestazione) e quelli che, invece, dovevano far parte del contenuto del contratto, indipendentemente dalla forma scritta, costituendo diritti inderogabili di rilevanza costituzionale che in ogni caso non potevano essere negati al lavoratore (si pensi all'indicazione delle eventuali misure di sicurezza o del trattamento economico e normativo spettante al lavoratore). Per i primi è stata confermata la forma ai fini probatori con la conseguenza che in difetto di prova al più non trovava applicazione la disciplina ad essi ricollegata (l'esigibilità della prestazione), per i secondi se ne prescriveva l'indicazione nel contratto quali elementi necessari.

La nuova formulazione della norma fuga ogni dubbio interpretativo imponendo la forma scritta del contratto intermittente ai fini della prova dello stesso e, in secondo luogo, richiedendo (le due parti della norma sono collegati dalla congiunzione "e" che ne determina la reciproca autonomia) al datore di lavoro l'obbligo di indicare gli elementi ivi elencati.

Si può ritenere, allora, che la modifica legislativa abbia chiarito che la forma *ad probationem* è riferita al contratto, mentre gli elementi analiticamente previsti dal legislatore, senza alcun distinguo tra quelli rimessi all'autonomia negoziale e quelli discendenti da norme imperative di legge, costituiscono il contenuto minimo "ai fini della validità" (o se si preferisce elementi essenziali) del contratto di lavoro intermittente, grazie ai quali viene perseguita la finalità di garantire quel "livello minimo" di prevedibilità delle condizioni di lavoro.

Il diverso atteggiarsi delle prescrizioni formali si riflette sulle conseguenze sanzionatorie che operano differentemente a seconda che il difetto di forma riguardi il contratto o il contenuto.

⁽¹⁴⁾ Cfr. D. GOTTARDI, *Lavoro intermittente*, in E. GRAGNOLI, A. PERULLI, *La riforma del mercato del lavoro e i nuovi modelli contrattuali. Commentario al decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276*, Cedam, Padova, 2004, p. 478 ss.

Nel primo caso, valgono le stesse considerazioni già svolte sulla previgente disciplina. La forma (del contratto) ai fini della prova attiene alla “forma della prova” e non del negozio, e dunque, al diritto processuale.

Nel secondo caso, in assenza di un’espressa specificazione legislativa sulla prescrizione formale “a pena di nullità”, deve farsi ricorso ad un’operazione ermeneutica “di riduzione teleologica”, individuando le conseguenze sanzionatorie attraverso un giudizio di meritevolezza e di congruità formulata sulla base degli interessi protetti. Se l’interesse perseguito è la tutela del contraente più debole, a cui si affianca quello di garantire ai lavoratori più vulnerabili la prevedibilità delle condizioni di lavoro, allora non si può che parlare di una nullità relativa e parziale.

Rimane da verificare se dalla nullità parziale del contratto per assenza “scritta” degli elementi essenziali, discenda la sanzione della conversione automatica in ordinario rapporto di lavoro *ex art.* 2094 c.c.

A differenza del contratto part time, per il quale il legislatore impone un onere formale che seppur prescritto ai fini della prova, comporta una sanzione normativamente predeterminata che incide sul contenuto del rapporto (art. 10 d.lgs. n. 81/2015), nella disciplina del contratto intermittente manca un’analogia disposizione a carico del datore di lavoro ⁽¹⁵⁾, ad accezione del caso in cui venga superato il tetto massimo temporale di effettivo lavoro (400 giornate in tre anni solari con lo stesso datore di lavoro, fatta eccezione per i settori del turismo, dei pubblici esercizi e dello spettacolo) sanzionato con l’automatica trasformazione del rapporto in tempo pieno e indeterminato (art. 13, co. 3, d.lgs. n. 81/2015) ⁽¹⁶⁾.

Nel silenzio della legge la sanzione della trasformazione automatica non può essere estesa analogicamente anche ai casi di omessa o non corretta indicazione degli elementi del contratto. Si deve, perciò, riconoscere in questi casi alle parti la possibilità (invero solo il lavoratore potrebbe concretamente essere interessato) di chiedere al giudice l’accertamento di un diverso contratto, tenendo conto dell’effettivo comportamento dei contraenti anche dopo la conclusione del contratto stesso, a cui non seguirà necessariamente la dichiarazione giudiziale di un “normale” rapporto di lavoro ⁽¹⁷⁾. Per la figura negoziale in esame, non si può ragionare in termini di depurazione del contratto dai tratti di specialità e di conseguente riconduzione dello stesso alla

⁽¹⁵⁾ Cfr. M.G. MATTAROLO, *La forma del contratto e gli obblighi*, in M. BROLLO, M.G. MATTAROLO, L. MENGHINI (a cura di), *Contratti di lavoro flessibili e contratti formativi. Titoli III e IV- Artt. 20-32, III, Commentario al D.Lgs. 10 settembre 2003, n. 276*, coordinato da F. CARINCI, Ipsa, Milano, 2004, p. 33.

⁽¹⁶⁾ La circ. Min. lav. 18 luglio 2012, n. 18, all’indomani delle novità sul contratto intermittente introdotte dalla l. n. 92/2012 aveva precisato che il superamento della soglia anagrafica, al venticinquesimo anno, avrebbe determinato la “trasformazione” in lavoro a tempo pieno e indeterminato. Dubbi sull’operatività di tale previsione dopo il d.lgs. n. 81/2015 sono avanzati da A. MATTEI, *La continuità del lavoro intermittente*, in G. ZILIO GRANDI, M. BIASI (a cura di), *Commentario breve alla riforma “Job Act”*, Cedam, Padova, 2016, p. 663.

⁽¹⁷⁾ Sul tema v. FONDAZIONE STUDI CONSULENTI DEL LAVORO, *Il contratto di lavoro intermittente e il nuovo periodo di prova dopo il Decreto Trasparenza*, 6 settembre 2022, p. 5 secondo cui con riferimento agli elementi del contratto individuale di lavoro intermittente, elencati all’art. 15 d.lgs. n. 81/2015, come sostituito dal Decreto Trasparenza, in assenza di specifica sanzione penale o amministrativa, gli Ispettori del Lavoro possono procedere adottando apposito provvedimento di disposizione, ai sensi dell’art. 14 d.lgs. n. 124/2004, secondo le indicazioni offerte dall’INL nella circ. 30 settembre 2020, n. 5 e in ragione delle esemplificazioni contenute nella nota INL 15 dicembre 200, n. 4539, per consentire la piena adesione alla disciplina legale della fattispecie contrattuale oggetto di accertamenti.

disciplina di un comune contratto di lavoro, poiché non v'è un'alterazione funzionale della causa rispetto all'art. 2094 c.c. ⁽¹⁸⁾: nei periodi in cui è chiamato a lavorare, il lavoratore svolge normalmente la propria attività ad un'intensità "standard", tant'è vero che il legislatore non ha previsto alcuna deroga alla disciplina sulla durata massima della prestazione ⁽¹⁹⁾.

Il giudice dovrà, invece, accertare caso per caso, quale tipo contrattuale si sia instaurato di fatto tra le parti, senza procedere ad alcuna automatica conversione ⁽²⁰⁾.

3. I nuovi elementi del contratto di lavoro intermittente

Chiarito l'aspetto preliminare della forma del contratto, si passa ad analizzare le modifiche apportate dal Decreto Trasparenza agli elementi che esso «deve contenere». Trattasi di elementi eterogenei, non sempre chiari e che a volte sembrano sovrapporsi: alcuni si riferiscono alle condizioni della prestazione lavorativa e ai relativi obblighi e diritti nei periodi di lavoro; altri riguardano i periodi di disponibilità e sono diversi a seconda che la disponibilità sia garantita o no da parte del lavoratore; altri, infine, riguardano la configurazione stessa della fattispecie.

Nel riscrivere l'art. 15 d.lgs. n. 81/2015, il legislatore è intervenuto unicamente sulle lett. *a*, *c*, *d* e ha introdotto *ex novo* la lett. *g* ⁽²¹⁾.

⁽¹⁸⁾ Cfr. R. VOZA, *La destrutturazione del tempo di lavoro: part-time, lavoro intermittente e lavoro ripartito*, cit., p. 351 secondo cui «il lavoro a chiamata si muove all'interno del lavoro subordinato standard (che, dunque, lo contiene), magari nella veste di «sottotipo negoziale», posto che «il puro tenersi a disposizione [...] non individua un semplice presupposto dell'adempimento dell'obbligo (ovvero una situazione di pre-adempimento), ma lo esaurisce (nel senso che soddisfa l'obbligazione principale)»; G. PROIA, *Tempo e qualificazione del rapporto di lavoro*, in *LLI*, 2022, n. 8, n.1, p.75; G. DELLA ROCCA, *Il lavoro intermittente dopo decreto trasparenza*, in *MGL*, 2022, 3, pp. 541-542 secondo cui «il sottotipo di lavoro intermittente con obbligo di disponibilità integra un contratto a causa complessa che è perfetto al momento della stipulazione in entrambe le sue parti, sia quella immediatamente efficace relativa allo scambio tra disponibilità e indennità, sia quella ad efficacia condizionata relativa allo scambio tra lavoro e retribuzione. Invece, il sottotipo di lavoro intermittente senza obbligo di disponibilità, caratterizzato anch'esso dall'assenza di predeterminazione della quantità della prestazione lavorativa, non presenta una causa complessa essendo previsto solo lo scambio tra lavoro effettivo e retribuzione. Conseguentemente la condizione di efficacia di questo scambio non consiste solo, come nel primo sottotipo, nella chiamata da parte del datore di lavoro, ma richiede anche l'accettazione di tale chiamata da parte del lavoratore. Sicché qui non c'è, come si è detto, una causa complessa, bensì una condizione complessa».

⁽¹⁹⁾ Cfr. R. VOZA, *Il lavoro intermittente dopo il D.Lgs. n. 276/2003: decreto correttivo, interventi ministeriali e contrattazione collettiva*, in *LG*, 2005, 7, p. 607.

⁽²⁰⁾ Cfr. M. D'ONGHIA, *La forma vincolata nel diritto del lavoro*, Cacucci, Bari, 2005, p. 223.

⁽²¹⁾ Per completezza, si riporta il contenuto delle informazioni di cui alle lettere *b*, *e* ed *f*, del novellato art. 15, co. 1, d.lgs. n. 81/2015, riprodotte dalla versione previgente della disposizione: *b*) il luogo e le modalità della disponibilità eventualmente garantita dal lavoratore; *e*) i tempi e le modalità di pagamento della retribuzione e dell'indennità di disponibilità; *f*) le misure di sicurezza necessarie in relazione al tipo di attività dedotta in contratto.

3.1 La natura variabile della programmazione del lavoro e l'ammontare del minimo di ore retribuite garantite

Nella lett. *a* viene ora richiesto al datore di lavoro di indicare oltre alla durata e alle ipotesi oggettive o soggettive che consentono il ricorso alla fattispecie negoziale, anche «la natura variabile della programmazione del lavoro».

La modifica risponde alla finalità perseguita dalla direttiva 2019/1152/UE, e in particolare dall'art. 4, § 2, lett. *m*, punto *i*, di informare il lavoratore, nel caso in cui l'organizzazione del lavoro è interamente o in gran parte imprevedibile, riguardo “al principio che la programmazione del lavoro è variabile” dove per «programmazione di lavoro» deve intendersi quella che «determina in quali giorni e ore inizia e termina la prestazione di lavoro» (22).

È, però, necessario comprendere come questo obbligo di informazione si atteggi nella disciplina del contratto di lavoro intermittente e quanto debba estendersi.

Sebbene nel contratto di lavoro intermittente la “programmazione del lavoro” sia ontologicamente variabile, il legislatore richiede che tale caratteristica naturale del tipo contrattuale venga “comunicata” al lavoratore in sede di stipulazione del contratto. Ne consegue che la variabilità della programmazione del lavoro, che rappresenta per la generalità dei lavoratori un'informazione da fornire in base al nuovo art. 1, co. 1, lett. *o* e *p* del d.lgs. n. 152/1997, nel contratto di lavoro intermittente diventa un elemento contrattuale essenziale e non un mero dovere informativo (23).

Tuttavia, non è chiaro se per ottemperare al dettato normativo, il datore di lavoro debba limitarsi a precisare nel contratto *sic et simpliciter* che la collocazione temporale della prestazione sarà variabile oppure sia tenuto a indicare quantomeno gli orari di apertura dell'azienda o i possibili turni lavorativi in cui si organizza “normalmente” l'attività aziendale e all'interno dei quali potrà essere “chiamato”.

Utilizzando sempre il criterio ermeneutico teleologico, si propende per la seconda soluzione più rispettosa delle finalità a cui tende la direttiva europea, che al considerando n. 21) testualmente prevede che nel caso di contratto a chiamata «i datori di lavoro dovrebbero informare i lavoratori in merito alle modalità di determinazione del loro orario di lavoro, comprese le fasce orarie in cui possono essere chiamati a lavorare [...]».

Accanto alla variabilità della programmazione di lavoro, la direttiva europea richiede, in presenza di un rapporto di lavoro imprevedibile, che l'informativa deve avere ad oggetto anche l'ammontare del minimo di ore retribuite garantite e della retribuzione che spetta al lavoratore in caso di attività aggiuntiva rispetto al minimo (24).

Il Decreto Trasparenza, nell'ambito della disciplina del contratto di lavoro intermittente, riproduce pedissequamente questa informazione alla lett. *c* dell'art. 15 d.lgs. n. 81/2015, attraendola all'interno delle previsioni relative al trattamento economico spettante al lavoratore intermittente per l'attività eseguita o per la disponibilità garantita.

(22) V. art. 2, lett. *a*, direttiva 2019/1152/UE trasposto nell'art. 2, co. 1, lett. *a* del Decreto Trasparenza.

(23) In questo senso cfr. FONDAZIONE STUDI CONSULENTI DEL LAVORO, *Il contratto di lavoro intermittente e il nuovo periodo di prova dopo il Decreto Trasparenza*, cit., p. 3.

(24) V. art. 4, § 2, lett. *m*, punto *i*, direttiva 2019/1152/UE.

L'indicazione di questo elemento nel contratto di lavoro intermittente è eventuale («indicazione dell'ammontare delle eventuali ore retribuite garantite») nel senso che potrà essere inserito solo ove concordato tra le parti, conformemente ai criteri individuati dalla disciplina pattizia, anche aziendale⁽²⁵⁾, nei pochi settori che hanno regolamentato l'istituto. Siffatta lettura trova conforto nell'art. 9, co. 3, lett. *a*, Decreto Trasparenza che nel dettare le condizioni di prevedibilità minima delle condizioni di lavoro, stabilisce che il datore di lavoro deve dare informazione al lavoratore del «numero delle ore minime retribuite garantite su base settimanale, nella misura indicata dai contratti collettivi, anche aziendali, stipulati dalle organizzazioni sindacali e datoriali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale»⁽²⁶⁾. Seppur le due disposizioni hanno ambiti di applicazione differenti - la prima riguarda il contenuto negoziale del contratto di lavoro (intermittente), la seconda gli obblighi di informazione a carico del datore di lavoro - dalla loro lettura combinata, in chiave sistemica, emerge che l'eventuale previsione delle «ore retribuite garantite» e la loro misura sono rimesse alla contrattazione collettiva, anche aziendale, selezionata con il criterio della maggiore rappresentatività comparata a livello nazionale e non anche alle parti individuali del rapporto di lavoro, anche se, trattandosi di una condizione di lavoro migliorativa per il lavoratore, non si può escludere tale possibilità⁽²⁷⁾.

Problemi di compatibilità con la natura del contratto di lavoro intermittente possono sorgere, piuttosto, con riferimento all'indicazione «settimanale» delle ore minime garantite, dovendosi, invece ritenere che quest'ultime, ove previste e indicate nel contratto, siano strettamente legate alla singola «chiamata» del lavoratore⁽²⁸⁾. Così interpretata la previsione ha l'evidente scopo di consentire ai lavoratori intermittenti di conoscere in anticipo la durata «minima» della prestazione di lavoro in caso di chiamata al fine di poter programmare il proprio tempo di non lavoro e finanche di integrare la propria retribuzione con altri impieghi.

Qualche perplessità, invece, suscita l'indicazione nel contratto di lavoro intermittente, del trattamento economico dovuto «per il lavoro prestato in aggiunta alle ore garantite», differente rispetto a quello «spettante al lavoratore per la prestazione eseguita». Anche in questo caso, può essere di supporto interpretativo l'art. 9, co. 3, lett. *b*, Decreto Trasparenza che richiede al datore di lavoro di informare il lavoratore «delle maggiorazioni retributive, in misura percentuale rispetto alla retribuzione base, spettante per le ore lavorate in aggiunta alle ore minime retribuite garantite». Ciò significa che se le parti concordano un numero di ore minime garantite, quelle in eccedenza

⁽²⁵⁾ V., a titolo esemplificativo, l'Accordo integrativo aziendale Trasporto-Logistica-Rider - Just Eat del 29 marzo 2021 che all'art. 6 «Lavoro intermittente (a chiamata)» stabilisce che «la durata minima del turno giornaliero non può essere inferiore a 2 ore continuative».

⁽²⁶⁾ V'è affinità tra questa previsione e lo strumento sperimentale introdotto dall'art. 51 CCNL Agenzie per il lavoro del 15 ottobre 2019 del contratto di somministrazione con monte ore garantito (MOG).

⁽²⁷⁾ Sul punto cfr. G. PROIA, *Trasparenza, prevedibilità e poteri dell'impresa*, op. cit., p. 651 secondo cui «[...] il diritto di informazione relativo alle «ore retribuite garantite», lasciato privo (dalla normativa sia europea che nazionale) delle disposizioni volte a sostanziarne il contenuto alla stregua di condizione minima di tutela, non comporta il diritto del lavoratore a che i contratti a chiamata assicurino una tale garanzia».

⁽²⁸⁾ In questo senso cfr. FONDAZIONE STUDI CONSULENTI DEL LAVORO, *Il contratto di lavoro intermittente e il nuovo periodo di prova dopo il Decreto Trasparenza*, cit., pp. 3-4.

devono essere retribuite con una maggiorazione. Se questa previsione è senz'altro compatibile con un contratto di lavoro part time, nel quale il tempo minimo (settimanale) costituisce il regime orario concordato, con la conseguenza che le ore in eccedenza vengono retribuite come lavoro supplementare o straordinario, a seconda che superino o meno l'orario normale contrattuale di lavoro, non può dirsi la stessa cosa per il contratto di lavoro intermittente nell'ambito del quale il legislatore non impone alcun obbligo in merito all'orario e alla collocazione temporale della prestazione lavorativa al fine di lasciare tale determinazione all'autonomia contrattuale delle parti, coerentemente con l'impostazione flessibile e modulabile dell'istituto ⁽²⁹⁾. Nonostante questa peculiarità, si è comunque di fronte ad un contratto di lavoro dipendente che presuppone lo svolgimento da parte del lavoratore, nei periodi in cui è chiamato a lavorare, di un'attività lavorativa ad un'intensità *standard*, non necessariamente a tempo parziale, ben potendo la durata corrispondere al normale orario di lavoro (e quindi a tempo pieno).

Diventa, perciò, controverso ritenere che nel lavoro intermittente, ove concordato tra le parti un numero di ore minime garantite, quelle eccedenti devono essere retribuite con una maggiorazione, salvo non equiparare “le ore minime garantite” ad “un tempo di lavoro” stabilito in partenza che, una volta superato, dà diritto ad una maggiorazione retributiva, similmente a quanto accade nel part time.

Non potendo estendere la disciplina del lavoro part time al lavoro intermittente, rimarrebbe da comprendere in quale misura applicare la maggiorazione e soprattutto chi è il soggetto legittimato a determinare il *quantum* spettante al lavoratore per le ore eccedenti. Mentre il “numero delle ore minime retribuite garantite”, come visto, è rimesso dall'art. 9, co. 3, lett. *a* Decreto Trasparenza, alla contrattazione collettiva, con riferimento alle maggiorazioni retributive (lett. *b*), non v'è un'analogia previsione, lasciando la determinazione alle parti individuali.

Per dissipare ogni dubbio, si potrebbe prospettare una lettura alternativa che è quella di considerare le ore eccedenti il monte ore minimo garantito come lavoro ordinario fino al raggiungimento dell'orario di lavoro a tempo pieno, superato il quale, trattandosi di lavoro straordinario, verranno retribuite con le maggiorazioni previste dalla legge e dal contratto collettivo applicato dal datore di lavoro.

3.2 Il ragionevole preavviso di chiamata

Una rilevante modifica introdotta dal Decreto Trasparenza riguarda il preavviso in caso di chiamata. Nel previgente art. 15, l'indicazione del preavviso era contenuta nella lett. *b*, in stretta correlazione a “luogo e modalità della disponibilità” eventualmente garantita dal lavoratore. Il legislatore, inoltre, stabiliva una durata minima (legale) del preavviso che non poteva essere inferiore a un giorno lavorativo, modificabile solo *in melius* dalle parti (individuali o collettive).

La collocazione topografica della previsione aveva fatto sorgere il dubbio che il preavviso operasse solo in presenza della disponibilità garantita dal lavoratore e non anche in ogni caso di chiamata. La questione, peraltro, acquisiva valenza puramente teorica considerato che l'inadempimento dell'obbligo di preavviso non poteva produrre alcun

⁽²⁹⁾ V. a tal proposito circ. Min. lav. 2 febbraio 2005, n. 4 e 24 ottobre 2018, n. 6.

effetto nei confronti dei lavoratori liberi di accettare o rifiutare qualunque chiamata, in quanto non vincolati dall'obbligo di disponibilità. Solo in quest'ultimo caso, il preavviso poteva ritenersi necessario a fronte delle conseguenze di un eventuale rifiuto (ingiustificato) di rispondere alla chiamata del datore di lavoro.

Il Decreto Trasparenza sembra definitivamente risolvere la questione interpretativa collegata al preavviso, spostando la relativa previsione dall'originaria lettera b) dell'art. 15 alla lettera d) che impone al datore di lavoro di indicare nel contratto le "forme e le modalità" con cui è legittimato a richiedere l'esecuzione della prestazione di lavoro nonché "le modalità di rilevazione della prestazione".

In questo modo il preavviso diventa un elemento (essenziale) del contratto collegato al legittimo esercizio del potere datoriale di (ogni) chiamata. Nell'ottica della "prevedibilità" del lavoro, la funzione del preavviso è quella di garantire al lavoratore di organizzarsi con congruo anticipo, indipendentemente dalla disponibilità garantita di rispondere alla chiamata ⁽³⁰⁾.

Quanto alla misura del preavviso, la novella dell'art. 15 ha eliminato la previsione che obbligava il datore di lavoro ad un preavviso di chiamata non inferiore a un giorno lavorativo. La modifica produce l'effetto di lasciare libere le parti di concordare tale periodo, senza prevedere una misura legale minima in caso di assenza di una pattuizione individuale o collettiva. Non si tratta, tuttavia, di una libertà assoluta in quanto la direttiva europea al considerandum n. 32) stabilisce che il periodo minimo di preavviso, inteso come «il periodo di tempo tra il momento in cui un lavoratore è informato in merito a un nuovo incarico di lavoro e il momento in cui inizia l'incarico», deve essere "ragionevole", così consentendo che la sua durata vari in funzione delle esigenze del settore interessato, purché sia garantita nel contempo l'adeguata protezione dei lavoratori ⁽³¹⁾.

Il principio di "ragionevolezza" finalizzato a garantire un'adeguata protezione dei lavoratori deve essere, perciò, il criterio a cui le parti (anche collettive) devono uniformarsi, non potendosi considerare rispettoso del dettato normativo un periodo di preavviso di chiamata di "una sola ora" o dato in una giornata festiva o non lavorativa ⁽³²⁾.

⁽³⁰⁾ Nella direttiva 2019/1152/UE, con riferimento al preavviso, v.: considerandum n. 21 che richiede ai datori di lavoro, in caso di contratto a chiamata, di informare i lavoratori in merito al «periodo minimo di preavviso che devono ricevere prima dell'inizio di un incarico di lavoro»; art. 4, § 2, lett. m, punto iii), secondo cui se l'organizzazione del lavoro è interamente o in gran parte imprevedibile, il datore di lavoro deve informare il lavoratore riguardo: «[...] iii) al periodo minimo di preavviso a cui il lavoratore ha diritto prima dell'inizio di un incarico [...]»; art. 10 che richiede agli Stati membri di provvedere affinché, in caso di organizzazione imprevedibile, «il datore di lavoro non imponga a lavoratore di lavorare a meno che non siano soddisfatte entrambe le seguenti condizioni: a) il lavoro è svolto entro ore e giorni predeterminati di cui all'articolo 4, paragrafo 2, lettera m), punto ii); e b) il lavoratore è informato dal suo datore di lavoro di un incarico con un preavviso ragionevole stabilito in conformità del diritto, dei contratti collettivi o delle prassi nazionali di cui all'articolo 4, paragrafo 2, lettera m), punto iii). Qualora uno o entrambi i requisiti di cui al paragrafo 1 non siano soddisfatti, il lavoratore ha diritto di rifiutare un incarico di lavoro senza conseguenze negative».

⁽³¹⁾ In questo senso v. circ. Min. lav. 20 settembre 2022, n. 19.

⁽³²⁾ In segno contrario v. FONDAZIONE STUDI CONSULENTI DEL LAVORO, *Il contratto di lavoro intermittente e il nuovo periodo di prova dopo il Decreto Trasparenza*, cit., p. 4 secondo cui l'eliminazione della previsione che obbligava il datore di lavoro ad un preavviso di chiamata non inferiore a un giorno lavorativo, «lascia ora libere le parti di concordare anche un preavviso di chiamata minimo (anche di

La genericità e relatività (esigenze del settore interessato) del criterio rimette a un'eventuale e successivo controllo giudiziale la validità del periodo di preavviso di chiamata concordato tra le parti, fermo restando che l'assenza di un preavviso o la sua irragionevolezza non incide sulla natura del contratto di lavoro intermittente, ma rileva ai soli fini del legittimo rifiuto del lavoratore di rendere la prestazione lavorativa. L'art. 9, co. 1, Decreto Trasparenza, infatti, prescrive che nelle ipotesi di rapporti di lavoro con organizzazione del lavoro (interamente) imprevedibile (quale, appunto, il contratto di lavoro intermittente) il datore di lavoro non può imporre al lavoratore di svolgere l'attività lavorativa, salvo che non ricorrano due condizioni: il lavoro si svolga entro ore e giorni di riferimento predeterminati (lett. *a*) oppure il lavoratore sia informato dal datore di lavoro sull'incarico o la prestazione da eseguire con il ragionevole periodo di preavviso (lett. *b*). In assenza di una o di entrambe le condizioni, il lavoratore ha diritto di rifiutare di assumere l'incarico o di rendere la prestazione, senza subire alcun pregiudizio, anche di natura disciplinare.

La disposizione deve essere coordinata con la peculiare disciplina del contratto di lavoro intermittente che consente al lavoratore di poter rifiutare in ogni caso (anche a fronte di un congruo preavviso) la chiamata ove non garantita la disponibilità senza subire alcuna conseguenza sul piano contrattuale; di contro, l'art. 16, co. 5, d.lgs. n. 81/2015, stabilisce che il rifiuto ingiustificato di rispondere alla chiamata da parte del lavoratore che abbia garantito al datore di lavoro la propria disponibilità, può costituire motivo di licenziamento e comportare «la restituzione della quota di indennità di disponibilità riferita al periodo successivo al rifiuto»⁽³³⁾.

Ne consegue che la speciale disciplina dettata dall'art. 9, co.1, Decreto Trasparenza, produce effetto solo nell'ipotesi in cui il lavoratore intermittente si è obbligato a rispondere alla chiamata, percependo la relativa indennità. In questo caso, ove il preavviso concessogli dovesse risultare "irragionevole", non troverà applicazione la previsione di cui all'art. 16, co. 5, d.lgs. n. 81/2015 e il lavoratore sarà libero di non accettare la chiamata, senza che il suo rifiuto venga ritenuto "ingiustificato"⁽³⁴⁾.

Tirando le fila del discorso, allora, si può dire che in base al nuovo art. 15 d.lgs. n. 81/2015 il preavviso "ragionevole" deve essere stabilito dalle parti e inserito quale elemento del contratto di lavoro, in tutti i casi di chiamata. Solo quando il lavoratore ha garantito la propria disponibilità trova, altresì, applicazione, ad integrazione della

una sola ora) come pure di considerare valido e legittimo un preavviso dato in giornata festiva o comunque non lavorativa».

⁽³³⁾ Cfr. M. G. MATTAROLO, *Il rapporto di disponibilità*, in M. BROLLO, M.G. MATTAROLO, L. MENGHINI (a cura di), *Contratti di lavoro flessibili e contratti formativi. Titoli III e IV- Artt. 20-32, III, Commentario al D.Lgs. 10 settembre 2003, n. 276*, coordinato da F. CARINCI, Ipsoa, Milano, 2004, p. 53 secondo cui, già in vigenza della precedente disciplina del 2003, la disposizione è poco chiara e inutile: «Infatti non è pensabile che, in caso di rifiuto del lavoratore, il datore di lavoro possa attendere troppo tempo per esercitare il suo potere di recesso; un suo comportamento dilatorio ben potrebbe essere interpretato come volontà di continuare comunque il rapporto, sicché l'indennità di disponibilità maturata dal momento dell'inadempimento al momento della risoluzione dovrebbe ragionevolmente, nei fatti, tradursi al minimo».

⁽³⁴⁾ Secondo G. PROIA, *Trasparenza, prevedibilità e poteri dell'impresa*, op. cit., p. 650 «dai primi due commi dell'art. 9 del decreto deriva il diritto del lavoratore di rifiutare di rispondere alla chiamata, ma non anche una interdizione all'esercizio della sua libertà negoziale di accettare di svolgere la prestazione richiestagli».

disciplina sostanziale dettata per il contratto di lavoro intermittente, la disposizione speciale di cui all'art. 9, co.1 e 2, Decreto Trasparenza.

Da ultimo, sempre in tema di preavviso, può estendersi al lavoro intermittente, pur se non espressamente richiamata dall'art. 15, d.lgs. n. 81/2015, tra gli elementi del contratto intermittente, la previsione di cui all'art. 9, co. 4, Decreto Trasparenza che attribuisce al "preavviso" la specifica funzione di limitare il potere del datore di lavoro di revocare una chiamata già effettuata. Viene stabilito, infatti, che qualora il datore di lavoro revochi un incarico o una prestazione di lavoro precedentemente programmati, senza un ragionevole preavviso, è tenuto a riconoscere al lavoratore la retribuzione inizialmente prevista per la prestazione pattuita, in base al contratto collettivo ove applicabile, o in mancanza, una somma a titolo di compensazione per la mancata esecuzione dell'attività lavorativa, la cui misura non può essere in ogni caso inferiore al 50% del compenso inizialmente pattuito per la prestazione annullata.

La stessa direttiva europea ⁽³⁵⁾ sancisce da un lato l'obbligo del datore di lavoro di comunicare «se del caso, il termine per l'annullamento di cui all'art. 10, paragrafo 3» [art. 4, § 2, lett. *m*, iii)]; dall'altro lato chiede agli Stati membri che intendano consentire l'annullamento dell'incarico "senza compensazione", di imporre al datore di lavoro un "termine" oltre il quale l'annullamento è ritenuto tardivo con conseguente diritto del lavoratore ad una "compensazione" (art. 10, § 3).

Dalla lettura combinata delle due previsioni emerge che la prima opera solo se trova applicazione la seconda («se del caso»).

Il legislatore nazionale, pur dando attuazione alle richiamate norme della direttiva, lo fa in modo non del tutto lineare, ponendo qualche problema di coordinamento tra le disposizioni che dettano condizioni sostanziali di tutela e quelle che disciplinano il diritto di informazione.

Al primo nucleo deve essere ricondotto il richiamato art. 9, co. 4, che, come si è detto, "nell'ambito" di tutte le tipologie di rapporti di lavoro nelle quali «l'organizzazione del lavoro sia interamente o in gran parte imprevedibile» introduce una specifica compensazione dovuta al lavoratore nel caso di revoca dell'incarico o della prestazione precedentemente programmati, «senza un ragionevole periodo di preavviso».

Appartiene al secondo nucleo di norme, invece, l'art. 1, lett. *p*, n. 3, Decreto Trasparenza, che condiziona l'obbligo di informazione sul termine per l'annullamento dell'incarico, ove sussista la duplice condizione che «ciò sia consentito dalla tipologia contrattuale in uso e sia stato pattuito». Quindi la possibilità di annullamento dell'incarico (e il conseguente obbligo di comunicare il termine entro cui farlo) è subordinata alla presenza di una norma che consenta quella possibilità con riferimento allo specifico modello contrattuale e alla previsione di una simile clausola nel patto individuale. Allo stato attuale nessuna disciplina dei modelli contrattuali caratterizzati dalla imprevedibilità dell'organizzazione dell'orario di lavoro prevede esplicitamente la facoltà del datore di lavoro di annullare l'incarico già affidato.

⁽³⁵⁾ L'art. 10, § 3, direttiva 2019/1152/UE così recita: «Qualora consentano a un datore di lavoro di annullare un incarico di lavoro senza compensazione, gli Stati membri adottano le misure necessarie, conformemente al diritto, ai contratti collettivi o alle prassi nazionali, per garantire che il lavoratore abbia diritto a una compensazione se il datore di lavoro annulla l'incarico di lavoro precedentemente concordato con il lavoratore dopo un determinato termine ragionevole».

La questione, allora, può essere risolta ritenendo che l'art. 9, co. 1 e 4, Decreto Trasparenza, abbia integrato, con una norma (esterna) di carattere sostanziale, le discipline dei contratti "imprevedibili", tra cui il contratto di lavoro intermittente che, quindi, oggi può contemplare la facoltà di revoca da parte del datore di lavoro a condizione che venga esercitata entro un "ragionevole" termine di preavviso (a pena di sanzione a carico del datore di lavoro) e sia stata contrattata al livello individuale, il che presuppone l'accettazione di tale clausola nell'accordo tra le parti ⁽³⁶⁾.

3.3 Le fasce orarie e i giorni predeterminati in cui il lavoratore è tenuto a svolgere le prestazioni lavorative

Il Decreto Trasparenza ha introdotto nell'art. 15 d.lgs. n. 81/2015 la lett. g), secondo cui il datore di lavoro è tenuto ad indicare nel contratto di lavoro intermittente «le eventuali fasce orarie e i giorni predeterminati in cui il lavoratore è tenuto a svolgere le prestazioni lavorative».

Coerentemente con gli scopi perseguiti dalla direttiva europea, la prescrizione di indicare (e comunicare) i periodi predeterminati di lavoro consente al lavoratore a chiamata di prevedere anticipatamente il suo impegno lavorativo e, quindi di organizzare il suo tempo di non lavoro; al contempo viene assicurata la possibilità per il lavoratore di cumulare altri impieghi alle condizioni stabilite dall'art. 8, Decreto Trasparenza che, fatto salvo l'obbligo di fedeltà del lavoratore *ex art.* 2105 c.c., limita il potere del datore di lavoro di vietare al lavoratore di svolgere altre attività lavorative in orario diverso da quello concordato ⁽³⁷⁾.

Quella che potrebbe apparire *prima facie* una limitazione legislativa dell'ambito di utilizzabilità del contratto intermittente, deve, tuttavia, essere letta e interpretata coerentemente con la disciplina dell'istituto.

Innanzitutto, la nuova lett. g dell'art. 15 d.lgs. n. 81/2015, menziona tra gli elementi che il contratto di lavoro intermittente deve contenere «le fasce orarie e i giorni predeterminati in cui il lavoratore è tenuto a svolgere le prestazioni lavorative», ma solo nell'eventualità in cui essi siano stati concordati ("eventuali"). Quindi si tratta di una previsione che non deve essere obbligatoriamente inserita nel contratto, ma che viene rimessa alla determinazione delle parti.

⁽³⁶⁾ In questo senso G. PROIA, *Trasparenza, prevedibilità e poteri dell'impresa*, op. cit., pp. 651-653.

⁽³⁷⁾ Risulta applicabile al lavoratore intermittente anche l'art. 10 Decreto Trasparenza che riconosce al lavoratore con un'anzianità di lavoro di almeno sei mesi presso lo stesso datore di lavoro (completando così anche l'eventuale periodo di prova), la facoltà di richiedere al datore, manifestando tale volontà per iscritto, una diversa forma di impiego che comporti la transizione verso condizioni di lavoro più prevedibili, sicure e stabili. Secondo G. DELLA ROCCA, *Il lavoro intermittente dopo decreto trasparenza*, op. cit., pp. 548-549 trattasi di «Una mera aspettativa, essendo la sua concretizzazione condizionata alla disponibilità di una diversa forma di impiego, assistita, peraltro, da una adeguata tutela, essendo imposto al datore di fornire una risposta entro un mese dalla richiesta corredata, in caso di eventuale diniego, di motivazione scritta (orale solo nel caso in cui permanga la stessa ragione ostativa a fronte della reiterazione della richiesta di analogo contenuto da parte del lavoratore e ammessa solo per i datori di lavoro persone fisiche o per le imprese fino a cinquanta dipendenti) suscettibile quindi di essere sindacata in sede giudiziaria in base ai principi di correttezza e buona fede nell'esecuzione del contratto».

Chiarito questo aspetto preliminare, è necessario comprendere chi è legittimato a concordare questa predeterminazione temporale, se i contraenti oppure la contrattazione collettiva.

Per rispondere all'interrogativo è utile richiamare l'art. 13, co.1, d.lgs. n. 81/2015, che, all'indomani dell'ennesima novella dell'istituto, ha rimesso alla contrattazione collettiva l'individuazione delle esigenze che consentono di utilizzare il contratto intermittente «anche con riferimento alla possibilità di svolgere le prestazioni in periodo predeterminati nell'arco della settimana, del mese o dell'anno».

La predeterminazione dei periodi di utilizzo del lavoro intermittente era una condizione già presente nell'originaria disciplina del 2003, che li identificava in precisi segmenti temporali (*week-end*, ferie estive, vacanze natalizie o pasquali), rimettendo alla contrattazione collettiva o territoriale la possibilità di prevederne ulteriori ⁽³⁸⁾. La successiva abrogazione dell'art. 37, d.lgs. n. 276/2003, ad opera della l. n. 92/2012, aveva lasciato del tutto indefiniti i periodi in questione, rimessi dal novellato art. 34, d.lgs. n. 276/2003, alla contrattazione collettiva che poteva, pertanto, reintrodurre una disposizione del tutto analoga a quella abrogata ⁽³⁹⁾.

Il d.lgs. n. 81/2015 nel riscrivere la disciplina del contratto intermittente ha rimesso espressamente alla contrattazione collettiva di cui all'art. 51 (quindi anche quella aziendale) la “possibilità” di consentire lo svolgimento delle prestazioni di lavoro intermittente in «periodi predeterminati nell'arco della settimana, del mese o dell'anno» (art. 13) ⁽⁴⁰⁾, così fuggendo i dubbi interpretativi sorti sulla vecchia disposizione che aveva fatto avanzare la tesi secondo cui i periodi predeterminati potessero essere individuati anche dai singoli contraenti ⁽⁴¹⁾.

Oggi, perciò, è l'autonomia collettiva (e non quella individuale) ad avere il compito di autorizzare il ricorso a tale fattispecie di lavoro a chiamata e “anche” di determinare i relativi periodi.

È evidente, quindi, che l'introduzione nell'art.15 della possibilità di indicare nel contratto di lavoro intermittente “*eventuali fasce orarie e giorni predeterminati?*” in cui il

⁽³⁸⁾ L'art. 37 d.lgs. n. 276/2003 stabiliva che «1. Nel caso di lavoro intermittente per prestazioni da rendersi il fine settimana, nonché nei periodi delle ferie estive o delle vacanze natalizie e pasquali l'indennità di disponibilità di cui all'articolo 36 è corrisposta al prestatore di lavoro solo in caso di effettiva chiamata da parte del datore di lavoro. 2. Ulteriori periodi predeterminati possono essere previsti dai contratti collettivi stipulati da associazioni dei datori e prestatori di lavoro comparativamente più rappresentative sul piano nazionale o territoriale». La circ. Min. lav. 2 febbraio 2005, n. 4 intendeva per: a) *week-end*: il periodo che va dal venerdì pomeriggio, dopo le ore 13.00, fino alle ore 6.00 del lunedì mattina; b) vacanze natalizie: il periodo che va dal 1° dicembre al 10 gennaio; c) vacanze pasquali: il periodo che va dalla Domenica delle Palme al martedì successivo il Lunedì dell'Angelo; d) ferie estive: i giorni compresi dal 1° giugno al 30 settembre.

⁽³⁹⁾ V. circ. Min. lav. 18 luglio 2012, n. 18 nonché circ. Min. lav. 1° agosto 2012, n. 20 secondo cui «una lettura sistematica del complessivo quadro normativo porta a ritenere demandata alla contrattazione collettiva anche l'individuazione dei cc.dd. periodi predeterminati; una diversa interpretazione che volesse infatti affidare al contratto individuale di lavoro tale prerogativa finirebbe evidentemente per rendere del tutto prive di significato le altre ipotesi giustificatrici del lavoro intermittente».

⁽⁴⁰⁾ In questo senso cfr. P. ALBI, *Lavoro intermittente*, op. cit., pp.133-134; R. VOZA, *Gli ennesimi ritocchi alla disciplina del lavoro intermittente*, in E. GHERA, D. GAROFALO (a cura di), *Contratti di lavoro, mansioni e misure di conciliazione vita-lavoro nel Job Act 2*, Cacucci, Bari, 2015, p. 234 e ss.

⁽⁴¹⁾ Cfr. M. MARAZZA, *Il lavoro intermittente per periodi predeterminati dall'autonomia individuale*, in RIDL, 2012, 4, I, p. 681 e ss. La tesi era peraltro smentita dall'interpretazione ministeriale della disciplina (circ. Min. lav. 18 luglio 2012, n. 18).

lavoratore è tenuto a svolgere le prestazioni lavorative, si riferisce ai casi in cui il contratto collettivo applicato dal datore di lavoro (nazionale ovvero aziendale) abbia (pre)stabilito tali periodi, non potendo le parti individuali concordarli in sede di stipulazione del contratto.

L'unica differenza che si riscontra tra la nuova lett. g dell'art. 15 e l'art. 13, d.lgs. n. 81/2015, è che nella prima norma si fa riferimento anche alle "fasce orarie" che attingono alla giornata lavorativa, laddove nella seconda il richiamo è a "periodi predefiniti nell'arco della settimana, del mese o dell'anno" e non anche del giorno. Trattasi solo di una variazione lessicale che non modifica le conclusioni prima raggiunte. Il vero problema da evidenziare, piuttosto, è che sinora le associazioni sindacali comparativamente più rappresentative (a qualsiasi livello) non hanno mai accettato di regolare il contratto di lavoro intermittente ⁽⁴²⁾, ad eccezione di alcuni limitati settori ⁽⁴³⁾, mentre non sono mancati accordi siglati da organizzazione non proprio comparativamente più rappresentative che non solo hanno disciplinato l'istituto, ma ne hanno previsto anche l'utilizzabilità in predeterminati periodi di tempo ⁽⁴⁴⁾, ponendosi, al più, la questione dell'efficacia di siffatte pattuizioni collettive prive dei requisiti di rappresentatività richiesti dall'art. 51 d.lgs. n. 81/2015 ⁽⁴⁵⁾.

4. Il coordinamento del nuovo contenuto del contratto intermittente con gli obblighi informativi ex d.lgs. n. 152/1997

Il Decreto Trasparenza non si è limitato a modificare la forma e gli elementi del contratto di lavoro intermittente, ma ha ribadito nell'art. 15, co. 1, d.lgs. n. 81/2015, che

⁽⁴²⁾ Sulle questioni poste da simili divieti, anche alla luce della posizione assunta da Cass. n. 2943/2019, cfr., per tutti, con diverse posizioni, R. ROMEI, *Vietato vietare: riflessioni sparse su una recente sentenza della Corte di Cassazione*, e V. PINTO, *La legge e i condizionamenti dell'autonomia collettiva. Considerazioni critiche a partire da una sentenza della Cassazione sul contratto di lavoro intermittente*, entrambi in *DLRI*, 2020, 167, rispettivamente 609 ss. e 627 ss.

⁽⁴³⁾ Sulla materia è intervenuto il CCNL Studi professionali Confprofessioni/Consip del 17 aprile 2015 (art.56) che in tema di periodi predefiniti espressamente consente il ricorso al contratto di lavoro intermittente «per periodi con una particolare intensità lavorativa, come lo sono a titolo esemplificativo le seguenti attività lavorative: dichiarazioni annuali nell'area professionale economica-amministrativa e nelle altre attività professionali; archiviazione documenti per tutte le aree professionali; informatizzazione del sistema o di documenti per tutte le aree professionali». Per un commento al CCNL cfr. P. RAUSEI, M. TIRABOSCHI, *Commentario sistematico del Ccnl per i dipendenti degli studi professionali*, ADAPT University Press, 2014, pp. 123-133.

⁽⁴⁴⁾ Tra molti v. CCNL Cisl - Aziende e Cooperative esercenti attività nel settore del "marketing" del 1° giugno 2021 (art.65); CCNL Confasal- Distribuzione delle Merci, della Logistica e dei Servizi Privati del 31 maggio 2022 (art.87); CCNL Conflavoro pmi - settore Pulizia - Multiservizi del 6 giugno 2022 (art. 87); CCNL Confasal per i dipendenti da cooperative, consorzi e società consortili esercenti servizi di pulizia e servizi integrati/multiservizi del 15 marzo 2016 (art.31).

⁽⁴⁵⁾ È d'obbligo il richiamo alla circ. Min. lav. 25 gennaio 2018, n.3 secondo cui «laddove il datore di lavoro abbia applicato una disciplina dettata da un contratto collettivo che non è quello stipulato dalle organizzazioni comparativamente più rappresentative, gli effetti derogatori o di integrazione della disciplina normativa non possono trovare applicazione. Ciò potrà comportare la mancata applicazione degli istituti di flessibilità previsti dal D.Lgs. n. 81/2015 e, a seconda delle ipotesi, anche la "trasformazione" del rapporto di lavoro in quella che, ai sensi dello stesso Decreto, costituisce "la forma comune di rapporto di lavoro", ossia il contratto di lavoro subordinato a tempo indeterminato».

accanto a tali obblighi sostanziali, il datore di lavoro deve rispettare anche quelli informativi di cui al d.lgs. n. 152/1997.

Il nuovo art. 15, co. 1, d.lgs. n. 81/2015 prescrive testualmente che «il contratto di lavoro intermittente è stipulato in forma scritta ai fini della prova e, oltre alle informazioni di cui all'articolo 1, comma 1, del decreto legislativo 26 maggio 1997, n. 152, deve contenere i seguenti elementi [...]».

Il legislatore, quindi, nel modificare alcuni elementi del contratto di lavoro intermittente, ha fatto espressamente salvi gli obblighi di informazione incombenti sul datore di lavoro (“*oltre*”) come novellati dal Decreto Trasparenza.

In vigenza della precedente versione del d.lgs. n. 152/1997 si riteneva che la dichiarazione scritta con cui il datore di lavoro comunicava al lavoratore le informazioni relative al rapporto di lavoro e alle condizioni di lavoro non attenesse alla costituzione del contratto, che si dava sostanzialmente per avvenuta ⁽⁴⁶⁾.

L'autonomia dei due adempimenti può essere ribadita anche alla luce delle modifiche introdotte dal Decreto Trasparenza. Gli obblighi di informazione continuano a non incidere direttamente sulla autonomia delle parti di determinare il contenuto delle clausole del contratto di lavoro, autonomia che, invece, è e resta limitata dalle disposizioni della legge e dei contratti collettivi, alle quali si aggiungono gli specifici elementi richiesti, di volta in volta, dalla disciplina speciale che regola i singoli contratti di lavoro non *standard*.

Nella specifica disciplina del lavoro intermittente, si pone, tuttavia, un evidente problema di coordinamento tra gli obblighi di contenuto e quelli di informazione, considerato che mettendo a confronto le informazioni specifiche che il datore di lavoro deve comunicare al lavoratore nel caso in cui «il rapporto di lavoro, caratterizzato da modalità organizzative in gran parte o interamente imprevedibili, non prevede un orario di lavoro programmato» [art. 1, co. 1, lett. *p*, nn. 1), 2), 3), Decreto Trasparenza] con i nuovi elementi che il contratto di lavoro intermittente deve contenere, se ne evidenzia la totale sovrapposibilità con l'unica differenza che nel d.lgs. n. 152/1997 l'indicazione dell'“ammontare minimo delle ore retribuite garantite” e delle “ore e giorni di riferimento in cui il lavoratore è tenuto a svolgere le prestazioni lavorative” non è “eventuale” come, invece, è specificato nell'attuale formulazione dell'art. 15 d.lgs. n. 81/2015 ⁽⁴⁷⁾.

È necessario, quindi, capire se, ove non inserite determinate pattuizioni nel contratto di lavoro individuale, queste debbano comunque essere rese nell'ambito dell'informativa ai sensi del d.lgs. n. 152/1997.

Si è prima detto che le “ore retribuite garantite” e i “periodi predeterminati” in cui svolgere la prestazione lavorativa sono due elementi inseriti nel contratto di lavoro intermittente solo nel caso in cui vengano concordati tra le parti, conformemente alle previsioni del contratto collettivo applicato. Non si è, pertanto, di fronte a un obbligo

⁽⁴⁶⁾ Sul tema cfr. M. D'ONGHIA, *La forma vincolata nel diritto del lavoro*, op. cit., pp. 145-146.

⁽⁴⁷⁾ Sul punto cfr. G. DELLA ROCCA, *Il lavoro intermittente dopo decreto trasparenza*, op. cit., p. 548 secondo cui «Il quadro sistematico è tale da indurre a ritenere che su quegli elementi oggetto di mera informazione, secondo la suesesa lettera *p*) dell'art. 1 del d.lgs. n. 152/1997, sia obbligatoria l'intesa negoziale tra le parti. Il che stride con la previsione del carattere meramente eventuale dell'individuazione tra le parti di fasce orarie e giorni predeterminati di esecuzione della prestazione di cui alla lett. *g*) del novellato comma 1 dell'art. 15 d.lgs. n. 81/2015 come anche del riconoscimento di ore retribuite garantite di cui alla lett. *c*. della disposizione citata».

tout court, ma ad una facoltà rimessa alle parti individuali e, ancora prima, alla disciplina collettiva.

La linea che il datore decide di adottare va coniugata, perciò, con i richiamati obblighi di informazione che invece, per il tenore letterale delle disposizioni, sono obbligatori e non lasciati all'autonomia delle parti.

Secondo un'autorevole opinione, proprio con riferimento al contratto di lavoro intermittente, nonostante le apparenze, non si può parlare di una duplicazione degli elementi (nell'informativa e nel contratto di lavoro) bensì di una scelta consapevole del legislatore, in coerenza con la direttiva europea, di tenere distinto il profilo del diritto alla informazione da quello delle prescrizioni minime di tutela sostanziale delle condizioni di lavoro ⁽⁴⁸⁾. Pertanto, una cosa è l'obbligo di informazione, la cui eventuale omissione comporta l'applicazione di specifiche misure sanzionatorie (art. 19, co. 2, d.lgs. n. 276/2003), altra cosa è la previsione in base alla quale gli elementi oggetto di informazione devono essere inseriti nel contratto, divenendo così vincolanti *inter partes* (*ex art. 1372 c.c.*), con tutti gli effetti che ne conseguono in caso di inadempimento. In quest'ultimo caso la determinazione contrattuale delle fasce e dei giorni in cui il lavoratore è tenuto a rispondere alla "chiamata" del datore di lavoro comporta la immodificabilità di tali elementi per atto unilaterale del datore stesso, anche laddove l'esigenza di modifica derivi da un mutamento dell'organizzazione aziendale, restando, invece, possibile e lecita una modificazione consensuale. Di contro il datore di lavoro può variare per decisione unilaterale o per ragioni aziendali le informazioni rese al momento dell'instaurazione del rapporto di lavoro ⁽⁴⁹⁾, purché ne dia comunicazione al lavoratore ⁽⁵⁰⁾.

Siffatta lettura ha indubbiamente il pregio di realizzare un sapiente equilibrio tra le norme introdotte dal Decreto Trasparenza e la disciplina del contratto di lavoro intermittente, ma rischia di creare problemi sul piano applicativo perché porterebbe al risultato di obbligare il datore di lavoro a comunicare nell'informativa generale le previsioni inerenti alla programmabilità del lavoro anche in assenza di specifica pattuizione nel contratto individuale ⁽⁵¹⁾.

Si vuole, perciò, proporre una soluzione interpretativa diversa secondo cui le norme del d.lgs. n. 152/1997, coordinate con il nuovo testo dell'art. 15 d.lgs. n. 81/2015, impongono al datore di lavoro di informare il lavoratore dell'ammontare minimo delle ore retribuite, nonché delle ore e dei giorni in cui deve svolgersi la prestazione lavorativa, solo nell'eventualità che queste previsioni siano state concordate tra le parti e inserite nel contratto di lavoro intermittente.

⁽⁴⁸⁾ In questo senso G. PROIA, *Trasparenza, prevedibilità e poteri dell'impresa*, op. cit., p. 649.

⁽⁴⁹⁾ Cfr. G. PROIA, *Le novità, sistemiche e di dettaglio, del Decreto Trasparenza*, in *MGL*, 2022, 3, p. 577.

⁽⁵⁰⁾ V. art. 3, d.lgs. n. 152/1997 come modificato dall'art.4, co.1, lett. d), Decreto Trasparenza secondo cui «1. Il datore di lavoro e il committente pubblico e privato comunicano per iscritto al lavoratore, entro il primo giorno di decorrenza degli effetti della modifica, qualsiasi variazione degli elementi di cui agli articoli 1, 1-bis e 2 che non derivi direttamente dalla modifica di disposizioni legislative o regolamentari, ovvero dalle clausole del contratto collettivo».

⁽⁵¹⁾ In questo senso cfr. G. PROIA, *Le novità, sistemiche e di dettaglio, del Decreto Trasparenza*, cit., p. 588. La possibilità di adempiere agli obblighi di informazione mediante la consegna della copia del contratto di lavoro non significa che tutti gli elementi dei quali va data comunicazione debbano formare oggetto di clausole contrattuali, ossia debbano necessariamente essere il risultato dell'incontro della volontà del datore di lavoro e del lavoratore.

In questo modo si spiegherebbe anche il motivo per cui il Decreto Trasparenza ha modificato l'art. 15 d.lgs. n. 81/2015, riproducendo tra gli elementi del contratto di lavoro intermittente le stesse previsioni introdotte nel *corpus* del d.lgs. n. 152/1997 ai fini informativi, ben consapevole che ove non avesse apportato una correzione nella disciplina contrattuale (sostanziale), i delineati obblighi informativi mal si sarebbero conciliati con le peculiarità dell'istituto.

In altri termini, nella disciplina del contratto di lavoro intermittente tra gli obblighi di informazione e quelli di contenuto sussiste un rapporto di *genus a species*, con la conseguenza che se gli elementi relativi alla programmabilità del lavoro non sono stati pattuiti tra le parti, non possono formare oggetto di informativa generale al lavoratore. Ritenere il contrario, porterebbe al risultato di comunicare al lavoratore intermittente ai sensi del d.lgs. n. 152/1997 condizioni contrattuali che da contratto non è tenuto a rispettare o a pretendere, con conseguente negazione delle stesse finalità di trasparenza e prevedibilità a cui tende il d.lgs. n. 104/2022.

5. Conclusioni

La *ratio* del Decreto Trasparenza, nel contesto di riforma eurounitario, è quella di ampliare e rafforzare gli obblighi informativi gravanti sul datore di lavoro in ragione della loro capacità di innalzare i livelli di tutela del lavoratore di fronte a condizioni di imprevedibilità del tempo di lavoro.

La “bulimia informativa”, tuttavia, non sempre produce un'utilità. Quando la trasparenza si risolve in una miriade di informazioni senza essere accompagnata da tutele sostanziali, diventa solo formale. La tutela del lavoratore deve essere garantita con norme imperative che conferiscono diritti soggettivi e pongono dei limiti al potere direttivo e di organizzazione del datore di lavoro.

È necessario, perciò, approcciarsi alle novità introdotte dal Decreto Trasparenza evitando interpretazioni eccessivamente formalistiche e valorizzando, invece, l'obiettivo a cui esse rispondono, che è quello di consentire al lavoratore di pianificare in un determinato segmento temporale lo svolgimento di attività che afferiscono alla sua sfera personale, attraverso la conoscenza o conoscibilità, chiara, semplice e trasparente delle condizioni derivanti dal proprio rapporto di lavoro, anche quando questo presenta margini di prevedibilità ristretti ⁽⁵²⁾.

Le istanze di trasparenza e prevedibilità, secondo il legislatore europeo, seppur prioritarie, devono essere temperate con la necessità di mantenere una ragionevole flessibilità del lavoro *non standard*, salvaguardandone così i benefici per i lavoratori e i datori di lavoro ⁽⁵³⁾.

Questo equilibrio può dirsi apparentemente raggiunto nella disciplina del lavoro intermittente nella quale il legislatore ha abilitato le parti a indicare nel contratto elementi di prevedibilità e programmabilità del lavoro, attraverso il filtro della contrattazione collettiva, senza spingersi (con norme imperative) a prevedere un obbligo in tal senso, così preservando la natura ontologicamente imprevedibile dell'istituto e con

⁽⁵²⁾ Cfr. G. CALVELLINI, *La nuova disciplina sulla prevedibilità minima del lavoro: valori ispiratori, dubbi interpretativi e punti di frizione con la Direttiva*, in *giustiziacivile.com*, 2 novembre 2022.

⁽⁵³⁾ V. considerandum n. 6) della direttiva 2019/1152/UE.

essa la sua stessa esistenza (o si potrebbe dire utilità). Ne è conferma l'assenza nel Decreto Trasparenza di specifiche disposizioni volte a limitare l'uso del contratto di lavoro intermittente, nonostante l'art. 11 della direttiva europea preveda la necessità per gli Stati membri che consentano l'uso di contratti di lavoro a chiamata o di analoghi contratti di lavoro, di adottare misure complementari «per prevenire pratiche abusive»⁽⁵⁴⁾. La scelta del legislatore è stata quella di ritenere adeguate le misure già previste dalla disciplina vigente che consentono di ricorrere al lavoro intermittente, in predeterminate ipotesi oggettive e soggettive, fissando anche un “tetto” quantitativo al suo utilizzo, la cui violazione comporta la “trasformazione” del rapporto di lavoro intermittente in rapporto di lavoro a tempo pieno e indeterminato⁽⁵⁵⁾.

Appare, allora, evidente che nel lavoro intermittente la finalità di rendere più prevedibile il tempo di lavoro è stata timidamente perseguita dal legislatore che di fronte alla scelta di rinnegare la tipologia contrattuale o di preservarla, ha preferito la seconda opzione.

Quanto questa soluzione legislativa, più orientata a salvaguardare la flessibilità che il lavoratore, sia compatibile con il quadro europeo è tutto da vedere.

⁽⁵⁴⁾ L'art. 11 direttiva 2019/1152/UE prevede espressamente che: «Qualora consentano l'uso di contratti di lavoro a chiamata o di contratti di lavoro analoghi, gli Stati membri adottano una o più delle seguenti misure per prevenire pratiche abusive: a) limitazioni dell'uso e della durata dei contratti a chiamata o di analoghi contratti di lavoro; b) una presunzione confutabile dell'esistenza di un contratto di lavoro con un ammontare minimo di ore retribuite sulla base della media delle ore lavorate in un determinato periodo; c) altre misure equivalenti che garantiscano un'efficace prevenzione delle pratiche abusive».

⁽⁵⁵⁾ In questo senso G. PROIA, *Le novità, sistemiche e di dettaglio, del Decreto Trasparenza*, op. cit., pp.595-596.

Il decreto trasparenza ed il rapporto di lavoro somministrato

di Michele Calabria

Abstract – Il contributo muove da una concisa analisi generale circa l'evoluzione e le conseguenti modifiche della disciplina degli obblighi informativi all'interno della cornice normativa unionale. Segue una indagine più capillare sull'impatto che il recepimento interno di tale disciplina, avvenuto con il d.lgs. 27 giugno 2022 n. 104, realizza sulla fattispecie del lavoro somministrato. Conclude un commento sulla rinnovata portata sugli obblighi di informazione e diritti minimi di garanzia di nuovo conio.

Abstract – The essay starts from a short general analysis about the evolution, and the consequent modifications, of the regulation of disclosure obligations within the EU regulatory framework. It follows a more detailed investigation on the impact of the internal implementation of this discipline, which took place with the Legislative Decree 27 June 2022, no. 104, it carries out on the case of temporary work. The essay is ending with a commentary on the renewed scope of newly minted information obligations and minimum-security rights.

Sommario: 1. Premessa, gli obblighi informativi nella disciplina comunitaria – 2. Gli obblighi informativi della disciplina nazionale applicati al contratto di somministrazione – 3. Conclusioni

1. Premessa, gli obblighi informativi nella disciplina comunitaria

In attuazione della direttiva (UE) 2019/1152 del 20 giugno 2019, relativa alle condizioni di lavoro trasparenti e prevedibili è stato emanato il d.lgs. 27 giugno 2022, n. 104 ⁽¹⁾.

La normativa così individuata interviene in un ambito, quello della formalizzazione delle regole all'interno del rapporto di lavoro, da sempre caratterizzato da una considerevole dose di liberismo e concretante l'acuirsi della disparità di potere tra la parte datrice e la parte prestatrice.

Sua diretta antesignana è stata la direttiva 91/533/CEE, che per prima ha statuito l'obbligo in capo al datore di lavoro di informare il prestatore di un ampio novero di condizioni applicabili al contratto - quindi una informazione di tipo statico -, e al rapporto di lavoro - quindi una informazione di tipo dinamico - ⁽²⁾.

⁽¹⁾ Il d.lgs. n. 104 del 2022, pubblicato in Gazzetta Ufficiale n. 176 del 29 luglio 2022, è entrato in vigore il 13 agosto 2022.

⁽²⁾ Cfr. art. 2, direttiva 91/533/CEE, in cui tra gli elementi annoverati risultano: l'identità delle parti, il luogo di lavoro, il titolo, grado, qualità o categoria dell'impiego attribuiti al lavoratore, oppure le caratteristiche o la descrizione sommaria del lavoro; ancora, la data d'inizio del contratto o del rapporto di lavoro, la durata prevedibile del contratto o del rapporto di lavoro qualora in presenza di un

In entrambi i casi, tuttavia, la disciplina era segnata da criticità ed ineffettività. Ad esempio, la funzione di tutela conoscitiva iniziale era “diluita” dal copioso utilizzo fatto della tecnica dei rinvii rinvenibili all’interno del contratto ⁽³⁾, che spesso comportavano il ridursi di questo ad un mero coacervo di rimandi difficilmente districabile, in quanto tali e tanti risultavano i rinvii operati verso fonti esterne al contratto, quali leggi o contratti collettivi da renderne pernicioso la contestualizzazione ⁽⁴⁾. Nel caso di modifiche realizzate durante lo svolgimento del rapporto, invece, criticità insistevano nella considerevole diacronia che spesso intercorreva tra la concreta modifica fattuale e la tempistica accordata al datore per effettuarne la comunicazione ⁽⁵⁾. La direttiva del 2019 raccoglie il testimone della direttiva del 1991, disponendone l’abrogazione in luogo della modificazione ⁽⁶⁾, ma ricalcandone lo schema ed ampliandone la portata, sia soggettiva ⁽⁷⁾ che oggettiva ⁽⁸⁾, e stabilendo una serie di *minimum*

contratto o di un rapporto di lavoro temporaneo; la durata delle ferie retribuite cui aveva diritto il lavoratore, o, nell’impossibilità di fornire questa indicazione all’atto dell’informazione, le modalità di attribuzione e di determinazione delle ferie; la durata dei termini di preavviso che dovevano essere osservati dal datore di lavoro e dal lavoratore in caso di cessazione del contratto o del rapporto di lavoro o, nell’impossibilità di fornirne l’indicazione all’atto dell’informazione, le modalità di determinazione dei termini del preavviso; l’importo di base iniziale, altri elementi costitutivi, nonché la periodicità del versamento di retribuzione a cui ha diritto il lavoratore; la durata normale giornaliera o settimanale del lavoro.

⁽³⁾ Cfr. art. 2, § 3, direttiva 91/533/CEE, quivi accadeva infatti che, elementi quali i termini di preavviso, la durata normale giornaliera o settimanale del lavoro, o l’importo iniziale “base” della retribuzione ed i suoi ulteriori elementi costitutivi, non fossero comunicati direttamente, ma, piuttosto, fossero conoscibili dal lavoratore attraverso il rinvio che il contratto individuale faceva a «disposizioni legislative, regolamentari, amministrative, statutarie o ai contratti collettivi che disciplinano le materie ivi considerate».

⁽⁴⁾ Peraltro, nel caso di rinvii ai contratti collettivi le problematiche circa la effettiva conoscenza degli elementi rinviati risultavano implementate in misura proporzionale ai vari livelli della contrattazione di cui era possibile la conoscibilità.

⁽⁵⁾ Cfr. art. 5, direttiva 91/533/CEE, nel quale era infatti previsto che, in caso di modifica di elementi contrattuali da principio condivisi con il lavoratore, questi dovessero essere comunicatigli in forma scritta, al più tardi, «entro un mese dall’adozione», e, per giunta, liberando il datore di lavoro dall’onere informativo di quei mutamenti determinati «direttamente da disposizioni legislative o regolamentari, ovvero dalle clausole del contratto collettivo» già riscontrabili nella comunicazione iniziale.

⁽⁶⁾ Cfr. considerando n. 51 direttiva (UE) 2019/1152.

⁽⁷⁾ Cfr. S. GIUBBONI, *Note sparse sugli usi della nozione euro-unitaria di subordinazione nell’ordinamento interno*, in *RIDL*, 2022, n. 1, p. 55, secondo il quale la portata soggettiva della direttiva del 2019 abbraccia il lavoro in maniera quasi totalizzante, potendovisi cogliere un esempio del tentativo, ormai consolidato, di offrire una definizione euro-unitaria di lavoratore subordinato; un processo bifasico che poggia, da un lato, sull’espandersi del raggio di operatività della copertura fornita dalla nozione stessa di subordinazione, dall’altro lato, operando l’incremento del novero dei criteri attraverso i quali si individua il nocciolo duro della stessa subordinazione, sempre più sospinta ad intendervi la etero-organizzazione in luogo della etero-direzione

⁽⁸⁾ Cfr. art. 4, § 2, lett. f, direttiva (UE) 2019/1152. Quanto all’oggetto, la direttiva del 2019 presenta un più ampio novero di elementi da comunicare obbligatoriamente al lavoratore.

Tra i tanti e più generici vi sono quelli riguardanti i luoghi ed i tempi di lavoro, ed il rapporto in generale, in relazione all’oggetto del presente contributo, si segnala l’obbligo di informare i lavoratori assunti per il tramite di agenzie interinali dell’identità delle imprese utilizzatrici quando e non appena questa sia nota.

rights ⁽⁹⁾ di trasparenza e prevedibilità delle condizioni di lavoro, operativi sia nel momento genetico del contratto, che nel momento di svolgimento del rapporto.

L'efficacia attesa dalla normativa, secondo gli aneliti prefissi, è la produzione di effetti positivi riscontrabili ad ampio spettro, sia per i lavoratori, stabilendo per essi una «nuova gamma di diritti» ⁽¹⁰⁾ che implementando gli obblighi di trasparenza possano fortificarne la condizione, ma, e più in generale secondo alcuna dottrina, operando una «convergenza verso l'alto di tutti gli Stati membri» ⁽¹¹⁾ effetti positivi discenderebbero per l'intero mercato del lavoro, che verrebbe così «fertilizzato» ⁽¹²⁾.

Permane, non di meno, la tecnica dei rinvii ⁽¹³⁾, ma ora l'assolvimento dell'obbligo della comunicazione delle disposizioni legislative, regolamentari, amministrative o dei contratti collettivi la cui applicazione generalizzata costituisce il quadro giuridico applicabile, deve essere praticata in modo chiaro, trasparente, completo e facilmente accessibile a distanza e per via elettronica, non disdegnando l'utilizzo dei portali online esistenti ⁽¹⁴⁾.

Financo la disciplina delle comunicazioni nella fase di svolgimento del rapporto, o meglio, la modifica di condizioni precedentemente concordate tra datore e lavoratore è stata attinta da una azione modificatrice nel 2019; infatti queste ora devono essere rese note al lavoratore quanto prima possibile e tramite un documento scritto, o, al più tardi, entro il primo giorno di decorrenza degli effetti della modifica ⁽¹⁵⁾, pur tuttavia esimando dall'adozione del predetto documento scritto in presenza di modifiche consistenti nel «riflesso» del cambiamento di disposizioni legislative, amministrative, regolamentari o dei contratti collettivi di applicazione generale adottati nel contratto individuale ⁽¹⁶⁾.

2. Gli obblighi informativi della disciplina nazionale applicati al contratto di somministrazione

La trasfusione legislativa interna del dettato normativo unionale di cui s'è dato conto nel paragrafo che precede, è avvenuta, come anticipato, con il d.lgs. 27 giugno 2022, n. 104.

Il decreto delegato ha realizzato un intervento principalmente ampliativo ⁽¹⁷⁾, per certi versi correttivo ⁽¹⁸⁾ del d.lgs. n. 152/1997, quest'ultimo peraltro adottato in recepimento della direttiva 91/533/CEE, e che oggi risulta quindi completamente riscritto ad emendato da talune criticità.

⁽⁹⁾ Art. 1, § 2, direttiva (UE) 2019/1152 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 20 giugno 2019.

⁽¹⁰⁾ Cfr. considerando n. 7 direttiva (UE) 2019/1152.

⁽¹¹⁾ Cfr. considerando n. 5 direttiva (UE) 2019/1152.

⁽¹²⁾ Per una compiuta ricostruzione dei principi in tema di trasparenza nell'ambito del rapporto di lavoro subordinato si veda A. ZILLI, *La trasparenza nel lavoro subordinato*, Pacini Giuridica, 2022.

⁽¹³⁾ Cfr. art. 4, § 3 direttiva (UE) 2019/1152.

⁽¹⁴⁾ Cfr. art. 5, § 3, direttiva (UE) 2019/1152.

⁽¹⁵⁾ Cfr. art. 6, § 1, direttiva (UE) 2019/1152.

⁽¹⁶⁾ Cfr. art. 6, § 2, direttiva (UE) 2019/1152.

⁽¹⁷⁾ Cfr. circ. INL del 10 agosto 2022, n. 4.

⁽¹⁸⁾ Cfr. A. ZILLI, *Decreto trasparenza: gli obblighi informativi ieri e oggi (intanto, è già domani)*, in *Giustizia Civile.com* del 7 settembre 2022.

Il suo campo di applicazione è piuttosto ampio, infatti, l'art. 1 dispone che, al netto delle esclusioni rappresentate dai rapporti di lavoro autonomi, rapporti di agenzia e rappresentanza commerciale, pubblico impiego e quei rapporti di lavoro caratterizzati dalla presenza, concorrente e cumulativa, dei due requisiti di predeterminatezza ed effettività di un orario di lavoro di durata pari o inferiore ad una media di tre ore a settimana in un periodo di riferimento di quattro settimane consecutive, il disposto del decreto trovi applicazione per la quasi totalità dei rapporti di lavoro subordinato. In quest'ultimo novero sono compresi i rapporti di lavoro agricolo, a tempo indeterminato e a tempo determinato, anche a tempo parziale e, in accordo con quanto previsto dalla direttiva UE 2019/1152, ulteriori tipologie di rapporti e contratti di lavoro, tra i quali il contratto di lavoro somministrato ⁽¹⁹⁾.

La disciplina della somministrazione di lavoro è contenuta nel capo IV del d.lgs. n. 81/2015 (artt. 30-40).

La sua peculiarità è quella di registrare la compresenza di una trilateralità soggettiva ed una duplicità di contratti.

Quanto alle parti queste sono ravvisabili in una agenzia di somministrazione autorizzata ai sensi del d.lgs. n. 276/2003, una impresa utilizzatrice, ed uno o più lavoratori somministrati, assunti dalla prima ma utilizzati dalla seconda.

Quanto ai contratti se ne distingue uno di lavoro ed uno commerciale.

Il primo, che può essere a tempo determinato o indeterminato, intercorre tra il lavoratore e l'agenzia di somministrazione, mentre il secondo, di tipo commerciale ed anche questo a tempo determinato o indeterminato, insiste tra l'agenzia e l'utilizzatore finale e dispone che la prima metta a disposizione uno o più lavoratori da essa assunti e dipendenti affinché svolgano la propria attività lavorativa nell'interesse e sotto la direzione e il controllo del secondo ⁽²⁰⁾.

Da ciò deriva una scissione gestoria anche per ciò che riguarda il potere di direzione e disciplina.

L'impresa committente sarà infatti titolare dei poteri di direzione e organizzazione e controllo sull'esecuzione dell'attività lavorativa tipici del datore di lavoro, pur non configurandosi come tale. L'agenzia di somministrazione sarà invece titolare del potere disciplinare, che eserciterà secondo i codici da essa adottati, ma adita a seguito delle contestazioni comunicate dall'utilizzatore.

Nel caso di somministrazione a tempo indeterminato, (c.d. *staff leasing*) non trova applicazione per le pubbliche amministrazioni, le quali, quindi, potranno fare ricorso alla sola somministrazione a tempo determinato ⁽²¹⁾; ancora, può aver luogo solo facendo ricorso a lavoratori assunti a tempo indeterminato dall'agenzia di somministrazione; e può riguardare un numero contingentato di lavoratori somministrati, pari al 20% del totale dei lavoratori a tempo indeterminato direttamente assunti dall'impresa utilizzatrice nell'anno di stipula del contratto di somministrazione, salvo deroghe previste dal contratto collettivo da questa applicato ⁽²²⁾.

La somministrazione a tempo determinato reca una disciplina quasi completamente sovrapponibile a quella del lavoro a termine di cui al capo III del d.lgs. n. 81/2015,

⁽¹⁹⁾ Cfr. art. 1, co. 1, let. b, d.lgs. n. 104/2022.

⁽²⁰⁾ Cfr. art. 30, d.lgs. n. 81/2015.

⁽²¹⁾ Cfr. art. 31, co. 4, d.lgs. n. 81/2015.

⁽²²⁾ Cfr. art. 31, co. 1, d.lgs. n. 81/2015.

discostandosene per aspetti quali gli intervalli temporali tra contratti successivi, la previsione del diritto di precedenza per le nuove assunzioni, il numero complessivo di contratti stipulabili dal medesimo datore di lavoro ⁽²³⁾.

In questo caso il limite numerico da rispettare per l'utilizzatore è duplice, questi, infatti, rispetto ai lavoratori assunti a tempo indeterminato deve soggiacere al generico limite del 20% di lavoratori assunti a tempo determinato, ed all'ulteriore limite del 30% dato dalla sommatoria tra assunti a tempo determinato e somministrati a tempo determinato ⁽²⁴⁾. Anche il suddetto limite è derogabile dalla contrattazione collettiva applicata all'utilizzatore.

Quanto al contratto commerciale compreso nel rapporto di lavoro somministrato, la legge dispone che questo debba necessariamente stipularsi in forma scritta; inoltre, devono essere ivi inseriti gli estremi dell'autorizzazione rilasciata all'agenzia di somministrazione; il numero dei lavoratori da somministrare; la presenza di eventuali rischi per la salute del lavoratore; la data di inizio e la durata prevista del contratto di somministrazione; le mansioni alle quali saranno adibiti i lavoratori ed il loro inquadramento; il luogo, l'orario e il trattamento economico e normativo applicato ai lavoratori ⁽²⁵⁾.

Inquadrate le due fattispecie nelle loro diversità, compresa l'essenza della somministrazione di lavoro, scrutinabile nella internalizzazione di forza lavoro, ma soprattutto, conclamata la riferibilità del sintagma "datore di lavoro" alla sola agenzia di somministrazione, è agevole fornire ora qualche riflessione sulle implicazioni pratiche dell'applicazione della disciplina degli obblighi informativi contenuti dal decreto trasparenza. Infatti, a memoria dell'art. 30 del d.lgs. n. 81/2015, porre il lavoratore alle dipendenze e sotto la direzione dell'impresa utilizzatrice significa che il primo non solo sarà inserito nelle dinamiche imprenditoriali del secondo, ma, ancora più importante, dovrà soggiacere alle determinazioni organizzativo – funzionali di un soggetto terzo rispetto a quello che nominalmente risulta essere il datore di lavoro.

Tale considerazione riposa, peraltro, sul dettato normativo dall'art. 1, co. 5 della direttiva (UE) 2019/1152, dove al § 1 riconosce agli Stati membri, in sede di recepimento, una certa discrezionalità nel «determinare quali persone sono responsabili dell'esecuzione degli obblighi per i datori di lavoro», e nel «decidere che tali obblighi debbano essere, totalmente o in parte, assegnati a una persona fisica o giuridica che non è parte del rapporto di lavoro». Mentre al § 2 dichiara che quanto stabilito al § 1 mantiene tuttavia impregiudicata la direttiva 2008/104/CE del parlamento europeo e del Consiglio, relativa al lavoro tramite agenzia interinale.

Il d.lgs. n. 104/2022 ha inciso sia sugli obblighi afferenti al contratto/rapporto di lavoro con quanto disposto dall'art. 4, sia sugli obblighi relativi al contratto commerciale di mera somministrazione con quanto disposto dall'art. 5, co. 2, lett. *b*.

L'art. 4, per quanto ci occupa, realizza l'integrale riscrittura dei primi quattro articoli del d.lgs. n. 152/1997, ed è questa la parte che potremmo definire "programmatica" del decreto in parola, in quanto contiene una serie di elementi che il datore di lavoro, quindi l'agenzia di somministrazione, deve necessariamente fornire al lavoratore suo

⁽²³⁾ Cfr. art. 34, co. 2, d.lgs. n. 81/2015.

⁽²⁴⁾ Cfr. art. 31, co. 2, d.lgs. n. 81/2015.

⁽²⁵⁾ Cfr. art. 33, co. 1, d.lgs. n. 81/2015.

dipendente, ma, tale obbligo a nulla incide per ciò che riguarda la matrice genetica da cui tali elementi derivano.

Volendo passare in rassegna la rinnovata elencazione posta dalla legge, l'interprete comprende agevolmente che, per elementi come l'identità delle parti; la sede o il domicilio del datore di lavoro; la data di inizio del rapporto di lavoro; la durata del periodo di prova se previsto; la tipologia del rapporto di lavoro; la durata del congedo per ferie ed altri congedi retribuiti, non vi sono dubbi circa l'esclusiva riferibilità al datore di lavoro, financo nel caso in cui, come detto, nella somministrazione questo abbia per molti aspetti un ruolo meramente nominalistico.

Alcune problematiche esegetiche sorgono invece con riferimento agli altri elementi annoverati nella tassonomia, ciò a cagione dell'incidenza che su questi ha l'invio in missione.

Non di meno, alle riflessioni di cui sopra accede un ulteriore elemento di diversificazione rappresentato dalle diverse tipologie di somministrazione conosciute, e che rende ancora più variegato il novero di soluzioni prospettabili di volta in volta.

Ne è un esempio la definizione del «luogo di lavoro» (art. 1, lett. *b*), infatti, nonostante l'ampia schiera di ipotesi previste dalla norma in caso di mancanza di un luogo certo, è indubitabile che questo possa variare nel caso di invio in missioni successive di un lavoratore assunto a tempo indeterminato, ed a tal fine troverà applicazione l'art. 3 del d.lgs. n. 152/1997, che dispone che le variazioni degli elementi del contratto di cui all'art. 1 non direttamente discendenti da modifiche «di disposizioni legislative, regolamentari o dei contratti collettivi», sono comunicate per iscritto al lavoratore dal datore di lavoro o dal committente entro il primo giorno di decorrenza degli effetti.

Discorso non dissimile si pone per il requisito dell'«inquadramento, livello e qualifica attribuiti al lavoratore» (art. 1, lett. *d*) elementi completamente sovrapponibili a quelli espressamente previsti all'art. 33, co. 1, lett. *e* del d.lgs. n. 81/2015, e di cui deve necessariamente compendiarsi il contratto di somministrazione.

Orbene, quantunque la lettera in commento prosegua prospettando per il datore di lavoro, alternativamente alla prima ipotesi, la possibilità di enucleare una descrizione più succinta e sommaria dell'attività riservata all'assumendo lavoratore «le caratteristiche e la descrizione sommaria del lavoro», ben potrebbe ad aversi il caso di un lavoratore somministrato assunto a tempo indeterminato dall'agenzia e poi inviato in *staff leasing*, o in missione a tempo determinato in virtù di un contratto successivo, anche in questo caso il datore di lavoro sarebbe tenuto, quantomeno, a ricorrere ad una «variazione degli elementi di cui all'art. 1», giusta previsione dell'art. 3 del d. lgs. n. 152/1997.

Ancora, il diritto a «ricevere la formazione erogata» (art. 1, lett. *i*), la quale, se generalmente deve essere indicata ed assicurata dal datore di lavoro, nella somministrazione può essere fornita dallo stesso utilizzatore qualora prevista dal contratto di somministrazione ⁽²⁶⁾.

Proseguendo nell'indagine risalta la determinazione dell'importo iniziale della retribuzione ed i suoi «elementi costitutivi» (art. 1, lett. *n*), a tal riguardo, quantunque il ministero del lavoro abbia stabilito che con tale formula ci si riferisce a tutte quelle componenti della retribuzione di cui sia «oggettivamente possibile la determinazione al momento dell'assunzione, secondo la disciplina di legge e di contratto collettivo

(26) Cfr. art. 35, co. 4 d.lgs. n. 81/2015.

applicato»⁽²⁷⁾, è parimenti indubitabile l'applicazione al caso di specie della disciplina di cui al d.lgs. n. 81/2015, nel quale, da un lato è previsto uno specifico obbligo per l'utilizzatore, vigente per tutta la durata della missione, a riconoscere ai lavoratori somministrati condizioni economiche e normative complessivamente non inferiori a quelle che, a parità di mansioni, sono riconosciute ai dipendenti di pari livello da questo assunti direttamente⁽²⁸⁾. Tale principio di parità di trattamento è contenuto nella normativa nazionale che peraltro riprende quanto già introdotto, anche se in termini più generali, dall'art. 5 dalla direttiva 2008/104/CE.

Per altro verso dispone che al lavoratore somministrato debbano corrisponderci, con portata incrementale della retribuzione ordinaria, le erogazioni economiche previste dai contratti collettivi applicati all'utilizzatore e correlate al conseguimento di risultati pattuiti tra le parti⁽²⁹⁾. Elementi questi che, nell'ipotesi di un lavoratore assunto a tempo indeterminato ed inviato in missione a tempo determinato anche diverso tempo dopo l'assunzione, sarebbero quindi conoscibili solo in un momento successivo.

Altro interrogativo riguarda la «procedura, la forma ed i termini di preavviso in caso di recesso del datore e del lavoratore» (art. 1 lett. *m*), anche in questo caso dovrà differenziarsi tra somministrazione a tempo indeterminato ed a tempo determinato.

Nel primo caso è pacifica la completa applicazione della disciplina del rapporto di lavoro a tempo indeterminato⁽³⁰⁾, con la peculiarità che la fase estintiva di tale rapporto dovrà ossequiare le disposizioni di cui all'art. 3 della l. n. 604/1966 (giustificato motivo), risultando parimenti sottratta alla disciplina di cui agli artt. 4, 24 l. n. 223/1991⁽³¹⁾ ciò significando che la mancanza o cessazione di missioni saranno insuscettibili di incidenza sul mero rapporto di lavoro⁽³²⁾.

Mentre nella somministrazione a tempo determinato, in virtù del generale rinvio alla disciplina del rapporto a termine sarà possibile recedere per giusta causa, ai sensi dell'art. 2119 c.c., ma non per giustificato motivo in quanto l'art. 1 della l. n. 604/1966 ne riserva la propria operatività al solo rapporto di lavoro a tempo indeterminato.

Lo stridore tra dizione nominale e condizione fattuale denunciata nella somministrazione raggiunge l'acme in considerazione delle modalità organizzative dell'attività produttiva e la «prevedibilità» (art. 1, lett. *o*) o «imprevedibilità» (art. 1, lett. *p*) dell'orario di lavoro che da questa discende.

Per quanto di attinenza all'oggetto del contributo basti solo considerare che, laddove la normativa unionale prima⁽³³⁾, e nazionale poi⁽³⁴⁾, pongono riferimento all'organizzazione dell'orario di lavoro di cui si predica la prevedibilità o imprevedibilità, essa vada declinata come forma di organizzazione e ripartizione dell'orario di lavoro «conformemente all'organizzazione stabilita dal datore di lavoro»⁽³⁵⁾.

⁽²⁷⁾ Cfr. circ. Min. Lav. del 20 settembre 2022, n. 19.

⁽²⁸⁾ Cfr. art. 35, co. 1, d.lgs. n. 81/2015.

⁽²⁹⁾ Cfr. art. 35, co. 3, d.lgs. n. 81/2015.

⁽³⁰⁾ Cfr. art. 34, co. 1, d.lgs. n. 81/2015.

⁽³¹⁾ Cfr. art. 34, co. 3, d.lgs. n. 81/2015.

⁽³²⁾ Cfr. Cass. Civ. sez. lav., 18 ottobre 2019, n. 26607

⁽³³⁾ Cfr. art. 2, lett. *c*, direttiva (UE) 2019/1152.

⁽³⁴⁾ Cfr. art. 2, lett. *c*, d.lgs. n. 104/2022.

⁽³⁵⁾ Cfr. G. PROIA, *Trasparenza, prevedibilità e poteri dell'impresa*, in *Il lavoro nel diritto*, 2022, n. 6.

Muovendo da tale assunto ed incrociandone il senso con la partizione dei poteri frutto della scissione soggettiva operante nella somministrazione è agevole comprendere come, rientrando il potere direttivo cui fattualmente è assoggettato il lavoratore somministrato tra le prerogative dell'impresa utilizzatrice, è all'organizzazione di questa che deve rifarsi la comunicazione prescritta per considerare soddisfatto l'obbligo informativo.

La riflessione che precede non è un particolare di poco momento, ancor di più in considerazione delle conseguenze pratiche che discenderebbero da una condotta datoriale non ossequiosa delle condizioni di cui si impone la conoscibilità.

Infatti, secondo un pensiero dottrinale che si ritiene di condividere, proprio tra le prescrizioni informative summenzionate e l'art. 9 del d.lgs n. 104/2022 si scorge il collegamento sistematico tra meri diritti d'informazione e le ben più effettive prescrizioni minime attinenti le condizioni sostanziali di svolgimento del lavoro ⁽³⁶⁾.

Da ciò discende che, ad esempio, nel caso di una organizzazione del lavoro in gran parte o assolutamente imprevedibile il datore di lavoro è gravato dell'onere di informare il lavoratore circa le ore e i giorni nei quali questo è tenuto a svolgere le prestazioni lavorative ⁽³⁷⁾, il periodo minimo di preavviso a cui il lavoratore ha diritto prima dell'inizio della prestazione ed il termine entro cui può essere annullato l'incarico ⁽³⁸⁾. Parimenti al lavoratore non può essere imposto di lavorare, *recte* può legittimamente rifiutarsi di svolgere la prestazione senza subire alcun pregiudizio disciplinare ⁽³⁹⁾, qualora difettino tutte, o financo una delle condizioni anzidette.

Può aversi quindi il caso di un lavoratore assunto con contratto di somministrazione a tempo indeterminato, ed inviato in missione presso un utilizzatore la cui organizzazione imprenditoriale è assolutamente aliena e sconosciuta al datore assuntore, o, per lo meno lo è al momento dell'assunzione.

A molti degli interrogativi prospettati potrebbe porre rimedio l'art. 33, co. 3 del d.lgs. n. 81/2015, sul quale ha operato una parziale riscrittura l'art. 5, co. 2, lett *b* del d.lgs. n. 104/2022, per cui è opportuno procedere ad un raffronto tra la versione precedente e la successiva.

Inizialmente il disposto in commento obbligava a fornire le informazioni di cui al co. primo, nonché la data di inizio e la durata prevedibile della missione, per iscritto dal somministratore al lavoratore «all'atto della stipulazione del contratto di lavoro ovvero all'atto dell'invio in missione presso l'utilizzatore».

Tali prescrizioni sono mantenute ferme anche nella versione attuale della disposizione, la quale però ora aggiunge l'obbligo, per il somministratore, di fornire per iscritto al lavoratore *anche* la comunicazione di tutte le informazioni già previste dall'art. 1, co. 1 del d.lgs. n. 152/1997, adempimento da compiersi al momento e con le modalità previste dall'art. 1, co. 2 d.lgs. n. 152/1997, che, nella riformulata dispone compiuto l'adempimento mediante «la consegna del contratto individuale di lavoro o di copia della comunicazione di instaurazione del rapporto di lavoro», «all'atto dell'instaurazione del rapporto di lavoro e prima dell'inizio dell'attività lavorativa» ovvero, «prima dell'invio in missione presso l'utilizzatore».

⁽³⁶⁾ Cfr. G. PROIA, *Trasparenza, prevedibilità e poteri dell'impresa*, in *Il lavoro nel diritto*, cit.

⁽³⁷⁾ Cfr. art. 1, lett. *p*, n. 2 d.lgs. n. 152/1997.

⁽³⁸⁾ *Idem*.

⁽³⁹⁾ Cfr. art. 9, co. 2, d.lgs. n. 104/2022.

Orbene, assumendo la congiunzione ovvero con portata disgiuntiva, alcune considerazioni esegetiche si pongono in ragione della differenziazione tra la somministrazione a tempo indeterminato ed a tempo determinato.

Ben potrebbe darsi, come riportato negli esempi esposti sopra, che la contestualità tra instaurazione del rapporto di lavoro, inizio dell'attività lavorativa ed invio in missione sussista nel caso di somministrazione a tempo determinato, o nel caso di *staff leasing* contestuale, dove il lavoratore è sia assunto che somministrato a tempo indeterminato con tempistiche coincidenti, difetterebbe, invece, nel caso di assunzione a tempo indeterminato con invio in missione a tempo determinato o invio a tempo indeterminato ma successivo all'assunzione.

In tal caso il lavoratore, in quanto stabilmente assunto dall'agenzia di somministrazione, potrebbe essere inviato in missione in un periodo successivo a quello dell'instaurazione del rapporto di lavoro, ed è entro quest'ultimo che, al massimo, l'agenzia di somministrazione deve comunicare tutti gli elementi di cui all'art. 33, co. 3 del d.lgs. n. 81/2015, tesi peraltro confortata dal d.lgs. n. 152/1997 (art. 1, co. 1, lett. g), laddove statuisce che l'identità dell'impresa utilizzatrice deve essere comunicata al lavoratore non appena sia nota.

È opportuno segnalare, non di meno, l'inferenza sui tempi in discorso del riscritto co. 3 dell'art. 1 del d.lgs. n. 152/1997, che statuisce che la generalità delle comunicazioni di cui al co. 2 eventualmente non fornite nei documenti ivi indicati possono essere fornite entro i sette giorni successivi all'inizio della prestazione lavorativa, con ciò conclamando, secondo alcuni, ⁽⁴⁰⁾, tesi peraltro confortata da indirizzo interpretativo amministrativo ⁽⁴¹⁾, che tale termine prevalga “*de facto*” sulla consegna contestuale.

Mentre un più ristretto novero di informazioni, tra le quali l'identità delle imprese utilizzatrici, può essere fornita entro un mese dall'inizio della prestazione lavorativa ⁽⁴²⁾, termine che, interpretato letteralmente spingerebbe a desumere, comunque, prima dell'invio in missione.

Un ultimo inciso è da porre in merito al diverso regime sanzionatorio cui fa capo l'inadempimento delle prescrizioni contenute nel co. 3 dell'art. 33.

Infatti, per quanto attiene il contratto di somministrazione, qualora questo difetti di forma scritta ne discende la sua nullità, considerando i lavoratori come a tutti gli effetti alle dipendenze dell'utilizzatore ⁽⁴³⁾; inoltre, in caso di somministrazione svolta nel mancato rispetto delle prescrizioni 33, co. 1, lett. da *a*, a *d*, è data la facoltà al lavoratore di chiedere l'instaurazione di un rapporto di lavoro alle dipendenze dell'utilizzatore, con effetto dall'inizio della somministrazione ⁽⁴⁴⁾.

Invece, per quanto riguarda il mancato rispetto delle prescrizioni di cui all'art. 1 del d.lgs. n. 152/1997, a seguito di denuncia del lavoratore all'ispettorato del lavoro, la sanzione inferta sarà quella di natura meramente amministrativa prevista dal riscritto

⁽⁴⁰⁾ Cfr. A. TURSI, *La “trasparenza” dei diritti dei lavoratori nel decreto “trasparenza”*, cit.

⁽⁴¹⁾ Cfr. circ. INL del 10 agosto 2022, n. 4, cit., a cui peraltro sul punto rimanda la circ. Min. Lav. del 20 settembre 2022, n. 19, cit.

⁽⁴²⁾ Cfr. art. 4, co. 3, d.lgs. n. 104/2022.

⁽⁴³⁾ Cfr. art. 38, co. 1, d.lgs. n. 81/2015.

⁽⁴⁴⁾ Cfr. art. 38, co. 2, d.lgs. n. 81/2015.

art. 19, co. 2, del d.lgs. n. 276/2003 ⁽⁴⁵⁾, per un ammontare tra 250 e 1500 euro per ogni lavoratore interessato ⁽⁴⁶⁾.

Anche per la somministrazione paiono potersi estendere le considerazioni riferite alle modalità con le quali comunicare al lavoratore gli elementi del rapporto non inseriti direttamente nel contratto, ma contenuti in una fonte esterna ad esso.

Come anticipato il d.lgs. n. 104/2022, modificando l'art. 1 del d.lgs. n. 152/1997 parrebbe segnare l'abbandono della tecnica dei rinvii, espungendo dal testo normativo l'espresso riferimento alla possibilità di rendere alcune informazioni al lavoratore mediante il rinvio alle norme del contratto collettivo applicato», tuttavia, l'ausilio ermeneutico che giunge dalla fonte amministrativa non ha assunto una interpretazione monolitica al riguardo.

In un primo momento ⁽⁴⁷⁾, infatti, l'orientamento era nel senso della non assolutezza della dismissione di tale tecnica, permettendo all'interprete di desumere che, quand'anche fosse imprescindibile che il lavoratore dovesse essere informato sui principali contenuti degli istituti di cui all'art. 1 del d.lgs. n. 152/1997 con la consegna del contratto individuale di lavoro o di copia della comunicazione di instaurazione del rapporto di lavoro, la relativa disciplina di dettaglio avrebbe potuto essergli comunicata attraverso il rinvio al contratto collettivo applicato o ad altri documenti aziendali qualora gli stessi venissero contestualmente consegnati al lavoratore ovvero messi a disposizione di questo secondo modalità e prassi aziendali.

Orientamento divenuto più restrittivo con un recente intervento ⁽⁴⁸⁾, teso a ritenere possibile una forma di rinvio, seppur minimo e quindi relativo non ai principali contenuti degli istituti ma alla disciplina di dettaglio, ma a condizione che il contratto collettivo sia materialmente consegnato al prestatore, oppure, allorché vigano diverse prassi aziendali, l'accessibilità al contratto collettivo rinvio possa verificarsi mediante affissione dello stesso, oppure una sua messa a disposizione attraverso una rete intranet o nella personal area riservata al lavoratore. Peraltro, ponendo obbligo al datore di indicare nel documento contrattuale, per lo meno, le modalità concrete attraverso le quali gli istituti cui si rimanda si atteggino concretamente all'interno del rapporto di lavoro.

Tale assunto restituisce all'interprete la difficoltà nell'attribuire un significato preciso al sintagma «disciplina di dettaglio», per permettergli di distinguerla dai «principali elementi» del rapporto, per tali ultimi non essendo possibile alcuna forma di rinvio ⁽⁴⁹⁾. L'ultimo intervento modificatore che si segnala relativamente alla tipologia contrattuale in discussione ⁽⁵⁰⁾, è quello relativo alla comunicazione ⁽⁵¹⁾ che, al momento dell'instaurazione di un rapporto di lavoro ⁽⁵²⁾, i datori di lavoro privati, ivi compresi

⁽⁴⁵⁾ Cfr. art. 5, co. 4 d.lgs. n. 104/2022.

⁽⁴⁶⁾ Cfr. art. 4, co. 1, let. e, d.lgs. n. 152/1997.

⁽⁴⁷⁾ Cfr. circ. INL del 10 agosto 2022, n. 4, cit.

⁽⁴⁸⁾ Cfr. circ. Min. Lav. del 20 settembre 2022, n. 19, cit.

⁽⁴⁹⁾ Cfr. G. PROIA, *Le novità, sistemiche e di dettaglio, del decreto trasparenza*, in *MGL*, 2022, n. 3.

⁽⁵⁰⁾ Cfr. art. 5, co. 3, d.lgs. n. 104/2022.

⁽⁵¹⁾ La comunicazione deve indicare i dati anagrafici del lavoratore, la data di assunzione, la data di cessazione qualora il rapporto non sia a tempo indeterminato, la tipologia contrattuale, la qualifica professionale e il trattamento economico e normativo applicato.

⁽⁵²⁾ La norma parla di instaurazione di rapporto di lavoro subordinato e di lavoro autonomo in forma coordinata e continuativa, anche nella modalità a progetto, di socio lavoratore di cooperativa e di

quelli agricoli, e gli enti pubblici economici, sono tenuti a fornire al Servizio competente nel cui ambito territoriale è ubicata la sede di lavoro entro il giorno antecedente a quello di instaurazione dei relativi rapporti giusta previsione dell'art. 9-*bis*, co. 2, quinto periodo, del d.l. n. 510/1996, convertito, con modificazioni, dalla l. n. 608/1996.

La modifica ha una portata quasi esclusivamente terminologica, prevedendo ora che, non più «le Agenzie di lavoro autorizzate dal Ministero del lavoro e della previdenza sociale», ma le «Agenzie di somministrazione autorizzate ai sensi dell'art. 4 del d.lgs. n. 276/2003», siano obbligate a fornire al Servizio competente nel cui ambito territoriale è ubicata la propria sede la comunicazione, entro il ventesimo giorno successivo all'assunzione, una comunicazione circa «l'assunzione, la proroga e la cessazione dei lavoratori temporanei assunti nel mese precedente».

3. Conclusioni

Il d.lgs. n. 152/1997 percorreva un solco, quello della trasparenza nei rapporti di lavoro declinato attraverso diritti di informazione dei lavoratori, tracciato in maniera piuttosto anodina da normative peraltro eterogenee, seppur partecipi della stessa matrice giuslavoristica, e sparse nel tempo, ne sono un esempio l'art. 96 delle d.a.c.c. relativamente alla comunicazione della qualifica e della categoria (legale) di inquadramento; l'art. 7 della l. n. 300/1970 in materia di contestazione disciplinare, peraltro con finalità altra rispetto alla mera informazione; o, relativamente al tema della forma scritta dell'atto di demansionamento legittimo e di trasferimento, l'art. 2103 c.c., come novellato dal *Jobs Act*.

Altrettanto blanda, peraltro in coerenza con la normativa europea cui si prefiggeva il recepimento, era l'incidenza che il decreto del 1997 recava direttamente sui rapporti di lavoro.

Entrambe le discipline, infatti, risultavano redatte da legislatori avvinti dal timore che, stante il polimorfismo cui erano informati i rapporti di lavoro tra i vari Paesi membri e persino all'interno di uno stesso Paese, promuovere, o peggio, introdurre una disciplina legale relativa ai diritti di informazione dei lavoratori avrebbe potuto comportare l'insorgere di vincoli formali ai contratti di lavoro, rendendoli eccessivamente onerosi. Le riottosità iniziali hanno ceduto solo di fronte alla considerazione che la trasparenza così intesa andasse declinata all'interno di una cornice introduttiva di diritti meramente formali e non sostanziali ⁽⁵³⁾.

Siffatta veduta imponeva all'interprete di osservare i diritti prefissi quasi esclusivamente all'interno dei compartimenti stagni della tassonomica giuridica di riferimento e dell'epistemologia che da questa discende, e tale classificazione, assunta con fuorviante assolutismo, prestava peraltro il fianco alla critica di comportare una caliginosa commistione tra “atto negoziale” ed “atto giuridico”, impedendo di maturare la

associato in partecipazione con apporto lavorativo, nonché di lavoro intermediato da piattaforma digitale, comprese le attività di lavoro autonomo non esercitate abitualmente di cui all' art. 67, co. 1, lett. l, del TUIR, di cui al d.P.R. n. 917/1986.

⁽⁵³⁾ Cfr. A. TURSI, *La “trasparenza” dei diritti dei lavoratori nel decreto “trasparenza”*, in *DRI*, 2023, n. 1.

consapevolezza che il secondo può essere contemporaneo, ma non consustanziale al primo.

Infatti l'espletamento degli obblighi informativi di cui si discorre avviene mediante il compimento di atti giuridici previsti da una fonte eteronoma al contratto di lavoro, che accedono a quella particolare tipologia di atto negoziale che è il contratto di lavoro per semplice contestualità, restando i due insuscettibili di omogeneizzazione o di contaminazione contenutistica, tale che il contratto continua ad essere valido per iscritto *solo*, ed ancora nei casi prescritti dalla legge e *solo* contenendo i requisiti all'uopo prescritti da essa ⁽⁵⁴⁾.

Tale dicotomia pare essere sfumata con il d.lgs. n. 104/2022.

Criptico quanto alle finalità, perciò necessariamente desunte dalla direttiva del 2019 e consistenti nella promozione di una occupazione più trasparente e prevedibile, la realizzazione dei due obiettivi di cui è auspicata è intellegibile, sostanzialmente, nelle disposizioni del capo II quanto alla trasparenza, ed in alcune disposizioni del capo III quanto alla prevedibilità.

Con la trasparenza il legislatore pare aver rimodellato i diritti strumentali di informazione riservati al lavoratore, riscrivendo quanto prescritto dalla normativa ad esso antelucana, per notizzarlo in maniera certa di tutto quanto afferisca al lavoro ed al rapporto, pur tuttavia non modificando la sua posizione contrattuale, né ingerendo con forzose perimetrazioni dei poteri dell'impresa.

La prevedibilità, invece, è declinata disponendo diritti minimi di nuovo conio e di valore sostanziale, quasi ottratti a cagione dell'accresciuta vulnerabilità del lavoratore registrata dal dilagare delle neonate forme di occupazione che hanno interessato il mondo del lavoro dagli anni Novanta ad oggi ⁽⁵⁵⁾.

Anzi, a ben guardare il d.lgs. n. 104/2022 si spinge oltre, attuando un paradigma europeo del tutto nuovo.

Il risultato di tale cascame è una rinnovata sinergia tra meri diritti di informazione e nuovi diritti sostanziali, introiettati in una nuova ottica visuale, che raccoglie le vestigia del passato «documento contenente informazioni sugli elementi essenziali del contratto» ⁽⁵⁶⁾, ampliandole del più sfidante obiettivo del miglioramento delle condizioni di lavoro e dell'adattabilità del mercato del lavoro.

Il tutto peraltro realizzato con un rilevante cambio di passo metodologico, concludendo l'abbandono, più o meno generalizzato, del metodo per rinvii, a vantaggio di una informazione fornita ai lavoratori in modo «chiaro e trasparente, in formato strutturato, di uso comune e leggibile da dispositivo automatico» ⁽⁵⁷⁾.

Se queste sono le considerazioni generali riferite alla normativa del decreto trasparenza, è parimenti vero che, una sua applicazione *sic et simpliciter* alla disciplina del lavoro somministrato, risulterebbe foriero di perigliosità ermeneutiche determinate dalla imputazione di obblighi informativi ad un soggetto che riveste una qualifica - quella di datore- squisitamente formale.

⁽⁵⁴⁾ Cfr. A. TURSI, *La "trasparenza" dei diritti dei lavoratori nel decreto "trasparenza"*, cit.

⁽⁵⁵⁾ Cfr. considerando n. 4 direttiva (UE) 2019/1152.

⁽⁵⁶⁾ Cfr. punto 9 della Carta comunitaria dei diritti sociali fondamentali dei lavoratori, adottata dal Consiglio europeo a Strasburgo il 9 dicembre 1989 dai capi di Stato e di governo di undici Stati membri.

⁽⁵⁷⁾ Cfr. art. 4, co. 6, d.lgs. n. 104/2022.

Evidentemente il legislatore deve aver considerato sufficiente ad ovviare alle citate problematiche il combinato tra l'art. 1 del d.lgs. n. 152/1997 e l'art. 33, co. 3 del d.lgs. n. 81/2015.

Le modifiche agli obblighi informativi nella disciplina delle prestazioni di consegna di beni mediante piattaforme digitali ex art. 47-bis, d.lgs. 81/2015 (art. 5, co. 2, lett. c, d.lgs. 104/2022)

di Ilaria Bresciani

Abstract – Il contributo esamina le modifiche apportate dall'art. 5, comma 2, lett. c, d.lgs. n. 104/2022, all'art. 47-ter, comma 1, d.lgs. n. 81/2015, le quali hanno ampliato e rafforzato gli obblighi informativi sul rapporto di lavoro incombenti sul committente nella disciplina delle prestazioni di consegna di beni mediante piattaforme digitali ex art. 47-bis, d.lgs. n. 81/2015.

Abstract – The contribution examines the changes made by the art. 5, comma 2, lett. c, d.lgs. n. 104/2022, to art. 47-ter, comma 1, d.lgs. n. 81/2015, which have expanded and intensified the information obligations on the employment relationship by the customer in the regulation of the delivery services of goods through digital platforms ex art. 47-bis, d.lgs. n. 81/2015.

Sommario: 1. L'ambito di applicazione della tutela informativa. – 2. Gli obblighi informativi: sul rapporto di lavoro... – 2.1. (*segue*) ...e sulla tutela della sicurezza. – 3. Alcune riflessioni sugli obblighi informativi e sulla loro estensione ai *riders* autonomo-occasionalisti.

1. L'ambito di applicazione della tutela informativa

L'art. 5, comma 2, lett. c, d.lgs. n. 104/2022, ha modificato l'art. 47-ter, comma 1, d.lgs. n. 81/2015, specificando e rafforzando gli obblighi informativi incombenti sul committente nella disciplina delle prestazioni di consegna di beni mediante piattaforme digitali ex art. 47-bis, d.lgs. n. 81/2015.

La norma apre il Capo V-bis, introdotto nel d.lgs. n. 81/2015 dal d.l. n. 101/2019, convertito con modifiche in l. n. 128/2019, e ne circoscrive l'applicazione ai lavoratori autonomi che, tramite piattaforme digitali, svolgono attività consegna di beni per conto altrui, in ambito urbano e con l'ausilio di velocipedi o di certi veicoli a motore (quelli di cui all'art. 47, comma 2, lett. a, d.lgs. 30 aprile 1992, n. 285) ⁽¹⁾.

Nonostante il riferimento ai «lavoratori autonomi» in generale e l'espressa intenzione del legislatore di intervenire per porre rimedio alla situazione di sotto-protezione normativa ed economica in cui versano coloro che svolgono attività di consegna di beni per conto di un committente tramite piattaforme digitali lascino ipotizzare che il Capo V-bis contenga tutele legali minime applicabili di *default* senza necessità di passare da

⁽¹⁾ Per un commento v., S. GIUBBONI, *I riders e la legge*, in *RDS*, 2019, 4, p. 847 ss.; E. ALES, *Oggetto, modalità di esecuzione e tutele del "nuovo" lavoro autonomo. Un primo commento*, in *MGL*, 2019, 4, p. 719 ss.

azioni giudiziali di qualificazione ⁽²⁾, la contestuale modifica dell'art. 2, comma 1, d.lgs. n. 81/2015, e soprattutto l'introduzione del riferimento alle prestazioni (etero)organizzate mediante piattaforme digitali ⁽³⁾, ha portato, dal punto di vista sistematico, a distinguere i *riders* riconducibili alle collaborazioni etero-organizzate, ai quali si applica la disciplina del rapporto di lavoro subordinato, da quelli presi in considerazione dall'art. 47-*bis* ⁽⁴⁾.

La questione investe anche l'ambito di applicazione della tutela informativa. L'importanza di distinguere le due fattispecie non viene meno per il fatto che gli obblighi informativi ampliati e/o introdotti dal d.lgs. n. 104/2022 valgono, in quanto compatibili, oltre che a favore dei lavoratori di cui all'art. 47-*bis*, anche per le collaborazioni etero-organizzate (e per le collaborazioni coordinate e continuative), come previsto dagli artt. 1, comma 5, e 1-*bis*, comma 7, d.lgs. n. 152/1997 ⁽⁵⁾, in quanto, in ragione delle diversità che le connotano, all'esito del giudizio di compatibilità, il contenuto dell'informazione che, in concreto, il committente è tenuto a fornire potrebbe non essere coincidente, in particolare con riguardo al tempo di lavoro ⁽⁶⁾.

A tal fine, l'elemento dell'occasionalità della prestazione pare essere il tratto dirimente tra le due fattispecie ⁽⁷⁾; in questo senso si sono espresse anche la circolare dell'Istituto nazionale del lavoro del 30 ottobre 2020, n. 7 e la circolare del Ministero del lavoro e delle politiche sociali del 19 novembre 2020, n. 17 ⁽⁸⁾.

Pertanto, la tutela informativa dell'art. 47-*ter* dovrebbe essere rivolta ai lavoratori autonomi che svolgono l'attività in modo occasionale, ossia in assenza del carattere della continuità richiesto dall'art. 2, comma 1, secondo un'indagine che deve essere condotta caso per caso, con riferimento alla durata del rapporto, alla reiterazione della prestazione, nonché all'interesse del committente al suo ripetersi e alla disponibilità del collaboratore a eseguirla all'interno di un arco di tempo apprezzabile ⁽⁹⁾.

⁽²⁾ E. DAGNINO, *Note tecnico-giuridiche al decreto-legge 3 settembre 2019, n. 101, e i prevedibili impatti sul settore del delivery*, in ADAPT University Press, 2019, Working Paper n. 4, p. 1 ss., spec. 9-10, reperibile sul sito www.bollettinoadapt.it.

⁽³⁾ La circolare dell'Istituto nazionale del lavoro del 30 ottobre 2020, n. 7 e la circolare del Ministero del lavoro e delle politiche sociali del 19 novembre 2020, n. 17, come già osservava G. SANTORO-PASSARELLI, *Il lavoro mediante piattaforme digitali e la vicenda processuale dei riders*, in DRI, 2021, 1, p. 111 ss., hanno evidenziato che la nozione di piattaforma digitale contenuta nell'art. 47-*bis*, comma 2, essendo formulata in termini descrittivo-fenomenici, ha valenza generale e, pertanto, è riferibile sia alle ipotesi inquadrabili nell'art. 2, comma 1, sia a quelle riconducibili all'art. 47-*bis*.

⁽⁴⁾ F. CARINCI, *Il CCNL sui collaboratori autonomi del 15 settembre 2020*, in LG, 2020, 11, p. 1045 ss.

⁽⁵⁾ V. il contributo di F. FERRARO, in *q. Opera*, t. I, pt. seconda, sez. I, §. 2.

⁽⁶⁾ V. *infra* §. 2.

⁽⁷⁾ G. SANTORO-PASSARELLI, *Sui lavoratori che operano mediante piattaforme anche digitali, sui riders e il ragionevole equilibrio della Cassazione 1663/2020*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona", 2020, n. 411, 1 ss.; O. MAZZOTTA, *L'inafferrabile etero-direzione: a proposito di ciclofattorini e modelli contrattuali*, in *Labor*, 2020, 1, p. 3 ss.; 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", 2020, n. 410, p. 1 ss.

⁽⁸⁾ P. TOSI, *La tutela dei riders, carenze legislative ed eccedenze interpretative*, in LDE, 2021, 1, p. 1 ss. dell'estratto; S. ROSSI, *Due anni di applicazione della disciplina sui riders: ancora pochi punti fermi e tanti dubbi*, in LG, 2022, 5, 479.

⁽⁹⁾ La continuità deve essere intesa «come svolgimento di attività che vengono (anche se intervallate) reiterate nel tempo al fine di soddisfare i bisogni delle parti» (v. V. App. Torino, 4 febbraio 2019, n. 26); e «...anche prestazioni rese in un arco temporale limitato, ma comunque significativo, possono realizzare un interesse continuativo del committente» (v. Circ. INL, 30 ottobre 2020, n. 7, p. 3).

2. Gli obblighi informativi: sul rapporto di lavoro...

Il d.lgs. n. 104/2022, con l'art. 5, comma 2, ha modificato l'art. 47-*ter*, comma 1, prevedendo che «i contratti individuali di lavoro di cui all'art. 47-*bis* sono provati per iscritto e i lavoratori devono ricevere entro la data di instaurazione del rapporto di lavoro le informazioni di cui agli articoli 1 e 1-*bis* del decreto legislativo 26 maggio 1997, n. 152, in quanto compatibili, nonché le informazioni inerenti alla tutela della sicurezza ai sensi del comma 3 dell'articolo 47-*septies*»⁽¹⁰⁾.

La novella conferma che il contratto deve essere redatto in forma scritta ai fini della prova, introduce un limite temporale per l'assolvimento dell'obbligo di informazione e, mediante rinvio ad altre fonti normative, specifica il tipo e il contenuto delle informazioni che devono essere fornite ai lavoratori.

Quanto al riferimento temporale, prima inesistente, i lavoratori devono ricevere le informazioni «entro la data di instaurazione del rapporto di lavoro»; pertanto, non necessariamente al momento della stipula del contratto, ma, in ogni caso, prima dell'inizio del rapporto lavorativo⁽¹¹⁾.

Quanto al contenuto delle informazioni, partendo da quelle inerenti al rapporto di lavoro, il generico riferimento a «ogni informazione utile» per la tutela degli interessi e dei diritti dei lavoratori, è stato sostituito dal rinvio al dettagliato catalogo contenuto negli artt. 1 e 1-*bis*, d.lgs. n. 152/1997, così come modificati dallo stesso d.lgs. n. 104/2022.

Le disposizioni di rinvio (soprattutto l'art. 1, d.lgs. n. 152/1997) sono riferite ai lavoratori subordinati⁽¹²⁾ e, pertanto, è necessaria una valutazione di compatibilità con la fattispecie di lavoro autonomo di cui all'art. 47-*bis*, d.lgs. n. 81/2015⁽¹³⁾.

Tra le informazioni di cui all'art. 1, d.lgs. n. 152/1997⁽¹⁴⁾, si possono ritenere compatibili quelle relative: all'identità delle parti (lett. *a*); alla sede o domicilio del datore (lett. *c*); alle caratteristiche o descrizione sommaria del lavoro (lett. *d*); alla data di inizio

⁽¹⁰⁾ Inoltre, il d.l. n. 152/2021, convertito con modifiche nella l. n. 233/2021, all'art. 27, comma 2-*decies*, ha introdotto all'art. 9-*bis* del d.l. n. 510/1996, convertito con modifiche nella l. n. 608/1996, l'obbligo di eseguire le comunicazioni obbligatorie agli organismi competenti con riferimento alle ipotesi di lavoro intermediato da piattaforma digitale (ovvero quando il corrispettivo è erogato dal committente tramite una piattaforma digitale, come precisato dall'art. 9-*bis*, comma 2), anche per le attività di lavoro autonomo non esercitate abitualmente. Tale comunicazione deve essere svolta entro il 20° giorno del mese successivo all'instaurazione del rapporto di lavoro e deve contenere le generalità del committente e del prestatore d'opera, la data di inizio e di cessazione della prestazione, la durata presunta della prestazione espressa in ore, e l'inquadramento contrattuale; essa deve essere trasmessa telematicamente tramite il modello Uni-piattaforme, come previsto dal decreto del Ministro del lavoro e delle politiche sociali del 23 febbraio 2022, n. 31 (entrato in vigore il 14 aprile 2022).

⁽¹¹⁾ L'art. 16, comma 1, d.lgs. n. 104/2022, stabilisce che le sue disposizioni si applicano a tutti i rapporti di lavoro già instaurati alla data del 1° agosto 2022.

⁽¹²⁾ P. LAMBERTUCCI, A. MARESCA, *Conclusioni del contratto di lavoro*, in M. MARTONE (a cura di), *Contratto di lavoro e organizzazione*, t. I, in M. PERSIANI, F. CARINCI (diretto da), *Trattato di diritto del lavoro*, Cedam, 2011, p. 147 ss., p. 199.

⁽¹³⁾ Lo stesso art. 47-*ter*, comma 1, precisa che tali disposizioni si applicano «in quanto compatibili».

⁽¹⁴⁾ v. in *q. Opera*, t. I, pt. seconda, sez. II, i contributi di L. MANNARELLI, §. 3; G. PIGLIALARMI, §. 4; L. SCARANO, §. 5.

del rapporto (lett. *e*); al diritto a ricevere la formazione erogata dal datore, se prevista (lett. *i*)⁽¹⁵⁾; alla procedura, alla forma e ai termini del preavviso in caso di recesso del datore o del lavoratore (lett. *m*)⁽¹⁶⁾; all'importo del compenso e ai relativi elementi costitutivi, con l'indicazione del periodo e delle modalità di pagamento (lett. *n*)⁽¹⁷⁾; al contratto collettivo, anche aziendale, applicato al rapporto di lavoro, con l'indicazione delle parti che lo hanno sottoscritto (lett. *q*)⁽¹⁸⁾; agli enti e istituti che ricevono i contributi previdenziali e assicurativi e a qualunque forma di protezione in materia di sicurezza sociale (lett. *r*)⁽¹⁹⁾; e, infine, agli elementi previsti dall'art. 1-*bis* qualora le modalità di esecuzione della prestazione siano organizzate mediante l'utilizzo di sistemi decisionali o di monitoraggio automatizzati (lett. *s*)⁽²⁰⁾.

Al contrario, non paiono compatibili con la fattispecie dell'art. 47-*bis*, d.lgs. n. 81/2015, gli elementi relativi: all'inquadramento, al livello e alla qualifica del lavoratore (lett. *d*); alla tipologia del rapporto di lavoro e all'indicazione della durata dell'eventuale contratto a termine (lett. *f*); ai lavoratori dipendenti da agenzia di somministrazione (lett. *g*); al periodo di prova (lett. *h*); alle ferie e agli altri congedi retribuiti (lett. *g*). Qualche dubbio di compatibilità sorge per le informazioni relative al luogo (lett. *b*), e all'orario di lavoro (lett. *o* oppure *p*).

Con riguardo al luogo di lavoro, la lett. *b* della norma prevede che, in mancanza di un luogo fisso, il datore (*ergo* il committente) è comunque tenuto a comunicare che il lavoratore «è occupato in luoghi diversi, o è libero di determinare il proprio luogo di lavoro». Nonostante il luogo di lavoro coincida (potenzialmente) con l'intero ambito urbano, occorre considerare che quando il *riders* si mette a disposizione della piattaforma, deve selezionare il punto di stazionamento, ovvero la postazione ove starà in attesa di ricevere gli indirizzi dei fornitori e dei destinatari presso i quali si deve recare, rispettivamente, per ritirare e poi consegnare i beni. D'altro canto, la piattaforma usa spesso sistemi di geolocalizzazione che le permettono (anche) di inviare la richiesta di prestazione ai *riders* disponibili che si trovano nella posizione migliore (in termini di distanza e tempi di percorrenza) per svolgere la consegna in base alle preferenze/esigenze dell'utente (oltre che per indicare l'itinerario e controllare lo svolgimento della consegna). Pertanto, si può ipotizzare che il lavoratore debba essere informato almeno di questi aspetti (i punti di stazionamento e, magari, l'area urbana, anche per estensione chilometrica, entro cui gli sarà richiesto di spostarsi).

Con riguardo al tempo di lavoro, l'art. 1, comma 1, differenzia gli elementi oggetto di informazione obbligatoria a seconda che l'attività consenta o meno (al

⁽¹⁵⁾ V. *infra* § 2.1, con riguardo alla formazione finalizzata alla tutela della salute e della sicurezza.

⁽¹⁶⁾ L'art. 47-*quinquies*, comma 2, d.lgs. n. 81/2015, vieta l'esclusione dalla piattaforma (così come le riduzioni delle occasioni di lavoro) motivate dalla mancata accettazione della prestazione.

⁽¹⁷⁾ Il compenso è stabilito dalla piattaforma digitale, ma nel rispetto di quanto previsto dall'art. 47-*quater*, d.lgs. n. 81/2015; la norma prevede che i criteri per la sua determinazione possano essere definiti in sede sindacale e che sia comunque garantito un compenso minimo orario, nonché delle indennità integrative per lo svolgimento del lavoro in particolari momenti o condizioni svantaggiose.

⁽¹⁸⁾ L'art. 47-*quater*, d.lgs. n. 81/2015, attribuisce ai contratti collettivi stipulati dalle organizzazioni sindacali e datoriali comparativamente più rappresentative a livello nazionale la facoltà di definire i criteri di determinazione dei compensi.

⁽¹⁹⁾ L'art. 47-*septies*, d.lgs. n. 81/2015, prevede che i *riders* sono soggetti alla copertura assicurativa obbligatoria contro gli infortuni sul lavoro e le malattie professionali prevista dal d.P.R. n. 1124/1965.

⁽²⁰⁾ Lo stesso art. 47-*ter*, d.lgs. n. 81/2015, impone il rispetto anche degli obblighi informativi previsti dall'art. 1-*bis*, d.lgs. n. 152/1997.

datore/committente) la programmazione di un orario normale di lavoro (lett. *o* oppure *p*) ⁽²¹⁾. Nonostante, di solito, le piattaforme digitali programmino le fasce orarie, occorre considerare che è il *rider* a decidere quando mettersi a disposizione, selezionando il turno in cui vuole essere contattato, e, inoltre, la fattispecie in esame, quella di cui all'art. 47-*bis*, d.lgs. n. 81/2015, si riferisce a lavoratori occasionali, che prestano la propria attività in maniera affatto ripetuta e continuativa. Tuttavia, l'orario di lavoro rileva, in quanto l'art. 47-*quater*, comma 2, d.lgs. n. 81/2015, vi lega, a determinate condizioni, la determinazione del compenso ⁽²²⁾. Pertanto, anche le informazioni relative all'orario di lavoro potrebbero formare oggetto di comunicazione obbligatoria, seppure calibrate in funzione delle suddette peculiarità ⁽²³⁾.

La necessità di svolgere una valutazione di compatibilità con la fattispecie di cui all'art. 47-*bis* si pone anche con riferimento ai commi 2 e ss. dell'art. 1 ⁽²⁴⁾, posto che l'art. 47-*ter*, comma 1, rinvia complessivamente all'art. 1, d.lgs. n. 152/1997. In particolare, può ritenersi compatibile: il comma 2, relativo alle modalità d'assolvimento dell'obbligo di comunicazione mediante consegna al lavoratore del contratto individuale di lavoro o di copia delle c.d. comunicazioni obbligatorie, prima dell'instaurazione del rapporto ⁽²⁵⁾; il comma 6, relativo alla disponibilità degli atti normativi e dei contratti collettivi nazionali relativi agli obblighi informativi sul sito ministeriale; il comma 8, relativo alla conservazione delle informazioni da parte del committente, il quale deve conservare prova della trasmissione e comunicazione al lavoratore. Invece, un dubbio di compatibilità sorge con riguardo ai commi 3 e 4, in quanto prevedono termini diversi per l'assolvimento dell'obbligo informativo, mentre l'art. 47-*ter*, comma 1, stabilisce che esso venga adempiuto entro la data di instaurazione del rapporto di lavoro, all'apparenza senza eccezioni.

Da ultimo, per quanto attiene alle notizie sul rapporto, l'art. 47-*ter*, comma 1, d.lgs. n. 81/2015, impone di comunicare ai lavoratori anche le informazioni di cui all'art. 1-*bis*, d.lgs. n. 152/1997 (inserito dal d.lgs. n. 104/2022). La norma stabilisce ulteriori obblighi, sempre di natura informativa, nel caso di utilizzo di sistemi decisionali o di monitoraggio automatizzati, e, anche in questo caso, è prevista una verifica di compatibilità tra gli elementi ivi elencati e l'attività di lavoro autonomo resa ai sensi dell'art. 47-*bis* d.lgs. n. 81/2015 ⁽²⁶⁾.

⁽²¹⁾ Per «programmazione del lavoro» si intende la programmazione che determina in quali giorni e ore inizia e termina la prestazione di lavoro, v. art. 2, comma 1, lett. *a*, d.lgs. n. 104/2022.

⁽²²⁾ In particolare, è previsto che, in mancanza di contratti collettivi stipulati dai soggetti sindacali «qualificati» per questo specifico settore ai sensi del comma 1, ai lavoratori deve essere garantito un compenso minimo orario «parametrato ai minimi tabellari stabiliti dai contratti collettivi nazionali di settori affini o equivalenti», nonché che debba essere loro garantita un'indennità integrativa (non inferiore al 10%) per il lavoro svolto di notte, durante le festività (oltre che in condizioni meteorologiche sfavorevoli).

⁽²³⁾ L'art. 2, comma 1, lett. *c*, d.lgs. n. 104/2022 stabilisce che per «organizzazione del lavoro» si intende la forma di organizzazione dell'orario di lavoro e la sua ripartizione conformemente a una determinata organizzazione stabilita dal datore di lavoro. Questa informazione rientra tra quelle prese in considerazione dall'art. 1, comma 1, lett. *p*, d.lgs. n. 152/1997, così come modificato dal d.lgs. n. 104/2022.

⁽²⁴⁾ V. il contributo di F. NARDELLI, in questo volume, tomo I, parte II, sez. II, § 1.

⁽²⁵⁾ V., *ut supra*, nota 10.

⁽²⁶⁾ V. il contributo di E.C. SCHIAVONE, in questo volume, tomo I, parte II, sez. II, § 6.

L'art. 1-*bis*, al comma 1, dispone, in generale, che il lavoratore deve essere informato «dell'utilizzo di sistemi decisionali di monitoraggio automatizzati deputati a fornire indicazioni rilevanti ai fini della assunzione o del conferimento dell'incarico, della gestione o della cessazione del rapporto di lavoro, dell'assegnazione di compiti o mansioni nonché indicazioni incidenti sulla sorveglianza, la valutazione, le prestazioni e l'adempimento delle obbligazioni contrattuali dei lavoratori» (27), mentre al successivo comma 2, la norma elenca l'oggetto delle ulteriori informazioni che devono essere fornite, le quali attengono alle caratteristiche e alle funzionalità delle stesse piattaforme digitali.

In particolare, si tratta: degli aspetti del rapporto di lavoro sui quali incide l'utilizzo dei sistemi (lett. *a*); degli scopi e delle finalità di detti sistemi (lett. *b*); della logica e del funzionamento dei sistemi (lett. *c*); delle categorie di dati e dei parametri principali utilizzati per programmare o addestrare i sistemi, anche con riguardo ai meccanismi di valutazione delle prestazioni (lett. *d*); delle misure di controllo adottate per le decisioni automatizzate, degli eventuali processi di correzione e del responsabile del sistema di gestione della qualità (lett. *e*); del livello di accuratezza, robustezza e cybersicurezza dei sistemi e delle metriche utilizzate per misurare tali parametri, nonché dei loro impatti potenzialmente discriminatori (lett. *f*) (28).

Con riguardo alle norme poste dai commi 3 e ss., contenenti disposizioni strumentali all'effettività dei suddetti obblighi informativi, anche con riguardo ad esse va valutata la compatibilità rispetto all'attività di cui all'art. 47-*bis*, posto che l'art. 47-*ter* rinvia per intero all'art. 1-*bis*. In particolare, pare compatibile: il comma 3, che consente al lavoratore, anche tramite le rappresentanze sindacali aziendali o territoriali, di accedere ai

(27) Un dubbio di compatibilità con la fattispecie di cui all'art. 47-*bis*, d.lgs. n. 81/2015, sorge con riguardo al riferimento all'art. 4 St. lav., in quanto, l'art. 47-*quinquies*, comma 1, stabilisce l'applicazione, oltre che della disciplina antidiscriminatoria, anche di «quella a tutela della libertà e dignità del lavoratore previste per i lavoratori subordinati», con espressione che rievoca il titolo I dello Statuto dei lavoratori, oltre al principio generale espresso dall'art. 41, comma 2, Cost.

(28) Il provvedimento del Garante per la protezione dei dati personali del 24 gennaio 2023, avente come oggetto *Questioni interpretative e applicative in materia di protezione dei dati connesse all'entrata in vigore del d.lgs. 27 giugno 2022, n. 104 in materia di condizioni di lavoro trasparenti e prevedibili (c.d. "Decreto trasparenza")*, ha rilevato che le informazioni richieste dall'art. 1-*bis* si aggiungono a quanto previsto dagli artt. 13 e 14 del Regolamento UE 2016/679; in particolare, «Alcuni di tali elementi informativi integrano quanto previsto dagli artt. 13 e 14 del Regolamento, altri costituiscono, invece, una specificazione degli stessi [...]. Tra le informazioni ulteriori che il datore di lavoro, in qualità di titolare del trattamento, deve fornire all'interessato rientrano: gli aspetti del rapporto di lavoro sui quali incide l'utilizzo dei sistemi decisionali o di monitoraggio automatizzati; il funzionamento dei sistemi; i parametri principali utilizzati per programmare o addestrare i sistemi decisionali o di monitoraggio automatizzati, inclusi i meccanismi di valutazione delle prestazioni; le misure di controllo adottate per le decisioni automatizzate, gli eventuali processi di correzione e il responsabile del sistema di gestione della qualità; il livello di accuratezza, robustezza e cybersicurezza dei sistemi decisionali o di monitoraggio automatizzati e le metriche utilizzate per misurare tali parametri, nonché gli impatti potenzialmente discriminatori delle metriche stesse. Tra gli elementi che, invece, specificano la portata di quanto già compreso negli artt. 13 e 14 del Regolamento, rientrano: la logica dei sistemi decisionali o di monitoraggio automatizzati, la cui indicazione, nell'impianto degli artt. 13 e 14, è espressamente richiesta nel caso di ricorso ai processi decisionali automatizzati, compresa la profilazione, di cui all'art. 22 del Regolamento; l'indicazione delle categorie di dati trattati, che nel Regolamento è specificamente prevista solo qualora i dati oggetto di trattamento non siano ottenuti presso l'interessato (art. 14, § 1, lett. d), del Regolamento).

dati e di richiedere ulteriori informazioni concernenti gli obblighi di cui al comma 2, con conseguente obbligo del datore di rispondere alla richiesta entro 30 giorni; il comma 4, relativo al rispetto del regolamento UE n. 679/2016 in materia di protezione e trattamento dei dati personali; il comma 5, che impone al datore di informare i lavoratori almeno ventiquattro ore prima in caso di variazione delle condizioni di svolgimento del rapporto; il comma 6, che stabilisce che l'obbligo informativo deve essere assolto mediante comunicazioni trasparenti, in formato strutturato, di uso comune e leggibile da dispositivo automatico, anche nei confronti delle rappresentanze sindacali aziendali o territoriali; e, infine, il comma 8, che esclude dall'obbligo le informazioni che costituiscono segreti commerciali ai sensi dell'art. 98, d.lgs. n. 30/2005.

I meccanismi di funzionamento dei programmi e delle procedure informatiche utilizzati dalle piattaforme digitali di cui si avvale il committente possono incidere sullo svolgimento del rapporto, e, pertanto, debbono essere conosciuti dai lavoratori, al fine di favorire una maggiore trasparenza dei processi automatizzati di monitoraggio e decisionali (sovente occulti e invasivi) a cui sono sottoposti ⁽²⁹⁾.

2.1. (segue) ...e sulla tutela della sicurezza.

L'art. 47-ter, comma 1, ultima parte, prevede che siano comunicate anche le informazioni inerenti alla tutela della sicurezza, ai sensi del comma 3 dell'art. 47-septies; di fatti, «il committente che utilizza la piattaforma anche digitale è tenuto nei confronti dei lavoratori di cui al comma 1, a propria cura e spese, al rispetto del decreto legislativo 9 aprile 2008, n. 81» ⁽³⁰⁾.

Pertanto, al fine di individuare quali siano gli obblighi informativi che gravano sul committente, occorre muovere dall'individuazione delle misure previste dal Testo unico in materia di salute e sicurezza nei luoghi di lavoro che esso è tenuto a predisporre ⁽³¹⁾.

Un primo problema deriva dal fatto che il d.lgs. n. 81/2008, all'art. 3, commi 4 e 7, dispone di applicarsi a tutti i lavoratori, anche autonomi e parasubordinati, ma «ove

⁽²⁹⁾ Per un commento sulle disposizioni della direttiva UE n. 1152/2019 relative alla gestione algoritmica dei rapporti di lavoro v., M. LAI, *Il lavoro mediante piattaforme digitali: quali tutele?*, in *LDE*, 2022, 2, 1 ss., spec. 4 ss.

⁽³⁰⁾ M. TIRABOSCHI (a cura di), *Il sistema prevenzionistico e le tutele assicurative alla prova della IV Rivoluzione Industriale. Bilancio e prospettive di una ricerca*, vol. I, ADAPT University Press, 2021, spec. 119 ss.; A. ROTA, *La tutela prevenzionistica dei riders nella legge n. 128/2019*, in *LLI*, 2020, 1, 1 ss. dell'estratto; P. PASCUCCI, *Note sul futuro del lavoro salubre e sicuro...e sulle norme sulla sicurezza di rider & co.*, in *DSL*, 2019, 48.

⁽³¹⁾ V. Trib. Firenze, 5 maggio 2020, n. 886, in cui si afferma che il rinvio al d.lgs. n. 81/2008 contenuto nel comma 3 dell'art. 47-septies «non potrebbe considerarsi circoscritto alla sola tutela accordata per i lavoratori autonomi contenuta negli artt. 21 e 26 del d.lgs. n. 81/2008 perché se così fosse la norma risulterebbe inutile e, soprattutto, contraria alla stessa espressa esigenza della legge di assicurare ai lavoratori "livelli minimi di tutela" in un'ottica di rafforzamento della tutela degli stessi. Pertanto, anche a tali lavoratori dovranno essere assicurate, pur con i necessari adattamenti, anche le altre tutele previste dal d.lgs. n. 81/2008»; v. P. TULLINI, *Prevenzione e tutela della sicurezza sul lavoro nell'economia digitale*, in *RDS*, 2021, 4, p. 671 ss.

la prestazione lavorativa si svolga nei luoghi di lavoro del committente»⁽³²⁾, mentre i *riders*, per loro natura, prestano la propria attività in ambito urbano. Pertanto, sembra che anche in tal caso si rende necessaria una valutazione di compatibilità, nonostante l'art. 47-ter, comma 1, ultima parte, non espliciti tale necessità.

Innanzitutto, le informazioni inerenti alla tutela della sicurezza a cui si riferisce l'art. 47-ter, comma 1, così come modificato dal d.lgs. n. 104/2022, dovrebbero essere quelle contenute negli artt. 36 e 37, d.lgs. n. 81/2008.

Tra le informazioni ai lavoratori previste dall'art. 36 TU, si potrebbero ritenere compatibili quelle relative a: i rischi per la salute e sicurezza sul lavoro connessi all'attività della impresa in generale (comma 1, lett. *a*); i nominativi del responsabile e degli addetti del servizio di prevenzione e protezione (ma non anche del medico competente) (comma 1, lett. *d*); i rischi specifici cui il lavoratore è esposto in relazione all'attività svolta, le normative di sicurezza e le disposizioni aziendali in materia (comma 2, lett. *a*); le misure e le attività di protezione e prevenzione adottate (comma 2, lett. *c*)⁽³³⁾.

Invece, il successivo art. 37 TU impone che i lavoratori non siano solo informati, ma anche formati⁽³⁴⁾, in maniera sufficiente e adeguata, in materia di salute e sicurezza, anche rispetto alle conoscenze linguistiche, con particolare riferimento a: i concetti di rischio, danno, prevenzione, protezione, organizzazione della prevenzione aziendale, diritti e doveri dei vari soggetti aziendali, organi di vigilanza, controllo, assistenza (comma 1, lett. *a*); i rischi riferiti alle mansioni e ai possibili danni e alle conseguenti misure e procedure di prevenzione e protezione caratteristici del settore o comparto di appartenenza dell'azienda (comma 1, lett. *b*); i rischi specifici di cui ai titoli del presente decreto successivi al I (comma 3) (almeno con riferimento all'uso dei dispositivi individuali di protezione di cui al Titolo III).

Pertanto, si può prospettare che tra le informazioni a cui è tenuto il committente *ex* art. 47-ter, comma 1, d.lgs. n. 81/2015, siano ricomprese quelle relative alla formazione che il lavoratore dovrà ricevere ai fini della tutela della sicurezza⁽³⁵⁾.

In ogni caso, il contenuto dell'informazione deve essere facilmente comprensibile, per consentire ai lavoratori di acquisire le relative conoscenze e competenze, e, ove le informazioni riguardino lavoratori immigrati, deve essere previamente verificata la loro comprensione della lingua utilizzata nel percorso informativo e formativo⁽³⁶⁾.

Altre informazioni obbligatorie potrebbero essere quelle contenute nel Titolo III del TU relativo all'uso delle attrezzature di lavoro e dei dispositivi di protezione individuale, qualora debbano essere messi a disposizione dei lavoratori, come previsto

⁽³²⁾ A. DELOGU, *La definizione di lavoratore in materia di salute e sicurezza: dall'universalità della tutela ai nuovi bisogni di tutela*, in *DSL*, 2020, 1, p. 1 ss. dell'estratto; C. LAZZARI, *Gig economy e tutela della salute e sicurezza sul lavoro. Prime considerazioni a partire dal caso Foodora*, in *RDSS*, 2018, 3, 455.

⁽³³⁾ Mentre sembrerebbero non pertinenti le informazioni relative a: le procedure che riguardano il primo soccorso, la lotta antincendio e l'evacuazione dei luoghi di lavoro (comma 1, lett. *b*); i nominativi dei lavoratori incaricati di applicare le misure di cui agli articoli 45 e 46 (ovvero primo soccorso e prevenzione incendi) (comma 1, lett. *c*); i pericoli connessi all'uso di sostanze e miscele pericolose (comma 2, lett. *b*).

⁽³⁴⁾ Sul tema, in generale, v. C. ALESSI, *La formazione in materia di sicurezza dopo il d.l. 21 ottobre 2021, n. 146*, in *DSL*, 2022, 2, p. 62 ss.

⁽³⁵⁾ L'art. 37 TU, ai commi 4 e 6, prevede che la formazione sia erogata all'inizio del rapporto di lavoro e in caso di introduzione di nuove attrezzature di lavoro o di nuove tecnologie, nonché che sia periodicamente ripetuta in relazione all'evoluzione o all'insorgenza di nuovi rischi.

⁽³⁶⁾ V., art. 36, comma 4, e art. 37, comma 13, TU.

dall'art. 71 e 77 TU ⁽³⁷⁾. In particolare, l'art. 73 TU, prevede che «nell'ambito degli obblighi di cui agli articoli 36 e 37 il datore di lavoro provvede affinché, per ogni attrezzatura di lavoro messa a disposizione, i lavoratori incaricati dell'uso dispongano di ogni necessaria informazione e istruzione e ricevano una formazione e un addestramento adeguati, in rapporto alla sicurezza relativamente: a) alle condizioni di impiego delle attrezzature; b) alle situazioni anormali prevedibili», e il datore provvede altresì a informare i lavoratori sui rischi cui sono esposti durante l'uso delle attrezzature di lavoro (comma 2); mentre con specifico riguardo ai dispositivi di protezione individuale, l'art. 77, comma 4, TU, prevede che il datore deve: fornire istruzioni comprensibili per i lavoratori (lett. c); informare preliminarmente il lavoratore dei rischi dai quali il DPI lo protegge (lett. e); assicurare una formazione adeguata e organizza, se necessario, uno specifico addestramento circa l'uso corretto e l'utilizzo pratico dei DPI (lett. h).

3. Alcune riflessioni sugli obblighi informativi e sulla loro estensione ai *riders* autonomo-occasional

Il d.lgs. 27 giugno 2022, n. 104, in attuazione della direttiva UE n. 1152/2019, ha riformato il d.lgs. 26 maggio 1997, n. 152, al fine di migliorare la conoscenza dei lavoratori rispetto alle proprie condizioni contrattuali, sia nel momento in cui sorge il rapporto lavorativo, sia con riferimento alle modifiche che potrebbero intervenire nel tempo ⁽³⁸⁾.

La *ratio* della direttiva a cui il d.lgs. n. 104/2022 ha dato attuazione ruota attorno ai due concetti chiave di trasparenza e di prevedibilità delle condizioni di lavoro ⁽³⁹⁾. Tali obiettivi trovano realizzazione grazie all'implementazione del diritto dei lavoratori a essere informati su tutti (o, comunque, molti) degli aspetti relativi al rapporto, sulla base del presupposto che la migliore conoscenza riduca lo squilibrio tra le parti contrattuali ⁽⁴⁰⁾, consentendo al lavoratore di compiere le proprie valutazioni con una maggiore consapevolezza, anche in sede processuale ⁽⁴¹⁾.

⁽³⁷⁾ In giurisprudenza, sulla tutela della salute e della sicurezza dei *riders*, e in particolare sull'obbligo della piattaforma di consegnare dispositivi di protezione individuale ai lavoratori, v., Trib. Firenze, decr., 1° aprile 2020; Trib. Bologna, 14 aprile 2020; Trib. Firenze, 5 maggio 2020; si vedano, tra gli altri, i commenti di M. BIASI, *La salute e la sicurezza dei riders al tempo del Covid-19*, in *DRI*, 2020, 3, p. 841 ss.; E. DAGNINO, *DPI e lavoro da piattaforma: i primi effetti della disciplina sui riders?*, in *Boll. ADAPT*, 2020, 16, p. 1 ss.

⁽³⁸⁾ V. in *q. Opera*, t. I, pt. prima, i contributi di D. GAROFALO-M. TIRABOSCHI, § 1; e I. INGRAVALLO, § 3.

⁽³⁹⁾ A. TURSI, *Il "decreto trasparenza": profili sistematici e problematici*, in *LDE*, 2022, 3, 1 ss. dell'estratto; A. ASNAGHI, *Trasparenza e diritti della Direttiva Europea 2019/1152: distonie non solo italiane*, in *LDE*, 2022, 3, 1 ss. dell'estratto

⁽⁴⁰⁾ M. LAI, *op. cit.*; G. PROIA, *Le novità, sistemiche e di dettaglio, del decreto trasparenza*, in *MGL*, 2022, 3, p. 571 ss., in cui si evidenzia come «il grado di complessità della nuova disciplina non è sempre realmente funzionale rispetto alla realizzazione degli obiettivi di tutela sostanziale dei lavoratori imponendo oneri ed adempimenti in parte eccedenti rispetto agli obiettivi stessi».

⁽⁴¹⁾ E. GRAGNOLI, *Obbligo di informazione del datore di lavoro ed efficacia probatoria dei suoi atti* (nota di commento a C. giust., sez. V, 4 dicembre 1997, C. 253-258/1996), in *RIDL*, 1998, II, p. 440 ss., in cui si evidenzia come gli obblighi informativi sono diretti anche a verificare la corrispondenza tra la

Il d.lgs. n. 104/2022 ha modificato e integrato il d.lgs. n. 152/1997, già emanato per recepire la precedente direttiva CEE n. 533/1991 ⁽⁴²⁾ e, pertanto, il tema delle condizioni di lavoro trasparenti non è nuovo; tuttavia, il d.lgs. n. 152/1997, nella sua versione originaria, riguardava solo il lavoro subordinato e considerava sufficienti alcune informazioni riguardanti gli elementi principali del rapporto, di solito, predeterminati da fonti superindividuali (legge o contratti collettivi), mentre la riforma attuata dal d.lgs. n. 104/2022 ha esteso il campo d'applicazione degli obblighi informativi anche ai collaboratori autonomi (andando oltre alla direttiva a cui ha dato attuazione) ⁽⁴³⁾, ha aggiunto alla trasparenza delle condizioni di lavoro la loro prevedibilità (con riguardo alle finalità perseguite), e si è preoccupato di tutelare le nuove forme di lavoro generate dall'innovazione tecnologica ⁽⁴⁴⁾.

Il d.lgs. n. 104/2022 non inserisce un riferimento espresso ai lavoratori autonomi *ex art. 47-bis*, d.lgs. n. 81/2015, nel testo del d.lgs. n. 152/1997, ma realizza l'estensione della tutela informativa nei loro confronti introducendo una disposizione di rinvio nell'*art. 47-ter*.

L'estensione delle tutele a favore di questa categoria di lavoratori è da apprezzare in ragione della loro debolezza contrattuale ed economica ⁽⁴⁵⁾.

Tuttavia, l'individuazione, in concreto, degli obblighi informativi è subordinata alla valutazione di compatibilità degli stessi con le caratteristiche dell'attività autonomo-occasionale di cui all'*art. 47-bis*, d.lgs. n. 81/2015.

Il legislatore si è sottratto a tale valutazione, lasciando margini di incertezza sul contenuto stesso dell'obbligo informativo.

Tale lacuna potrebbe essere colmata dai contratti collettivi di cui all'*art. 47-quater*, comma 1, i quali potrebbero specificare l'oggetto della garanzia, tenuto conto della particolarità della fattispecie ⁽⁴⁶⁾.

declaratoria degli elementi essenziali del contratto di lavoro e le modalità di svolgimento del rapporto di lavoro, ai fini di prova, in caso di controversia. Più in generale, sull'importanza dell'informazione (e della conoscenza altrui) quale presupposto dell'agire del singolo e per la realizzazione dell'uguaglianza sostanziale, v. E. GRAGNOLI, *L'informazione nel rapporto di lavoro*, Giappichelli, 1996, spec. pp. 7, 32, e 41.

⁽⁴²⁾ G. PERA, *Notarelle*, in *RIDL*, 1997, I, 465.

⁽⁴³⁾ S. GIUBBONI, *Note sparse sugli usi della nozione euro-unitaria di subordinazione nell'ordinamento interno*, in *RIDL*, 2022, 1, p. 55 ss.; A. TURSI, *La "trasparenza" dei diritti dei lavoratori nel decreto "trasparenza"*, in *DRI*, 2023, 1, in corso di pubblicazione.

⁽⁴⁴⁾ A. ZILLI, *La trasparenza nel lavoro subordinato. Principi e tecniche di tutela*, Pacini, 2022, spec. 136 ss.

⁽⁴⁵⁾ Già nella premessa al d.l. n. 101/2019, convertito con modificazioni nella l. n. 128/2019, che ha introdotto il Capo V-*bis* nel d.lgs. n. 81/2015, il legislatore ha sottolineato la «straordinaria necessità e l'urgenza» di porre rimedio alla situazione di sotto-protezione normativa ed economica in cui versano coloro che svolgono attività di consegna di beni per conto di un committente tramite piattaforme digitali.

⁽⁴⁶⁾ Secondo la circ. INL 10 agosto 2022, n. 4, «la "compatibilità" degli obblighi informativi in questione va accertata caso per caso e cioè in relazione alla tipologia di prestazione effettivamente richiesta. Ad ogni buon conto si ritiene che siano certamente compatibili – e quindi sicuramente dovute – con le attività di collaborazione coordinata e continuativa e, a maggior ragione, con le attività di collaborazione etero-organizzate quantomeno le informazioni dettate dalle lett. da a) ad f) del nuovo art. 1 del D.Lgs. n. 152/1997».

La tutela informativa è finalizzata a «migliorare le condizioni di lavoro promuovendo un'occupazione più trasparente e prevedibile e garantendo nel contempo l'adattabilità del mercato del lavoro» ⁽⁴⁷⁾.

Come è stato osservato, gli obblighi informativi non incidono sulla flessibilità di cui godono le imprese ⁽⁴⁸⁾, anche se, il loro adempimento comporta l'introduzione di elementi di personalizzazione nella gestione dei rapporti di lavoro, di norma estranei all'agire standardizzato delle piattaforme digitali.

Peraltro, la trasparenza e la prevedibilità non riguardano solo le condizioni contrattuali, bensì anche i processi informatici di cui si avvalgono, nel caso di *specie*, le piattaforme digitali, consegnando ai lavoratori che prestano attività tramite loro il diritto a essere adeguatamente informati sull'utilizzo e il funzionamento dei sistemi decisionali e di monitoraggio tecnologici, di fatto, vietando la sottoposizione a decisioni basate unicamente sul trattamento automatizzato, sovente occulto, e perciò particolarmente insidioso ⁽⁴⁹⁾.

Inoltre, con specifico riguardo ai lavoratori di cui all'art. 47-*bis*, d.lgs. n. 81/2015, l'art. 47-*ter*, comma 1, così come modificato dal d.lgs. n. 104/2022, prevede che l'obbligo di informazione comprenda anche le informazioni inerenti alla tutela della sicurezza, secondo quanto previsto dal d.lgs. n. 81/2008.

Non è superfluo precisare che perché l'obbligo informativo possa realizzare il suo scopo (la trasparenza, in tutti gli aspetti menzionati) occorre che esso sia adempiuto fornendo notizie chiare e comprensibili (soprattutto con riferimento agli aspetti più tecnici), oltre che specifiche e non sovrabbondanti ⁽⁵⁰⁾.

L'informazione deve essere compresa dai suoi destinatari ⁽⁵¹⁾ affinché la consapevolezza si traduca in forza contrattuale ⁽⁵²⁾.

Infine, l'art. 47-*ter*, d.lgs. n. 81/2015, lascia impregiudicato l'apparato sanzionatorio previsto in caso di violazione degli obblighi informativi da parte del committente.

La norma, al comma 2, richiama l'art. 4, d.lgs. n. 152/1997 ⁽⁵³⁾, il quale, dopo le modifiche apportate dal d.lgs. n. 104/2022, prevede, che il lavoratore debba denunciare il «mancato, ritardato, incompleto o inesatto assolvimento degli obblighi di cui agli articoli 1, 1-*bis* [...] all'Ispettorato nazionale del lavoro» che, compiuti i necessari accertamenti, applica la sanzione prevista all'art. 19, comma 2, d.lgs. n. 276/2003. Tale ultima disposizione, anch'essa novellata dal d.lgs. n. 104/2022, stabilisce, per la violazione dell'art. 1, d.lgs. n. 152/1997, «[...] la sanzione amministrativa pecuniaria da

⁽⁴⁷⁾ V. il Considerando n. 46 della direttiva UE n. 1152/2019.

⁽⁴⁸⁾ A. ZILLI, *op. cit.*, 137. Sulla (non) incidenza del c.d. decreto "trasparenza" sui poteri dell'impresa v. G. PROIA, *Trasparenza, prevedibilità e poteri dell'impresa*, in *Labor*, 2022, 6, p. 641 ss.

⁽⁴⁹⁾ L'art. 22, comma 1, del Regolamento UE, con riguardo al trattamento automatizzato dei dati personali, prevede che «l'interessato ha diritto di non essere sottoposto a una decisione basata unicamente sul trattamento automatizzato, compresa la profilazione, che produca effetti giuridici che lo riguardano o che incida in modo analogo significativamente sulla sua persona». A loro volta, le *Linee guida sul processo decisionale automatizzato relativo alle persone fisiche e sulla profilazione ai fini del regolamento 2016 679 del Gruppo di lavoro ex art 29 dell'UE del 3 ottobre 2017*, precisano che «il processo decisionale esclusivamente automatizzato consiste nella capacità di prendere decisioni impiegando mezzi tecnologici senza coinvolgimento umano».

⁽⁵⁰⁾ A. ZILLI, *op. cit.*, 154.

⁽⁵¹⁾ E. GRAGNOLI, *L'informazione nel rapporto di lavoro*, cit.

⁽⁵²⁾ A. ZILLI, *op. cit.*, 154.

⁽⁵³⁾ V. il contributo di S. ROSSI, cit., § 9.

euro 250 a euro 1.500 per ogni lavoratore interessato»; mentre, per la violazione dell'art. 1-*bis*, d.lgs. n. 152/1997, «si applica, per ciascun mese di riferimento, la sanzione amministrativa pecuniaria da 100 a 750 euro, ferma restando la configurabilità di eventuali violazioni in materia di protezione dei dati personali ove sussistano i presupposti di cui agli articoli 83 del Regolamento (UE) 2016/679 e 166 del decreto legislativo 30 giugno 2003, n.196 e successive modificazioni»⁽⁵⁴⁾.

Al fine di garantire una maggiore efficacia della tutela informativa, il legislatore ha confermato il diritto dei lavoratori a percepire una somma a titolo di indennità risarcitoria. In particolare, in ogni ipotesi di violazione di quanto previsto dall'art. 47-*ter*, comma 1, d.lgs. n. 81/2015, al lavoratore spetta «un'indennità risarcitoria di entità non superiore ai compensi percepiti nell'ultimo anno, determinata equitativamente con riguardo alla gravità e alla durata delle violazioni e al comportamento delle parti», come previsto dallo stesso comma 2 dell'art. 47-*ter*, mentre il successivo comma 3 prevede che «la violazione di quanto previsto dal comma 1 è valutata come elemento di prova delle condizioni effettivamente applicate al rapporto di lavoro e delle connesse lesioni dei diritti previsti dal presente decreto».

⁽⁵⁴⁾ La norma precisa che «se la violazione si riferisce a più di cinque lavoratori la sanzione amministrativa è da 400 a 1.500 euro. Se la violazione si riferisce a più di dieci lavoratori, la sanzione amministrativa è da 1.000 a 5.000 euro e non è ammesso il pagamento della sanzione in misura ridotta. In caso di violazione degli obblighi di cui al comma 6, secondo periodo, del medesimo articolo 1-bis si applica, per ciascun mese in cui si verifica la violazione, la sanzione amministrativa pecuniaria da 400 a 1.500 euro».

Durata massima del periodo di prova

di Andrea Morone

Abstract – Nel presente contributo vengono analizzate le novità riguardanti la disciplina del periodo di prova introdotte dal d.lgs. n. 104/2022 emanato in attuazione della direttiva (UE) n. 2019/1152. Tali novità riguardano, in particolare, l’obbligo del datore di lavoro di rendere oggetto di informazione nei confronti del lavoratore la previsione di un periodo di prova, nonché la durata massima della prova in riferimento tanto al contratto a tempo indeterminato quanto a quello a tempo determinato.

Abstract – This paper analyses the novelties concerning the regulation of the probationary period introduced by Legislative Decree No. 104/2022 issued in implementation of Directive (EU) No. 2019/1152. These innovations concern, in particular, the employer’s obligation to inform the employee about the provision of a probationary period, as well as the maximum duration of the probationary period with reference to both open-ended and fixed-term contracts.

Sommario: 1. Premessa. - 2. Il lavoro in prova nella direttiva (UE) n. 2019/1152. – 3. La durata della prova nel d.lgs. n. 104/2022: il periodo massimo. – 3.1. I casi di proroga per garantire l’effettività della prova. – 3.2. Le regole sul contratto a termine.

1. Premessa

Il d.lgs. n. 104/2022, emanato in attuazione della direttiva (UE) n. 2019/1152 «*relativa a condizioni di lavoro trasparenti e prevedibili nell’Unione europea*», contiene delle previsioni sul periodo di prova riguardanti due differenti aspetti e segnatamente l’obbligo di informazione da parte del datore di lavoro nei confronti del lavoratore, che, per l’appunto, è previsto debba comprendere anche la comunicazione circa l’inserimento nel contratto di lavoro della clausola sulla prova, nonché la durata massima della prova medesima.

Prima di esaminare le novità sul punto introdotte dal d.lgs. n. 104/2022, è necessario preliminarmente soffermarsi sulle disposizioni della direttiva regolanti la materia.

2. Il lavoro in prova nella direttiva (UE) n. 2019/1152

Nella direttiva (UE) n. 2019/1152 il periodo di prova rileva, anzitutto, sul versante degli obblighi di informazione. In particolare, l’art. 4 («*Obbligo di informazione*») ne comprende la durata e le condizioni fra gli elementi oggetto di comunicazione ai lavoratori.

La previsione è stata recepita dall'art. 4, comma 1, lett. *b*) del d.lgs. n. 104/2022 anche se poi si tratta di una novità che di fatto non modifica la situazione preesistente, visto che il d.lgs. n. 152/1997 stabiliva già che la prova fosse oggetto dell'obbligo di informazione dei datori di lavoro.

Più ricca di effettive implicazioni è, invece, la regolamentazione contenuta nell'art. 8 sulla durata massima della prova, che ha lo scopo di circoscriverne l'estensione entro limiti ragionevoli, per fare sì che l'ingresso nel mercato del lavoro o il passaggio a una nuova posizione non generi a danno del lavoratore una eccessiva insicurezza sulla stabilità del suo impiego ⁽¹⁾. E traendo spunto da quanto generalmente prevedono al loro interno gli Stati membri ⁽²⁾, al comma 1 è stabilito che la durata massima non possa essere superiore a sei mesi ⁽³⁾.

Il comma 2 prevede, invece, che nel lavoro a tempo determinato la prova debba essere proporzionata alla durata del contratto e alla natura dell'impiego. Sempre per quanto riguarda il contratto a termine è, altresì, esclusa l'apponibilità della prova ai rinnovi dei contratti per lo svolgimento delle medesime mansioni ⁽⁴⁾.

I limiti alla durata massima possono, però, essere derogati in casi particolari, se ciò è giustificabile per la natura dell'impiego ovvero nell'interesse del lavoratore ⁽⁵⁾, come ad esempio potrebbe verificarsi, nella prima ipotesi, per il lavoro dirigenziale e, nella seconda, se la deroga si inserisce nel contesto di misure specifiche per la promozione dell'occupazione a tempo indeterminato volte a favorire l'occupazione dei lavoratori giovani ⁽⁶⁾.

Un'altra possibile deroga, e di più ampia portata, è inoltre consentita dall'art. 14, in base al quale le prescrizioni minime relative alle condizioni di lavoro di cui al capo III, fra le quali rientrano anche quelle sulla durata della prova, possono essere disciplinate diversamente da parte della contrattazione collettiva ⁽⁷⁾.

⁽¹⁾ V. considerando n. 27: «I periodi di prova consentono alle parti del rapporto di lavoro di verificare che i lavoratori e le posizioni per le quali sono stati assunti siano compatibili, fornendo al contempo sostegno ai lavoratori. L'ingresso nel mercato del lavoro o la transizione verso una nuova posizione non dovrebbe implicare un lungo periodo di insicurezza. Come stabilito nel pilastro europeo dei diritti sociali, i periodi di prova dovrebbero pertanto essere di durata ragionevole».

⁽²⁾ In particolare, al considerando n. 28 è riportato che «Un cospicuo numero di Stati membri ha fissato la durata massima generale dei periodi di prova in un intervallo compreso tra tre e sei mesi, che dovrebbe essere considerato ragionevole».

⁽³⁾ «Gli Stati membri provvedono affinché, qualora un rapporto di lavoro sia soggetto a un periodo di prova quale definito dal diritto nazionale o dalle prassi nazionali, tale periodo non sia superiore a sei mesi».

⁽⁴⁾ «Nel caso di rapporti di lavoro a tempo determinato, gli Stati membri provvedono affinché la durata di tale periodo di prova sia proporzionale alla durata prevista del contratto e alla natura dell'impiego. In caso di rinnovo di un contratto per la stessa funzione e gli stessi compiti, il rapporto di lavoro non è soggetto a un nuovo periodo di prova».

⁽⁵⁾ Art. 8 comma 3.

⁽⁶⁾ Si tratta di ipotesi espressamente riportate al considerando n. 28 («Eccezionalmente, i periodi di prova dovrebbero poter durare più di sei mesi se ciò è giustificato dalla natura dell'impiego, come nel caso di posizioni dirigenziali, esecutive o nella pubblica amministrazione, o se ciò è nell'interesse del lavoratore, come nel contesto di misure specifiche per la promozione dell'occupazione a tempo indeterminato, in particolare per i lavoratori giovani»).

⁽⁷⁾ «Gli Stati membri possono consentire alle parti sociali di mantenere, negoziare, concludere e applicare contratti collettivi, in conformità del diritto o delle prassi nazionali, che, nel rispetto della

Infine, a tutela dell'effettivo esperimento della prova, è stabilito che nel caso di assenza del lavoratore nel corso del suo svolgimento essa debba essere prorogata in misura corrispondente alla durata dell'assenza⁽⁸⁾. La norma non precisa quale genere di assenze possa determinare tale effetto anche se poi in altra parte della direttiva, e segnatamente al considerando n. 28, si indicano in via esemplificativa i casi di malattia e di congedo, sottintendendo, in questo modo, che dovrebbe trattarsi di assenze non facoltative.

3. La durata della prova nel d.lgs. n. 104/2022: il periodo massimo e la proroga

Le disposizioni di cui si è appena dato conto sono state recepite dall'art. 7 del d.lgs. n. 104/2022 («*Durata massima del periodo di prova*»), la cui disciplina si innesta, senza modificarla, su quella dell'art. 2096 c.c., sicché resta fermo che la prova debba risultare per iscritto nonché l'obbligo del datore e il diritto del lavoratore al suo effettivo esperimento⁽⁹⁾.

La norma non si applica ai rapporti di lavoro della pubblica amministrazione, per i quali viene mantenuta ferma la regolamentazione dell'art. 17 d.P.R. n. 487/1994⁽¹⁰⁾. All'art. 7, comma 1, è sancita la regola generale per quanto riguarda la durata della prova, che «*non può essere superiore a sei mesi, salva la durata inferiore prevista dalle disposizioni dei contratti collettivi*».

La disposizione stabilisce, quindi, un periodo massimo inderogabile di durata della prova, che non solo corrisponde a quello fissato dalla direttiva, ma che, come si è visto, equivale anche a quello normalmente previsto negli altri Paesi europei. Peraltro, nonostante nel nostro ordinamento non ci fosse in precedenza una previsione che regolasse espressamente la materia, quanto è stabilito dall'art. 7, comma 1, non costituisce una novità assoluta, poiché sulla durata massima prevede ciò che già si desumeva dall'inapplicabilità dei vincoli sulla giustificazione del licenziamento ai primi sei mesi del rapporto di lavoro (art. 10 l. n. 604/1966), che è sempre stato considerato anche il termine oltre il quale il lavoro in prova non potesse protrarsi⁽¹¹⁾.

protezione generale dei lavoratori, stabiliscano disposizioni concernenti le condizioni di lavoro dei lavoratori che differiscono da quelle di cui agli articoli da 8 a 13».

⁽⁸⁾ Art. 8 comma 3.

⁽⁹⁾ Sulla disciplina del lavoro in prova cfr., per tutti, P. LAMBERTUCCI, A. MARESCA (2012), *Conclusione del contratto di lavoro*, in *Trattato di diritto del lavoro* diretto da M. PERSIANI e F. CARINCI, vol. IV, Cedam, p. 191 ss.

⁽¹⁰⁾ Ai sensi di quanto stabilito al comma 1 di tale norma «La durata del periodo di prova è differenziata in ragione della complessità delle prestazioni professionali richieste e sarà definita in sede di contrattazione collettiva».

⁽¹¹⁾ P. LAMBERTUCCI, A. MARESCA, *op. cit.*, p. 194. Sempre con riguardo alla regolamentazione antecedente al d.lgs. n. 104/2022, la circostanza che il decreto contenga un'espressa previsione sulla durata della prova porta a ritenere che esso abbia implicitamente abrogato l'art. 4, comma 4, della l. n. 562/1926 sulla disciplina dell'impiego privato, dove è stabilito che il periodo di prova non può superare il limite massimo di sei mesi per i dirigenti e gli impiegati con funzioni direttive e di tre mesi per tutti gli altri impiegati. Disposizione, questa, che, stante la sua natura di norma imperativa, è stata considerata inderogabile da parte della contrattazione collettiva (Cass. 27 ottobre 2015, n. 21874). L'abrogazione implicita dell'art. 4, comma 4, l. n. 562/1926 si può dedurre dal fatto che in precedenza si era escluso che potesse discendere dall'art. 10 l. n. 604/1966 e ciò proprio sul presupposto che tale

Peraltro, è una novità relativa anche la facoltà dei contratti collettivi di prescrivere una durata inferiore rispetto al limite massimo di legge, poiché era già desumibile in via interpretativa.

Tuttavia, nonostante la durata massima di sei mesi equivalga ad un limite inderogabile, nondimeno, come si è visto, la direttiva n. 2019/1152 per taluni casi specifici lascia aperta la possibilità di deroghe funzionali a rendere adattabile la disciplina della prova a particolari situazioni, in riferimento alle quali la stessa direttiva ritiene (anche se solo eccezionalmente) giustificabile una durata più estesa.

Senonché il nostro legislatore ha preferito non utilizzare questi spazi di discrezionalità e ha quindi scelto di non avvalersi della possibilità di prevedere deroghe alla durata massima, nonostante fosse una direzione che sarebbe stato opportuno seguire per garantire alla disciplina della prova alcuni profili di flessibilità, senza per questo entrare in contrasto con il generale principio che per la prova medesima impone una durata ragionevole. In particolare, l'opzione forse più funzionale a perseguire un adeguato equilibrio fra le garanzie per i lavoratori e l'esigenza che in taluni casi si pone di disporre di regole più adattabili avrebbe potuto essere quella di definire l'ambito di operatività di dette deroghe (che, per rifarsi alla direttiva, potrebbero dipendere, ad esempio, dalla particolarità del rapporto di lavoro oppure dall'esigenza di favorire l'assunzione a tempo indeterminato di lavoratori giovani) per poi devolvere alla contrattazione collettiva la funzione di definirne la concreta applicazione nei differenti contesti produttivi.

3.1. I casi di proroga per garantire l'effettività della prova

L'art. 7 del d.lgs. n.104/2022 contiene, poi, una disposizione su di un aspetto di notevole rilevanza ossia il prolungamento della prova in presenza di eventi sospensivi del rapporto di lavoro.

Nonostante si tratti di un profilo che in precedenza era privo di un'apposita regolamentazione legislativa, tanto la giurisprudenza quanto la contrattazione collettiva già se ne sono occupate, ammettendo, in talune situazioni, l'estensione della prova, e ciò sul presupposto che si tratta di una misura necessaria per garantirne l'effettivo esperimento, che invece potrebbe risultare pregiudicato se la sua durata restasse invariata nonostante il sopraggiungere di situazioni che presuppongono la mancata esecuzione della prestazione lavorativa. Esigenza, questa, che è diretta espressione di quanto stabilisce l'art. 2096, comma 2, c.c., che, per l'appunto, prevede che il datore di lavoro ha l'obbligo di garantire l'esperimento della prova, ma soprattutto che il lavoratore ha il diritto di vedersi garantito l'esperimento medesimo ⁽¹²⁾.

Per assecondare tale esigenza di effettività il decreto statuisce che «In caso di sopravvenienza di eventi, quali malattia, infortunio, congedo di maternità o paternità

norma «non ha inteso dettare una nuova disciplina del contratto di assunzione in prova e fissare un nuovo termine alla sua durata, tale da rendere inoperante la disciplina precedente» (Cass. 27 ottobre 2015, n. 21874).

⁽¹²⁾ «Alla luce dell'art. 2096, 2° comma, c.c. il quale prescrive l'obbligo, in capo alle parti stipulanti, di realizzare l'«esperimento», oggetto del patto di prova, dovrebbe dedursi, secondo una condivisibile interpretazione, la sussistenza del diritto soggettivo del lavoratore all'esecuzione della prestazione lavorativa» (P. LAMBERTUCCI, A. MARESCA, *op. cit.*, p. 196).

obbligatori, il periodo di prova è prolungato in misura corrispondente alla durata dell'assenza».

Al riguardo, la prima questione che si pone è di stabilire se l'elenco di eventi riportato nella norma abbia una valenza tassativa oppure un carattere solo esemplificativo, perché se così fosse occorrerebbe, dunque, individuare un criterio per distinguere le situazioni che legittimano l'effetto sospensivo della prova e quelle che, invece, lasciano inalterato il suo termine finale originariamente stabilito dalle parti.

Per la natura esemplificativa dell'elencazione depongono tanto il tenore letterale della norma quanto il fatto che anche la direttiva utilizzi sul punto una formulazione che legittima la tesi della non tassatività⁽¹³⁾, anche se poi tale caratteristica può comportare qualche incertezza sull'esatto ambito di applicabilità della proroga.

Tuttavia, un requisito unificante della casistica riportata all'art. 7 è che si tratta di eventi tutti accomunati dall'obbligatorietà dell'assenza, che quindi potrebbe assurgere a criterio dirimente per stabilire se la proroga possa o meno scattare⁽¹⁴⁾. D'altro canto, tale conclusione non è legittimata solo da tale aspetto, ma anche dal fatto che sia la contrattazione collettiva sia la giurisprudenza hanno ravvisato in siffatto genere di situazioni il presupposto che autorizza il prolungamento della prova, nonostante, per la verità, in talune sentenze emerge un'interpretazione ancora più estensiva, tale per cui fra gli eventi sospensivi del lavoro in prova andrebbero compresi anche quelli che sebbene non siano caratterizzati dall'obbligatorietà risultino non prevedibili all'inizio del rapporto di lavoro (come, ad esempio, quelle dovute a scioperi ovvero al godimento delle ferie annuali)⁽¹⁵⁾.

3.2. Le regole sul contratto a termine

L'art. 7, comma 2, stabilisce, infine, regole apposite per il contratto a termine, che, così come prevede la direttiva, coinvolgono tanto la durata quanto, prima ancora, l'apponibilità della prova⁽¹⁶⁾.

⁽¹³⁾ In questi termini si è espressa anche la circolare n. 19 del 20 settembre 2022 del Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali: «Il comma 3 stabilisce che il periodo di prova è prolungato in misura corrispondente alla durata dell'assenza, richiamando – a titolo meramente esemplificativo – la sopravvenienza di eventi quali malattia, infortunio, congedo di maternità/paternità obbligatori». E che si tratti solo di esempi, secondo la circolare lo si comprende anche dal fatto «che se l'elencazione di cui al terzo comma dell'articolo 7 fosse considerata esaustiva delle ipotesi di sospensione del periodo di prova, si avrebbe una riduzione generale del livello di protezione».

⁽¹⁴⁾ Così anche G. PROIA, *Le novità, sistemiche e di dettaglio, del decreto trasparenza*, in *MGL*, 2022, n. 3, p. 591.

⁽¹⁵⁾ V. Cass. 25 settembre 2015, n. 19043. Peraltro, anche la circolare del Ministero del Lavoro n. 19/2022 sembra seguire la medesima impostazione, laddove considera «un principio consolidato nell'ordinamento giuridico nazionale», che, come tale, diventa imprescindibile nell'interpretazione dell'art. 7, il fatto che sia stata riconosciuta valenza sospensiva del periodo di prova anche ad eventi che non determinano l'obbligatorietà dell'assenza come nel caso dello sciopero.

⁽¹⁶⁾ «Nel rapporto di lavoro a tempo determinato, il periodo di prova è stabilito in misura proporzionale alla durata del contratto e alle mansioni da svolgere in relazione alla natura dell'impiego. In caso di rinnovo di un contratto di lavoro per lo svolgimento delle stesse mansioni, il rapporto di lavoro non può essere soggetto ad un nuovo periodo di prova».

Sul primo versante, è necessario che il periodo di prova sia proporzionato alla durata del contratto nonché alla natura delle mansioni assegnate al lavoratore, sul presupposto del tutto ragionevole che più le stesse mansioni risultano impegnative (per la competenza che richiedono, per il livello di responsabilità che implicano e in generale per tutti i fattori che concorrono a determinarne il grado di complessità) più risulta necessario che la prova sia sufficientemente estesa.

Questo secondo requisito comporta, dunque, una modulazione del tempo corrispondente al lavoro in prova che tenga conto della natura dei compiti affidati, attività questa che peraltro viene già svolta dalla contrattazione collettiva, com'è d'altro canto normale che sia, considerato che tale genere di modulazione non può prescindere dagli specifici criteri di classificazione del personale, e quindi anche dal "peso" attribuito alle corrispondenti mansioni, adottati nei differenti contesti produttivi.

Se è chiaro che la durata della prova debba essere posta in relazione alle mansioni e quindi, di regola, al sistema di classificazione dei contratti collettivi, non è, però, altrettanto definito come poi tale relazione effettivamente operi per il contratto a termine e in particolare come determinare con un ragionevole grado di certezza il rapporto di proporzionalità fra la durata del contratto e quella della prova. Infatti, mentre per quanto riguarda i rapporti a tempo indeterminato nei contratti collettivi tale proporzionalità è stabilita in modo chiaro (mediante il rinvio ad una precisa durata che dipende dal livello di inquadramento), in merito a quelli a termine non tutti i contratti collettivi si occupano di questo profilo e comunque quando lo fanno individuano parametri anche molto disomogenei fra loro, che quindi non sono utili per ricavare dei criteri che possano servire a chiarire come la proporzionalità debba in generale concretamente operare ⁽¹⁷⁾.

Si tratta, quindi, di elementi di incertezza, che potrebbero rendere non sempre agevole la concreta applicazione della norma.

Dopodiché, l'art. 7, comma 2, pone dei limiti all'apponibilità della clausola sulla prova, stabilendo che la stessa clausola non può essere prevista nel caso di rinnovo di un contratto a termine per lo svolgimento delle medesime mansioni.

Il presupposto che dunque impedisce la previsione del lavoro in prova nel rinnovo del contratto è quello dello svolgimento delle medesime mansioni del precedente rapporto di lavoro a tempo determinato e ciò in ragione dell'ovvia considerazione per cui sarebbe irragionevole, ma ancora prima contrario all'esigenza di limitare l'incertezza nella prosecuzione del rapporto di lavoro, apporre nel rinnovo la clausola della prova quando la prova è stata esperita poco tempo prima con ad oggetto le stesse mansioni. Va detto, però, che vi possono essere casi in cui il tempo trascorso fra un contratto e il suo rinnovo rende sostanzialmente diverse mansioni formalmente uguali, per ragioni che possono dipendere dalle differenti caratteristiche della strumentazione da

⁽¹⁷⁾ Ad esempio, l'art. 9 del CCNL dipendenti del settore terziario – commercio – servizi alle imprese stabilisce che «Per i lavoratori a tempo determinato il periodo di prova, ove coincidente con la durata del contratto, verrà ridotto del 30%», mentre l'art. 2 del CCNL Moda – Pelletteria, Calzaturiero, Tessile e Abbigliamento stabilisce che «Per i contratti a termine la durata del periodo di prova non potrà essere superiore al 50% della durata del primo contratto di lavoro».

utilizzare, dalla diversità delle procedure e in generale dalle mutate modalità di svolgimento dei compiti assegnati al lavoratore ⁽¹⁸⁾.

Peraltro, se, come non si può escludere, ai fini della proporzionalità si dovesse considerare la durata della prova rapportata a quella complessiva del contratto a termine e del suo rinnovo, ne discenderebbe che in talune ipotesi il rinnovo del contratto potrebbe prevedere la prova nonostante le mansioni restino invariate. Si pensi, ad esempio, al caso di un primo contratto piuttosto breve (di uno o due mesi) e per il quale, stante la sua limitata durata, si è deciso di non inserire la prova, seguito, invece, da un rinnovo assai più esteso (magari fino alla soglia temporale massima dell'acausalità), che proprio in ragione di tale sua estensione potrebbe invece ragionevolmente comportare la necessità di prevedere un periodo di prova (per una durata che, però, a quel punto, dovrebbe tenere conto anche della durata del primo contratto).

⁽¹⁸⁾ Peraltro, la giurisprudenza ha ritenuto che anche fattori relativi al comportamento e alla personalità del lavoratore possano legittimare l'apposizione della prova al rinnovo, poiché anche questi elementi sono «susceptibili di modificarsi nel tempo per l'intervento di molteplici fattori, attinenti alle abitudini di vita o a problemi di salute» (Cass. 25 settembre 2015, n. 19043).

Il cumulo di impieghi (art. 8, d.lgs. n. 104/2022)

di Marcello D'Aponte

Abstract – Con il presente contributo, l'A. esamina il contenuto e la portata applicativa del nuovo art. 8 del d. lgs. 27 giugno 2022, n. 104, con particolare riferimento alla questione relativa al c.d. “*cumulo di impieghi*”, che si inserisce nell’ambito della previsione normativa contenente le prescrizioni minime relative alle condizioni di lavoro, previste dal provvedimento con cui il legislatore nazionale italiano ha dato attuazione alla Direttiva (UE) 2019/1152 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 20 giugno 2019 “*relativa a condizioni di lavoro trasparenti e prevedibili nell’Unione europea*”, analizzando in particolare i riflessi della nuova disciplina di legge sul rapporto di lavoro, anche nel quadro della giurisprudenza, costituzionale e di legittimità formatasi in precedenza su tale specifico aspetto.

Abstract – In this contribution, the A. examines the content and scope of application of the new Article 8 of Legislative Decree No. 104 of June 27, 2022, with particular reference to the issue related to the so-called. “*accumulation of employment*”, which is part of the regulatory provision containing the minimum requirements on working conditions, provided by the measure with which the Italian national legislator implemented Directive (EU) 2019/1152 of the European Parliament and of the Council of June 20, 2019 “*on transparent and predictable working conditions in the European Union*”, analyzing in particular the reflections of the new legal regulation on the employment relationship, also in the framework of the case law, constitutional and legitimacy previously formed on this specific aspect.

Sommario: 1. L’ambito di applicazione e i principi generali del c.d. decreto trasparenza (d. lgs. 27 giugno 2022, n. 104) – 2. L’art. 8 del d. lgs. n. 104/2022 e le nuove disposizioni relative al “*cumulo di impieghi*”. Il richiamo agli “*obblighi di fedeltà*” ex art. 2105 c.c. – 3. L’ampiezza della portata della norma contenente l’attribuzione della facoltà al lavoratore dello svolgimento di un impiego “*parallelo*”, al di fuori dell’orario di lavoro stabilito dalle parti e la posizione della giurisprudenza tra limitazioni alla libertà del prestatore di lavoro e c.d. “*doppio lavoro*” - 4. Clausole di fidelizzazione e cumulo di impieghi tra legge e contratto – 5. Le eccezioni al divieto di impedimento del cumulo di impieghi – 6. Il superamento del divieto del cumulo di impieghi e rapporto di lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni tra opportunità e questioni irrisolte -

1. L’ambito di applicazione e i principi generali del c.d. decreto trasparenza (d. lgs. 27 giugno 2022, n. 104)

Il d. lgs. 27 giugno 2022, n. 104 (c.d. “*Decreto Trasparenza*”), emanato in attuazione della direttiva (UE) 2019/1152, relativa a condizioni di lavoro trasparenti e prevedibili nell’ambito dell’Unione europea, in adeguamento ai valori e ai parametri europei,

disciplina il diritto dei lavoratori a un'informazione chiara e trasparente in relazione agli elementi essenziali del rapporto di lavoro e alla sua tutela, introducendo inoltre prescrizioni minime relative alle condizioni di lavoro ⁽¹⁾.

Ai sensi di quanto espressamente previsto al Capo I del provvedimento, con riferimento alle finalità e all'ambito di applicazione della nuova normativa, di cui principalmente all'art. 1 del provvedimento, deve evidenziarsi come esso sia piuttosto esteso, riguardando tutti i rapporti di lavoro subordinato sia a tempo indeterminato che a termine, parziale o pieno; di lavoro in somministrazione ovvero intermittente; di collaborazione con prestazione prevalentemente personale e continuativa, organizzata dal committente, secondo quanto previsto dall'art. 2, comma 1, del d. lgs. 15 giugno 2015, n. 81; di collaborazione coordinata e continuativa e prestazione occasionale.

A ciò deve aggiungersi che, come previsto dal comma 2 del medesimo art. 1, le previsioni del decreto si applicano inoltre anche ai rapporti di lavoro dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni di cui all'art. 1 del d. lgs. n. 165 del 2001 e a quelli degli enti pubblici economici nonché, a mente di quanto previsto dal comma 3, ai lavoratori marittimi e a quelli della pesca, fatta salva la disciplina speciale vigente in materia, nonché ai lavoratori domestici, con esclusione in questo caso delle disposizioni riguardanti la transizione a forme di lavoro più prevedibili, sicure e stabili (art. 10, d. lgs. n. 104/2022) e di quelle in materia di formazione obbligatoria (art. 11, d. lgs. n. 104/2022).

Il 4° comma prevede poi che sono invece esclusi dall'applicazione del decreto, i rapporti di lavoro autonomo di cui al titolo III del libro V del codice civile; quelli di lavoro sportivo; quelli caratterizzati da un tempo di lavoro predeterminato ed effettivo di durata pari o inferiore a una media di tre ore a settimana in un periodo di riferimento di quattro settimane consecutive; i rapporti di agenzia e rappresentanza commerciale; i rapporti di collaborazione prestati nell'impresa del datore di lavoro dal coniuge, dai parenti e dagli affini non oltre il terzo grado, che siano con lui conviventi; i rapporti di lavoro del personale dipendente di amministrazioni pubbliche in servizio all'estero e, infine, con esclusivo riferimento agli obblighi informativi, i rapporti di lavoro del personale in regime di diritto pubblico, tra cui, ad esempio, magistrati ordinari, amministrativi e contabili; avvocati e procuratori dello Stato; personale militare e delle Forze di polizia di Stato; personale della carriera diplomatica e prefettizia, ecc., e in generali tutti i rapporti di cui all'art. 3 del d. lgs. n. 165 del 2001, fa peraltro espresso rinvio anche l'art. 15 del d. lgs. n. 104/2022, che prevede che «trovano applicazione, relativamente alle misure di tutela di cui al presente Capo, le disposizioni dei rispettivi ordinamenti di settore».

Ai sensi di quanto previsto dall'art. 16, l'entrata in vigore del provvedimento è stata fissata al 1° agosto 2022, con esclusione, di fatto, di un regime transitorio: conseguentemente, come previsto dal 1° comma di tale disposizione, il datore di lavoro, nei casi indicati, è sempre tenuto a fornire entro sessanta giorni dalla richiesta del lavoratore le informazioni di cui agli obblighi previsti dal provvedimento, con l'applicazione di un significativo apparato sanzionatorio pecuniario in caso di violazione, aumentato

⁽¹⁾ Per un primo, ma già esaustivo commento, si v. G. PROIA, *Il decreto trasparenza. I riflessi della nuova disciplina sui rapporti di lavoro*, in *Guida dir.*, 2022, 7, I-XXVI (ins.) e G. PROIA, *Le novità sistemiche e di dettaglio, del decreto trasparenza*, in *mass. Giur. Lav.*, 2022, 3, 571 ss.

qualora la violazione sia riferibile a un numero di dipendenti oltre i cinque e fino a dieci e ulteriormente incrementato in caso di superamento di tale soglia prevista.

Peculiari disposizioni sono poi previste sia, qualora alla violazione delle disposizioni in tema di trasparenza se ne accompagnino altre relative alla protezione dei dati personali, sia, ancora, nell'ipotesi di violazione del diritto delle rappresentanze sindacali aziendali a ricevere informazioni in ordine all'uso di sistemi automatizzati.

Occorre tuttavia precisare che, se il tema degli obblighi informativi a carico del datore di lavoro, di cui al capo II del d. lgs. n. 104/2022, costituisce quello più evidente e noto del provvedimento in esame, tuttavia la norma contiene ulteriori, significative disposizioni, contenenti l'introduzione di prescrizioni minime relative alle condizioni applicabili ai rapporti di lavoro, su un'ampia serie di questioni ulteriori, che si rinven- gono al capo III del d. lgs. n. 104/22, in particolare agli artt. da 7 a 11 del provvedi- mento e che vanno dalla durata massima del periodo di prova (art. 7), al cumulo di impieghi (art. 8), prevedibilità minima del lavoro (art. 9), transizione a forme di lavoro più prevedibili, sicure e stabili (art. 10) e formazione obbligatoria (art. 11).

2. L'art. 8 del d. lgs. n. 104/2022 e le nuove disposizioni relative al “cumulo di impieghi”. Il richiamo al rispetto degli “obblighi di fedeltà” ex art. 2105 c.c.

Nel quadro delle descritte disposizioni, un particolare rilievo va attribuito a quella di cui all'art. 8 del provvedimento ⁽²⁾.

Tale norma, infatti, prevede adesso, al 1° comma, che «fatto salvo l'obbligo previsto dall'art. 2015 del codice civile, il datore di lavoro non può vietare al lavoratore lo svolgimento di altra attività lavorativa in orario al di fuori della programmazione dell'attività lavorativa concordata, né per tale motivo riservargli un trattamento meno favorevole».

Occorre dunque interrogarsi sulla portata di tale disposizione, che si palesa di parti- colare interesse.

Sul piano sistematico generale va innanzitutto osservato che la norma recepisce quanto stabilito dall'art. 9 della Direttiva il quale sancisce un principio di particolare importanza e cioè che, fermo restando il rispetto degli obblighi di fedeltà sanciti dall'art. 2105 del codice civile ⁽³⁾, un datore di lavoro non possa vietare a un lavoratore di svolgere un diverso impiego, ovviamente al di fuori dell'orario di lavoro concordato fra le parti, né per tale motivo riservargli un trattamento, sia sul piano economico che normativo, di minor favore rispetto agli altri lavoratori impiegati.

⁽²⁾ Su cui si v. F. SCARPELLI, *Decreto trasparenza: disciplinato il diritto del lavoro (privato) a svolgere un'altra prestazione lavorativa*, in *GCom*, 2022, 8; A. ZILLI, *Decreto trasparenza: gli obblighi informativi ieri e oggi (intanto, è già domani)*, *ivi*, 9; M. MARAZZA, F- D'AVERSA, *Dialoghi sulla fattispecie dei “sistemi decisionali o di monito- raggio automatizzati” nel rapporto di lavoro (a partire dal decreto trasparenza)*, *ivi*, 11 ss.; A. TURSI, *Il “decreto trasparenza”: profili sistematici e problematici*, in *Lav. dir. Eur.*, 2022, 3, 12 ss.

⁽³⁾ A tal proposito, la giurisprudenza ha chiarito che «il dovere di fedeltà sancito dall'art. 2105, si sostanzia nell'obbligo del lavoratore di astenersi da attività contrarie agli interessi del datore di lavoro, tali dovendosi considerare anche quelli che, sebbene non attualmente produttivi di danno, siano do- tate di potenziale lesività». Cfr., Cass., 24.10.2017, n. 25147, in *Riv. giur. lav.*, 2018, 2, II, 157, con nota di D. VOLPE.

Va a tal proposito osservato che secondo la giurisprudenza di legittimità, in tema di licenziamento per giusta causa l'obbligo di fedeltà è più ampio rispetto a quello risultante dall'art. 2105 c.c., atteso che tale obbligo deve essere integrato con quelli di cui agli artt. 1175 e 1375 c.c., che impongono al lavoratore di improntare la sua condotta al rispetto dei canoni generali di correttezza e buona fede ⁽⁴⁾.

E difatti, sebbene l'art. 2105 c.c. richiami espressamente, oltre al divieto di concorrenza, solo il «divulgare notizie attinenti all'organizzazione e ai metodi di produzione dell'impresa» o il «farne uso in modo da poter recare ad essa pregiudizio», la non ricorrenza di tutti gli elementi costitutivi delle fattispecie delineate dal legislatore, non è sufficiente a far escludere la violazione dell'obbligo di fedeltà *ex* art. 2105 c.c., con la conseguenza che il prestatore deve astenersi dal compiere, non solo gli atti espressamente vietati, ma anche quelli che, per la loro natura e per le possibili conseguenze, risultino in contrasto con i doveri connessi al suo inserimento nella compagine aziendale, ivi compresa la mera preordinazione di attività contraria agli interessi del datore di lavoro, potenzialmente produttiva di danno ⁽⁵⁾.

Come può vedersi, dunque, l'eccezione riferita alla violazione dell'obbligo di fedeltà non è di poco punto, atteso il fatto che sussiste la necessità di contestualizzarne il rilievo in relazione a specifiche modalità di svolgimento della prestazione ovvero alle mansioni affidate e al contesto produttivo nel suo complesso, come ad esempio anche al profilo del c.d. «*disvalore ambientale*» che può derivare dalla tenuta di un determinato comportamento ⁽⁶⁾.

Così, ad esempio, si è sostenuto anche che in tema di licenziamento per violazione dell'obbligo di fedeltà, il principio secondo cui il carattere extra lavorativo di un comportamento non ne preclude la sanzionabilità in sede disciplinare, quando la natura della prestazione dovuta richieda un ampio margine di fiducia esteso ai comportamenti privati del lavoratore, non trova applicazione ove il comportamento del lavoratore si estrinsechi in atti che siano espressione della libertà di pensiero, in quanto la tutela di valori tutelati costituzionalmente (art. 21 Cost) non può essere recessiva rispetto ai diritti-doveri connaturati al rapporto di lavoro ⁽⁷⁾.

(4) Sull'obbligo di fedeltà, si v. M.G. MATTAROLO, *L'obbligo di fedeltà del prestatore di lavoro, Art. 2105 c.c.*, in *Il Codice civile. Il commentario*, diretto da P. SCHELSINGER, Milano, 2000.

(5) In applicazione di tali principi, la Corte di Cassazione ha ritenuto legittimo il licenziamento per giusta causa impartito al dipendente che si era impossessato di documenti aziendali riservati senza procedere all'uso o alla successiva divulgazione al concorrente perché impedito dall'immediato intervento del datore di lavoro. Cfr., Cass., 13.2.2017, n. 3739, in *Riv. It. lav.*, 2017, 3, II, 489 ss., con nota di D. DI LEMMA, *La tutela delle informazioni riservate nei confronti del dipendente infedele: fedeltà, correttezza e buona fede*.

(6) Si è osservato infatti che «ai fini della sussistenza della giusta causa, la condotta del lavoratore, consistita nella violazione degli obblighi di diligenza e fedeltà, deve essere valutata anche alla luce del disvalore ambientale che la stessa assume, ossia della sua capacità di assurgere a modello diseducativo e disincentivante dal rispetto di detti obblighi per gli altri dipendenti dell'impresa». Cfr., Cass., 28.8.2013, n. 19834, in *Guida lav.*, 2013, 42, 28.

(7) Nella specie, la S.C. ha confermato la sentenza di merito che aveva escluso la legittimità del licenziamento irrogato, per violazione dell'obbligo di fedeltà, ad un direttore esecutivo di testata giornalistica che aveva pubblicato presso altre case editrici un volume relativo ad argomenti trattati anche dalla rivista della quale era dipendente. Cfr., Cass., 16.2.2011, n. 3822, in *Riv. it. Lav.*, 2012, 1, II, 29 ss., con nota di M.V. CASCIANO, *Ancora sull'eclissi dell'obbligo di fedeltà*.

Il richiamo al rispetto dell'obbligo di fedeltà, dunque, per quanto di per sé certamente ragionevole e comprensibile, in assenza tuttavia di una sua puntuale descrizione anche attraverso il richiamo ad una espressa pattuizione individuale, soprattutto per quanto riguarda le professionalità più elevate e agevolmente interessate allo svolgimento di attività ulteriori, lascia perplessi.

L'ambito di applicazione del rinvio al rispetto delle disposizioni di cui all'art. 2105 c.c. e anche, nel caso, alle disposizioni in materia di tutela della riservatezza personale ⁽⁸⁾, infatti, meriterebbe di essere esplicitato proprio in ossequio a quei principi di trasparenza che la norma vorrebbe introdurre nel sistema, e si configura, di fatto, come un limite significativo al divieto di impedimento al cumulo di incarichi che la legge mira a conseguire, ben potendo attraverso il richiamo ad esso, attribuirsi la facoltà al datore di lavoro di un eccesso di discrezionalità interpretativa, che incrementa sensibilmente il rischio di condurre le parti verso un'accelerazione contenziosa della relazione lavorativa, che mal si addice alla finalità di chiarezza complessiva del provvedimento.

Peraltro, occorre tenere sempre conto della necessità, segnalata dalla dottrina, di valorizzare in questi casi di combinazione di elementi connessi alla tutela economica dell'impresa, non soltanto il richiamo espresso alla previsione normativa e alla sua funzione, ma anche la specialità della materia lavoristica in cui essa si colloca ⁽⁹⁾.

3. L'ampiezza della portata della norma contenente l'attribuzione al lavoratore della facoltà di svolgimento di un impiego "parallelo", al di fuori dell'orario di lavoro stabilito dalle parti e la posizione della giurisprudenza tra limitazioni alla libertà del lavoratore e prestazione di c.d. "doppio lavoro"

Alla luce di quanto si è osservato in precedenza, occorre domandarsi dunque quale sia l'estensione applicativa delle nuove disposizioni di derivazione comunitaria contenente l'attribuzione al lavoratore della facoltà di svolgimento di un impiego parallelo al di fuori dell'orario di lavoro stabilito dalle parti, onde chiedersi quale ne costituisca poi l'ambito applicativo.

Orbene, non vi è dubbio che si tratti di una disposizione dirompente in quanto, salvo quanto si dirà in seguito con riferimento al rapporto alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni, nella giurisprudenza costituisce un principio piuttosto consolidato quello secondo cui non sussiste alcun divieto alla cumulabilità dei rapporti di lavoro in capo a un medesimo soggetto, fermo restando, come si è detto, il rispetto di tutti quei principi e regole che possano consentire di configurare forme di concorrenza, violazione degli obblighi di fiducia ovvero

⁽⁸⁾ Su cui si v. M.P. MONACO, *L'obbligo di riservatezza delle persone giuridiche e la prestazione fedele: un percorso di lettura*, nota a Cass. 2.2.2000, n. 1144, in *Riv. it. lav.*, 2001, 1, 101.

⁽⁹⁾ Su tali aspetti, si v. le riflessioni di E. Menegatti, *I limiti alla concorrenza del lavoratore subordinato*, Padova, 2012.

comunque conflitti di interesse in grado di incidere sulla correttezza dell'adempimento ⁽¹⁰⁾.

La Corte costituzionale, con riferimento tuttavia ai rapporti di lavoro a tempo parziale, non ha omesso di evidenziare che le modalità di collocazione temporale della prestazione resa *part-time* debbano in ogni caso sempre tenere conto del rispetto dell'esigenza del lavoratore di svolgimento di ulteriori attività, anche qualora sia previsto il percepimento di una retribuzione e ciò ⁽¹¹⁾.

Più recentemente, poi la giurisprudenza di legittimità, giudicando sul caso di un lavoratore licenziato per giusta causa dalla propria azienda per avere iniziato a svolgere un secondo lavoro nonostante l'esplicito divieto del regolamento del personale, ha sancito con chiarezza il principio, già in precedenza affermato in termini generali ⁽¹²⁾, secondo cui il datore di lavoro non può impedire al dipendente *part-time* di svolgere una seconda attività al di fuori dell'orario di servizio, se non sussistono dei concreti impedimenti che vanno specificamente dimostrati: secondo tale orientamento, infatti, il secondo lavoro deve ovviamente essere svolto al di fuori dell'orario della prima mansione, e non deve entrare in diretta concorrenza con quest'ultima.

In particolare, il dipendente è tenuto a rispettare gli artt. 2104 e 2105 del Codice civile, che stabiliscono che il lavoratore deve prestare il suo servizio con tutta la «diligenza» richiesta dalla natura dell'attività svolta e che il dipendente non deve svolgere affari che siano «in concorrenza con l'imprenditore», osservando quindi che i casi concreti in cui invece il secondo lavoro entra in conflitto con il primo devono essere espressamente provati, se necessario, in sede giudiziale. E difatti, secondo il giudice di legittimità, è proprio il carattere «assoluto» del divieto previsto dal regolamento di impresa, nella fattispecie si trattava di un patronato, a non essere accettabile, in quanto il datore di lavoro non può disporre della facoltà del proprio dipendente di reperire un'occupazione diversa in orario compatibile con la prima, e non può avere un potere incondizionato di limitazione dei diritti del lavoratore *part-time*, con la conseguenza che una previsione regolamentare in tal senso è da ritenersi nulla, dal momento che il datore di lavoro deve specificare in cosa consista esattamente l'incompatibilità tra le due mansioni e quindi, sulla base di ciò, formulare accuse specifiche e non unicamente generiche, nei confronti del dipendente ⁽¹³⁾.

Dunque, secondo la Corte, la corretta e unica lettura interpretativa possibile della norma è quella che sottopone la verifica dell'incompatibilità in concreto della diversa attività, svolta al di fuori dell'orario di *part-time*, con quelle che sono le finalità istituzionali e con i doveri che sono connessi alla prestazione.

⁽¹⁰⁾ Per un inquadramento di carattere sistematico del problema, si v. M. Delfino, *Il lavoro part-time nella prospettiva comunitaria. Studio sul principio volontaristico*, Jovene, Napoli, 2008, con particolare riferimento all'attuazione del principio di non discriminazione (p. 219 ss.) e ai rapporti tra legge e contrattazione collettiva (p. 265 ss.) tra tutela del lavoratore e interessi generali.

⁽¹¹⁾ Cfr. Corte Cost., 14.5.1992, n. 210, *ined.*

⁽¹²⁾ V. Corte Cass., 21.5.2008, n. 12962, *ined.*

⁽¹³⁾ Cfr. Corte Cass., 25.5.2017, n. 13196, in www.diritto.it.

4. Clausole di fidelizzazione e cumulo di impieghi tra legge e contratto

E' dunque da ritenere che, con la modifica normativa in esame, il legislatore abbia finalmente e correttamente formalizzato un principio che già costituiva *ius receptum* per effetto dell'elaborazione giurisprudenziale affermatasi nel tempo, in ordine alla sussistenza di una piena facoltà del lavoratore, nell'ambito della propria capacità e potestà di gestione del proprio tempo libero e delle proprie energie psico-fisiche, di disporre secondo una libera e autonoma valutazione, fatto salvo necessariamente il limite che tali scelte devono incontrare nell'inesistenza di situazioni di conflitto, anche potenziali, con l'attività lavorativa principale, sia in termini di concorrenza che di dispiego di tempo ed energie personali.

L'importanza della norma in commento, d'altra parte, va rinvenuta nel fatto che la legge adesso espliciti tale principio, consentendo anche in tal modo di superare le incertezze interpretative derivanti dal frequente ricorso a pattuizioni collettive e individuali che, soprattutto nell'ambito dei rapporti a tempo pieno, prevedono forme di fidelizzazione incentivata e vincoli di esclusività o forme più o meno estese di incompatibilità, anche talvolta ricorrendo all'applicazione di penali di natura pecuniaria, ponendo limiti alla libertà dei lavoratori di usufruire di ulteriori rapporti di lavoro, sul modello di quanto avviene nel settore pubblico ⁽¹⁴⁾.

Orbene, per effetto della nuova disposizione si pone dunque il problema di accertare se la formulazione dell'art. 8 del d. lgs. n. 104/2022 si limitino a vietare forme di discriminazione consistenti nell'applicazione di «un trattamento meno favorevole», come recita il testo della disposizione, nei confronti di quei lavoratori che intendano svolgere altri impieghi, ovvero preveda un divieto di carattere generale all'adozione di tutte quelle iniziative del datore di lavoro che siano finalizzate a ottenere pattuizioni limitative della libertà individuale.

Tale interpretazione letterale sembra senza dubbio più conforme allo spirito della norma sebbene poi si ponga il problema di verificare entro quali termini il divieto di pattuizioni individuali che, sul modello di quanto non avvenga già in riferimento, ad esempio, ai patti di non concorrenza stipulati ex art. 2125 c.c., possa essere considerato legittimo ⁽¹⁵⁾.

⁽¹⁴⁾ Su tali aspetti, si v. A. BOSCATI, *Il patto di non concorrenza del prestatore di lavoro subordinato nell'interpretazione della giurisprudenza (senza dimenticare la dottrina)*, in *Arg. Dir. Lav.*, 4-5, 2015, 1079 ss. Sulle clausole di fidelizzazione, v. C. ZOLI, *Clausole di fidelizzazione e rapporti di lavoro*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 1, 2003, 449 ss. ma anche, O. BONARDI, *L'obbligo di fedeltà e il patto di non concorrenza*, in C. CESTER (a cura di), *Il rapporto di lavoro subordinato: costituzione e svolgimento*, in F. CARINCI (diretto da), *Diritto del lavoro. Commentario*, vol. II, Torino, 1998.

⁽¹⁵⁾ Per un commento di carattere generale, sia consentito il rinvio a M. D'APONTE, *Patto di non concorrenza e validità del divieto eccedente le mansioni specifiche svolte dall'ex dipendente*, nota a Cass. 26.11.1994, n. 10062, in *Riv. dir. impr.*, 1995, 3, 42. Da ultimo, S. SONNATI, *Licenziamento illegittimo, dimissioni per giusta*

Occorre infatti chiedersi se il legislatore, con una formulazione per la verità anche in tal caso incompleta, che meriterebbe piuttosto di essere meglio scritta anche allo scopo di evitare complesse attività interpretative in ordine all'ampiezza delle limitazioni consentite e alla facoltà del datore di lavoro di imporre vincoli ai propri dipendenti, non abbia inteso, comunque, consentire la possibilità che al di fuori delle ipotesi in cui si verifichi una forma di discriminazione del lavoratore impegnato in un'altra attività, non abbia comunque ritenuto di lasciare spazio a pattuizioni individuali che consentano di imporre determinati vincoli accompagnandoli alla salvaguardia del principio del riconoscimento di un equo indennizzo a fronte del sacrificio imposto al dipendente, anche in termini di durata dell'accordo, proprio sul modello di quanto già si verifica in tema di sottoscrizione di un patto di non concorrenza per il periodo successivo alla cessazione del rapporto di lavoro ⁽¹⁶⁾.

Quanto si è detto, tuttavia, se non lascia spazio, nei limiti comunque di quanto osservato, a particolari questioni problematiche per quanto riguarda il lavoratore dipendente dell'impresa privata, implica invece la necessità di un discorso a parte, che svilupperemo più avanti, quando si tratti invece del lavoratore dipendente di una pubblica amministrazione, rispetto al quale si pongono diverse incertezze in ordine alla permanenza del regime speciale delle incompatibilità che, anche dopo la contrattualizzazione del rapporto intervenuta per effetto del d. lgs. n. 29/93 e successive modificazioni e integrazioni oggi trasfuse nel d. lgs. n. 165/2001, caratterizza la specialità del rapporto di pubblico impiego rispetto sia a quello interamente privatistico che a quello per il personale che permane pienamente nell'ambito della disciplina pubblicistica del rapporto, di cui all'art. 3.

5. Le eccezioni al divieto di impedimento del cumulo di impieghi

Il 2° comma dell'art. 8, a sua volta, prevede le ipotesi nelle quali il datore di lavoro può, secondo l'espressione utilizzata dal legislatore, «limitare o negare al lavoratore lo svolgimento di un altro e diverso rapporto di lavoro».

A mente di tale disposizione, ciò può dunque verificarsi in tre distinte ipotesi: qualora sia ravvisabile la sussistenza di «un pregiudizio per la salute e la sicurezza, ivi compreso il rispetto della normativa in materia di durata dei riposi»,

causa e patto di non concorrenza: il lavoratore può riappropriarsi della piena libertà di lavorare?, in *Riv. it. lav.*, 2020, 4, I, 573 ss. In generale, però, in argomento, v. A. BOSCATI, *Patto di non concorrenza. Art. 2125 c.c. in Il codice Civile. Il Commentario*, fondato da P. SCHLESINGER, diretto da F. D. BUSNELLI, Milano, 2010; F. BIANCHI D'URSO voce *Concorrenza, Patto di non concorrenza*, in *Enc. Giur. Treccani*, vol., VII, Roma, 1988. ⁽¹⁶⁾ Da ultimo si v. Corte Cass., ord. 1.3.2021, n. 5540, con nota di A. BIAGIOTTI, *Nullità del patto di non concorrenza: la differenza tra il corrispettivo indeterminato e il corrispettivo inadeguato*, in *Mass. Giur. Lav.*, 2021, 3, 727 ss., ma anche, C. App. Milano, 2.9.2019, n. 908, *ined.* In dottrina, per alcuni spunti di particolare interesse rispetto al profilo del bilanciamento di valori, si v. G. SIGILLÒ MASSARA, *I limiti al patto di non concorrenza tra diritto positivo e diritto vivente*, in *Mass. Giur. Lav.*, 2021, 2, 451 ss.

ovvero per garantire «l'integrità del servizio pubblico» e, infine, nel «caso in cui la diversa e ulteriore attività lavorativa sia in conflitto di interessi con la principale, pur non violando il dovere di fedeltà di cui all'articolo 2105 del codice civile».

Orbene, se il riferimento alla necessità di verificare che l'attività integrativa svolta dal prestatore di lavoro sia idonea a garantire il rispetto dei parametri per la tutela della salute e della sicurezza nello svolgimento delle due (o più) attività di lavoro, di per sé appare coerente con il sistema, la legge attribuisce in questo caso al datore di lavoro per così dire "*principale*", il compito di valutare la sussistenza del richiamato "*pregiudizio*".

Ciò pone almeno due ordini di problemi: da un lato, tale rinvio, si presta anche ad interpretazioni discutibili in ordine alla rilevanza dello stesso, mancando peraltro ogni riferimento alla fonte di disciplina, in quanto, se il rispetto della normativa di cui al d. lgs. 81/2008 costituisce il principale riferimento, è anche vero che l'ampiezza applicativa dei parametri di cui all'art. 2087 c.c., astrattamente sembra ricondurre alla possibilità che qualsiasi attività sia ipoteticamente in grado di incidere sulla tutela della salute del lavoratore, dimodoché il datore di lavoro potrebbe adombrare la possibilità di un pregiudizio di natura fisica o psicologica in capo al prestatore per giungere al paventato divieto.

Inoltre, ciò comporta, di fatto, la necessità che quello che la legge sembra, nella prima parte della norma, costruire come un vero e proprio «diritto» allo «svolgimento di altra attività lavorativa in orario al di fuori della programmazione dell'attività lavorativa concordata», possa, di fatto, in tali casi arretrare ad una sorta di "*aspettativa*" di diritto, essendo condizionata non già alla verifica di elementi di natura oggettiva, quanto piuttosto a una pluralità di elementi di valutazione rimessi alla discrezionale interpretazione del datore di lavoro c.d. "*principale*", in qualche modo oltrepassando i limiti fissati dalla sopra richiamata giurisprudenza, sebbene attraverso l'utilizzo dello strumento della protezione avverso i rischi per la salute e la sicurezza dei lavoratori.

Ulteriori perplessità si rinvergono in ordine alla garanzia di tutela dell'«integrità del servizio pubblico».

Tale espressione quanto meno generica, non sembra in grado di proteggere il lavoratore interessato allo svolgimento di un'attività ulteriore contro il rischio di un'interpretazione inadeguata a tutelare il suo interesse alla prestazione di una diversa attività aggiuntiva rispetto a quella originaria.

E' invece più agevole, pur con tutte le evidenziate difficoltà, l'interpretazione dell'ulteriore ipotesi di diniego prevista dal 2° comma dell'art. 8.

In tal caso, difatti, occorre richiamare le considerazioni in precedenza sviluppate a proposito della violazione del dovere di fedeltà, sebbene in tali casi la norma si limiti a ritenere che il divieto possa operare in un momento antecedente, essendo quindi a questo scopo sufficiente la mera ipotesi del "*conflitto di interessi*", che dunque è di ampiezza ben più ampia rispetto a quella della violazione

dell'obbligo di fedeltà, nel senso che essa può sussistere anche quando non si arrivi ad una situazione di contrasto con i principi delineati dall'art. 2105 c.c.⁽¹⁷⁾. Senonché, tale previsione appare invece corretta, dovendo opportunamente sempre essere garantito il perseguimento dell'obiettivo secondo cui l'attività svolta dal lavoratore in funzione integrativa rispetto a quella originaria non possa risultare in contrasto, nemmeno potenziale, come espressamente stabilito dalla giurisprudenza, con essa, non giustificandosi in tali casi il riconoscimento di un diritto all'effettuazione di compiti e attività professionali che possano porsi in contrasto con l'attività principale svolta dal prestatore di lavoro per la quale egli è stato in origine assunto ⁽¹⁸⁾.

La misura, peraltro, consente di estendere definitivamente anche al rapporto di lavoro a tempo pieno un principio che già trovava piena applicazione con riferimento ai rapporti di lavoro a tempo parziale che dunque ha adesso una portata di carattere generale.

6. Il superamento del divieto del cumulo di impieghi e il rapporto di lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni tra opportunità e questioni irrisolte

Come si è osservato in precedenza, con riferimento al “*cumulo di impieghi*”, non secondarie questioni si pongono relativamente ai rapporti di lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni.

Se, come evidenziato, non sussiste infatti alcun dubbio che la normativa dell'art. 8 del d. lgs. n. 104/2022 trovi applicazione anche in queste situazioni, tuttavia le norme previgenti in materia di divieto, restano pienamente in vigore, ponendo un rilevante problema in termini di coordinamento tra le diverse disposizioni, allo scopo di comprendere quale sia la disciplina che scaturisce dal combinato disposto dell'art. 53, d. lgs. 30.3.2001, n. 165 e dell'art. 8 del d. lgs. n. 104/2022.

Orbene, è noto che la regolamentazione delle incompatibilità dei dipendenti pubblici con lo svolgimento di altre attività e del cumulo di impieghi ed incarichi, originariamente disciplinata dagli artt. 60-65, T.U. n. 3/1957, a seguito della riforma del rapporto di lavoro alle dipendenze della p.a. intervenuta per effetto

⁽¹⁷⁾ Osserva C. CRISTOFOLINI, *Condizioni di lavoro trasparenti e prevedibili nel pubblico impiego dopo il d. lgs. n. 104/2022*, in *Law. Pubbl. Amm.*, 2022, 4, 751, che «la formulazione letterale non risulta limpida», osservando però che tuttavia «considerate che i dipendenti pubblici privatizzati continuano ad essere soggetti all'art. 53, d. lgs. n. 165/2001 e che il personale in regime di diritto pubblico è interamente sottratto dalle prescrizioni minime introdotte al Capo III, può inferirsi che la previsione legislativa sia rivolta ai dipendenti di enti che gestiscono servizi pubblici a cui si applica la disciplina generale del rapporto di lavoro nell'impresa. Resta, tuttavia, la necessità che una siffatta disposizione avrebbe reso necessaria maggior chiarezza».

⁽¹⁸⁾ Cfr. C. Cass., 19.8.2013, n. 19183; C. Cass., 18.7.2006, n. 16377.

di quanto previsto dalla l. delega n. 421/92, è attualmente contenuta, in via generale, nell'art. 53 del d. lgs. n. 165/2001.

Tale disposizione modifica l'art. 58 del d. lgs. attuativo della l. delega n. 29/93. Invero, il comma 4 dell'art. 8 stabilisce infatti espressamente che “*resta ferma la disciplina di cui all'articolo 53 del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 53*”.

La disposizione dell'art. 8 del d. lgs. n. 104/2022 va dunque letta alla luce del quadro di norme e regole previgenti che, con riferimento ai pubblici dipendenti stabiliva che nel caso di svolgimento di uffici o impieghi effettuato in regime di lavoro a tempo parziale, fatte salve peculiari eccezioni per particolari categorie come, ad esempio, per quanto riguarda i dipendenti delle Agenzie Fiscali, vigono regole particolari.

Più specificamente, l'art. 1, comma 56 della l. 662/96, (legge finanziaria per il 1997), ha stabilito che le disposizioni in tema di incompatibilità dei pubblici dipendenti dettate dall'art. 58, comma 1 del d. lgs. n. 29/93, nonché le disposizioni di legge e di regolamento che ne vietino l'iscrizione negli albi professionali, quindi oggi di quelle contenute all'art. 53 del d. lgs. n. 165/2001, non trovino applicazione nei confronti di quei soggetti che, alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni, svolgano attività lavorativa a tempo parziale, con prestazione non superiore al 50% di quella a tempo pieno, ribadendo così, anche in tale circostanza, il divieto al di fuori di tali rigide ipotesi.

In buona sostanza, a coloro i quali svolgono attività di lavoro dipendente presso una pubblica amministrazione in regime di lavoro a tempo parziale non si applicano le rigide preclusioni in materia di incompatibilità e inconferibilità di incarichi previsti dall'art. 53 del d. lgs. 165/2001 ⁽¹⁹⁾.

Ciò implica, ad esempio, che nel comparto Funzioni centrali il *part-time* sia regolamentato contrattualmente dal CCNL 2016-2018 all'art. 57.

Tale disposizione, al comma 6, prevede espressamente che «i dipendenti con rapporto di lavoro a tempo parziale possono svolgere un'altra attività lavorativa e professionale, subordinata o autonoma, nel rispetto delle vigenti norme in materia di incompatibilità e di conflitto di interessi. I suddetti dipendenti sono tenuti a comunicare, entro quindici giorni, all'amministrazione nella quale prestano servizio l'eventuale successivo inizio o la variazione dell'attività lavorativa esterna», senza tuttavia chiarire contenuto e natura dell'«altra attività lavorativa e professionale», mentre per quanto riguarda altri comparti manca una vera e propria regolamentazione, con la conseguenza che si continuava ad applicare, irragionevolmente, il divieto generale, rispetto al quale tuttavia viene oggi da chiedersi se la disciplina dell'art. 8 sia in grado di predisporre una regola generale favorevole a un'interpretazione di maggiore apertura.

Se, infatti, come si è detto in precedenza la giurisprudenza di legittimità ha chiarito che nessun datore di lavoro può impedire a un dipendente assunto a tempo parziale di svolgere un secondo lavoro *part-time* in quanto «sarebbe nulla una

(19) V. D. GAROFALO, *Il principio di esclusività e l'obbligo di fedeltà nel lavoro part-time*, in *Arg. Dir. Lav.*, 2017, 4-5, 1148.

previsione regolamentare che riconoscesse al datore di lavoro un potere incondizionato di incidere unilateralmente sul diritto del lavoratore in regime di *part-time* di svolgere un'altra attività lavorativa» e che tale disposizione introduce quindi un'ulteriore ipotesi derogatoria, oltre quelle descritte in precedenza, al principio dell'esclusività della prestazione così ulteriormente avvicinando pubblico e privato, confermando che, fatte salve talune regole in materia di diritto di precedenza, benefici contributivi e sanzioni, all'impiego pubblico si applicano le norme in materia di *part-time* previste dal d. lgs. n. 61/2000 ⁽²⁰⁾, si pone il problema di verificare se, appunto, ciò trovi limitata applicazione in favore del dipendente a tempo parziale ovvero alla luce della novella sia estensibile anche ai lavoratori a tempo pieno.

Le nuove norme hanno tuttavia generato un ampio dibattito: si è difatti osservato che ove dovesse ritenersi che la formulazione della disposizione fosse in grado di poter configurare in capo al dipendente la sussistenza di un vero e proprio diritto soggettivo all'ottenimento della trasformazione del rapporto da tempo pieno a tempo parziale, che non è configurabile neanche nel settore privato e che rischierebbe di porsi in conflitto con l'art. 97 Cost. ⁽²¹⁾.

E' tuttavia espressamente previsto che, qualora l'amministrazione individui l'ipotesi che possa verificarsi un grave pregiudizio alla sua funzionalità, debba limitarsi a differire, per un periodo non superiore a sei mesi, la trasformazione, tenuto conto delle mansioni svolte dal dipendente e dal suo ruolo nel sistema organizzativo dell'amministrazione, salvo che non ravvisi che l'attività che il pubblico dipendente andrà a svolgere possa determinare un conflitto con quella eseguita a suo favore²²: in tali ipotesi alla p.a. viene riconosciuto un potere di negare la trasformazione simile a quello attribuito dall'art. 1, comma 58 della l. 662/96 qualora l'attività da svolgersi in regime di *part-time* sia a favore di un'altra pubblica amministrazione ⁽²³⁾.

Va poi osservato che la l. 140/97 ha integrato la l. 662/96 con il comma 58-bis, stabilendo la necessità di individuare mediante un apposito decreto ministeriale le attività in funzione delle quali alla P.A. è riconosciuto il potere di negare la riduzione dell'orario di lavoro, «ferma restando la valutazione in concreto dei singoli casi di conflitto d'interesse», a sua volta integrata dall'art. 39, comma 45 della l. n. 449/97 la quale ha inoltre previsto, che in mancanza del predetto decreto, l'amministrazione abbia la possibilità di negare la trasformazione del rapporto a tempo parziale soltanto nelle ipotesi di palese contrasto ovvero di concorrenza con essa.

⁽²⁰⁾ Cfr. A. ZILLI, *Il lavoro flessibile nella PP.AA. dopo il Jobs Act*, in *Lav. Pubbl. Amm.*, 2015, 3-4, 456.

⁽²¹⁾ Cfr. L. NOGLER, *Diritto alla trasformazione del rapporto in part-time ed enti locali*, in *Lav. Pubbl. Amm.*, 1998, 603 ss.

⁽²²⁾ Cfr. T.A.R. Lazio, 11.6.2001, n. 608, in *T.A.R.*, 2001, 7-8, 222.

⁽²³⁾ Cfr. Trib. Chiavari, 7 febbraio 2000, in *Foro It.*, 2001, 1, I, 60; T.A.R. Veneto, sez. II, 3 febbraio 2000, n. 470, in *TAR*, 2000, I, 1874.

Ulteriori modifiche sono state introdotte dall'art. 73 del d.l. 25 giugno 2008 n. 112, convertito nella l. 6 agosto 2008, n. 133, nonché dalla entrata in vigore dell'articolo 16 della legge 4 novembre 2010 n. 183 (c.d. Collegato lavoro).

I descritti interventi hanno comportato l'eliminazione di ogni automatismo nella trasformazione del rapporto di lavoro e l'introduzione, anche se a carattere transitorio del potere della pubblica amministrazione datrice di lavoro di rivedere, ed eventualmente modificare unilateralmente, quelle trasformazioni avvenute prima dell'entrata in vigore del d.l. n. 112 del 2008, allo scopo di consentire alle pubbliche amministrazioni il risparmio della spesa per il proprio personale, utilizzando al meglio le risorse presenti, nonché, appunto, nel quadro più generale di valorizzazione e potenziamento dei poteri datoriali del dirigente.

Come previsto dall'art. 1, co. 58, l. 23 dicembre 1996 n. 662 nella sua nuova formulazione, la domanda potrà quindi essere accolta solo ove, in relazione alle mansioni e alla posizione organizzativa ricoperta dal dipendente, la trasformazione non rechi pregiudizio alla funzionalità dell'amministrazione stessa: in caso di esito negativo della domanda, tale pregiudizio non potrà però essere genericamente indicato ma, come previsto dalla circolare della Presidenza del Consiglio dei Ministri – Dipartimento della Funzione Pubblica – n. 9 del 30 giugno 2011, la motivazione dovrà essere puntuale e circostanziata, evidenziando, in concreto, le reali cause del diniego.

La trasformazione potrà anche essere negata nell'ipotesi in cui comporti – nel caso la domanda di *part-time* sia motivata dall'esigenza di effettuare un altro lavoro – un conflitto d'interessi l'attività lavorativa “*esterna*” e quella di servizio svolta per la pubblica amministrazione, nonché quando sia superato il limite percentuale di dotazione organica complessiva di personale a tempo pieno per ciascuna qualifica funzionale.²⁴

Con riferimento a tale aspetto va peraltro osservato che sia la legge che la contrattazione collettiva hanno individuato delle vere e proprie ipotesi di esclusione del diritto del pubblico dipendente alla trasformazione a *part-time* del rapporto di lavoro e che regole particolari che tengono conto della tipologia del rapporto sono contenute nel cd. lgs. 19 giugno 1999, n. 229 con riferimento all'ipotesi di ricorso al *part-time* nel settore della sanità pubblica.

Invero, secondo la giurisprudenza di legittimità deve ritenersi «legittimo il diniego dell'amministrazione all'accoglimento della domanda del lavoratore di trasformazione del rapporto di lavoro da tempo pieno a tempo parziale ove la richiesta sia stata formulata per lo svolgimento, avendone i requisiti, dell'attività di medico convenzionato nel settore della continuità assistenziale (ex guardia

(²⁴) Cfr. C. App. Bari, 16 aprile 2020, n. 529, con nota di C. OLIVIERI, in *Lav. Pubbl. Amm.*, 2021, 383 ss., secondo cui il lavoratore non è assoggettato incondizionatamente alla determinazioni unilaterali del datore di lavoro pubblico ai fini della trasformazione del rapporto da *part-time* a *full-time* se l'iniziativa dell'amministrazione è sorretta da serie ragioni organizzative e gestionali ed attuata nel rispetto dei principi di correttezza e buona fede, con la conseguenza che solo in mancanza di tali presupposti, il dipendente può legittimamente rifiutare di passare al tempo pieno e, per ciò solo, non può essere licenziato.

medica)», alla luce del fatto che l'art. 23 del CCNL del comparto Sanità del 7 aprile 1999 – che pone il divieto di accogliere l'istanza qualora l'attività lavorativa che il dipendente intenda svolgere sia con un'amministrazione pubblica – è da ritenersi conforme a quanto prevedono l'art. 53, comma 1, del d. lgs. n. 165/2001, dall'art. 56-*bis* della l. n. 662/96, che esclude l'autorizzabilità di tale trasformazione per lo svolgimento di un'attività di lavoro autonomo in esecuzione di un incarico libero-professionale conferito da una p.a. e dall'art. 4, comma 1, lett. a) del d.P.R. n. 70 del 2000 con cui è stato recepito l'accordo collettivo per la disciplina con i medici della medicina generale, l'incompatibilità tra il rapporto di lavoro autonomo e continuativo tra Azienda sanitaria locale e medici con “*qualunque*” rapporto di lavoro dipendente, pubblico o privato.²⁵

E' dunque da chiedersi come una disposizione come quella in commento possa collocarsi in un quadro normativo e contrattuale di tale complessità e se l'intervento legislativo, ancorché auspicabile in una logica di maggiore vivacità e concorrenzialità dell'azione della P.A., se tuttavia adeguatamente rinforzata anche in termini di risorse disponibili, non renda a questo punto più opportunamente necessaria una revisione organica della materia delle incompatibilità e del conferimento del cumulo di incarichi che tenga conto anche del mutato quadro economico e della necessità del lavoratore di potersi dotare con ogni mezzo, senza tuttavia che ciò gli consenta di distogliere le proprie energie psico-fisiche dall'attività principale, delle risorse necessarie al soddisfacimento dei propri bisogni quotidiani, personali e familiari.

Si tratta dunque di agevolare un percorso di profondo cambiamento culturale che, tuttavia, implicherebbe una diversa valutazione di numerosi aspetti dell'organizzazione del lavoro pubblico, di difficile attuazione attraverso il mero rinvio ad una norma come quella dell'art. 8 del d. lgs. n. 104/2022 che, così come concepita, pur rinviando in ogni caso alla perdurante vigenza dell'art. 53, d. lgs. n. 165 del 2001, appare dunque alquanto sbrigativa, lasciando aperti e irrisolti numerosi problemi interpretativi che, come si è cercato di descrivere, con diversa intensità e rilevanza, riguardano sia il rapporto di lavoro privato che quello alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni.

(25) Cfr. C. Cass., 21 marzo 2011, n. 6370, in *Lav. pubbl. Amm.*, 2011, II, 334.

La transizione a forme di lavoro più prevedibili, sicure e stabili

di Vincenzo Maria Tedesco

Abstract – In attuazione della direttiva (UE) 2019/1152, il nostro ordinamento ha previsto la possibilità di richiedere forme di lavoro a condizioni «più prevedibili, sicure e stabili» ed ha stabilito un obbligo di motivata risposta, entro un mese. Partendo dall'analisi sulle origini dell'istituto, il presente scritto si sofferma sul suo ambito di applicazione, su possibili equivoci interpretativi e sui rimedi che possono essere promossi dal lavoratore a fronte di risposte negative.

Abstract – Pursuant to the directive (EU) 2019/1152, our legal system has provided for the possibility of requesting forms of work under «more predictable, safe and stable» conditions and has established an obligation to provide a justified reply, within one month. Starting from the analysis of the origins of the institution, this paper focuses on its scope of application, potential interpretative misunderstandings and remedies that can be promoted by the worker in the face of negative responses.

Sommario: 1. Le origini del d.lgs. n. 104/2022, art. 10. – 2. L'ambito applicativo soggettivo. – 3. L'oggetto della transizione: prevedibilità; sicurezza e stabilità. – 4. L'esercizio del diritto. – 5. Gli strumenti previsti contro reazioni illegittime di datori di lavoro e committenti. – 6. La tutela giurisdizionale. – 7. I rimedi contro l'inerzia.

1. Le origini del d.lgs. n. 104/2022, art. 10

Per una comprensione del significato e della portata applicativa della disciplina dedicata alla transizione a forme di lavoro più prevedibili, sicure e stabili, si rende innanzitutto indispensabile indagare sulla genesi della disposizione contenuta nel d.lgs. n. 104/2022, art. 10.

Si è trattato, in particolare, di dare attuazione della direttiva (UE) 2019/1152 del Parlamento europeo e del Consiglio del 20 giugno 2019, relativa a condizioni di lavoro trasparenti e prevedibili nell'Unione europea, con la precisazione che quest'ultima, a sua volta, ha tenuto conto del principio n. 5 del pilastro europeo dei diritti sociali, proclamato a Göteborg il 17 novembre 2017.

Nella sede appena menzionata, in effetti, era stato stabilito, per quanto di maggiore interesse: che dovesse essere promossa la transizione a forme di lavoro a tempo indeterminato; che dovessero altresì essere evitati i rapporti di lavoro conducenti a condizioni di lavoro precarie, anche vietando l'abuso dei contratti atipici.

In un'ambiziosa prospettiva di maggior tutela dei lavoratori e di contemporanea composizione dei contrapposti interessi datoriali, l'esigenza di fondo sottesa all'intervento

dell'Unione Europea è consistita, in sostanza, nel fronteggiare i nuovi scenari del mercato del lavoro, come registratisi in epoca successiva alla direttiva 91/533/CEE (1). Proprio quest'ultima, infatti, non conteneva alcun riferimento a possibili istanze dei prestatori di lavoro per il passaggio verso occupazioni munite di maggiore prevedibilità, sicurezza e stabilità.

Dunque, con la direttiva (UE) 2019/1152, si è deciso di affiancare alle prescrizioni minime relative alle informazioni sugli elementi essenziali del rapporto di lavoro, quelle riguardanti la variazione delle condizioni di lavoro.

Così, si è voluta stimolare l'offerta di contratti di lavoro a tempo pieno o a tempo indeterminato a soggetti già occupati mediante ipotesi di lavoro «*non standard*» (2) e si è inteso comunque predisporre un sistema di garanzie per coloro i quali intendano chiedere un'altra forma di lavoro più prevedibile e sicura rispetto a quella in atto, ferma restando la possibilità degli Stati membri di contemplare delle limitazioni rispetto alla frequenza delle stesse richieste.

Ne è derivata la stesura dell'art. 12 direttiva (UE) 2019/1152, il quale, nel suo *incipit*, è stato pedissequamente trasposto nell'art. 10 d.lgs. n. 104/2022 (3), fatta eccezione per l'aggiunta, nella norma nazionale, del riferimento ai lavoratori occupati presso il medesimo committente, certamente utile per prevenire dissidi interpretativi successivi.

2. L'ambito applicativo soggettivo

Pienamente esercitando i margini di recepimento riconosciuti dalla direttiva (UE) 2019/1152, art. 1, par. 6 (4), la disposizione in commento ha escluso che l'istituto della transizione a forme di lavoro maggiormente prevedibili, sicure e stabili trovi applicazione con riguardo ai rapporti di lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni.

Nel silenzio del d.lgs. n. 104/2022, art. 10, comma 7, il riferimento alle pubbliche amministrazioni può essere riempito di contenuto alla luce dell'elencazione di cui al d.lgs. n. 165/2001, art. 1, comma 2 (5).

(1) Abrogata a decorrere dal 1° agosto 2022.

(2) Espressione utilizzata dal considerando 6 della direttiva (UE) 2019/1152.

(3) «Gli Stati membri provvedono affinché un lavoratore con almeno sei mesi di servizio presso lo stesso datore di lavoro, che abbia completato l'eventuale periodo di prova, possa chiedere una forma di lavoro con condizioni di lavoro più prevedibili e sicure, se disponibile».

(4) «Gli Stati membri possono prevedere, sulla base di motivi oggettivi, che le disposizioni di cui al capo III non si applichino a funzionari pubblici, servizi pubblici di emergenza, forze armate, autorità di polizia, magistrati, pubblici ministeri, investigatori o altri servizi preposti all'applicazione della legge».

(5) «Per amministrazioni pubbliche si intendono tutte le amministrazioni dello Stato, ivi compresi gli istituti e scuole di ogni ordine e grado e le istituzioni educative, le aziende ed amministrazioni dello Stato ad ordinamento autonomo, le Regioni, le Province, i Comuni, le Comunità montane, e loro consorzi e associazioni, le istituzioni universitarie, gli Istituti autonomi case popolari, le Camere di commercio, industria, artigianato e agricoltura e loro associazioni, tutti gli enti pubblici non economici nazionali, regionali e locali, le amministrazioni, le aziende e gli enti del Servizio sanitario nazionale, l'Agenzia per la rappresentanza negoziale delle pubbliche amministrazioni (ARAN) e le Agenzie di

Sono stati parimenti esclusi i rapporti di lavoro marittimi e del settore della pesca ed i rapporti di lavoro domestici ⁽⁶⁾.

Come accennato in precedenza, invece, il diritto di chiedere il riconoscimento di una forma di lavoro con condizioni differenti è garantito, in base a quanto previsto in linea generale dall'art. 1, comma 1, d.lgs. n. 104/2022, nell'ambito delle collaborazioni etero-organizzate di cui al d.lgs. n. 81/2015, art. 2, delle collaborazioni coordinate e continuative *ex art.* 409, n. 3), c.c. e dei contratti di collaborazione occasionale.

Peraltro, molto spesso i confini tra collaborazioni coordinate e continuative, collaborazioni etero-organizzate e lavoro subordinato sono assai sfumati: ne consegue che le interlocuzioni introdotte dall'istanza *ex art.* 10 d.lgs. n. 104/2022, laddove sfocino in un accordo tra le parti, ben possono rappresentare una svolta decisiva nei loro rapporti, anche con la composizione di (/rinuncia a) pretese relative a periodi pregressi e, quindi, con prevenzione dell'aleatorietà del contenzioso.

Non sussiste, invece, il diritto a chiedere la transizione per i lavoratori autonomi: infatti, malgrado il d.lgs. n. 104/2022, art. 10, abbia espressamente richiamato il lavoratore con un'anzianità di lavoro di almeno sei mesi presso lo stesso «*committente*», così evocando una figura che ricorre nella definizione contenuta nell'art. 2222 c.c., vale l'esclusione stabilita dal precedente art. 1, comma 4, d.lgs. cit. ⁽⁷⁾.

Già la direttiva (UE) 2019/1152, in effetti, si era esplicitamente mossa nel contesto delineato dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia UE ⁽⁸⁾, secondo la quale la caratteristica essenziale di un rapporto di lavoro è data dalla circostanza che una persona fornisca, per un certo periodo di tempo, a favore di un'altra e sotto la direzione di quest'ultima, prestazioni in cambio delle quali percepisca una retribuzione, senza che siano determinanti a tal fine la qualificazione giuridica nel diritto nazionale e la forma di tale rapporto nonché la natura del nesso giuridico che lega le due persone.

Dunque, in sede di emanazione della direttiva, a fronte della ricomprensione di una serie di categorie (quali i lavoratori a chiamata, i lavoratori intermittenti, i lavoratori a voucher, i lavoratori tramite piattaforma digitale, i tirocinanti e gli apprendisti), era stato specificato non avrebbero dovuto essere invece ricompresi i lavoratori «*effettivamente autonomi?*» ⁽⁹⁾ che, appunto, non avrebbero soddisfatto i predetti criteri.

cui al decreto legislativo 30 luglio 1999, n. 300. Fino alla revisione organica della disciplina di settore, le disposizioni di cui al presente decreto continuano ad applicarsi anche al CONI».

⁽⁶⁾ Come, del resto, già era stato specificamente stabilito dalla direttiva (UE) 2019/1152, art. 1, par. 7 ed 8.

⁽⁷⁾ «Sono esclusi dall'applicazione del presente decreto: a) i rapporti di lavoro autonomo di cui al titolo III del libro V del codice civile e quelli di lavoro autonomo di cui al decreto legislativo 28 febbraio 2021, n. 36».

⁽⁸⁾ Si veda, tra le altre, C. giust. 17 novembre 2016, C-216/15, Betriebsrat der Ruhrlandklinik gGmbH/Ruhrlandklinik gGmbH.

⁽⁹⁾ Si veda il considerando 8 della direttiva (UE) 2019/1152. Si contrappongono ai lavoratori «*effettivamente autonomi*» i lavoratori «*falsamente autonomi*». Il falso lavoro autonomo ricorre «quando il lavoratore, al fine di evitare taluni obblighi giuridici o fiscali, è formalmente dichiarato come lavoratore autonomo pur soddisfacendo tutti i criteri che caratterizzano un rapporto di lavoro».

3. L'oggetto della transizione: prevedibilità; sicurezza e stabilità

Nell'indagare le possibili declinazioni della transizione (*rectius* della richiesta di transizione), deve premettersi che ciascuno dei tre termini contemplati dalla norma in commento è dotato di significato autonomo e di portata indipendente, fermo restando che un'unica transizione può anche assicurare benefici su più versanti.

Si tratta, comunque, di clausole generali, evidentemente suscettibili di essere riempite dei contenuti più disparati.

È altrettanto opportuno precisare come il passaggio non debba tradursi necessariamente nella transizione da un tipo contrattuale ad un altro.

Piuttosto, la disposizione in esame, nel rendere possibili richieste aventi ad oggetto forme di lavoro a condizioni differenti rispetto a quelle originarie, lascia intendere come la variazione (e, dunque, prima ancora, la richiesta del lavoratore) potrebbe anche interessare singole clausole, senza che si faccia ingresso in un altro contratto/rapporto nominato.

Tanto premesso, prendendo le mosse dalla prevedibilità, essa riguarda l'organizzazione del lavoro e, di conseguenza, la sua programmazione.

Il che vuol dire che l'oggetto della richiesta di condizioni di lavoro maggiormente prevedibili può certamente consistere nell'abbandono di un rapporto di lavoro intermittente di cui al d.lgs. 81/2015, artt. 13 e ss., o, nell'ambito di quest'ultimo, nel passaggio dalla disponibilità ad una mera facoltà di riposta.

Non necessariamente, comunque, le condizioni di differente prevedibilità sono destinate a tradursi in una maggiore fissità di luoghi ed orari di esecuzione delle prestazioni. Il miglioramento che può essere posto a base dell'istanza, infatti, è quello che il lavoratore percepisca come tale, in base alle proprie esigenze e condizioni personali e di vita.

Del resto, è la stessa direttiva (UE) 2019/1152 a non porre vincoli al riguardo.

Proprio per quanto appena osservato, dunque, lo strumento della transizione può anche atteggiarsi come proficuo ed efficace ponte per le convenzioni di lavoro agile.

In effetti, il d.lgs. n. 104/2022, nel procedimentalizzare una fase di trattative e nel vincolare il datore di lavoro ad esprimersi, funge da spinta anche verso la conclusione degli accordi previsti dalla l. n. 81/2017, artt. 18 e ss., visto che, in passato, in quest'ultimo ambito, non esistevano meccanismi giuridici che veicolassero i datori di lavoro ad una risposta.

Certamente poi, la nozione di prevedibilità involge anche profili concernenti gli orari di lavoro.

Su quest'ultimo versante, però, v'è già una disciplina esaustiva della trasformazione del rapporto di lavoro da tempo pieno a tempo parziale (e viceversa), rispetto alla quale, pur volendosi riconoscere al d.lgs. 104/2022, art. 10, un residuo spazio operativo⁽¹⁰⁾, resterebbero comunque dei complessi profili di coordinamento.

Passando al concetto di sicurezza, esso certamente coinvolge l'operatività delle tutele previdenziali che sono escluse o variamente graduate per certe forme di lavoro e, viceversa, sono pienamente efficaci per altre, sia in costanza di rapporto (si pensi, ad esempio, a maternità, malattia, possibilità di astensione per assistenza a portatori di

⁽¹⁰⁾ Anche nella parte in cui è ivi regolamentata la reiterazione della richiesta di transizione, dopo che siano trascorsi almeno sei mesi dalla precedente.

handicap), sia a fronte della sua cessazione (si pensi agli ammortizzatori sociali o alla tutela contro la disoccupazione).

Quanto, da ultimo, al concetto di stabilità ⁽¹¹⁾, esso evoca la permanenza del vincolo contrattuale e, soprattutto, le condizioni di legittimo recesso da parte del datore di lavoro o del committente.

Si tratta quindi non solo delle possibili iniziative per l'ingresso nell'alveo del lavoro *ex art. 2094 c.c.*, ma anche di quelle di conversione di un rapporto di lavoro subordinato a termine in un rapporto di lavoro subordinato a tempo indeterminato.

In linea teorica, neppure è da escludere che, a fronte di un'esperienza lavorativa già maturata per almeno sei mesi presso lo stesso utilizzatore, le istanze di transizione siano a quest'ultimo rivolte da un lavoratore in somministrazione, affinché provveda al suo reclutamento.

Si tratterebbe certamente di un discostamento rispetto al concetto base della somministrazione di lavoro, poiché il datore di lavoro è pur sempre l'agenzia autorizzata secondo il d.lgs. n. 276/2003.

Nulla preclude, comunque, che il lavoratore assuma un'iniziativa di tal fatta, salva la verifica della configurabilità di un diritto alla richiesta di transizione per il caso in cui l'utilizzatore dovesse rimanere silente o fornire risposta negativa motivata sulla peculiare configurazione del rapporto.

4. L'esercizio del diritto

A proposito delle disposizioni di dettaglio, si deve verificare se il testo legislativo possa prestarsi ad equivoci interpretativi.

I nodi problematici più delicati, verosimilmente, si possono ingenerare a proposito del contenuto della risposta negativa e con riguardo alla reiterazione della richiesta che sia già stata respinta.

Sul primo versante (motivazione della risposta negativa), malgrado l'inciso «*se disponibile*» sia testualmente riferito alla richiesta del lavoratore, è chiaro che esso rappresenti il nucleo essenziale del responso che datore di lavoro o committente dovranno fornire.

Quanto, poi, alla discrezionalità di cui si dispone ed alla esaustività e veridicità della risposta, il tema del lavoratore insoddisfatto coinvolge la più generale questione degli strumenti di tutela esperibili, sui quali ci si soffermerà nel prosieguo.

Sul secondo versante (reiterazione della richiesta già rifiutata), si tratta di un profilo piuttosto delicato, poiché occorre riequilibrare i possibili contrapposti assetti di interessi.

Da un lato, quello del prestatore di lavoro/collaboratore ad ottenere il risultato anelato; dall'altro lato, quello della controparte a proseguire senza variazioni, avendo già esplicitato le ragioni per le quali non sia percorribile la soluzione richiesta.

Di fondo, in assenza di sopravvenienze, le esigenze del lavoratore dovrebbero considerarsi recessive.

⁽¹¹⁾ Sul quale si è parallelamente aperto un ampio dibattito per effetto della pronuncia di cui a Cass. 6 settembre 2022, n. 26246.

Per questo, non risulta irragionevole la facoltà di risposta orale, a fronte di un'istanza appunto ripetuta, limitata alle sole persone fisiche datrici di lavoro / imprese che occupino fino a cinquanta dipendenti ⁽¹²⁾.

Vengono in considerazione, in effetti, interlocutori per i quali, in ragione della maggiore personalizzazione del rapporto di lavoro e delle predette dimensioni, occorre evitare, da un lato, un appesantimento alla funzionalità dell'impresa e, dall'altro lato, gli eventuali disagi correlati alla gestione di plurime richieste formulate nello stesso arco di tempo da più interessati. Tanto più alla luce della previsione del termine di un mese per fornire risposta.

Nella medesima prospettiva, peraltro, neanche sarebbe peregrino immaginare che la decorrenza del termine di 6 mesi, prima del quale non può essere presentata la nuova istanza, sia agganciata non alla data di presentazione della prima, ma alla successiva data di risposta.

Ciò, al fine di preservare il più possibile committenti e datori di lavoro dai rischi di abusi dello strumento giuridico in esame e malgrado il testo della norma pare deporre in senso esattamente opposto ⁽¹³⁾.

5. Gli strumenti previsti contro reazioni illegittime di datori di lavoro e committenti

Ciò posto, v'è da rimarcare come il Capo IV della direttiva (UE) 2019/1152, dedicato alle disposizioni orizzontali, abbia imposto agli Stati membri di provvedere affinché i lavoratori beneficino di un diritto di ricorso (art. 16) e, comunque, siano vietati trattamenti sfavorevoli (art. 17) o licenziamenti (art. 18) correlati all'esercizio dei diritti stabiliti sulla direttiva stessa.

Posto che tali garanzie si riferiscono (oltre ai precetti di trasparenza) anche alle richieste di passaggio a forme di lavoro maggiormente prevedibili, sicure e stabili, l'ordinamento giuridico italiano, prima ancora del recepimento della direttiva, era già certamente conforme alle disposizioni predette, perlomeno nella misura in cui valevano (e valgono, in ogni caso), gli obblighi di forma scritta e di motivazione del licenziamento, nonché la regola che assegna al datore di lavoro l'onere di dimostrare le ragioni giustificative dell'atto di recesso.

Con il d.lgs. n. 104/2022, art. 14, comma 2, tuttavia, si è cercato di rafforzare il sistema di tutele, poiché, «fatta salva la disciplina di cui all'articolo 2 della legge 15 luglio 1966, n. 604», è stata altresì contemplata la possibilità di espressa richiesta al datore di lavoro / committente dei motivi dell'estromissione o di misure equivalenti al licenziamento. Ebbene, tale tentativo, perlomeno sul versante dei licenziamenti, difficilmente sarà in grado di aggiungere altre garanzie a quelle già esistenti e, invero, pare essere frutto dello scrupolo del legislatore nazionale di assicurare il più possibile il recepimento della direttiva.

⁽¹²⁾ Nessuna menzione viene comunque fatta ai committenti e tale omissione non trova obiettiva giustificazione.

⁽¹³⁾ «Il lavoratore che abbia ricevuto risposta negativa può presentare una nuova richiesta dopo che siano trascorsi almeno sei mesi dalla precedente».

Non è, infatti, per nulla agevole immaginare l'esplicitazione, dietro richiesta, di motivi diversi ed ulteriori rispetto a quelli afferenti ad una giusta causa o ad un giustificato motivo soggettivo ed oggettivo di scioglimento unilaterale del rapporto.

Il legislatore nazionale, in realtà, si è spinto oltre, poiché si è pure avvalso della facoltà, rimessa agli Stati membri, di imporre un regime probatorio più favorevole ai lavoratori.

Tuttavia, anche su questo versante, non sembra rintracciabile un assetto particolarmente innovativo.

Secondo le regole generali è onere del lavoratore dimostrare i fatti posti a fondamento di una domanda di accertamento della nullità *ex* art. 1345 c.c., per ritorsività.

Ciò vuol dire che il lavoratore, in mancanza delle norme di miglior favore, laddove avesse allegato di essere stato licenziato per aver richiesto la transizione ad una migliore forma di occupazione, sarebbe stato tenuto a dimostrare i fatti posti a fondamento di siffatta prospettazione.

Nel nuovo sistema normativo, invece, per espressa previsione del d.lgs. 104/1992, art. 14, comma 3, sarà onere del datore di lavoro (o del committente) fornire una prova contraria, qualora il lavoratore faccia ricorso all'autorità giudiziaria competente, asserendo che il licenziamento o un trattamento sfavorevole sia conseguenza dell'esercizio del diritto alla richiesta di transizione verso diverse forme di lavoro.

Il punto è che, però, assenti particolari difficoltà di provare di aver proposto richiesta di transizione ad una diversa forma di occupazione (visto che l'istanza deve avere forma scritta), l'atto datoriale continuerà ad essere nullo solo laddove la ragione ritorsiva si palesi come motivo illecito unico e determinante.

Quindi, l'aver fatto gravare sulla parte datoriale l'onere della prova non smuove i normali criteri di giudizio: la domanda di nullità continuerà ad essere respinta o accolta a seconda che parte datoriale dimostri o meno la sussistenza di una giustificazione delle proprie determinazioni, diversa rispetto alla mera reazione ad una richiesta di transizione.

6. La tutela giurisdizionale

Resta da comprendere quali siano i possibili margini di sindacato giudiziale sulla fattispecie.

Sul punto, deve innanzitutto svolgersi una considerazione di fondo, ossia che datori di lavoro e committenti godono, nell'alveo della loro libertà di iniziativa economica, dei più ampi margini di valutazione e decisione.

Essi sono, pertanto, liberi di non dare seguito alle richieste di transizione verso forme di lavoro a differenti condizioni, secondo apprezzamenti rimessi alla loro integrale discrezionalità, ivi compresi quelli relativi alla funzionalità dell'impresa.

In particolare, in senso speculare a quanto chiarito dalla giurisprudenza in materia di giustificato motivo oggettivo di licenziamento ⁽¹⁴⁾, il rigetto della richiesta di transizione ben potrà avvenire per ragioni di maggiore convenienza in termini di redditività dell'impresa, non essendo quindi specificamente vincolato a situazioni di crisi e comunque di difficoltà economiche.

(14) Cass. 7 dicembre 2016, n. 25201.

Del resto, se la direttiva (UE) 2019/1552 e, dunque, il d.lgs. 104/2022, art. 10, avessero inteso garantire, in sé considerata, la transizione, lo avrebbero fatto esplicitamente, stabilendo un complesso di presupposti e condizioni per la sua possibile realizzazione.

Può allora dirsi che l'ordinamento, come risultante dalla disposizione normativa in commento, non prevede un diritto all'ottenimento di forme di lavoro più prevedibili, sicure e stabili, ma si limita a garantire la facoltà del lavoratore di formulare una richiesta di questo tenore e, soprattutto, assicura una motivata risposta.

V'è poi da precisare che il tema degli strumenti di tutela giurisdizionale non riguarda quelle ipotesi in cui vi sia difformità tra qualificazione del rapporto contenuta nel contratto e sua effettiva attuazione.

La transizione a forme di lavoro con condizioni migliori per il lavoratore (o il collaboratore), infatti, si fonda sul presupposto implicito dell'esattezza del tipo contrattuale prescelto al momento dell'instaurazione del rapporto.

E' chiaro, comunque, che, in caso di situazioni sfumate, di difficile inquadramento e collocazione giuridica, i lavoratori (o i collaboratori) potranno avere degli argomenti e delle motivazioni maggiori a richiedere la trasformazione e su tali questioni il datore di lavoro (committente) non potrà soprassedere in sede di risposta.

Fatte queste precisazioni, se è da escludere una valutazione sul merito della determinazione assunta dal datore di lavoro / committente, non è affatto precluso un sindacato giudiziale estrinseco, sulla completezza ed esaustività della risposta, nonché sull'aderenza alla realtà dei motivi addotti a fondamento del diniego di transizione.

Ciò, in particolare, in un contesto in cui si chieda al giudice, non già di costituire una diversa forma di rapporto⁽¹⁵⁾, ma piuttosto di condannare il datore di lavoro (/ committente) al risarcimento dei danni che siano stati cagionati dalla condotta contraria agli obblighi di buona fede e correttezza.

In effetti, il tratto essenziale della nuova disciplina è quello di aver istituzionalizzato delle trattative per il miglioramento delle condizioni di lavoro; dunque, la sua fondamentale conseguenza, sul versante della tutela giurisdizionale dei diritti, è quella di aver agevolato forme di responsabilità *ex art. 1337 c.c.*, quasi creando una nuova fattispecie di responsabilità di diritto civile nell'ambito dei rapporti di lavoro (subordinato e parasubordinato) e delle collaborazioni (etero – organizzate ed occasionali).

Quindi, una responsabilità precontrattuale, anche per recesso ingiustificato dalle trattative, che può condurre al ristoro del (solo) pregiudizio correlato all'interesse negativo, costituito sia dalle spese inutilmente sopportate in vista della conclusione del nuovo contratto, sia, soprattutto, per quel che interessa nella presente sede, dalla perdita di altre occasioni di stipulazione¹⁶.

⁽¹⁵⁾ Poiché, come detto, non vi è un obbligo a contrarre, tutelabile attraverso il rimedio dell'art. 2932 c.c.

⁽¹⁶⁾ Con un ammontare liquidabile anche in via equitativa, sulla base di criteri logici e non arbitrari: Cass. 3 dicembre 2015, n. 24625.

7. I rimedi contro l'inerzia

Da ultimo, occorre considerare l'ipotesi in cui la parte datoriale sia rimasta silente nel termine assegnato dalla norma.

In questi frangenti, non è da escludere un'azione in sede giurisdizionale per ottenere che il soggetto tenuto si pronunci.

Quindi, una condanna ad un *facere*, rispetto alla quale non v'è alcuna preclusione astratta nel sistema del diritto processuale civile ma, piuttosto, residua una concreta difficoltà di esecuzione forzata ⁽¹⁷⁾.

Parallelamente, il silenzio serbato dal datore di lavoro/committente potrà essere invocato dal lavoratore quale elemento di giudizio nell'ambito di cause volte ad ottenere il riconoscimento di forme di lavoro differenti, rispetto alle quali, a prescindere dall'istanza, in forza della normativa settoriale di riferimento, già sussistevano i presupposti previsti.

⁽¹⁷⁾ Alla luce del rilievo che l'art. 612 – *bis* c.p.c. non si applica alle controversie di lavoro subordinato e ai rapporti di collaborazione coordinata e continuativa di cui all'articolo 409 c.p.c.

La formazione obbligatoria ai sensi dell'art. 11 del d.lgs. n. 104/2022

di Federica Stamerra

Abstract – Il commento riguarda l'art. 11 del d.lgs. n. 104/2022, attuativo della direttiva (UE) 2019/1152. Dopo aver analizzato il contenuto della norma, ci si chiede se la pedissequa trasposizione, da parte del legislatore italiano, della normativa europea non abbia dato luogo ad ulteriori problematiche interpretative ed applicative, che contribuirebbero a complicare le questioni relative al ruolo della formazione, nel rapporto e nel mercato.

Abstract – The essay concerns the art. 11 of the legislative decree n. 104/2022, implementing directive (EU) 2019/1152. After analysing the content of the law, one wonders whether the slavish transposition, by the Italian legislator, of the European legislation has not given rise to further interpretative and application problems, which could contribute to make more complicated the questions relating to the role of training, in the contractual relationship and in the market.

Sommario: 1. Introduzione. La formazione obbligatoria nella direttiva (UE) 2019/1152 e nel d.lgs. n. 104/2022. – 2. L'informazione della formazione obbligatoria. – 3. Le ipotesi di formazione previste dall'art. 11 del d.lgs. n. 104/2022. – 3.1. Il primo comma. La formazione funzionale alla prestazione di lavoro. – 3.2. Il secondo comma. La formazione per ottenere, mantenere o rinnovare una qualifica professionale. – 3.3. Il terzo comma. La formazione in materia di sicurezza e le differenze con la formazione obbligatoria di cui al d.lgs. n. 104/2022. – 4. Conclusioni.

1. Introduzione. La formazione nella direttiva (UE) 2019/1152 e nel d.lgs. n. 104/2022

La direttiva (UE) 2019/1152 delinea le prescrizioni minime relative alle condizioni di lavoro, nonché i nuovi obblighi informativi che gravano sulla parte datoriale ⁽¹⁾. Il fine ultimo, che dovrebbe garantire un innalzamento della tutela per tutti i lavoratori dell'Unione europea, è individuato in «un'occupazione più trasparente e prevedibile, garantendo nel contempo l'adattabilità del mercato del lavoro» ⁽²⁾. Da una parte, quindi, il dovere di trasparenza nell'ambito del rapporto contrattuale; dall'altra, la tutela della condizione del lavoratore, da assicurare attraverso quelle che nel capo III vengono rubricate come «prescrizioni minime relative alle condizioni di lavoro», che spaziano dalla durata del periodo di prova alla formazione obbligatoria, passando per

⁽¹⁾ Cfr. le circolari INL 10 agosto 2022, n. 4, e Min. lav. 20 settembre 2022, n. 19.

⁽²⁾ Art. 1, nonché considerando 46, direttiva (UE) 2019/1152.

la regolamentazione degli impieghi paralleli, della prevedibilità minima del lavoro, della transizione da un impiego all'altro.

La rubrica dell'art. 13 della direttiva (UE) 2019/1152 (anticipato dal considerando 37 della stessa), recepita nell'art. 11 del d.lgs. n. 104/2022 ⁽³⁾, richiama la formazione obbligatoria, pur se come si vedrà la norma non introduce un nuovo e diverso obbligo formativo rispetto a quelli già previsti dalla legge o dalla contrattazione collettiva ma ne regola le modalità di realizzazione (*id est* adempimento).

L'art. 13 citato statuisce che quando il datore di lavoro è tenuto a garantire al proprio dipendente la formazione volta all'esplicazione della mansione, quest'ultima va erogata gratuitamente, è da considerarsi orario di lavoro e, ove possibile, deve svolgersi durante lo stesso. Viceversa, l'art. 11 del decreto trasparenza regola tre diverse ipotesi di formazione, una per ciascun comma di cui la norma si compone; il primo riguarda la formazione obbligatoria per legge o per previsione del contratto collettivo funzionale all'adempimento della prestazione; il secondo la formazione che soddisfa un'esigenza "manutentiva" o "adattativa" del lavoratore; il terzo riguarda la formazione in tema di sicurezza sul lavoro. L'elemento comune alle tre ipotesi è la riconduzione del tempo della formazione nel tempo di lavoro.

A siffatto obbligo entrambe le fonti affiancano quello informativo circa «il diritto a ricevere la formazione erogata dal datore di lavoro, se prevista» ⁽⁴⁾, quindi il lavoratore deve essere reso edotto al momento dell'assunzione delle attività formative alle quali per legge o per contratto collettivo ha diritto.

2. L'informazione della formazione obbligatoria

Partendo da quest'ultima disposizione, ci si chiede quale sia il contenuto dell'informativa, nel senso che «sembrerebbe infatti pleonastica la sola comunicazione del diritto senza la specificazione della formazione effettivamente dovuta» ⁽⁵⁾.

Il considerando 17 della direttiva (UE) 2019/1152 precisa che «le informazioni relative al diritto alla formazione fornito dal datore di lavoro dovrebbero poter assumere la forma di informazioni che comprendono, se del caso, il numero di giorni di formazione all'anno cui il lavoratore ha diritto e di informazioni in merito alla politica generale di formazione del datore di lavoro». Interpretando la norma interna alla luce del considerando incombe sul datore di lavoro l'obbligo di fornire al lavoratore le informazioni relative alla fruizione del diritto alla formazione in forma intellegibile, chiara e trasparente, in formato cartaceo o elettronico ⁽⁶⁾, al più entro un mese dall'inizio della prestazione lavorativa ⁽⁷⁾, ovvero entro sessanta giorni dalla richiesta del

⁽³⁾ E, di riflesso, nel d.lgs. n. 152/1997, modificato alla luce della direttiva in parola.

⁽⁴⁾ Vedi l'art. 4, comma 2, lett. b, della direttiva (UE) 2019/1152, nonché l'art. 1, comma 1, lett. i, del d.lgs. n. 152/1997, come sostituito dall'art. 4, comma 1, lett. a, del d.lgs. n. 104/2022.

⁽⁵⁾ M. MARRUCCI, *Sulla moltitudine degli obblighi d'informazione ai lavoratori introdotti con l'attuazione della normativa comunitaria relativa a condizioni di lavoro trasparenti e prevedibili*, in www.rivistalabor.it, 1° settembre 2022. Si veda anche il commento di L. MANNARELLI, in questo volume, tomo I, parte II, sez. II.

⁽⁶⁾ Art. 3, d.lgs. n. 104/2022, in merito al quale si veda il commento di F. NARDELLI, in questo volume, tomo I, parte II, sez. II.

⁽⁷⁾ Art. 1, d.lgs. n. 152/1997, come modificato dall'art. 4, comma 3, del d.lgs. n. 104/2022.

lavoratore ove lo stesso fosse già assunto alla data del 1° agosto 2022 ⁽⁸⁾. Nel caso in cui, in corso di rapporto, sopraggiungano delle variazioni degli elementi relativi alla formazione da erogare al lavoratore, il datore di lavoro deve comunicarlo entro il primo giorno di decorrenza ⁽⁹⁾, salvo che tale modifica non discenda dalla legge o dalla contrattazione collettiva.

L'ipotesi di modifica di maggiore rilievo riguarda lo *ius variandi* in quanto all'obbligo di formare il lavoratore alle nuove mansioni si accompagna la doppia informazione circa la modifica e la formazione.

Ulteriore specifico obbligo informativo ⁽¹⁰⁾ riguarda il contratto collettivo – anche aziendale – applicabile al rapporto: non sarà più consentito un generico richiamo al CCNL o alle relative clausole ⁽¹¹⁾, ma si dovrà mettere in condizione il lavoratore di conoscerne il contenuto, reperibile dal datore di lavoro sul sito del Ministero del lavoro e delle politiche sociali ⁽¹²⁾ – in realtà, già disponibile sul sito del CNEL – così da poter essere allegato all'informativa da consegnare al lavoratore all'atto della assunzione (o al più entro un mese dall'inizio della prestazione lavorativa). L'obbligo di indicare anche le parti stipulanti del CCNL previene in radice i possibili dubbi applicativi che potrebbero porsi nei casi in cui siano applicabili più contratti collettivi. Sul piano dell'obbligo formativo, questa informativa consente al lavoratore di essere edotto delle clausole negoziali in merito al conoscere la regolamentazione collettiva della formazione alla quale ha diritto vi compresa la possibile fruizione dei congedi per finalità formative, *ex l. n. 53/2000*.

La violazione di tali obblighi informativi comporta l'applicazione di una sanzione amministrativa pecuniaria da euro 250,00 a euro 1.500,00 per ciascun lavoratore interessato ⁽¹³⁾. A ben vedere, si tratta di una sanzione poco dissuasiva, in considerazione del fatto che, in caso di comportamenti datoriali elusivi, è necessaria una procedura a cura dell'Ispettorato nazionale del lavoro su impulso del lavoratore che non comporta necessariamente la messa a disposizione delle informazioni omesse: anche in caso di diffida accertativa *ex art. 13, d.lgs. n. 124/2004*, il datore di lavoro ben può decidere di soggiacere alla sanzione pecuniaria e di non mettere comunque in condizione il lavoratore di conoscere – e, quindi, di azionare – i diritti spettantegli. Questa ipotesi è da ritenere comunque ampiamente residuale, in quanto vantaggiosa solo nel caso in cui la formazione abbia un costo superiore rispetto alla sanzione (anche solo in termini

⁽⁸⁾ Art. 16, comma 2, d.lgs. n. 104/2022.

⁽⁹⁾ Art. 3, d.lgs. n. 152/1997, come modificato dall'art. 4, comma 1, lett. *d*, del d.lgs. n. 104/2022.

⁽¹⁰⁾ Art. 1, comma 1, lett. *g*, d.lgs. n. 152/1997, come modificato dall'art. 4, comma 1, del d.lgs. n. 104/2022.

⁽¹¹⁾ Sulla possibilità, precedentemente prevista dall'art. 1 del d.lgs. n. 152/1997, di rimandare alla contrattazione collettiva, si veda A. ZILLI, *La trasparenza nel lavoro subordinato*, Pacini, 2022, p. 130 ss.

⁽¹²⁾ Art. 1, comma 6, d.lgs. n. 152/1997, come modificato dall'art. 4, comma 1, del d.lgs. n. 104/2022. Anche questa norma genera una problematica applicativa, in quanto dal tenore letterale della disposizione si potrebbe ritenere che il datore di lavoro debba limitarsi a comunicare le informazioni messe a disposizione dal Ministero sul sito istituzionale. In realtà, questa conclusione è riduttiva, in quanto il datore di lavoro è il soggetto più vicino all'informazione – specialmente quando il contratto collettivo in questione è aziendale o contiene un accordo di prossimità, non sempre comunicati al CNEL e reperibili nella relativa banca dati.

⁽¹³⁾ Art. 19, comma 2, d.lgs. n. 276/2003, in applicazione dell'art. 4, comma 1, del d.lgs. n. 152/1997, come modificato dall'art. 4, comma 1, lett. *e*, del d.lgs. n. 104/2022. Sul punto, si veda il commento di S. ROSSI, in questo volume, tomo I, parte II, sez. II.

di ore di lavoro da remunerare) e non sia vantaggiosa per il datore di lavoro, al punto da rendere “efficiente” l’inadempimento datoriale.

Tale apparato normativo, corollario dell’art. 11 del d.lgs. n. 104/2022, mira a realizzare una duplice funzione: da un lato, riequilibrare l’asimmetria informativa tra datore e lavoratore ⁽¹⁴⁾, onde porre quest’ultimo in condizione di conoscere i propri diritti ed esercitarli; dall’altro, rendere consapevole il datore di lavoro che, nell’organizzare la propria attività, deve tenere in debita considerazione il diritto del lavoratore alla prevedibilità del suo orario di lavoro, affinché possa in tal modo fruire nel migliore dei modi del tempo di non lavoro. Che ad un’informazione completa corrisponda un completo godimento dei diritti spettanti al lavoratore, però, è più che lecito dubitare.

3. Le ipotesi di formazione previste dall’art. 11 del d.lgs. n. 104/2022

Riconducendo le ore di formazione nell’orario di lavoro, l’art. 11 distingue varie tipologie di formazione, spaziando da quella strettamente funzionale all’adempimento della prestazione lavorativa, passando per quella «necessaria al lavoratore» per l’avanzamento della sua professionalità, per approdare alla formazione in materia di sicurezza sul lavoro. Alle tre sottocategorie corrispondono altrettante disposizioni ciascuna caratterizzata dall’interesse tutelato.

Il primo comma riguarda la formazione funzionale all’esatto adempimento della prestazione lavorativa e quindi persegue l’interesse del datore di lavoro; il secondo è volto a preservare l’interesse del lavoratore (o, secondo alcune ricostruzioni, il diritto) ⁽¹⁵⁾ alla tutela della professionalità e all’aggiornamento della stessa; il terzo attiene invece alla sicurezza sul lavoro, autonomamente disciplinata nel TU n. 81/2008, che viene espressamente richiamato.

3.1. Il primo comma. La formazione funzionale alla prestazione di lavoro

La prima disposizione dell’art. 11, d.lgs. n. 104/2022, che recepisce fedelmente quella contenuta nella direttiva (UE) 2019/1152, rimanda con tutta evidenza all’art. 2103 c.c., relativo all’esercizio dello *ius variandi* orizzontale, ma a differenza di quest’ultimo senza operare un distinguo tra mansioni equivalenti, inferiori o superiori, dato indifferente rispetto all’obbligo formativo che le riguarda tutte, utilizzando, infatti, l’espressione “lavoro per cui sono impiegati”, che ricomprende anche mansioni diverse da quelle di assunzione. Qualunque sia la mansione alla quale il lavoratore venga adibito al momento dell’assunzione o successivamente la formazione ad essa funzionale, ove prevista dalla legge o dalla contrattazione collettiva, è orario di lavoro e possibilmente deve essere impartita nel corso dello stesso.

⁽¹⁴⁾ In tal senso, cfr. G. PROIA, *Trasparenza, prevedibilità e poteri dell’impresa*, in *Labor*, 2022, n. 6, p. 641 ss.

⁽¹⁵⁾ Sul diritto alla formazione come tutela della professionalità si veda, per tutti, D. GAROFALO, *Formazione e lavoro tra diritto e contratto. L’occupabilità*, Cacucci, 2004, pp. 344-348.

3.2. Il secondo comma. La formazione per ottenere, mantenere o rinnovare una qualifica professionale

La seconda disposizione è oggettivamente mal formulata sotto due profili.

Il primo afferisce alla testuale esclusione dell'obbligo di cui al comma 1, ma come si è già più volte detto il primo comma non introduce un "nuovo" obbligo formativo a carico del datore di lavoro ma regola le modalità di adempimento di obblighi già e se previsti dalle fonti eteronome ed autonome.

La seconda formulazione "impropria" riguarda il profilo teleologico della formazione "esclusa", che è quella finalizzata ad "ottenere, mantenere o rinnovare una qualifica professionale", sempre che non la prevedano le fonti prima citate, il che ricondurrebbe a quanto previsto nel primo comma.

E, per converso, se la «formazione professionale o la formazione necessaria al lavoratore» non sono collegate allo «svolgimento del lavoro per cui (i lavoratori) sono impiegati», non è necessario precisare l'esclusione dell'applicazione del primo comma, che non dovrebbe poter essere esteso alle fattispecie nelle quali l'interesse alla formazione non sia in qualche modo connesso all'adempimento dell'obbligazione *a latere praestatoris*.

Volendo individuare la *ratio legis* verosimilmente il secondo comma rappresenta la trasposizione poco meditata del considerando 37 della direttiva (UE) 2019/1152, che si può suddividere in tre parti. Difatti, la prima parte del considerando ⁽¹⁶⁾ è riprodotta quasi integralmente nel primo comma dell'art. 11, d.lgs. 104/2022, mentre la seconda parte ⁽¹⁷⁾ è pressoché identica al secondo comma (l'omissione di qualsiasi riferimento alla terza parte del considerando ⁽¹⁸⁾ meriterebbe una trattazione a sé). Questa ipotesi sarebbe supportata da un confronto con la formulazione in lingua originale del considerando 37: «that obligation does not cover *vocational training* or training required for *workers* to obtain, maintain or renew a professional qualification as long as the employer is not required by». Il riferimento è al *vocational training* – generalmente tradotto con la locuzione "formazione professionale", ma che si riferisce fundamentalmente ai percorsi professionalizzanti che consentono l'acquisizione di nuove competenze professionali finalizzate all'ottenimento di un titolo abilitante che consenta di reperire una nuova occupazione – e al *training required for workers*, ossia la formazione erogata nell'interesse del lavoratore per ottenere, mantenere o rinnovare una qualifica professionale.

⁽¹⁶⁾ «Se i datori di lavoro sono tenuti a norma del diritto dell'Unione o nazionale o di contratti collettivi a erogare una formazione ai lavoratori per lo svolgimento del lavoro per cui sono impiegati, è importante garantire che tale formazione sia erogata con equità a tutti i lavoratori, compresi quelli in forme di lavoro non standard. I costi di questa formazione non dovrebbero essere a carico del lavoratore né trattenuti o dedotti dalla retribuzione del lavoratore. Tale formazione dovrebbe essere computata come orario di lavoro e, ove possibile, dovrebbe svolgersi durante l'orario di lavoro».

⁽¹⁷⁾ «Detto obbligo non riguarda la formazione professionale o la formazione necessaria ai lavoratori per ottenere, mantenere o rinnovare una qualifica professionale, nella misura in cui il diritto dell'Unione o nazionale o un contratto collettivo non impongano al datore di lavoro di fornirla al lavoratore».

⁽¹⁸⁾ «Gli Stati membri dovrebbero adottare le misure necessarie per tutelare i lavoratori dalle pratiche abusive in materia di formazione», che sono tali e tante da necessitare un ripensamento dell'intero sistema di formazione professionale.

Il trapianto della norma unionale omette di considerare che ciascun ordinamento interno ha delle peculiarità ⁽¹⁹⁾ e pertanto sarebbe stato opportuno valutare se e come recepirla.

Una seconda possibile lettura è che il legislatore abbia voluto operare una differenziazione sulla base della tipologia di formazione, dell'interesse preso in considerazione e della fonte negoziale abilitata a disciplinare l'obbligo in capo al datore.

La base di partenza di questa opzione ermeneutica rimane la seconda parte del considerando 37 della direttiva (UE) 2019/1152, prima richiamata, che rimanda all'istituto dei congedi formativi disciplinati dalla l. n. 53/2000, che all'art. 6 prevede il diritto dei «lavoratori, occupati e non occupati» di «proseguire i percorsi di formazione per tutto l'arco della vita, per accrescere conoscenze e competenze professionali» ⁽²⁰⁾.

Resta in ogni caso la equivocità del richiamo alla formazione per “mantenere” una qualifica professionale ben collocabile nel primo comma, salvo in caso contrario a collidere con l'art. 2103 c.c.

3.3. Il terzo comma. La formazione in materia di sicurezza e le differenze con la formazione obbligatoria di cui all'art. 11 del d.lgs. n. 104/2022

Il terzo comma fa salvi gli artt. 36 e 37 del d.lgs. n. 81/2008, che disciplinano rispettivamente gli obblighi datoriali di informare e di formare i lavoratori in materia di sicurezza, considerati altresì «gli indici di misura dell'esatto adempimento da parte di ogni singolo lavoratore agli obblighi prevenzionistici previsti a suo carico» ⁽²¹⁾.

La formazione in materia di sicurezza sul lavoro viene declinata nel TU n. 81/2008 quale processo educativo volto non solo a rendere edotto il lavoratore circa i rischi connessi allo svolgimento dell'attività, ma anche a far sì che egli sia in grado di «riconoscere i pericoli e le condizioni che possono dar luogo a eventi indesiderati, in modo da poterne così prevenire i rischi e fronteggiare le emergenze» ⁽²²⁾ e ne enuclea le caratteristiche essenziali all'art. 37, comma 1, individuandoli nella sufficienza e nell'adeguatezza rispetto ai «concetti di rischio, danno, prevenzione, protezione, organizzazione della prevenzione aziendale, diritti e doveri dei vari soggetti aziendali,

⁽¹⁹⁾ Sul punto, si vedano ad es. le differenze tra l'ordinamento italiano, quello tedesco (cfr. R. BAHNMULLER, S. FISCHBACH, *I problemi della formazione continua in Germania: quale contributo dalle parti sociali?*, in *DRI*, 2007, n. 1, p. 64 ss.; H. SEIFERT, *Nuove soluzioni individuate dalle parti sociali per promuovere la formazione continua*, ivi, p. 52 ss.) e quello francese (cfr. M. CORTI, *L'edificazione del sistema italiano di formazione continua dei lavoratori*, in *RGL*, 2007, n. 1, p. 163 ss.; L. RUSTICO, *Nuove finalità, strumenti e mezzi per la formazione permanente: l'apprendimento come diritto individuale*, in *DRI*, 2009, n. 4, p. 1177 ss.). Più di recente, in merito al diritto italiano, si veda C. VALENTI, *Il diritto soggettivo alla formazione continua dei lavoratori: un'analisi delle buone pratiche nel panorama internazionale*, in *LLI*, 2021, n. 1, p. 54 ss.

⁽²⁰⁾ Si veda per tutti C. ALESSI, *Congedi parentali, formativi e tempi della città*, in *NLCC*, 2001, n. 6, p. 1275 ss.

⁽²¹⁾ D. CAGETTI, *Art. 36, D. lgs. 9 aprile 2008, n. 81*, in R. DE LUCA TAMAJO, O. MAZZOTTA (a cura di), *Commentario breve alle leggi sul lavoro*, Cedam, 2018, p. 2467. Rispetto alla formazione e all'informazione, l'addestramento si pone su un livello diverso, integrativo della formazione e al quale si ricorre solo «ove previsto», ossia «quando è necessario istruire il lavoratore in ordine alle corrette modalità di svolgimento di una attività lavorativa o delle operazioni che debbono compiersi nel suo svolgimento» (D. CAGETTI, *Art. 37, D. lgs. 9 aprile 2008, n. 81*, ivi, p. 2475).

⁽²²⁾ D. CAGETTI, *Art. 37, D. lgs. 9 aprile 2008, n. 81*, cit., p. 2475.

organi di vigilanza, controllo, assistenza»⁽²³⁾ e i «rischi riferiti alle mansioni e ai possibili danni e alle conseguenti misure e procedure di prevenzione e protezione caratteristici del settore o comparto di appartenenza dell'azienda»⁽²⁴⁾.

Alla formulazione del d.lgs. n. 626/1994 il d.lgs. 81/2008 aggiunge la dimensione pratica dell'addestramento, ripartendo così «i tre diversi piani concettuali all'interno dei quali si collocano gli obblighi dei vari soggetti gravati di una specifica posizione di garanzia ai fini della tutela della salute e della sicurezza dei lavoratori»⁽²⁵⁾.

Per quanto concerne il rapporto tra formazione e orario di lavoro, l'art. 37, comma 12, del d.lgs. n. 81/2008 prescrive espressamente che «la formazione dei lavoratori e dei loro rappresentanti deve avvenire [...] durante l'orario di lavoro e non può comportare oneri economici a carico dei lavoratori». A differenza dell'art. 11 del decreto trasparenza, la norma in questione disciplina la riconduzione del tempo di formazione in quello di lavoro senza specificare “ove possibile”.

È ragionevole ritenere che i motivi della differenza testuale siano da ricercare proprio nella pedissequa riproduzione, da parte della norma del decreto trasparenza, della direttiva (UE) 2019/1152 la quale, al considerando 37⁽²⁶⁾, riferendosi alla formazione volta all'adempimento della prestazione⁽²⁷⁾, dispone testualmente che la detta formazione «should count as working time and, where possible, should be carried out during working hours».

Guardando alla versione in lingua originale, è evidente la distinzione tra tempo di lavoro (*working time*) e orario di lavoro (*working hours*)⁽²⁸⁾, assente nella versione tradotta della direttiva e nella relativa trasposizione nel decreto Trasparenza. La traduzione corretta⁽²⁹⁾ avrebbe messo in luce la reale *intentio legis*, che non è quella di computare *ove possibile* la formazione nell'orario – lasciando aperto l'interrogativo sulla qualificazione delle ore di formazione *ove non possibile* il relativo svolgimento nel corso dell'orario di lavoro – ma quella che, data per presupposta l'indiscussa imputabilità delle ore di formazione al tempo di lavoro, ne prescrive, se possibile, la loro collocazione nell'orario lavorativo. Ecco che la dicitura “ove possibile”⁽³⁰⁾ assume tutta un'altra valenza, relativa non più alla riconduzione della formazione al tempo di lavoro, ma alla sua collocazione nell'ordinaria giornata lavorativa.

⁽²³⁾ Art. 37, comma 1, lett. a, d.lgs. n. 81/2008.

⁽²⁴⁾ Art. 37, comma 1, lett. b, d.lgs. n. 81/2008.

⁽²⁵⁾ A. ANDREANI, *Art. 37, D. lgs. 9 aprile 2008, n. 81*, in *One Legale*, p. 5 della versione digitale.

⁽²⁶⁾ Sul quale cfr. anche § 3.2.

⁽²⁷⁾ «Where employers are required by Union or national law or collective agreements to provide training to workers to carry out the work for which they are employed».

⁽²⁸⁾ Su cui si veda P. ALLEVA, *Il tempo di lavoro*. in AA.VV., *Il tempo di lavoro. Atti delle Giornate di studio di diritto del lavoro. Genova, 4-5 aprile 1986*, Giuffrè, 1987, pp. 39-40: «non può essere negato, anzitutto, che il “tempo di lavoro” quale componente della vita biologica e sociale della persona, non soltanto si differenzia, ma talvolta addirittura si oppone, proprio come concetto, all’“orario di lavoro” quale collocazione della prestazione lavorativa all'interno di un intervallo temporale determinato: lo chiarisce con evidenza che esonera dalla dimostrazione la comune esperienza per cui ad una diminuzione meccanicamente misurabile dell'orario di lavoro (giornaliero, settimanale, ecc.) può far riscontro una accentuata pervasività del tempo di lavoro».

⁽²⁹⁾ «La detta formazione dovrebbe contare come tempo di lavoro e, se possibile, dovrebbe svolgersi durante le ore di lavoro».

⁽³⁰⁾ Nella versione inglese, «where possible».

Al netto delle differenze testuali analizzate, la normativa sulla sicurezza e quella sulla trasparenza sembrano profondamente legate, oltre che dal divieto di rendere la formazione impartita economicamente gravosa per il lavoratore, anche dalla *ratio* che, in entrambi i casi, anima la computabilità della formazione nell'orario di lavoro. Sebbene, infatti, il terzo comma dell'art. 11 del d.lgs. n. 104/2022 faccia salve le disposizioni in materia di sicurezza relative alla formazione e all'informazione dei lavoratori, rimarcando come la sicurezza sia oggetto di obblighi e doveri specifici volti alla tutela di interessi diversi e preminenti rispetto alla trasparenza e alla prevedibilità delle condizioni di lavoro, il filo che lega il d.lgs. n. 104/2022 al d.lgs. n. 81/2008 è costituito proprio dalla demarcazione dei confini dell'orario di lavoro da parte del legislatore all'interno della quale è ammessa la formazione in quanto attività legata all'esecuzione della prestazione in termini di tutela della sicurezza e della salute in un caso, di esatto adempimento dall'altro.

4. Conclusioni

La riconduzione della formazione nell'orario di lavoro non è una novità: non solo poiché già sostenuta ed argomentata in una recente sentenza della Corte di giustizia⁽³¹⁾, ma anche in quanto ricavabile dall'interpretazione sistematica delle disposizioni civilistiche, in particolare di quelle specifiche per il *lavoro nell'impresa* di cui al titolo ii, libro V, relative all'organizzazione e direzione imprenditoriale enucleate negli artt. 2082 e 2094 c.c. Le due norme citate sono state richiamate dalla giurisprudenza più recente a sostegno della qualificazione come orario di lavoro del tempo di vestizione del lavoratore (c.d. tempo tuta)⁽³²⁾, in tutti i casi in cui la detta vestizione costituisca

⁽³¹⁾ Nella recente sentenza C. giust. 28 ottobre 2021, causa C-909/19, la Corte ha statuito che «L'articolo 2, punto 1, della direttiva 2003/88/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 4 novembre 2003, concernente taluni aspetti dell'organizzazione dell'orario di lavoro, deve essere interpretato nel senso che il lasso di tempo durante il quale un lavoratore segue una formazione professionale impostagli dal suo datore di lavoro, che si svolge al di fuori del suo luogo di lavoro abituale, nei locali del prestatore dei servizi di formazione, e durante il quale egli non esercita le sue funzioni abituali, costituisce "orario di lavoro", ai sensi di tale disposizione» (massima redazionale in *One Legale*).

⁽³²⁾ Cfr. App. Roma 18 maggio 2022, n. 1973, che ha ribadito come «il tempo necessario a indossare l'abbigliamento di servizio (c.d. "tempo tuta") costituisce tempo di lavoro soltanto ove qualificato da eterodirezione, in difetto della quale l'attività di vestizione rientra nella diligenza preparatoria inclusa nell'obbligazione principale del lavoratore e non dà titolo ad autonomo corrispettivo». In tal senso, cfr. Cass. ord. 7 giugno 2021, n. 15763; Cass. ord. 11 gennaio 2019, n. 505; Cass. ord. 25 febbraio 2019, n. 5437; Cass. 13 aprile 2015, n. 7396; Cass. 7 febbraio 2014, n. 2837; Cass. 7 giugno 2012, n. 9215; Cass. 10 settembre 2010, n. 19358; nella giurisprudenza di merito, cfr. Trib. Reggio Calabria 18 gennaio 2022, n. 83; Trib. Pescara 10 giugno 2016, n. 558; Trib. Cassino 23 settembre 2015, n. 486; Trib. Pisa 20 marzo 2014. Come precisato inoltre da Trib. Cuneo 22 marzo 2022, n. 16, «il tempo necessario per la vestizione/svestizione è da computarsi a pieno titolo nell'orario di lavoro: infatti, nelle occupazioni che richiedono di indossare un abito da lavoro, il cambio assurge a condizione necessaria per operare all'interno dell'ambiente di lavoro. Pertanto, quand'anche siano assenti direttive interne specifiche che espressamente lo prevedano, il c.d. "tempo tuta" va considerato come una azione "eterodiretta" e non meramente preparatoria allo svolgimento dell'attività lavorativa rimessa, quanto alle modalità ed ai tempi di svolgimento, alla mera scelta del lavoratore, sicché essa non può essere collocata al di fuori dell'orario di lavoro». Così Cass. ord. 11 febbraio 2019, n. 3901; Cass. 22 novembre 2017, n. 27799; nella giurisprudenza di merito, App. Genova 30 maggio 2012, n. 558. È

un'«attività espletata in ossequio al potere direttivo dell'imprenditore e nel suo esclusivo interesse»⁽³³⁾. Proveniente da una risalente sentenza della Corte di Cassazione⁽³⁴⁾, tale definizione sembra adattarsi anche al caso deciso dalla Corte di giustizia nel 2021: sebbene relativi alle ore di formazione e non al tempo impiegato per indossare la divisa, si ritiene che gli elementi che la compongono sussistano anche nel caso della formazione obbligatoria, che deve pertanto essere computata nell'orario di lavoro. La chiave di lettura che permette di giungere all'assimilabilità della formazione all'orario di lavoro è proprio il vincolo di subordinazione del dipendente definito dall'art. 2094 c.c. ed espresso in quello «stato di soggezione del lavoratore, che nasce dal contratto e resta individuato dall'assetto delle obbligazioni che ne derivano»⁽³⁵⁾. Eppure, pur recependo una ricostruzione condivisa e sorretta da interpretazioni normative pacifiche, la norma non può certo ritenersi pleonastica, poiché attribuisce alla regolazione del rapporto tra formazione e orario di lavoro il rango normativo che essa merita.

qui che emerge il parallelismo richiamato: ove la formazione sia “opportuna” per lo svolgimento della prestazione, resta rimessa alla discrezionalità del lavoratore e rientra ora nella diligenza inclusa nell'obbligazione principale (se spontanea) ora nell'eterodirezione (se disposta dal datore); laddove, invece, la formazione sia “necessaria” per lo svolgimento della mansione (per competenze chiaramente non rilevanti quale prerequisite al momento dell'assunzione, ma rese necessarie in corso di rapporto), non può che essere obbligatoria per il datore e rientrare nell'orario di lavoro. *Contra*, si rileva una risalente posizione precedente della giurisprudenza di merito in base alla quale il tempo-tuta non costituirebbe “lavoro” e, quindi, non dovrebbe essere retribuita: tale orientamento si può riassumere con la conclusione che «laddove le operazioni di vestizione (e di svestizione) della tuta sono necessariamente strumentali all'obbligazione principale nessuna retribuzione aggiuntiva deve essere corrisposta rispetto a quella già pattuita, in quanto in questa già contemplata» (G. RIGANÒ, *Nota in materia di cosiddetto tempo-tuta, ossia la computabilità o meno nell'orario di lavoro del tempo necessario ad indossare gli indumenti da lavoro*, in *GI*, 2001, n. 11, p. 924). In tal senso, si veda Cass. 28 marzo 1992, n. 3845, in *NGL*, 1992, p. 496 ss., e, nella giurisprudenza di merito, Trib. Napoli 16 gennaio 2006, n. 1093; Trib. Napoli 11 gennaio 2006, n. 577; App. Torino 3 dicembre 2002; App. Torino 26 novembre 2002; App. Torino 25 novembre 2002; Trib. Torino 27 marzo 2002; Trib. Sant'Angelo dei Lombardi 16 ottobre 2000, n. 442. In dottrina, cfr. L. AZZARI, *La retribuzione del tempo per indossare gli indumenti di lavoro e il rimborso delle spese per il loro lavaggio*, in *LG*, 2003, n. 7, p. 641 ss.; S. CAPONETTI, *Forme di retribuzione ed orientamenti giurisprudenziali*, in *ADL*, 2014, n. 6, p. 1509 ss., spec. p. 1516 ss.; V. DE RIENZO, *Il “tempo tuta”: riconducibilità o meno all'orario di lavoro effettivo e conseguente computabilità ai fini retributivi*, in *RCP*, 2011, n. 5, p. 1059 ss.; G. FONTANA, *La nozione di orario di lavoro e la questione della retribuibilità del cosiddetto “tempo tuta”*, in *ADL*, 2012, n. 3, p. 742 ss.; V. MIRAGLIA, *La Cassazione torna a pronunciarsi sul c.d. tempo-tuta*, in *GI*, 2019, n. 4, p. 897 ss.; G. RICCI, *Sulla riconducibilità del c.d. “tempo-tuta” alla nozione di lavoro effettivo: recenti orientamenti giurisprudenziali a confronto*, in *FI*, 1999, I, c. 3610 ss.; R. RIZZO, *La questione della retribuibilità del tempo per la vestizione della divisa da lavoro*, in *ADL*, 2015, n. 2, p. 449 ss.; F. SALITURO, *Tempo tuta, orario di lavoro e diritto alla retribuzione*, in *GI*, 2011, n. 2, p. 361 ss. A ben vedere, la chiave di lettura risolutiva è, ancora una volta, quella che mette in risalto il ruolo dell'«interesse soddisfatto» (D. GAROFALO, *Il d.lgs. n. 66/2003 sull'orario e la disciplina previgente: un raccordo problematico*, in *LG*, 2003, n. 11, p. 1002).

⁽³³⁾ Cass. 14 aprile 1998, n. 3763, in *RGL*, 1999, n. 1, p. 160, con nota di A. ALLAMPRESE, *Computabilità del c.d. “tempo tuta” nell'orario di lavoro ordinario*.

⁽³⁴⁾ Cass. n. 3763/1998, cit.

⁽³⁵⁾ G. PROIA, *Tempo e qualificazione del rapporto di lavoro*, in *LLI*, 2022, n. 1, p. 73.

Il sistema sanzionatorio nel decreto trasparenza

di Stefano Rossi

Abstract – La direttiva (UE) 2019/1152 rappresenta un’azione chiave per attuare i principi di informazione e protezione del lavoratore all’interno del Pilastro europeo dei diritti sociali. Nella realizzazione dell’acquis comunitario è necessario rendere effettivi i diritti dei lavoratori attraverso sanzioni proporzionate e dissuasive in caso di mancata ottemperanza agli obblighi di informazione e alle prescrizioni minime sulle condizioni di lavoro. Se per i primi il d.lgs. n. 104/2022 ha previsto un organico sistema sanzionatorio; per le seconde invece è necessario applicare il provvedimento di disposizione *ex art.* 14 d.lgs. n. 124/2004, al fine di rendere effettiva l’attuazione delle norme sociali di derivazione comunitaria, anche in caso di accordi di prossimità. L’incerta formulazione legislativa del decreto trasparenza lascia, tuttavia, sullo sfondo numerosi problemi applicativi, tra cui la questione non secondaria della rilevanza della denuncia del lavoratore quale condizione di procedibilità per l’applicazione delle sanzioni amministrative previste dal novellato art. 19, co. 2, d.lgs. n. 276/2003.

Abstract – EU Directive 1152/2022 is a key action to implement the principles of worker information and protection within the European Pillar of Social Rights. In implementing the acquis communautaire, it is necessary to make workers’ rights effective through proportionate and dissuasive sanctions for non-compliance with information obligations and minimum requirements on working conditions. While for the former, Legislative Decree No. 104/2022 has provided for an organic system of sanctions; for the second, on the other hand, it is necessary to apply the provision under Article 14 of Legislative Decree No. 124/2004, in order to make effective the implementation of social standards of Community derivation, also in the case of proximity agreements. The uncertain legislative wording of the Transparency Decree, however, leaves in the background numerous application problems, including the not secondary issue of the relevance of the worker’s complaint as a procedural condition for the application of the administrative sanctions provided for in the amended Article 19, paragraph 2, Legislative Decree No. 276/2003.

Sommario: 1. L’efficacia delle misure del d.lgs. n. 104/2022 nella cornice della direttiva (UE) 2019/1152. – 2. La denuncia del lavoratore: condizione di procedibilità o attuazione della direttiva? – 2.1. La responsabilità del dirigente pubblico. – 3. Le sanzioni per violazione sulle informazioni sul rapporto di lavoro. – 4. Le sanzioni per violazione degli obblighi informativi nel caso di utilizzo di sistemi decisionali o di monitoraggio automatizzati. – 5. Il potere di disposizione sull’inosservanza delle prescrizioni minime relative alle condizioni di lavoro. – 5.1. Le sanzioni sugli accordi di prossimità. – 6. La protezione da trattamento o conseguenze sfavorevoli. – 7. L’interesse pubblico nel riequilibrio dell’asimmetria informativa.

1. L'efficacia delle misure del d.lgs. n. 104/2022 nella cornice della direttiva (UE) 2019/1152

La crescente flessibilizzazione del mercato del lavoro e i cambiamenti demografici hanno inciso profondamente sull'attuazione della direttiva 91/533/CEE relativa all'obbligo del datore di lavoro di informare il lavoratore delle condizioni applicabili al contratto e al rapporto di lavoro (c.d. direttiva sulle dichiarazioni scritte) ⁽¹⁾. La digitalizzazione inoltre ha agevolato la creazione di nuove forme di lavoro subordinato che a loro volta hanno consentito l'instaurarsi di nuovi modelli aziendali, anche nell'ambito dell'economia collaborativa, ma soprattutto hanno offerto un accesso al mercato del lavoro a persone che prima ne sarebbero state escluse ⁽²⁾. Queste tendenze, tuttavia, hanno determinato anche un'instabilità e una maggiore mancanza di prevedibilità in alcuni rapporti di lavoro, in particolare per i lavoratori nelle situazioni più precarie ⁽³⁾. Nell'UE le diverse regolamentazioni si sono mostrate inadeguate a disciplinare i lavori non standard, determinando dunque pratiche sleali e ineffettività dei diritti fondamentali. Dal canto loro, le parti sociali nazionali hanno elaborato nuovi contratti collettivi, con una diversificazione delle tutele in ambito europeo. Di conseguenza è cresciuto il rischio di una concorrenza basata sulla corsa al ribasso delle norme sociali, con effetti negativi anche sui datori di lavoro soggetti a una pressione concorrenziale insostenibile e per i singoli Stati membri una consistente perdita di entrate fiscali e contributi previdenziali. La sfida, perciò, è quella di garantire che i mercati del lavoro siano dinamici e innovativi, che contribuiscano alla competitività dell'UE e che siano inquadrati in modo tale da assicurare una protezione di base a tutti i lavoratori, un aumento della produttività a più lungo termine per i datori di lavoro e una convergenza verso migliori condizioni di vita e di lavoro in tutta l'UE. Un importante passo in tale direzione è stato compiuto il 17 novembre 2017 a Göteborg con la proclamazione del Pilastro europeo dei diritti sociali ⁽⁴⁾. Il Pilastro funge da bussola per una rinnovata convergenza verso l'alto delle norme sociali nel contesto

⁽¹⁾ Reperibile al seguente link: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/HTML/?uri=CELEX%3A31991L0533>. L'art. 24 della direttiva (UE) 2019/1152 ha previsto che la direttiva 91/533/CEE è abrogata a decorrere dal 1° agosto 2022.

⁽²⁾ Secondo i dati Eurostat il tasso di occupazione tra i 15 e i 64 anni nel secondo semestre del 2021 è salito al 68,2%, segnando un aumento rispetto al 66,8% del primo trimestre dello stesso anno. In Italia, invece, nel secondo trimestre 2021 il tasso di occupazione si attesta al 58,2%, in aumento tuttavia rispetto al 56% del semestre precedente a causa delle restrizioni imposte dalla pandemia da Covid-19.

⁽³⁾ Secondo uno studio del *Centre for Strategy and Evaluation Services* e del *Public Policy and Management Institute*, tra i 4 e 6 milioni di persone lavorano a chiamata e con contratti intermittenti spesso con poche indicazioni in merito a quando lavoreranno e per quanto tempo; quasi un milione di persone è soggetto a clausole di esclusività che impediscono di trovare impiego presso un altro datore di lavoro e solo un quarto dei lavoratori temporanei passa a un posto a tempo indeterminato. Nella Comunicazione della Commissione *Un'agenda europea per l'economia collaborativa*, COM(2016)356 final, si sostiene che le modalità di lavoro più flessibili possono suscitare incertezze in merito ai diritti applicabili.

⁽⁴⁾ Il Pilastro europeo dei diritti sociali è stato proclamato congiuntamente dal Parlamento europeo, dal Consiglio e dalla Commissione, in occasione del vertice sociale per l'occupazione e la crescita equa. Il documento è rinvenibile al seguente link: <http://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-13129-2017-INIT/it/pdf>.

delle mutevoli realtà del mondo del lavoro ⁽⁵⁾. La direttiva (UE) 2019/1152 del Parlamento europeo e del Consiglio del 20 giugno 2019 ⁽⁶⁾ rappresenta una delle azioni chiave per attuare il principio 5 «Occupazione flessibile e sicura» e il principio 7 «Informazioni sulle condizioni di lavoro e sulla protezione in caso di licenziamento» del Pilastro europeo dei diritti sociali.

Il considerando 39 della direttiva richiama due importanti consultazioni pubbliche: una relativa al Pilastro europeo dei diritti sociali ⁽⁷⁾; l'altra sulla direttiva 91/533/CEE, effettuata nel quadro del Programma di controllo dell'adeguatezza e dell'efficacia della regolamentazione della Commissione ⁽⁸⁾. Entrambe hanno confermato che l'efficacia della legislazione europea potrebbe essere migliorata mediante meccanismi di applicazione rafforzati. In particolare, secondo i citati documenti, i sistemi di ricorso basati unicamente sulle domande di risarcimento del danno sono meno efficaci di quelli che prevedono anche sanzioni per i datori di lavoro che non rilasciano dichiarazioni scritte. È inoltre emerso che sarebbe opportuno introdurre disposizioni relative all'applicazione che garantiscano l'uso di presunzioni favorevoli, qualora non vengano fornite le informazioni sul rapporto di lavoro ovvero l'uso di una procedura nell'ambito della quale il datore di lavoro possa essere tenuto a fornire le informazioni mancanti e possa subire sanzioni in caso di non conformità, o l'adozione di entrambi i sistemi. Le presunzioni favorevoli dovrebbero poter comprendere la presunzione che il lavoratore ha una posizione a tempo pieno, laddove le pertinenti informazioni siano mancanti.

Sul piano sanzionatorio, il considerando 45 della direttiva afferma che gli Stati membri dovrebbero prevedere sanzioni effettive, proporzionate e dissuasive in caso di mancata ottemperanza agli obblighi derivanti dalla direttiva. Si può trattare di sanzioni amministrative e finanziarie, quali ammende o il pagamento di una compensazione, come anche di altri tipi di sanzioni.

Il considerando 50, infine, invita gli Stati membri a adottare misure adeguate a garantire l'adempimento degli obblighi derivanti dalla direttiva, ad esempio effettuando, se del caso, ispezioni.

Nell'ambito delle disposizioni orizzontali della direttiva, l'art. 15 prevede che in caso di omissione, anche parziale, e nei tempi previsti, della consegna dei documenti gli Stati membri debbano adottare, alternativamente, uno dei seguenti sistemi di protezione: a) una presunzione a favore del lavoratore che i datori di lavoro possono confutare; b) la possibilità da parte del dipendente di sporgere una denuncia ricevendo al contempo un'adeguata riparazione in modo tempestivo ed efficace.

⁽⁵⁾ Così la Proposta di direttiva relativa a condizioni di lavoro trasparenti e prevedibili nell'Unione europea, COM (2017)797 final.

⁽⁶⁾ Pubblicata in G.U. dell'Unione europea l'11 luglio 2019, n. 186.

⁽⁷⁾ *Report of the public consultation, accompanying the document Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions - Establishing a European Pillar of Social Rights* (Relazione relativa alla consultazione pubblica che accompagna il documento "Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni - Istituzione di un pilastro europeo dei diritti sociali?"), SWD(2017)206 final.

⁽⁸⁾ *REFIT Evaluation of the "Written Statement Directive" (Directive 91/533/EEC)* (Valutazione REFIT della "direttiva sulle dichiarazioni scritte", direttiva 91/533/CEE), SWD(2017)205 final, in particolare p. 26.

L'art. 17 della direttiva, invece, disciplina le misure necessarie per proteggere i lavoratori, compresi i loro rappresentanti, da qualsiasi trattamento o conseguenza sfavorevole da parte del datore di lavoro derivante da un reclamo o da un procedimento promosso al fine di garantire il rispetto dei diritti rinvenienti dalla direttiva.

A chiusura del sistema protezionistico del lavoratore, l'art. 19 della direttiva impone agli Stati membri di prevedere delle sanzioni effettive, proporzionali e dissuasive in caso di violazione delle disposizioni nazionali adottate in attuazione della direttiva, ma anche delle specifiche norme già in vigore nei sistemi nazionali.

Il corpus di norme sociali contenuto nella direttiva potrà dirsi realmente efficace se attuato nei diversi sistemi nazionali. Difatti, dalla consultazione pubblica ⁽⁹⁾ tenutasi sul piano d'azione sul pilastro europeo dei diritti sociali ⁽¹⁰⁾ è emersa l'importanza di migliorare l'attuazione e l'applicazione del vigente diritto del lavoro e sociale dell'UE. A tal fine, nel citato piano d'azione, la Commissione invita gli Stati membri a sostenere e rafforzare lo sviluppo della capacità degli ispettorati del lavoro nella loro attività di monitoraggio dell'attuazione dell'acquis dell'Unione.

Con il d.lgs. 27 giugno 2022, n. 104 ⁽¹¹⁾, l'Italia ha dato attuazione alla direttiva n. 2019/1152 ⁽¹²⁾, il quale si compone di 17 articoli suddivisi in quattro Capi. Il sistema sanzionatorio ⁽¹³⁾, come delineato dalla direttiva, è formato da tre disposizioni, due contenute nel Capo II ⁽¹⁴⁾ e la terza nel Capo IV ⁽¹⁵⁾; tuttavia, come si avrà modo di argomentare, è astrattamente possibile applicare il novellato provvedimento di disposizione *ex art.* 14 d.lgs. n. 124/2004 ⁽¹⁶⁾ alle disposizioni del Capo III sulle prescrizioni minime relative alle condizioni di lavoro, soprattutto per rendere effettiva l'attuazione delle norme sociali di derivazione comunitaria.

⁽⁹⁾ Nell'ambito della consultazione sono stati raccolti oltre 1.000 contributi di cittadini, istituzioni e organismi dell'UE, Stati membri, autorità regionali e locali, parti sociali e organizzazioni della società civile, COM (2020)14 final del 14 gennaio 2020. I risultati sono contenuti nel documento di lavoro SWD (2021)46.

⁽¹⁰⁾ Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle Regioni. Piano d'azione sul Pilastro europeo dei diritti sociali, COM (2021)102 final del 4 marzo 2021.

⁽¹¹⁾ In generale, sugli obblighi informativi, si veda A. ZILLI, *Decreto trasparenza: gli obblighi informativi ieri e oggi (intanto, è già domani)*, in *giustiziacivile.com*, 7 settembre 2022; da ultimo, si veda G. PROIA, *Trasparenza, prevedibilità e poteri dell'impresa*, in *Labor*, 2022, n. 6, p. 641; G. PROIA, *Le novità, sistemiche e di dettaglio, del decreto trasparenza*, in *MG*, 2022, n. 3, p. 571; A. TURSI, *La "trasparenza" dei diritti dei lavoratori nel decreto "trasparenza"*, in *DRI*, 2023, n. 1, in corso di pubblicazione.

⁽¹²⁾ Il decreto, andato in G.U. il 29 luglio 2022, n. 176, doveva essere attuato entro il 1° agosto 2022, come stabilito dall'art. 21, c. 1, direttiva (UE) 2019/1152.

⁽¹³⁾ Per un primo commento al sistema sanzionatorio del d.lgs. n. 104/2022 si veda E. MASSI, *Le sanzioni dell'Ispettorato del lavoro nel decreto trasparenza*, in *Il mondo del consulente*, settembre 2022, n. 132, anno X.

⁽¹⁴⁾ Art. 4, co. 1, lett. *e* che riscrive l'art. 4 d.lgs. n. 152/1997; art. 5, co. 4, che riscrive il co. 2 dell'art. 19 d.lgs. n. 276/2003.

⁽¹⁵⁾ Art. 13 rubricato "Protezione da trattamento o conseguenze sfavorevoli".

⁽¹⁶⁾ Art. 14, d.lgs. n. 124/2004, mod. dall'art. 12-*bis*, c. 3, lett. *b*, d.l. n. 76/2020, conv. con mod. in l. n. 120/2020.

2. La denuncia del lavoratore: condizione di procedibilità o attuazione della direttiva?

L'art. 4 del d.lgs. 26 maggio 1997, n. 152 ⁽¹⁷⁾, come modificato dal decreto trasparenza ⁽¹⁸⁾, prevede che il lavoratore può denunciare all'Ispettorato nazionale del lavoro il «mancato, ritardato, incompleto o inesatto assolvimento degli obblighi» informativi. L'articolazione territoriale dell'Ispettorato competente, compiuti i necessari accertamenti ai sensi della l. n. 689/1981, applica la sanzione amministrativa prevista dal nuovo comma 2 dell'art. 19 d.lgs. n. 276/2003.

Una prima questione interpretativa attiene dunque all'interazione tra l'art. 4 e l'art. 19, nella misura in cui la denuncia del lavoratore potrebbe essere letta come condizione di procedibilità per l'applicazione delle sanzioni amministrative ⁽¹⁹⁾.

Sul punto si possono ipotizzare tre tesi interpretative.

Secondo una prima e più condivisa teoria ⁽²⁰⁾, in base ad una lettura sistematica delle norme la denuncia del lavoratore non precluderebbe all'Ispettorato l'applicazione delle sanzioni poiché l'art. 4 rappresenta semplicemente attuazione dell'art. 15, co. 1, lett. *b* della direttiva, avendo il legislatore italiano optato per il sistema di protezione riparatoria anziché per quello presuntivo previsto dalla precedente lett. *a*). Inoltre, l'art. 19 si colloca su un piano più generale quale norma volta a sanzionare i comportamenti dei datori di lavoro in materia di occupazione e mercato del lavoro previsti dal d.lgs. n. 276/2003. Pertanto, l'ispettore del lavoro, in sede di accertamento ispettivo, potrà verificare se il datore di lavoro abbia fornito le informazioni necessarie al lavoratore a prescindere da una formale denuncia dello stesso ⁽²¹⁾, anche nel caso di eventuali modifiche degli elementi del contratto dopo l'assunzione, ai sensi dell'art. 3 d.lgs. n. 152/1997.

Altra tesi prospettabile è quella che ritiene, viceversa, necessaria la denuncia del lavoratore quale condizione di procedibilità dell'azione ispettiva e conseguente applicabilità della sanzione amministrativa di cui all'art. 19. L'art. 4, infatti, si inserisce nel d.lgs. n. 152/1997 quale norma sanzionatoria dei relativi precetti previsti dagli artt. 1 ⁽²²⁾, 1-

⁽¹⁷⁾ Il d.lgs. n. 152/1997 dà attuazione alla direttiva 91/533/CEE concernente l'obbligo del datore di lavoro di informare il lavoratore delle condizioni applicabili al contratto o al rapporto di lavoro.

⁽¹⁸⁾ Art. 4, c. 1, lett. *e*, d.lgs. n. 104/2022.

⁽¹⁹⁾ La circ. INL n. 4 del 10 agosto 2022 non si esprime sul punto, non precludendo la tesi della denuncia condizione di procedibilità in quanto l'art. 4 d.lgs. n. 152/1997 rinvia per la sola sanzione all'art. 19 d.lgs. n. 276/2003.

⁽²⁰⁾ Sostenuta anche da G. BUSCEMA, L. DE COMPADRI, G. PATANIA, P. STAROPOLI, *Decreto Trasparenza: ambito applicativo, termini e sanzioni*, in *Fondazione Studi Consulenti del Lavoro*, circolare n. 11 del 18 agosto 2022, p. 8, secondo i quali «la precisazione della formulazione della denuncia, anche se può sembrare pleonastica, non costituisce condizione di procedibilità, sconosciuta come istituto nella materia degli illeciti amministrativi lavoristici, ma serve ad essere concretamente d'ausilio agli organi di vigilanza per metterli in condizione, in fatto ed in diritto, di avere cognizione specifica e diretta della violazione assertivamente subita. La norma inoltre sembra più che altro ribadire la competenza esclusiva dell'INL per gli accertamenti in tale materia».

⁽²¹⁾ *Amplius* § 7.

⁽²²⁾ Rubricato «Informazioni sul rapporto».

bis ⁽²³⁾, 2 ⁽²⁴⁾, 3 ⁽²⁵⁾ e 5, comma 2 ⁽²⁶⁾. Il rinvio all'art. 19, contenuto nella parte finale, è rivolto unicamente alla determinazione del *quantum* sanzionatorio, non già alle condotte del datore di lavoro che sono, del resto, esplicitamente enunciate nello stesso art. 4. Altra rilevante differenza, che sarà approfondita in seguito, attiene alle condotte punibili: nell'art. 4 si richiama interamente l'art. 1 d.lgs. n. 152/1997, quindi anche il comma 5 sugli obblighi informativi nei confronti dei lavoratori autonomi o dei collaboratori occasionali; diversamente l'art. 19 punisce le condotte previste dal comma 1 al comma 4 dell'art. 1 d.lgs. n. 152/1997, con esclusione perciò del co. 5. Dunque, la denuncia *ex art.* 4, co. 1, d.lgs. n. 152/1997 del collaboratore coordinato e continuativo, anche etero-organizzato, o del collaboratore occasionale potrebbe ritenersi condizione di procedibilità per la punibilità della violazione degli obblighi informativi in capo al committente.

Infine, sul piano sistematico, si potrebbe astrattamente avanzare una terza lettura che incroci gli artt. 4-*bis*, co. 2, d.lgs. n. 181/2000 ⁽²⁷⁾; 4, co. 1, d.lgs. n. 152/1997; 19, co. 2, d.lgs. n. 276/2003; tutti novellati dal d.lgs. n. 104/2022. La tesi parte dalla lettura dell'art. 4-*bis*, co. 2, del d.lgs. n. 181/2000 ⁽²⁸⁾, secondo cui i datori di lavoro privati e pubblici, all'atto dell'instaurazione del rapporto di lavoro e prima dell'inizio dell'attività lavorativa, sono tenuti a fornire ai lavoratori le informazioni sul rapporto di lavoro, secondo i tempi e le modalità di cui agli artt. 1 e 1-*bis* del d.lgs. n. 152/1997. La denuncia del lavoratore, perciò, sarebbe condizione di procedibilità in tutti i casi di violazione degli obblighi informativi successivi all'instaurarsi del rapporto di lavoro ⁽²⁹⁾, restando sanzionabile, in assenza di richiesta espressa del lavoratore, la condotta datoriale all'atto dell'instaurazione del rapporto di lavoro.

Questo comporta che l'informativa all'atto dell'assunzione dovrà essere completa ed esaustiva e la denuncia del lavoratore dovrà riguardare solamente le eventuali modifiche alle informazioni. Pertanto, se nel corso degli accertamenti ispettivi dovesse risultare una carenza genetica delle informazioni rilasciate al lavoratore all'atto dell'assunzione si prescinderebbe dalla denuncia del lavoratore e, conseguentemente, si potrà applicare la sanzione prevista dall'art. 19.

Aderendo a questa tesi, in tema di prestazioni di lavoro all'estero ai sensi dell'art. 2 d.lgs. n. 152/1997, la denuncia del lavoratore diviene condizione di procedibilità per l'applicazione dell'eventuale sanzione amministrativa in caso di omessa informazione sulle modifiche degli elementi del rapporto di lavoro, sulle ulteriori informazioni di

⁽²³⁾ Rubricato «Ulteriori obblighi informativi nel caso di utilizzo di sistemi decisionali o di monitoraggio automatizzati».

⁽²⁴⁾ Rubricato «Prestazioni di lavoro all'estero».

⁽²⁵⁾ Rubricato «Modifica degli elementi del contratto dopo l'assunzione».

⁽²⁶⁾ Il c. 2 dell'art. 5, d.lgs. n. 152/1997 prevedeva che alla data del 27 giugno 1997 (entrata in vigore del decreto) il lavoratore poteva chiedere per iscritto al datore di lavoro le informazioni sul rapporto di lavoro che dovevano essere comunicate per iscritto entro trenta giorni dalla data di ricevimento della richiesta.

⁽²⁷⁾ Sull'analisi dell'art. 4-*bis*, co. 2, d.lgs. 152/1997, nel nuovo contesto del d.lgs. n. 104/2022, si veda P. RAUSEI, *Sistema sanzionatorio per gli obblighi informativi*, in *DPL*, 2022, n. 41, p. 2479 ss.

⁽²⁸⁾ Mod. dall'art. 5, co. 5, d.lgs. n. 104/2022. Per l'analisi della disposizione si veda *infra* § 3.

⁽²⁹⁾ La sanzione sarebbe applicabile senza denuncia del lavoratore anche nel caso di modifica degli elementi del contratto dopo l'assunzione espressamente prevista dall'art. 3 d.lgs. n. 152/1997, come mod. dall'art. 4, co. 1, lett. *d*.

cui alle lettere da *a* a *g* ⁽³⁰⁾, nonché delle informazioni specificate nel co. 2 nell'ipotesi di missione superiore a quattro settimane consecutive. Infatti, l'art. 19 non richiama l'art. 2 d.lgs. n. 152/1997, mentre quest'ultimo è ricompreso nell'art. 4 tra le fattispecie oggetto di denuncia.

Il medesimo ragionamento può essere condotto sull'applicazione dell'art. 3 d.lgs. n. 152/1997 in merito alle modifiche degli elementi del contratto dopo l'assunzione. La norma, richiamata nel corpo dell'art. 4 e non nell'art. 19 ⁽³¹⁾, impone al datore di lavoro, pubblico e privato, di comunicare per iscritto entro il primo giorno di decorrenza degli effetti della modifica, qualsiasi variazione delle informazioni «che non derivino direttamente dalla modifica di disposizioni legislative o regolamentari, ovvero dalle clausole del contratto collettivo». La sanzione sarà, quindi, applicabile se, ad esempio, il lavoratore denunci la mancata comunicazione del nuovo livello di inquadramento ⁽³²⁾, della proroga o del rinnovo del contratto a termine ⁽³³⁾ ovvero di variazioni strutturali dell'orario di lavoro o per un arco temporale significativo ⁽³⁴⁾, poiché dette modifiche attengono a clausole del contratto individuale di lavoro e non derivano da variazioni legislative o di clausole del contratto collettivo.

Un dato a favore di tale tesi proposta è rinvenibile nell'art. 16, co. 2, d.lgs. n. 104/2022 ⁽³⁵⁾, secondo il quale il datore di lavoro o il committente, «su richiesta scritta del lavoratore» già in forza al 1° agosto 2022, è tenuto a fornire, aggiornare o integrare entro sessanta giorni le informazioni. In caso di inadempimento si applica la sanzione di cui all'art. 19, co. 2, prima parte, d.lgs. n. 276/2003 ⁽³⁶⁾.

A questa tesi, che si potrebbe definire *intermedia*, si può eccepire che secondo un principio di bilanciamento tra esigenze di tutela del lavoratore e garanzie procedurali del datore di lavoro, essa non spiega perché si possa emettere un provvedimento di disposizione, che risponde alla medesima logica di sostenibilità sanzionatoria, in assenza della denuncia del lavoratore, poiché la condotta datoriale sarebbe astrattamente coperta da un presidio sanzionatorio attraverso il rinvio all'art. 19, co. 2, d.lgs. n. 276/2003 da parte dell'art. 4 d.lgs. n. 152/1997.

⁽³⁰⁾ Art. 2, co. 2, d.lgs. n. 152/1997, come mod. dall'art. 1, co. 1, lett. *c*, d.lgs. n. 104/2022.

⁽³¹⁾ Circ. INL n. 4/2022, cit., p. 8, afferma che l'obbligo dell'art. 3 d.lgs. n. 152/1997 «risulta sanzionato ai sensi del nuovo art. 4 del d.lgs. n. 152/1997 che richiama l'art. 19, comma 2, d.lgs. 276/2003 consentendo l'applicazione della sanzione da euro 250 a euro 1.500 per ogni lavoratore interessato». Nello stesso senso si veda G. PROIA, *Le novità, sistemiche e di dettaglio, del decreto trasparenza*, cit., p. 600, secondo il quale «una tale interpretazione, del resto, è l'unica idonea a rendere la disciplina nazionale conforme, sul punto, alla direttiva europea».

⁽³²⁾ Art. 1, co. 1, lett. *d*, d.lgs. n. 152/1997, mod. dall'art. 4, co. 1, lett. *a*, d.lgs. n. 104/2022.

⁽³³⁾ Art. 1, co. 1, lett. *f*, d.lgs. n. 152/1997, mod. dall'art. 4, co. 1, lett. *a*, d.lgs. n. 104/2022.

⁽³⁴⁾ Circ. Min. lav. 20 settembre 2022, n. 19, § 1.3, che, fornendo indicazioni sull'art. 1, co. 1, lett. *a*, d.lgs. n. 152/1997, mod. dall'art. 4, co. 1, lett. *a*, d.lgs. n. 104/2022, afferma che «nel caso di variazioni sull'orario di lavoro successivamente intervenute, l'informativa si rende necessaria solo in presenza di modifiche che incidono sull'orario di lavoro in via strutturale o per un arco temporale significativo, fermo restando il rispetto della legge e del contratto collettivo soggettivamente applicabile al rapporto di lavoro».

⁽³⁵⁾ L'art. 16, co. 1, d.lgs. n. 104/2022 stabilisce che le disposizioni del decreto si applicano a tutti i rapporti già instaurati alla data del 1° agosto 2022. Pertanto, resterebbero esclusi, anche ai fini dell'integrazione delle informazioni ai sensi del co. 2, tutti i rapporti instaurati tra il 1° agosto e il 13 agosto 2022, data di entrata in vigore del decreto.

⁽³⁶⁾ Per un'analisi della disposizione si veda il contributo di L. TASCHINI, in questo Commentario.

Infine, l'art. 4 stabilisce che l'Ispettorato potrà applicare la sanzione di cui all'art. 19 solo ove abbia «compiuto i necessari accertamenti di cui alla legge 24 novembre 1981, n. 689». Il richiamo alla legge sulla depenalizzazione appare, però, superflua poiché il procedimento sanzionatorio è per sua natura soggetto alle garanzie procedurali ivi previste, inclusi i poteri di accertamento di cui all'art. 13, nonché il rispetto dei termini di perenzione *ex* art. 14. Troverà applicazione anche la diffida di cui all'art. 13 d.lgs. n. 124/2004 poiché si tratta di una condotta sanabile con la comunicazione ovvero l'integrazione delle informazioni sul rapporto di lavoro omesse dal datore di lavoro.

2.1. La responsabilità del dirigente pubblico

Nell'ambito della pubblica amministrazione, le violazioni degli obblighi previsti dagli artt. 1, 1-*bis*, 2, 3 e 5, d.lgs. n. 152/1997, «sono valutate ai fini della responsabilità dirigenziale nonché della misurazione delle performance ai sensi dell'articolo 7 del decreto legislativo 27 ottobre 2009, n. 150»⁽³⁷⁾. L'inadempimento agli obblighi informativi previsti dal d.lgs. n. 152/1997, comporta, dunque, per il dirigente pubblico una duplice conseguenza: una responsabilità ai sensi dell'art. 21 d.lgs. n. 165/2001 e un'incidenza sulla performance organizzativa ed individuale.

Sul primo versante, la disposizione si inserisce in quel *trend* legislativo⁽³⁸⁾ di ampliamento dell'ambito oggettivo di applicazione della responsabilità dirigenziale che ha portato la dottrina a domandarsi se le novità introdotte siano compatibili con la natura intrinseca dell'istituto definito dall'art. 21, co. 1, d.lgs. n. 165/2001⁽³⁹⁾. Quest'ultima norma, infatti, prevede due fattispecie di responsabilità dirigenziale. La prima ipotesi attiene al mancato raggiungimento degli obiettivi, quale strumento di garanzia per un'amministrazione che deve rispondere ai canoni di efficienza e quindi tendere verso un'azione amministrativa di qualità⁽⁴⁰⁾. La seconda fattispecie fa riferimento all'inservanza delle direttive dell'organo politico, la cui *ratio* è rinvenibile nel rapporto di funzionalità che lega quest'ultimo al dirigente amministrativo⁽⁴¹⁾. Con il d.lgs. n. 150/2009 viene introdotto un nuovo meccanismo di imputabilità della responsabilità

⁽³⁷⁾ Art. 4, co. 2, d.lgs. n. 152/1997, mod. dall'art. 5, co. 2, lett. e, d.lgs. n. 104/2022.

⁽³⁸⁾ Si pensi, ad esempio, all'art. 55-*sexies*, co. 3, d.lgs. n. 165/2001, mod. dall'art. 60 d.lgs. n. 150/2009, in tema di esercizio dell'azione disciplinare nei confronti del dipendente pubblico o all'art. 1, co. 8, l. n. 190/2012 sulla predisposizione del Piano anticorruzione.

⁽³⁹⁾ D. BOLOGNINO, G. D'ALESSIO, *La responsabilità dirigenziale legata al sistema di valutazione e la responsabilità per omessa vigilanza su produttività e efficienza*, in F. PEZZETTI, A. RUGHETTI (a cura di), *La riforma del lavoro pubblico*, Studi Cis Anci, EDK editore, 2010, pp. 26-32, parlano di «proliferazione (o parcelizzazione) delle ipotesi di responsabilità».

⁽⁴⁰⁾ Il paradigma di questo nuovo approccio è stato esemplificato dalla definizione di «amministrazione di risultato». Sul tema e sul ruolo che hanno avuto numerose teorie organizzative, soprattutto in riferimento all'approccio del *New Public Management*, nell'ambito delle riforme degli anni Novanta, la letteratura è praticamente sconfinata. Si riportano, pertanto, solo i riferimenti principali, al fine di dare le coordinate di un fenomeno dalla portata vastissima. L. TORCHIA, *Il sistema amministrativo italiano*, Bologna, 2009, p. 430 ss.; B. PONTI, *Amministrazione di risultato, indirizzo politico-amministrativo e dirigenza*, in F. MERLONI, A. PIOGGIA, R. SEGATORI (a cura di), *L'amministrazione sta cambiando? Una verifica dell'effettività dell'innovazione nella pubblica amministrazione*, 2007, Milano, pp. 143-169; S. CASSESE, *Cosa vuol dire amministrazione di risultati?* In *GDA*, 2004, p. 941.

⁽⁴¹⁾ Si veda l'art. 4 d.lgs. n. 165/2001.

dirigenziale che presenta delle peculiarità in merito ai presupposti applicativi e alle connesse sanzioni rispetto al modello proposto dal comma 1 dell'art. 21. Difatti, il comma 1-*bis* stabilisce la possibilità di riconoscere la responsabilità dirigenziale nei casi in cui il dirigente abbia commesso colpevolmente «la violazione del dovere di vigilanza sul rispetto, da parte del personale assegnato ai propri uffici, degli standard quantitativi e qualitativi fissati dall'amministrazione». L'accertamento dell'omessa vigilanza determina la decurtazione della retribuzione di risultato di una quota fino all'ottanta per cento, con esclusione delle sanzioni previste dal comma 1, ossia l'impossibilità del rinnovo dell'incarico dirigenziale, la revoca dello stesso e il collocamento del dirigente nei ruoli *ex art.* 23, ovvero il recesso dal rapporto di lavoro secondo le disposizioni del contratto collettivo.

In definitiva, al di là delle critiche mosse alla disposizione ⁽⁴²⁾, il legislatore ha previsto un sistema a doppio binario in cui la *culpa in vigilando* del dirigente nella gestione e organizzazione del personale assegnato al proprio ufficio viene punita in maniera meno severa rispetto alle infrazioni connesse al rapporto funzionale con l'organo politico.

Pertanto, ai nostri fini, si pone la questione, nel silenzio della legge ⁽⁴³⁾, di collocare la previsione del secondo comma dell'art. 4 d.lgs. n. 152/1997 all'interno del comma 1 ovvero del comma 1-*bis* dell'art. 21 d.lgs. n. 165/2001, con conseguenze sanzionatorie differenti.

Potrebbe ipotizzarsi la riconducibilità della disposizione all'interno del meccanismo sanzionatorio di cui al comma 1-*bis*, poiché la violazione degli obblighi informativi non incide direttamente sulle performance del dirigente, ma attiene ad un inadempimento amministrativo-contrattuale che comporterebbe la sola decurtazione della retribuzione di risultato e non anche l'incidenza diretta sul rapporto di lavoro con l'organo politico.

In realtà, nel contesto dell'organizzazione delle strutture pubbliche la vera asimmetria informativa risiede nella carente, se non assente, conoscenza dei processi e dei centri decisionali, al fine di garantire un servizio efficace ed efficiente.

La norma in commento, tuttavia, tace sul punto, prevedendo, nondimeno, che la violazione degli obblighi informativi di cui al d.lgs. n. 152/1997 è valutata ai fini del sistema di misurazione delle performance ai sensi dell'art. 7 d.lgs. n. 150/2009. Sembrerebbe, dunque, che l'assenza delle informazioni sul contratto e sul rapporto di lavoro incida direttamente sui risultati che il dirigente dovrebbe conseguire secondo le direttive dell'organo politico, con conseguente applicazione delle più severe sanzioni previste dal comma 1 dell'art. 21 d.lgs. n. 165/2001.

Sul piano letterale, l'art. 4, co. 2, d.lgs. n. 152/1997, distinguerebbe ⁽⁴⁴⁾ la responsabilità dirigenziale dall'incidenza della violazione degli obblighi informativi sulla

⁽⁴²⁾ A. BOSCATI, *Dirigenza pubblica: poteri e responsabilità tra organizzazione del lavoro e svolgimento dell'attività amministrativa*, in *LPA*, 2009, I, p. 51; M.T. CARINCI, *Il dirigente privato ed il dirigente pubblico privatizzato: i termini del raffronto*, in *Giur. it.*, 2010, n. 12, p. 2703, la quale ha sottolineato che tale fattispecie rientra più nella responsabilità disciplinare che in quella dirigenziale.

⁽⁴³⁾ L'art. 7, l. n. 69/2009, che ha modificato l'art. 2, l. n. 241/1990, stabilisce, invece, che la mancata o tardiva emanazione del provvedimento amministrativo costituisce elemento di valutazione della performance individuale e che l'inadempienza determina una penalizzazione del trattamento economico accessorio in caso di gravi e ripetute violazioni.

⁽⁴⁴⁾ La norma utilizza la congiunzione «nonché».

misurazione delle performance; tuttavia, la responsabilità nella gestione ed organizzazione dei rapporti di lavoro si riflette inevitabilmente sul raggiungimento degli obiettivi accertato attraverso le risultanze del sistema di valutazione.

Il dirigente pubblico, infatti, ha una responsabilità autonoma nella gestione delle risorse umane ⁽⁴⁵⁾, operando con le capacità e i poteri del privato datore di lavoro ⁽⁴⁶⁾. Inoltre, i dirigenti individuano i profili professionali necessari allo svolgimento dei compiti istituzionali delle strutture cui sono preposti, anche ai fini della predisposizione del documento di programmazione triennale del fabbisogno del personale ⁽⁴⁷⁾. L'art. 41 d.lgs. n. 150/2009, che ha modificato l'art. 21 d.lgs. n. 165/2001, si inserisce nel Capo II del decreto i cui principi sono espressi nell'art. 37. In particolare, tale norma prevede che la modifica della disciplina della dirigenza pubblica, per conseguire la migliore organizzazione del lavoro e assicurare il progressivo miglioramento della qualità delle prestazioni erogate al pubblico, ha come finalità, tra le altre ⁽⁴⁸⁾, il rafforzamento della distinzione tra le funzioni di indirizzo e controllo spettanti agli organi di governo e le funzioni di gestione amministrativa spettanti alla dirigenza. Ne consegue che la materia della gestione e dell'organizzazione dei rapporti di lavoro, all'interno di una struttura pubblica, è funzionale al conseguimento di adeguati livelli di produttività, che si riflettono, in modo circolare, sui meriti da riconoscere al personale assegnato agli uffici al cui vertice è preposto il dirigente.

Il ruolo e la responsabilità del dirigente pubblico si riflette nel ciclo di gestione delle performance, il quale è articolato nella misurazione delle performance organizzativa e individuale. Nella prima, l'art. 8, co. 1, lett. *d* e *f*, d.lgs. n. 150/2009, stabilisce che il sistema di misurazione e valutazione deve riguardare, da un lato, la modernizzazione e il miglioramento qualitativo dell'organizzazione e delle competenze professionali e, dall'altro, l'efficienza nell'impiego delle risorse. La performance individuale dei dirigenti, invece, è collegata, ai sensi dell'art. 9, co. 1, lett. *c*, ai «comportamenti organizzativi richiesti per il più efficace svolgimento delle funzioni assegnate».

In conclusione, attraverso una «informazione di qualità» sui processi e sui centri decisionali della struttura organizzativa pubblica si potranno «assicurare elevati standard qualitativi ed economici del servizio tramite la valorizzazione dei risultati e della performance organizzativa e individuale» ⁽⁴⁹⁾.

Sul piano sanzionatorio, perciò, il dirigente pubblico che viola gli obblighi informativi nei confronti del proprio personale potrà incorrere, in relazione alla gravità dei casi,

⁽⁴⁵⁾ Art. 32, co. 1, d.lgs. n. 150/2009.

⁽⁴⁶⁾ Art. 34 d.lgs. n. 150/2009 che ha mod. l'art. 5, co. 2, d.lgs. n. 165/2001.

⁽⁴⁷⁾ Art. 39 d.lgs. n. 150/2009 che ha mod. la lett. *e* dell'art. 17, co. 1, d.lgs. n. 165/2001.

⁽⁴⁸⁾ L'art. 37 d.lgs. n. 150/2009 richiama tra le finalità della modifica della disciplina della dirigenza pubblica anche la realizzazione di adeguati livelli di produttività del lavoro pubblico e il riconoscimento di meriti e demeriti del personale impiegato.

⁽⁴⁹⁾ Si riporta il testo dell'art. 1, co. 2, d.lgs. n. 150/2009: «Le disposizioni del presente decreto assicurano una migliore organizzazione del lavoro, il rispetto degli ambiti riservati rispettivamente alla legge e alla contrattazione collettiva, elevati standard qualitativi ed economici delle funzioni e dei servizi, l'incentivazione della qualità della prestazione lavorativa, la selettività e la concorsualità nelle progressioni di carriera, il riconoscimento di meriti e demeriti, la selettività e la valorizzazione delle capacità e dei risultati ai fini degli incarichi dirigenziali, il rafforzamento dell'autonomia, dei poteri e della responsabilità della dirigenza, l'incremento dell'efficienza del lavoro pubblico ed il contrasto alla scarsa produttività e all'assenteismo, nonché la trasparenza dell'operato delle amministrazioni pubbliche anche a garanzia della legalità». Si veda anche l'art. 2 d.lgs. n. 150/2009.

nella sanzione della revoca dell'incarico o del recesso dal rapporto di lavoro, poiché la responsabilità nella gestione e organizzazione dei rapporti di lavoro è strettamente funzionale al conseguimento dei risultati produttivi. L'incerta formulazione dell'art. 4, comma 2, lascia, tuttavia, aperta la questione della rilevanza delle informazioni omesse sulla capacità dei singoli dipendenti di assicurare elevati livelli qualitativi dei servizi pubblici; poiché, come sopra ricordato, l'asimmetria informativa idonea ad incidere sulla qualità del servizio è da ricercare nella mancata conoscenza dei processi produttivi e dei centri decisionali; aspetti del tutto assenti negli obblighi informativi disciplinati dagli artt. 1, 1-*bis*, 2, 3 e 5, d.lgs. n. 152/1997.

3. Le sanzioni per violazione sulle informazioni sul rapporto di lavoro

L'art. 4, co. 4, d.lgs. n. 104/2022 ha riscritto il co. 2 dell'art. 19 d.lgs. n. 276/2003, stabilendo, al primo periodo, che la violazione degli obblighi di cui all'art. 1, co. da 1 a 4, del d.lgs. n. 152/1997, è punita con la sanzione amministrativa pecuniaria da euro 250 a euro 1.500 per ogni lavoratore interessato ⁽⁵⁰⁾.

Quanto alla determinazione della sanzione, l'Ispettorato nazionale del lavoro ha precisato, seppur nel silenzio della norma, che trova applicazione la procedura di diffida *ex art.* 13 d.lgs. n. 124/2004. Pertanto, in caso di ottemperanza alla diffida, fornendo per iscritto le informazioni sul rapporto di lavoro omesse, il trasgressore o l'eventuale obbligato in solido sono ammessi al pagamento di una somma pari all'importo della sanzione nella misura del minimo previsto dalla legge, ossia pari ad euro 250 per ogni lavoratore a cui il datore di lavoro ha omesso, anche parzialmente, di fornire le informazioni di cui all'art. 1 d.lgs. n. 152/1997. In caso di mancata ottemperanza il *quantum* della sanzione seguirà la regola dell'art. 16 l. n. 689/1981. In sede di emissione dell'ordinanza ingiunzione il datore di lavoro potrà infine chiedere il cumulo giuridico ai sensi dell'art. 8 l. n. 689/1981 ⁽⁵¹⁾, nel caso in cui con un'unica azione o omissione commette più violazioni della stessa disposizione. In sostanza, si può verificare un concorso formale omogeneo nell'ipotesi di contestuale omissione delle informazioni legali nei confronti di più lavoratori.

L'art. 4-*bis* della l. n. 181/2000 ⁽⁵²⁾, in combinato disposto con il nuovo comma 2 dell'art. 1 d.lgs. n. 152/1997, afferma che l'obbligo informativo è assolto, all'atto dell'instaurazione del rapporto di lavoro, con la consegna alternativamente del contratto individuale di lavoro redatto per iscritto ovvero della copia dell'Unilav ⁽⁵³⁾. In caso di omessa consegna dei citati documenti il datore di lavoro incorre nella sanzione amministrativa da euro 250 a euro 1.500 prevista dalla novellata prima parte del comma 2 dell'art. 19 d.lgs. n. 276/2003.

Dalla lettura delle anzidette norme si può trarre la conclusione che allo stato attuale il modello Unilav risulta assolutamente carente delle informazioni legali e che la c.d. dichiarazione scritta di assunzione (rinveniente dalla direttiva 91/533/CEE) è sostituita perlomeno da una informativa completa ed esaustiva allegata al contratto

⁽⁵⁰⁾ P. RAUSEI, *Illeciti e sanzioni. Il diritto sanzionatorio del lavoro*, Wolters Kluwer, 2022, p. 399 ss.

⁽⁵¹⁾ P. RAUSEI, *Ispesioni del lavoro*, Wolters Kluwer, 2021, p. 174.

⁽⁵²⁾ P. RAUSEI, *Illeciti e sanzioni. Il diritto sanzionatorio del lavoro*, cit., p. 400 ss.

⁽⁵³⁾ Art. 9-*bis* d.l. n. 510/1996, conv. con mod. in l. n. 608/1996.

individuale di lavoro. Diversamente se si ritenesse che le informazioni di cui all'art. 1 d.lgs. n. 152/1997 rappresentino gli elementi essenziali del contratto questi dovrebbero rientrare nel regolamento negoziale. Tale ultima conclusione, tuttavia, non può essere condivisa per due ordini di ragioni. In primo luogo, l'art. 1, comma 1, d.lgs. n. 104/2022 prevede che il decreto disciplina il «diritto all'informazione» sugli elementi essenziali del rapporto di lavoro. In secondo luogo, dalla lettura del novellato comma 1 dell'art. 15 d.lgs. n. 81/2015 si ricava che il contratto intermittente, oltre alle informazioni previste dal d.lgs. n. 152/1997, deve contenere anche gli elementi di cui alle lettere da *a* a *g*. In particolare, alla lett. *a* si prevede che il datore di lavoro dovrà indicare la natura variabile della programmazione del lavoro, elemento certamente caratterizzante il contratto intermittente e quindi necessariamente rientrante nel regolamento negoziale ⁽⁵⁴⁾; mentre nelle altre tipologie contrattuali esso rappresenta una informazione da fornire per iscritto al lavoratore ⁽⁵⁵⁾. Dal punto di vista sanzionatorio, nel contratto intermittente la carenza delle informazioni di cui all'art. 1 d.lgs. n. 152/1997 comporterà quindi l'applicazione della sanzione amministrativa *ex* art. 19 d.lgs. n. 276/2003; invece, per l'omessa indicazione degli elementi essenziali elencati nell'art. 15, co. 1, d.lgs. n. 81/2015 l'ispettore del lavoro potrà emettere un provvedimento di disposizione ai sensi dell'art. 14 d.lgs. n. 124/2004 ⁽⁵⁶⁾.

In caso di informazioni incomplete nel contratto individuale o nel modello Unilay, il datore di lavoro potrà integrare l'informativa entro sette giorni successivi all'inizio della prestazione. Se la carenza informativa attiene alle informazioni di cui alle lettere *g, i, l, m, q e r* ⁽⁵⁷⁾ le stesse possono essere fornite al lavoratore entro un mese dall'inizio della prestazione ⁽⁵⁸⁾.

⁽⁵⁴⁾ A. TURSÌ, *La "trasparenza" dei diritti dei lavoratori nel decreto "trasparenza"*, cit., p. 3 del manoscritto, osserva che «può ben darsi obbligo di forma scritta dell'informazione pur in assenza di redazione per iscritto del relativo contratto o della relativa clausola, mentre, se il contratto o sue specifiche clausole vanno stipulati in forma scritta, l'obbligo informativo può materialmente fare corpo con l'atto negoziale, pur restandone logicamente e giuridicamente autonomo. Peraltro, lo stesso legislatore non sempre è rimasto coerente con questa distinzione concettuale: il caso più eclatante, che sarà ripreso più avanti, è quello rappresentato dall'art. 5, c. 2, del decreto, laddove, dopo aver ribadito che il contratto di lavoro intermittente necessita della forma scritta ai fini della prova, prescrive altresì che il medesimo "contratto" deve altresì "contenere" una lunga serie di "elementi": sicché pare che il legislatore abbia qui inteso proprio incidere sulla forma scritta del contratto, e non (se non indirettamente) sul contenuto dell'obbligo di informazione».

⁽⁵⁵⁾ Corrispondenti alle lett. *o* e *p* dell'art. 1, c. 1, d.lgs. n. 152/1997.

⁽⁵⁶⁾ Alle medesime conclusioni si può giungere per il nuovo c. 1 dell'art. 47-*ter* d.lgs. n. 81/2015, introdotto dall'art. 5, co. 2, lett. *e*, d.lgs. n. 104/2022, in materia di tutela del lavoro tramite piattaforme digitali. In tal caso, infatti, la mancata comunicazione delle informazioni di cui agli artt. 1 e 1-*bis* d.lgs. n. 152/1997, entro la data di instaurazione del rapporto di lavoro, comporterà la sanzione *ex* art. 19, co. 2, d.lgs. n. 276/2003; invece, per la carenza delle informazioni inerenti alla tutela della sicurezza ai sensi del co. 3 dell'art. 47-*septies*, in assenza di specifiche sanzioni previste dal d.lgs. n. 81/2008, sarà possibile adottare il provvedimento di disposizione *ex* art. 14 d.lgs. n. 124/2004.

⁽⁵⁷⁾ Le informazioni attinenti all'identità dell'impresa utilizzatrice (lett. *g*); il diritto a ricevere la formazione (lett. *i*); la durata del congedo per ferie e degli altri congedi retribuiti (lett. *l*); la procedura e i termini del preavviso (lett. *m*); il contratto collettivo, anche aziendale, applicato (lett. *q*); gli enti previdenziali e assicurativi, nonché le altre forme di protezione sociale (lett. *r*).

⁽⁵⁸⁾ Circ. INL n. 4/2022, cit., afferma che la locuzione «entro un mese dall'inizio della prestazione lavorativa» deve essere intesa come «entro il corrispondente giorno del mese successivo a quello di insorgenza dell'obbligo».

Sul piano sanzionatorio, dunque, la sanzione amministrativa scatterà solo decorsi i sette ovvero i trenta giorni dall'inizio della prestazione di lavoro in riferimento alla tipologia delle informazioni omesse ⁽⁵⁹⁾.

L'art. 19 cit. sanziona l'omissione delle informazioni contenute nell'art. 1, commi da 1 a 4, escludendo il co. 5. Quest'ultima disposizione attiene all'estensione degli obblighi informativi anche nei confronti del committente per i contratti di collaborazione *ex art.* 409 c.p.c., per il lavoro autonomo prestato ai sensi dell'art. 2, co. 1, d.lgs. n. 81/2015 e per le collaborazioni occasionali ai sensi dell'art. 54-*bis* d.l. n. 50/2017 ⁽⁶⁰⁾. Ne deriva che la sanzione amministrativa, non è applicabile soggettivamente ai committenti nell'ambito delle citate prestazioni; mentre lo sarebbe se vi fosse una denuncia del lavoratore poiché, come sopra ricordato, il novellato art. 4 d.lgs. n. 152/1997 richiama tra le condotte punibili tutto il testo dell'art. 1 del medesimo decreto ⁽⁶¹⁾. Quindi, per la mancata, ritardata, incompleta o inesatta informazione da parte dei committenti è astrattamente applicabile il provvedimento di disposizione *ex art.* 14 d.lgs. n. 124/2004, poiché la norma sarebbe sprovvista di un preciso presidio sanzionatorio, almeno in assenza della denuncia del lavoratore. Di diverso avviso è la circolare dell'Ispettorato nazionale del lavoro che, facendo leva sull'art. 4 d.lgs. n. 152/1997 ⁽⁶²⁾, estende la sanzione amministrativa anche nei confronti dei committenti che omettono, anche parzialmente, le informazioni relative ai contratti di collaborazione coordinata e continuativa, anche etero-organizzate, nonché ai contratti di prestazione occasionale.

La sanzione amministrativa trova applicazione anche in caso di mancata informazione del rapporto di lavoro che dovesse cessare prima del termine di un mese dalla data di instaurazione. L'art. 1, comma 4, d.lgs. n. 152/1997, infatti, prevede l'obbligo del datore di consegnare al lavoratore, al momento della cessazione del rapporto, una dichiarazione scritta contenente le informazioni omesse. Dovendo coordinare tale comma con il precedente, l'obbligo attiene a tutte le informazioni eccetto quelle che possono essere fornite entro un mese dall'inizio della prestazione lavorativa ossia, come specificato dall'Ispettorato, «entro il corrispondente giorno del mese successivo a quello di insorgenza dell'obbligo» ⁽⁶³⁾.

L'art. 1, co. 8, d.lgs. n. 152/1997, prevede che il datore di lavoro deve conservare e rendere accessibili le informazioni al lavoratore, nonché deve dare prova della loro trasmissione o ricezione. La disposizione deve essere coordinata con l'art. 3 d.lgs. n. 104/2022 che disciplina le modalità di comunicazione al lavoratore. In particolare, il datore di lavoro comunica a ciascun lavoratore in modo chiaro e trasparente le

⁽⁵⁹⁾ Si veda circ. INL n. 4/2022, cit., p. 5.

⁽⁶⁰⁾ Conv. con mod. in l. n. 96/2017.

⁽⁶¹⁾ A. TURSI, *La "trasparenza" dei diritti dei lavoratori nel decreto "trasparenza"*, cit., p. 9 del manoscritto, si chiede «se, in caso di riqualificazione giudiziale di una collaborazione coordinata e continuativa in collaborazione etero-organizzata (ma anche di un contratto d'opera non continuativo e coordinato o per prestazione libero-professionale, in collaborazione continuativa e coordinata, ovvero etero-organizzata, o direttamente subordinata) possa configurarsi quella coscienza e volontà della condotta omissiva, che determina l'applicazione dell'apparato sanzionatorio di cui agli artt. 4, c. 1, lett. e) e 5, c. 4, del "decreto trasparenza", specie ove si consideri che a venire in rilievo è un'operazione qualificatoria di fronte alla quale esitano perfino i "periti iuris"».

⁽⁶²⁾ Circ. INL n. 4/2022, cit., p. 5.

⁽⁶³⁾ Circ. INL n. 4/2022, cit., p. 5.

informazioni in formato cartaceo o telematico ⁽⁶⁴⁾. La prova della ricezione e trasmissione delle informazioni deve essere conservata per la durata di cinque anni dalla conclusione del contratto. L'art. 19, co. 2, d.lgs. n. 276/2003, come sopra precisato, sanziona le condotte datoriali previste dai commi da 1 a 4, escludendo, anche in questo caso, la violazione del comma 8 e conseguentemente anche quella dell'art. 3 d.lgs. n. 104/2022. In sede di accertamento ispettivo, tuttavia, il datore di lavoro dovrà fornire la prova dell'avvenuta trasmissione al lavoratore delle informazioni; quindi, in mancanza di detta prova si potrà ritenere omessa l'informazione con conseguente applicazione della sanzione amministrativa di cui all'art. 19, co. 2, d.lgs. n. 276/2003 ⁽⁶⁵⁾.

4. Le sanzioni per violazione degli obblighi informativi nel caso di utilizzo di sistemi decisionali o di monitoraggio automatizzati

L'art. 19, co. 2, seconda parte, d.lgs. n. 276/2003, disciplina il sistema sanzionatorio in caso di violazione delle ulteriori informazioni nel caso di utilizzo di sistemi decisionali o di monitoraggio automatizzati ⁽⁶⁶⁾. In particolare, gli omessi obblighi che la norma vuole sanzionare sono quelli dell'art. 1-*bis*, co. 2, 3 seconda parte, 5, d.lgs. n. 152/1997 ⁽⁶⁷⁾. Restano escluse le fattispecie di cui ai co. 4 e 7.

La prima prevede che il datore di lavoro o il committente sono tenuti a integrare l'informativa con le istruzioni in merito alla sicurezza dei dati o l'aggiornamento dei registri dei trattamenti, incluse le attività di sorveglianza e monitoraggio (co. 4, prima parte) ovvero effettuare un'analisi dei rischi o la valutazione d'impatto dei trattamenti dei dati, procedendo a consultazione preventiva con il Garante della privacy, nel rispetto, comunque, del Regolamento (UE) 2016/679 (co. 4, seconda parte). In caso di violazione dei suddetti obblighi, fermo restando le specifiche sanzioni previste in materia di trattamento dei dati personali ⁽⁶⁸⁾, potrà applicarsi la sanzione amministrativa

⁽⁶⁴⁾ Circ. INL n. 4/2022, cit., p. 3, afferma che «al fine di agevolare il più possibile l'assolvimento dei nuovi adempimenti informativi, il decreto chiarisce la possibilità di avvalersi di una comunicazione in formato elettronico (ad es. e-mail personale comunicata dal lavoratore, e-mail aziendale messa a disposizione dal datore di lavoro, messa a disposizione sulla rete intranet aziendale dei relativi documenti tramite consegna di password personale al lavoratore, ecc.) avendo cura, tuttavia, di specificare che «le medesime informazioni sono conservate e rese accessibili al lavoratore ed il datore di lavoro ne conserva la prova della trasmissione o della ricezione per la durata di cinque anni dalla conclusione del rapporto di lavoro»».

⁽⁶⁵⁾ Circ. INL n. 4/2022, cit., p. 3, prende atto che in mancanza di prova non vi è «un diretto presidio sanzionatorio», tuttavia, conclude per l'applicazione della sanzione prevista dal novellato art. 19, co. 2, d.lgs. n. 276/2003.

⁽⁶⁶⁾ Circ. Min. lav. n. 19/2022, cit., punto 3, afferma che «il decreto legislativo richiede che il datore di lavoro proceda all'informativa quando la disciplina della vita lavorativa del dipendente, o suoi particolari aspetti rilevanti, siano interamente rimessi all'attività decisionale di sistemi automatizzati», perciò in assenza di qualsivoglia intervento umano. In questo ultimo senso si veda M. MARAZZA, F. D'AVERSA, *Dialoghi sulla fattispecie dei "sistemi decisionali o di monitoraggio automatizzati" nel rapporto di lavoro (a partire dal Decreto trasparenza)*, in *giustiziacivile.com*, 8 novembre 2022, p. 7 s.

⁽⁶⁷⁾ P. RAUSEI, *Illeciti e sanzioni. Il diritto sanzionatorio del lavoro*, cit., p. 405 ss.

⁽⁶⁸⁾ Da ultimo si veda il provvedimento del Garante per la protezione dei dati personali del 24 gennaio 2023, p. 5, che sostiene come debba «essere sempre verificata la sussistenza dei presupposti di liceità stabiliti dall'art. 4 della l. 20 maggio 1970, n. 300, cui fa rinvio l'art. 114 del Codice (lo stesso comma 1 dell'art. 1-bis del Decreto prevede espressamente che «resta fermo quanto disposto dall'articolo 4

di cui all'art. 19, co. 2, seconda parte, d.lgs. n. 276/2003, poiché l'art. 4 d.lgs. n. 152/1997 richiama integralmente l'art. 1-*bis*, quindi anche il comma 4 in argomento. Sarà, tuttavia, necessaria una denuncia del lavoratore, poiché in mancanza l'Ispezzato del lavoro non potrà emettere un provvedimento di sospensione stante la previsione di sanzioni da parte del Regolamento UE 2016/679 e del d.lgs. n. 196/2003.

Allo stesso modo, l'art. 19, co. 2, d.lgs. n. 276/2003, non menziona la violazione del co. 7 dell'art. 1-*bis* d.lgs. n. 152/1997; pertanto, astrattamente non sarebbe possibile applicare la sanzione amministrativa nei confronti del committente che non fornisce le informazioni necessarie ai lavoratori con contratto di collaborazione coordinata e continuativa, anche nella forma etero-organizzata; al più potrebbe trovare spazio il provvedimento di disposizione. Tuttavia, sia il comma 1 sia il comma 2 dell'art. 1-*bis* prevedono che i soggetti tenuti agli obblighi informativi in questione sono «il datore di lavoro o il committente pubblico e privato», quindi da un punto di vista soggettivo la sanzione amministrativa si estende anche nei confronti di quest'ultimo; diversamente nell'art. 1, co. 1, d.lgs. n. 152/1997 si parla di datore di lavoro privato e pubblico e con il co. 5 della medesima disposizione si estendono gli obblighi informativi sul rapporto di lavoro anche al committente.

Dunque, le condotte punibili sono quelle in violazione dei co. 2, 3 secondo periodo, 5 e 6 ⁽⁶⁹⁾, dell'art. 1-*bis*. In queste ipotesi la sanzione amministrativa pecuniaria va da euro 100 a euro 750 per ciascun mese di riferimento ⁽⁷⁰⁾, fermo restando la configurabilità di eventuali violazioni in materia di protezione dei dati personali ai sensi dell'art. 83 del Regolamento UE 2016/679 e dell'art. 166 d.lgs. n. 196/2003. Troverà inoltre applicazione la procedura di diffida *ex art.* 13 d.lgs. n. 124/2004. Il legislatore italiano ha previsto altresì una graduazione per fasce della sanzione amministrativa: se la violazione si riferisce a più di cinque lavoratori la somma va da euro 400 a euro 1.500; se, invece, ad essere coinvolti nella condotta illecita datoriale sono più di dieci lavoratori la sanzione è da 1.000 a 5.000 euro ed in quest'ultimo caso «non è ammesso il pagamento della sanzione in misura ridotta». La circolare INL n. 4/2022 ricorda che anche in questi ultimi due casi la sanzione amministrativa andrà applicata per ciascun mese di riferimento. Nell'ipotesi in cui la violazione si riferisca a più di dieci lavoratori non è ammesso il pagamento in misura ridotta e pertanto neanche la procedura di diffida *ex art.* 13 d.lgs. n. 124/2004.

L'art. 1-*bis*, comma 2, prevede che, ai fini dell'adempimento degli obblighi informativi in caso di utilizzo dei sistemi decisionali o di monitoraggio automatizzati, il datore di

della legge 20 maggio 1970, n. 300») nonché il rispetto delle disposizioni che vietano al datore di lavoro di acquisire e comunque trattare informazioni e fatti non rilevanti ai fini della valutazione dell'attitudine professionale del lavoratore o comunque afferenti alla sua sfera privata (art. 8 della l. 20 maggio 1970, n. 300 e art. 10 d.lgs. 10 settembre 2003, n. 276, cui fa rinvio l'art. 113 del Codice). Gli artt. 113 e 114 del Codice sono infatti considerati, nell'ordinamento italiano, disposizioni più specifiche e di maggiore garanzia di cui all'art. 88 del Regolamento, la cui osservanza costituisce una condizione di liceità del trattamento e la cui violazione determina l'applicazione di sanzioni amministrative pecuniarie ai sensi dell'art. 83, par. 5, lett. d) del Regolamento».

⁽⁶⁹⁾ Il co. 6 dell'art. 1-*bis* d.lgs. n. 152/1997 è richiamato dall'ultima parte del co. 2 dell'art. 19 d.lgs. n. 276/2003.

⁽⁷⁰⁾ Circ. INL n. 4/2022, cit., p. 7, secondo cui «la sanzione va quindi applicata per ciascun mese in cui il lavoratore svolga la propria attività in violazione degli obblighi informativi in esame da parte del datore di lavoro o del committente».

lavoro o il committente, oltre le informazioni di cui al comma 1, deve, prima dell'inizio dell'attività lavorativa, fornire al lavoratore le ulteriori informazioni previste dalle lettere da a) a f). Pertanto, anche se il comma 1 non è richiamato nell'art. 19, la sanzione è applicabile in virtù del rinvio operato dal comma 2 dell'art. 1-*bis* al suo primo comma. Ne consegue che la sanzione scatta anche in caso di omissione delle informazioni rilevanti ai fini della assunzione o del conferimento di un incarico ⁽⁷¹⁾, della gestione o della cessazione del rapporto di lavoro, dell'assegnazione di compiti o mansioni ⁽⁷²⁾ nonché indicazioni incidenti sulla sorveglianza, la valutazione, le prestazioni e l'adempimento delle obbligazioni contrattuali ⁽⁷³⁾.

Il comma 3, prima parte, dell'art. 1-*bis*, prevede che il lavoratore o un suo rappresentante hanno diritto di accedere ai dati e richiedere ulteriori informazioni concernenti gli obblighi di cui al co. 2. Nella seconda parte del comma 3, si stabilisce che il datore di lavoro o il committente sono tenuti a trasmettere i dati richiesti e a rispondere per iscritto entro trenta giorni. Pertanto, la sanzione amministrativa troverà applicazione decorso il trentesimo giorno dall'istanza del lavoratore, senza che il datore di lavoro abbia fornito per iscritto le «ulteriori informazioni» richieste personalmente o per il tramite delle rappresentanze sindacali aziendali o territoriali o non abbia «trasmesso» i dati richiesti.

La violazione del co. 5 dell'art. 1-*bis* attiene alla mancata comunicazione al lavoratore, almeno 24 ore prima e per iscritto, di ogni modifica incidente sulle informazioni che comportino variazioni delle condizioni di svolgimento del lavoro ⁽⁷⁴⁾.

L'ultima parte dell'art. 19 sanziona la violazione degli obblighi di cui al co. 6, secondo periodo, dell'art. 1-*bis* con la sanzione amministrativa pecuniaria da 400 a 1.500 euro per ciascun mese in cui si verifica la violazione. Il co. 6, secondo periodo, prevede che le informazioni di cui ai commi da 1 a 5 (quindi anche le variazioni delle informazioni) e i dati devono essere comunicati dal datore di lavoro o dal committente anche alle RSU o, in mancanza, alle sedi territoriali delle associazioni sindacali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale. La disposizione, tuttavia, è priva di un termine entro il quale dover trasmettere le informazioni o i dati previsti dall'art. 1-*bis*, rendendo, perciò, inapplicabile la sanzione amministrativa. Un obbligo analogo si rinviene nell'art. 36, co. 3, d.lgs. n. 81/2015 dove, però, la trasmissione dei dati sui

⁽⁷¹⁾ Circ. Min. lav. n. 19/2022, cit., punto 3, riferendosi all'utilizzo di *chatbots* durante il colloquio, alla profilazione automatizzata dei candidati, allo *screening* dei *curricula*, all'utilizzo di *software* per il riconoscimento emotivo o test psicoattitudinali.

⁽⁷²⁾ Circ. Min. lav. n. 19/2022, cit., punto 3, citando sistemi automatizzati di assegnazione di compiti, mansioni, turni, definizione dell'orario di lavoro, analisi di produttività, determinazione della retribuzione o di promozioni, attraverso analisi statistiche, strumenti di *data analytics* o *machine learning*, rete neurale, *deep-learning*.

⁽⁷³⁾ Circ. Min. lav. n. 19/2022, cit., punto 3, afferma che «il datore di lavoro ha l'obbligo di informare il lavoratore dell'utilizzo di tali sistemi automatizzati, quali – a puro titolo di esempio: tablet, dispositivi digitali e *wearables*, gps e geolocalizzatori, sistemi di riconoscimento facciale, sistemi di *rating* e *ranking*, etc.», fermo restando il rispetto dell'art. 4 l. n. 300/1970.

⁽⁷⁴⁾ Nell'art. 3 d.lgs. n. 152/1997 le modifiche attengono alle informazioni, salvo che non siano già previste da disposizioni di legge o di regolamento ovvero dalle clausole del contratto collettivo; invece, nel co. 5 dell'art. 1-*bis* le modifiche devono comportare variazioni delle condizioni di svolgimento del lavoro. Dunque, nel primo caso le informazioni attengono al rapporto di lavoro; nel secondo le informazioni si riferiscono all'esecuzione della prestazione *tout court*, nel contesto, tuttavia, dell'utilizzo di sistemi decisionali o di monitoraggio automatizzati.

lavoratori somministrati da parte dell'utilizzatore alle RSA ovvero alle RSU o, in mancanza, agli organismi territoriali di categoria delle associazioni sindacali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale, deve avvenire ogni dodici mesi. Al fine di superare l'*impasse* si dovrà necessariamente interpretare la norma in maniera sistematica e considerare il rinvio ai co. da 1 a 5 dell'art. 1-*bis*, contenuto indirettamente anche nella seconda parte del comma 6, riferito ai termini ivi previsti, cioè entro l'inizio della prestazione per le informazioni iniziali; entro trenta giorni per adempiere alla richiesta del lavoratore sulle ulteriori informazioni o sulla trasmissione dei dati; entro le 24 ore prima per le modifiche incidenti sulle condizioni di svolgimento del lavoro; pertanto entro gli stessi termini il datore di lavoro o il committente devono trasmettere le stesse informazioni alle rappresentanze sindacali.

5. Il potere di disposizione sull'inosservanza delle prescrizioni minime relative alle condizioni di lavoro

Il sistema sanzionatorio previsto nel d.lgs. n. 104/2022 non si esaurisce con le previsioni degli artt. 4 d.lgs. n. 152/1997; 19, comma 2, d.lgs. n. 276/2003 e 13 d.lgs. n. 104/2022 ⁽⁷⁵⁾; ma si completa con la possibilità di emettere il provvedimento di disposizione *ex art.* 14 d.lgs. n. 124/2004, soprattutto per le violazioni alle prescrizioni minime relative alle condizioni di lavoro previste nel Capo III del decreto trasparenza. L'art. 12-*bis* del d.l. n. 76/2020, introdotto in sede di conversione dalla l. n. 120/2020 ⁽⁷⁶⁾, ha integralmente sostituito l'art. 14 del d.lgs. n. 124/2004 in materia di potere di disposizione degli ispettori del lavoro ⁽⁷⁷⁾.

Il nuovo art. 14, co. 1, d.lgs. n. 124/2004, afferma dunque che il personale dell'Ispettorato nazionale del lavoro può adottare nei confronti del datore di lavoro un provvedimento di disposizione, immediatamente esecutivo, in tutti i casi in cui le irregolarità rilevate in materia di lavoro e legislazione sociale non siano soggette a sanzioni penali o amministrative ⁽⁷⁸⁾.

Il novellato art. 14, co. 1, d.lgs. n. 124/2004 non richiede più un apprezzamento discrezionale sulle norme in materia di lavoro e di legislazione sociale da parte del datore di lavoro, ma, con un significativo ampliamento di tutela sostanziale per i lavoratori, la disposizione potrà essere adottata «in tutti i casi in cui le irregolarità rilevate in materia di lavoro e legislazione sociale non siano già soggette a sanzioni penali o amministrative». Pertanto, con un intervento che potremmo definire di semplificazione applicativa, la norma vuole favorire, attraverso l'ordine impartito dall'ispettore del

⁽⁷⁵⁾ *Infra* § 6.

⁽⁷⁶⁾ C.d. «Decreto semplificazione e innovazione digitale», che ha introdotto anche importanti modifiche in tema di diffida accertativa per crediti patrimoniali *ex art.* 12 d.lgs. n. 124/2004.

⁽⁷⁷⁾ P. RAUSEI, *Ispesioni del lavoro*, cit., p. 369 ss.

⁽⁷⁸⁾ Si riporta il testo dell'art. 14, co. 1, d.lgs. n. 124/2004 prima della modifica ad opera del d.l. n. 76/2020, conv. con mod. in l. n. 120/2020: «Le disposizioni impartite dal personale ispettivo in materia di lavoro e di legislazione sociale, nell'ambito dell'applicazione delle norme per cui sia attribuito dalle singole disposizioni di legge un apprezzamento discrezionale, sono esecutive».

lavoro, il rispetto di tutte quelle norme che sono sprovviste di un presidio sanzionatorio ⁽⁷⁹⁾.

Nella precedente formulazione della norma, l'indeterminatezza ⁽⁸⁰⁾ insita nella perimetrazione delle fattispecie oggetto del potere di disposizione ha condotto, quindi, la l. n. 120/2020 a modificare radicalmente l'art. 14 d.lgs. n. 124/2004, escludendo il riferimento alla valutazione discrezionale connaturata nella norma da applicare e considerando unicamente l'esistenza di irregolarità sprovviste di una sanzione. La discrezionalità nella valutazione del precetto a cui si deve conformare la condotta del datore di lavoro non scompare del tutto ma rimane latente in sede di applicazione concreta della norma attraverso il potere di disposizione. In definitiva oggi è sufficiente l'inosservanza al precetto a prescindere da una scelta del datore di lavoro di conformarsi ad una disposizione che ha comunque una valenza obbligatoria.

La disposizione «può» ⁽⁸¹⁾ essere adottata dagli ispettori del lavoro «in tutti i casi in cui le irregolarità rilevate in materia di lavoro e di legislazione sociale non siano già soggette a sanzioni penali o amministrative» ⁽⁸²⁾. Pertanto, l'esercizio del potere di disposizione è discrezionale nelle ipotesi di mancato rispetto sia di norme di legge sprovviste di una specifica sanzione, sia di norme del contratto collettivo applicato anche di fatto dal datore di lavoro ⁽⁸³⁾. L'inclusione delle ipotesi di inosservanza delle norme del contratto collettivo deriva dalla lettera dell'art. 7, co. 1, lett. *b*, d.lgs. n. 124/2004, secondo cui il personale ispettivo ha il compito di «vigilare sulla corretta applicazione dei contratti e accordi collettivi di lavoro». La disposizione, ebbene, potrà riguardare la parte normativa ed economica del contratto collettivo, con esclusione della parte obbligatoria ⁽⁸⁴⁾.

⁽⁷⁹⁾ La nota INL prot. n. 4539 del 12 dicembre 2020 precisa che «tale intervento normativo assume particolare rilievo in ausilio alle finalità istituzionali di tutela dei diritti e di promozione della legalità dei rapporti di lavoro».

⁽⁸⁰⁾ M. BOMBARDELLI, *Le disposizioni esecutive del personale ispettivo*, in L. NOGLER, C. ZOLI (a cura di), *Razionalizzazione in materia ispettiva. Commentario al Decreto legislativo 23 aprile 2004, n. 124*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2005, p. 986 s., il quale sottolinea come l'indeterminatezza della norma «riguardo al comportamento da tenere per adempiere all'obbligo da essa posto sia un presupposto fondamentale della disposizione esecutiva».

⁽⁸¹⁾ Così il nuovo c. 1 dell'art. 14 d.lgs. n. 124/2004, rispetto alla precedente versione che non faceva menzione alla discrezionalità dell'ispettore del lavoro nell'adozione del provvedimento di disposizione.

⁽⁸²⁾ Dal punto di vista procedurale, la circ. INL 30 settembre 2020, n. 5, chiarisce i rapporti tra gli istituti della conciliazione monocratica, la diffida accertativa e la disposizione. In particolare, «se la richiesta del lavoratore ha ad oggetto pretese patrimoniali, la via assolutamente privilegiata di definizione della vicenda segnalata è la conciliazione monocratica, alla quale potrà seguire un intervento ispettivo solo nel caso in cui il tentativo di conciliazione non sia andato a buon fine. Qualora, invece, nel corso dell'attività ispettiva emergano inosservanze di legge o di contratto collettivo di natura patrimoniale, al fine di economizzare i tempi dell'accertamento, il personale ispettivo potrà valutare la possibilità di emanare una disposizione, in particolare quando tali inosservanze riguardino il trattamento di una pluralità di lavoratori».

⁽⁸³⁾ Sull'allargamento dell'ambito applicativo si veda la circ. INL n. 5/2020, cit.

⁽⁸⁴⁾ Così la nota INL prot. n. 4539/2020, cit.; si veda anche circ. n. 7 del 6 maggio 2019 secondo cui «il “rispetto” dei contratti collettivi attiene non soltanto alla parte economica ma anche alla parte c.d. normativa del contratto, ossia a quelle clausole destinate a regolare i rapporti individuali e che possono, a titolo meramente esemplificativo, riguardare la durata del periodo di prova, l'orario di lavoro, la disciplina del lavoro supplementare e straordinario, festivo, notturno, i trattamenti di malattia, il

Nel campo applicativo della norma rientrano anche i casi in cui sono previste sanzioni civili per l'inosservanza del precetto ⁽⁸⁵⁾; allo stesso modo sarà possibile adottare la disposizione in relazione a comportamenti pregressi allorquando la condotta richiesta possa materialmente sanare la violazione dell'obbligo ovvero sia funzionale ad evitare la sua ripetizione nel futuro ⁽⁸⁶⁾.

L'Ispettorato ⁽⁸⁷⁾ precisa, invece, che non appare opportuno il ricorso al potere di disposizione in riferimento ad obblighi che trovano la loro fonte in via esclusiva in una scelta negoziale delle parti, non derivanti quindi dalla legge o da previsioni collettive fermo restando che, qualora tali obblighi abbiano natura patrimoniale, sussiste sempre la possibilità di ricorrere alla conciliazione monocratica o alla diffida accertativa ⁽⁸⁸⁾.

Appare evidente, perciò, l'ampiezza del campo applicativo del potere di disposizione che consentirà al personale dell'Ispettorato nazionale del lavoro di fornire un'adeguata risposta alle istanze di tutela sostanziale dei lavoratori, proteggendo anche i loro diritti fondamentali ⁽⁸⁹⁾. Nel legittimo e regolare esercizio del potere di disposizione è possibile intravedere anche un altro fondamentale obiettivo, ossia la possibilità di correggere le distorsioni nella corretta gestione del personale che può solo incoraggiare uno sviluppo realmente sostenibile, anche nell'ottica della leale concorrenza tra imprese, senza che ciò comporti per i datori di lavoro inconcludenti procedimenti sanzionatori ⁽⁹⁰⁾.

In concreto, va sottolineato che il campo di applicazione della disposizione in materia di lavoro e legislazione sociale è da individuarsi nella prassi applicativa della vigilanza ⁽⁹¹⁾, non potendosi astrattamente elencare le norme di legge che consentono

preavviso ecc.»; invece con circ. INL 28 luglio 2020, n. 2, si sono forniti alcuni chiarimenti in ordine agli indici di valutazione di “equivalenza” della disciplina normativa dei contratti collettivi.

⁽⁸⁵⁾ Si pensi all'ipotesi prevista dall'art. 22, cc. 1 e 2, d.lgs. n. 81/2015, per cui se «un rapporto di lavoro continua dopo la scadenza del termine inizialmente fissato o successivamente prorogato, il datore di lavoro è tenuto a corrispondere al lavoratore una maggiorazione della retribuzione per ogni giorno di continuazione del rapporto pari al 20 per cento fino al decimo giorno successivo e al 40 per cento per ciascun giorno ulteriore” ovvero “qualora il rapporto di lavoro continui oltre il trentesimo giorno in caso di contratto di durata inferiore a sei mesi, ovvero oltre il cinquantesimo giorno negli altri casi, il contratto si trasforma in contratto a tempo indeterminato dalla scadenza dei predetti termini».

⁽⁸⁶⁾ In questo senso la nota INL prot. n. 4539/2020, cit., secondo cui «in tal caso la disposizione dovrà indicare un termine (ordinariamente di trenta giorni o più ampio in ragione della natura della violazione) al datore di lavoro per la verifica della sua ottemperanza».

⁽⁸⁷⁾ Circ. INL n. 5/2020, cit.

⁽⁸⁸⁾ La nota INL prot. n. 4539/2020, cit., sostiene, inoltre, che «l'utilizzo della disposizione deve comportare una valutazione complessiva della fattispecie concreta oggetto di accertamento, finalizzata a fornire al lavoratore una effettiva tutela. Deve evitarsi, quindi, l'adozione del provvedimento in questione laddove, pur consentita in astratto, determini in concreto possibili effetti sfavorevoli nei confronti di altri lavoratori».

⁽⁸⁹⁾ Recentemente il Tar Marche, Ancona, sez. I, 26 agosto 2022, n. 464, ha circoscritto il potere di disposizione in virtù del «principio di residualità, in base al quale esso è attivabile solo in mancanza di rimedi tipici». Si veda anche Tar Friuli-Venezia Giulia, Trieste, sez. I, 18 maggio 2021, n. 155.

⁽⁹⁰⁾ A. RIVARA, *Servizi ispettivi: le implicazioni della riforma*, in *DPL*, 2004, n. 42, p. XVII, osserva come «la disposizione può rivelarsi molto utile per interventi ispettivi più pregnanti rispetto a quelli che si possono realizzare con una reazione meramente sanzionatoria e repressiva».

⁽⁹¹⁾ Così P. RAUSEI, *Disposizioni del personale ispettivo*, in P. RAUSEI, M. TIRABOSCHI (a cura di), *L'ispezione del lavoro dieci anni dopo la riforma. Il d.lgs. n. 124/2004 fra passato e futuro*, ADAPT professional series, 2014, p. 320.

l'esercizio di un tale potere ⁽⁹²⁾. Il potere di disposizione, oltre a quello specificatamente disciplinato in materia di apprendistato, può essere dunque esercitato in un'ampia casistica ⁽⁹³⁾, ben consapevoli, tuttavia, che l'ampliamento del potere dispositivo si deve confrontare necessariamente con il difficile bilanciamento tra la norma inderogabile di legge o di contratto collettivo e l'indisponibilità assoluta o relativa dei diritti del lavoratore.

Sul piano sanzionatorio, la mancata ottemperanza all'ordine di disposizione comporta l'applicazione di una sanzione amministrativa da 500 a 3.000 euro, senza possibilità di applicare la procedura di diffida di cui all'art. 13 d.lgs. n. 124/2004. Ciò vuol dire che non troverà spazio il pagamento della sanzione nella misura del minimo previsto dalla legge ovvero nella misura pari ad un quarto della sanzione stabilita in misura fissa; ma la sanzione in misura ridotta ai sensi dell'art. 16 l. n. 689/1981 pari alla terza parte del massimo della sanzione prevista per la violazione commessa o, se più favorevole e qualora sia stabilito il minimo della sanzione edittale, pari al doppio del relativo importo. In sostanza, la sanzione applicabile sarà pari a 1.000 euro.

Premessi sommariamente i caratteri del provvedimento di disposizione, è opportuno, a questo punto, verificare se lo stesso possa applicarsi per le violazioni delle prescrizioni minime relative alle condizioni di lavoro di cui al Capo III del d.lgs. n. 104/2022. Il provvedimento in questione può, ad esempio, applicarsi in caso di un periodo di prova superiore a sei mesi, anche in presenza di una differente durata prevista dalla contrattazione collettiva ⁽⁹⁴⁾. Infatti, l'art. 7, co. 1, del d.lgs. 104/2022 può essere considerata una norma inderogabile poiché la stessa contrattazione collettiva può stabilire solo una durata inferiore a quella legale. Quindi, nel caso di difforme determinazione del periodo di prova, la relativa clausola si dovrà considerare nulla con l'automatica sostituzione con quella legale prevista dall'art. 7. Pertanto, l'ordine impartito dagli ispettori del lavoro può consistere nell'allineamento del periodo di prova alla durata semestrale ovvero alla durata inferiore prevista dalle disposizioni dei contratti collettivi ⁽⁹⁵⁾. Il provvedimento in questione, tuttavia, potrà essere emesso solo se il termine inizialmente pattuito non sia ancora decorso, poiché in caso contrario il lavoratore potrà adire il giudice del lavoro al fine di ottenere un risarcimento del danno. Ugualmente la disposizione potrà essere impartita nell'ipotesi del terzo comma ove si stabilisce che in caso di sopravvenienza di eventi, quali malattia, congedo di maternità o paternità obbligatori ⁽⁹⁶⁾, il periodo di prova è prolungato in misura corrispondente alla durata dell'assenza. Più problematica è l'applicazione della disposizione nel caso

⁽⁹²⁾ Solo in un preciso caso il legislatore ha previsto l'uso della disposizione ossia nell'art. 47 d.lgs. n. 81/2015, in tema di apprendistato.

⁽⁹³⁾ Nota INL prot. n. 4539/2020, cit., che fornisce un elenco, "non esaustivo", delle possibili ipotesi in cui esercitare il potere di disposizione.

⁽⁹⁴⁾ L'art. 7, co. 1, d.lgs. n. 104/2022 fa salva la durata inferiore prevista dalle disposizioni dei contratti collettivi, non specificando il livello di contrattazione. La circ. Min. lav. n. 19/2022, cit., richiama l'art. 51 d.lgs. n. 81/2015.

⁽⁹⁵⁾ Si potrebbe considerare non applicabile anche la clausola collettiva che preveda una durata del periodo di prova superiore ai sei mesi; dunque, disapplicarla per sostituirla con la durata prevista dal c. 1 dell'art. 7 d.lgs. n. 104/2022.

⁽⁹⁶⁾ Circ. Min. lav. n. 19/2022, cit., punto 4.1, afferma che l'indicazione di tali assenze «non ha carattere tassativo e dunque rientrano nel campo di applicazione del comma 3 tutti gli altri casi di assenze previsti dalla legge o dalla contrattazione collettiva, fra cui anche i congedi e i permessi di cui alla legge n. 104/1992».

del periodo di prova nel contratto a tempo determinato, in quanto, il co. 2, stabilisce che questo è calcolato in misura proporzionale alla durata del contratto e alle mansioni da svolgere in relazione alla natura dell'impiego⁽⁹⁷⁾. La valutazione discrezionale insita nel giudizio di proporzionalità esclude la possibile emissione del provvedimento di disposizione.

L'art. 14 d.lgs. n. 124/2004 potrà invece applicarsi nell'ipotesi del divieto imposto dal datore di lavoro per lo svolgimento da parte del lavoratore di altra attività lavorativa, in assenza delle condizioni legittimanti la limitazione o il divieto di svolgimento di altri impieghi, stabiliti dall'art. 8, co. 2, lett. *a, b e c*, d.lgs. n. 104/2022⁽⁹⁸⁾. Ai fini dell'emissione del provvedimento in parola sarà necessario che il datore di lavoro abbia formalizzato per iscritto il divieto, senza motivarne le ragioni ai sensi del sopra citato art. 8.

Altra rilevante conseguenza sul piano sanzionatorio è legata alla formulazione della lett. *a* del co. 2 dell'art. 8, ove si prevede che il datore di lavoro può limitare o negare al lavoratore lo svolgimento di altro impiego in «pregiudizio per la salute e la sicurezza, ivi compreso il rispetto della normativa in materia di durata dei riposi». Il Ministero del lavoro ha puntualizzato che «in ossequio ai principi generali di buona fede e correttezza, si può infine ritenere che spetti al lavoratore informare il datore di lavoro qualora ricorrano talune delle condizioni ostative al cumulo di impieghi»⁽⁹⁹⁾. In questo caso, perciò, sarebbe opportuno inserire nel regolamento contrattuale una clausola di natura vessatoria, pena la risoluzione del rapporto, con la quale il lavoratore si obbliga a comunicare al datore di lavoro lo svolgimento di altro impiego, indicando anche il *quantum* delle ore svolte giornalmente o i riposi goduti nella settimana, al fine di non dover incorrere nelle sanzioni in materia di orario di lavoro ai sensi del d.lgs. n. 66/2003⁽¹⁰⁰⁾, normativa certamente proiettata alla salvaguardia della tutela della salute e sicurezza dei lavoratori.

La disposizione invece non dovrebbe trovare applicazione nel contesto dell'art. 9 sulla prevedibilità minima del lavoro⁽¹⁰¹⁾, stante il requisito concorrente di cui alla lett. *b*) del comma 1 dell'art. 9. Infatti, il d.lgs. n. 104/2022 ha previsto che il datore di lavoro, nell'ambito di una organizzazione del lavoro interamente o in gran parte imprevedibile, non può imporre al lavoratore di svolgere l'attività lavorativa, salvo il ricorrere di due condizioni: il lavoro si deve svolgere entro ore e giorni predeterminati⁽¹⁰²⁾ e il lavoratore deve essere informato sull'incarico o sulla prestazione da eseguire con un «ragionevole periodo di preavviso di cui all'articolo 1, comma 1, lettera *p*), numero 3)

⁽⁹⁷⁾ Sul punto si veda L. DE COMPADRI, G. BUSCEMA, L. CARATTI, *Il contratto di lavoro intermittente e il nuovo periodo di prova dopo il decreto trasparenza*, in *Gli Approfondimenti della Fondazione Studi Consulenti del lavoro*, 6 settembre 2022, p. 8.

⁽⁹⁸⁾ Per un primo commento alla disposizione si veda F. SCARPELLI, *Decreto trasparenza: disciplinato il diritto del lavoratore (privato) a svolgere un'altra prestazione lavorativa*, in *giustiziacivile.com*, 23 agosto 2022.

⁽⁹⁹⁾ Così circ. Min. lav. n. 19/2022, cit., punto 4.2.

⁽¹⁰⁰⁾ Nella verifica dell'orario di lavoro ai fini sanzionatori risulterà complesso accertare l'orario multiperiodale soprattutto se il lavoratore svolge due prestazioni di lavoro inquadrabili in due differenti CCNL.

⁽¹⁰¹⁾ G. CALVELLINI, *La nuova disciplina sulla prevedibilità minima del lavoro: valori ispiratori, dubbi interpretativi e punti di frizione con la Direttiva*, in *giustiziacivile.com*, 2 novembre 2022.

⁽¹⁰²⁾ Art. 9, co. 1, lett. *a*, d.lgs. n. 104/2022.

del decreto legislativo 26 maggio 1997, n. 152»⁽¹⁰³⁾. Il medesimo «ragionevole periodo di preavviso» deve essere dato anche in caso di revoca di un incarico o di una prestazione di lavoro precedentemente programmati⁽¹⁰⁴⁾. In questi casi il contenuto dell'ordine impartito dall'ispettore del lavoro risulta indeterminato in quanto «tale periodo può variare in funzione delle esigenze del settore interessato, ferma restando la necessità di garantire in ogni caso l'adeguata protezione dei lavoratori»⁽¹⁰⁵⁾.

L'art. 10 d.lgs. n. 104/2022 disciplina la transizione a forme di lavoro più prevedibili, sicure e stabili, stabilendo, al comma 4, che «entro un mese dalla richiesta del lavoratore il datore di lavoro o il committente forniscono risposta scritta motivata». Dunque, solo in caso di inadempimento del datore di lavoro oltre il termine di un mese dalla richiesta del lavoratore l'ispettore del lavoro potrà ordinare che sia fornita una risposta scritta motivata circa l'eventuale mancanza di disponibilità di una forma di lavoro con condizioni più prevedibili, sicure o stabili; senza che il provvedimento di disposizione possa entrare nella valutazione circa la disponibilità, nell'organizzazione aziendale, di contratti che garantiscano maggiore durata e stabilità⁽¹⁰⁶⁾.

La disposizione può essere da ultimo applicata per imporre al datore di lavoro di erogare la formazione al lavoratore durante l'orario di lavoro ovvero al di fuori di esso. L'art. 11 d.lgs. n. 104/2022, infatti, prescrive al datore di lavoro di garantire al lavoratore una formazione⁽¹⁰⁷⁾ per lo svolgimento del lavoro per cui sono impiegati e che tale formazione oltre ad essere gratuita, «va considerata come orario di lavoro e, ove possibile, deve svolgersi durante lo stesso». Se il datore di lavoro non può garantire la formazione durante l'ordinario orario di lavoro, deve erogarla al di fuori di esso, corrispondendo al lavoratore le indennità per lavoro straordinario previste dalla contrattazione collettiva. La mancata corresponsione delle maggiorazioni per lavoro straordinario, in tal caso, potrà comportare l'emissione del provvedimento di diffida accertativa *ex art.* 12 d.lgs. n. 124/2004, nonché il recupero dei contributi previdenziali ed assistenziali omessi.

5.1 Le sanzioni sugli accordi di prossimità

Se da un lato le prescrizioni minime sulle condizioni di lavoro contenute nel Capo III del d.lgs. n. 104/2022 possono considerarsi norme inderogabili a tutela del lavoratore come persona che lavora⁽¹⁰⁸⁾, dall'altro si pone la questione se tali diritti possono

⁽¹⁰³⁾ Art. 9, co. 1, lett. *b*, d.lgs. n. 104/2022. La direttiva UE 2019/1152, al considerando 32, afferma che il periodo minimo di preavviso è inteso come il tempo che intercorre tra il momento in cui un lavoratore è informato in merito a un nuovo incarico di lavoro e il momento in cui inizia l'incarico.

⁽¹⁰⁴⁾ Art. 9, co. 4, d.lgs. n. 104/2022.

⁽¹⁰⁵⁾ Così circ. Min. lav. n. 19/2022, cit., punto 4.3.

⁽¹⁰⁶⁾ Circ. Min. lav. n. 19/2022, cit., punto 4.4.

⁽¹⁰⁷⁾ L'art. 11, co. 2, d.lgs. n. 104/2022 stabilisce che l'obbligo di cui al c. 1 non riguarda la formazione professionale o la formazione necessaria al lavoratore per ottenere, mantenere o rinnovare una qualifica professionale, salvo che il datore di lavoro non sia tenuto a fornirla secondo la legge o la contrattazione collettiva. Ai sensi del co. 3 della disposizione citata resta ferma la formazione ai sensi degli artt. 36 e 37 d.lgs. n. 81/2008 in materia di salute e sicurezza sui luoghi di lavoro.

⁽¹⁰⁸⁾ M. NAPOLI, *La filosofia del diritto del lavoro*, in P. TULLINI (a cura di), *Il lavoro: valore, significato, identità, regole*, Zanichelli, Bologna, 2009, p. 57 s. Da ultimo vedi A. PERULLI, *I valori del diritto e il diritto come valore. Economia e assiologia nel diritto del lavoro neomoderno*, in *Rass. giur. lav.*, 2018, I, pp. 681-704; M.

essere derogati da un accordo di prossimità ai sensi dell'art. 8 d.l. 13 agosto 2011, n. 138, conv. in l. 14 settembre 2011, n. 148.

In precedenza ⁽¹⁰⁹⁾, si è potuto argomentare che per la violazione delle disposizioni del Capo III il personale ispettivo potrà applicare il provvedimento di disposizione *ex art.* 14 d.lgs. n. 124/2004, poiché le stesse sono sprovviste di una specifica sanzione amministrativa.

In dottrina si è dubitato che un accordo di prossimità possa derogare ad obblighi del datore di lavoro presidiati da sanzioni amministrative, poiché in tali ipotesi il legislatore ha disposto per l'indisponibilità dell'interesse protetto dalla norma ⁽¹¹⁰⁾. Tuttavia, la tesi proposta, seppur pregevole sul piano dogmatico, presenta alcune criticità legate all'esclusione *tout court* del modello di integrazione funzionale legge-contrattazione collettiva nel diritto sanzionatorio, in quanto è evidente che ogni fattispecie sanzionatoria implica la natura pubblica ed indisponibile del bene giuridico protetto dalla norma. L'indisponibilità degli interessi sottesi alle ipotesi di illecito consente, nondimeno, di circoscrivere l'ambito di operatività della trattazione di prossimità, escludendo che il negozio collettivo possa derogare in toto il precetto legislativo (c.d. clausola interdittiva ⁽¹¹¹⁾), poiché in tal caso si sostituirebbe alla legge nella determinazione dei beni da proteggere. Dunque, la legittimità della deroga negoziale è subordinata al suo ambito di operatività, potendo essa esplicarsi in ordine al *quomodo* ed al *quantum* della fattispecie illecita, ma non in ordine all'*an*, cioè privando questa di efficacia ed operatività.

La deroga prevista dall'accordo di prossimità non potrà dunque operare sull'esclusione dei contenuti minimi informativi di cui agli artt. 1 e 1-*bis* d.lgs. n. 152/1997, poiché per la loro violazione il legislatore ha previsto una specifica sanzione amministrativa. In tal caso, l'ispettore del lavoro potrà disapplicare l'accordo di prossimità e irrogare la sanzione prevista dall'art. 19, comma 2, d.lgs. n. 276/2003.

Invece, l'assenza di specifiche sanzioni amministrative per la violazione delle prescrizioni minime di cui al d.lgs. n. 104/2022, condurrebbe, secondo la suddetta tesi, alla validità di un accordo in deroga; tuttavia, il comma 2-*bis* dell'art. 8 subordina la deroga alla legge o alla trattazione collettiva al «rispetto della Costituzione, nonché i vincoli derivanti dalle normative comunitarie e dalle convenzioni internazionali sul lavoro».

In tal senso, la direttiva UE 2019/1152 al considerando 1 richiama l'art. 31 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea che sancisce che «ogni lavoratore ha diritto a condizioni di lavoro che ne rispettino la salute, sicurezza e dignità, a una limitazione della durata massima del lavoro, a periodi di riposo giornalieri e settimanali e a un congedo retribuito». Dei principi 5 e 7 del Pilastro europeo dei diritti sociali, richiamati rispettivamente nei considerando 2 e 3, si è già detto in apertura, qui si vuole evidenziare il considerando 6 della direttiva che stabilisce, a livello dell'Unione,

TIRABOSCHI, *Persona e lavoro tra tutele e mercato. Per una nuova ontologia del lavoro nel discorso giuslavoristico*, ADAPT University Press, 2019.

⁽¹⁰⁹⁾ *Supra* § 5.

⁽¹¹⁰⁾ A. RUSSO, *Interventi*, in F. CARINCI (a cura di), *Contrattazione in deroga. Accordo Interconfederale del 28 giugno 2011 e art. 8 del D.L. n.138/2011*, Ipsoa, 2012.

⁽¹¹¹⁾ C. SANTORO, *La trattazione collettiva nel diritto sanzionatorio del lavoro*, ADAPT University Press, 2018, p. 103 ss.

«le prescrizioni minime relative, da un lato, alle informazioni sugli elementi essenziali del rapporto di lavoro e, dall'altro, alle condizioni applicabili a ciascun lavoratore, per garantire che tutti i lavoratori dell'Unione fruiscano di un livello adeguato di trasparenza e di prevedibilità per quanto riguarda le loro condizioni di lavoro».

Pertanto, un accordo di prossimità sulle prescrizioni di cui al Capo III del d.lgs. n. 104/2022 dovrà rispettare i contenuti minimi ivi previsti, al fine di non privare l'attuazione dei diritti sociali dei lavoratori di una reale effettività.

Un contratto in deroga al limite legale del periodo di prova non sarà valido perché già il comma 1 dell'art. 7 vieta ai contratti collettivi di stabilire un periodo superiore. Allo stesso modo non sarà possibile derogare in toto al prolungamento del periodo di prova in caso di eventi quali malattia, infortunio, congedo di maternità o paternità obbligatori ⁽¹¹²⁾. Non sarà valida neanche una deroga ampliativa delle ipotesi, previste dal comma 2 dell'art. 8 ⁽¹¹³⁾, attraverso le quali il datore di lavoro può «limitare o vietare» al lavoratore lo svolgimento di un altro e diverso rapporto di lavoro. In tema di prevedibilità minima del lavoro, un accordo di prossimità non potrà escludere del tutto le condizioni di cui alle lettere a) e b) del comma 1 dell'art. 9 ⁽¹¹⁴⁾, ovvero escludere che il lavoratore possa, in assenza di dette condizioni, rifiutare di assumere un incarico di lavoro o di rendere la prestazione ⁽¹¹⁵⁾. Allo stesso modo, la deroga non potrà interessare un'esclusione dei rimedi risarcitori di cui al comma 4 in caso di revoca di un incarico o di una prestazione di lavoro precedentemente programmati ⁽¹¹⁶⁾. La deroga, infine, non sarà possibile per ampliare l'ambito di operatività dell'art. 11 in tema di formazione obbligatoria, prevedendo, ad esempio, che la formazione per lo svolgimento del lavoro, da considerare come orario di lavoro, possa escludersi in ipotesi differenti da quelle previste dal comma 2 ⁽¹¹⁷⁾.

Nelle fattispecie esaminate, dunque, l'ispettore del lavoro potrà disapplicare il contratto di prossimità in contrasto con il limite previsto dal comma 2-*bis* dell'art. 8 e, eventualmente, applicare un provvedimento di disposizione al fine di ripristinare i diritti minimi inderogabili previsti dal Capo III del d.lgs. n. 104/2022.

⁽¹¹²⁾ Art. 7, co. 3, d.lgs. n. 104/2022.

⁽¹¹³⁾ L'art. 8, co. 2, d.lgs. n. 104/2022, prevede le seguenti condizioni: «a) un pregiudizio per la salute e la sicurezza, ivi compreso il rispetto della normativa in materia di durata dei riposi; b) la necessità di garantire l'integrità del servizio pubblico; c) il caso in cui la diversa e ulteriore attività lavorativa sia in conflitto d'interessi con la principale, pur non violando il dovere di fedeltà di cui all'articolo 2105 del codice civile».

⁽¹¹⁴⁾ L'art. 9, co. 1, d.lgs. n. 104/2022, stabilisce le seguenti condizioni: «a) il lavoro si svolga entro ore e giorni di riferimento predeterminati [...]; b) il lavoratore sia informato dal suo datore di lavoro sull'incarico o la prestazione da eseguire, con il ragionevole periodo di preavviso [...].»

⁽¹¹⁵⁾ Art. 9, co. 2, d.lgs. n. 104/2022.

⁽¹¹⁶⁾ L'art. 9, co. 4, d.lgs. n. 104/2022, prevede che il datore di lavoro, in caso di revoca di un incarico o di una prestazione programmati, senza un ragionevole periodo di preavviso, debba riconoscere al lavoratore «la retribuzione inizialmente prevista per la prestazione pattuita nel contratto collettivo, ove applicabile o, in mancanza, una somma a titolo di compensazione per la mancata esecuzione dell'attività lavorativa, la cui misura non può essere in ogni caso inferiore al 50 per cento del compenso inizialmente pattuito per la prestazione annullata».

⁽¹¹⁷⁾ L'art. 11, co. 2, d.lgs. n. 104/2022, afferma che «l'obbligo di cui al comma 1 non riguarda la formazione professionale o la formazione necessaria per ottenere, mantenere o rinnovare una qualifica professionale, salvo che il datore non sia tenuto a fornirla secondo legge o la contrattazione collettiva», fermo restando gli artt. 36 e 37 d.lgs. n. 81/2008.

6. La protezione da trattamento o conseguenze sfavorevoli

Il Capo IV del decreto trasparenza disciplina le misure di tutela del lavoratore in caso di violazione da parte del datore di lavoro delle disposizioni del d.lgs. n. 104/2022 e del d.lgs. n. 152/1997.

Una specifica sanzione amministrativa è prevista dall'art. 13, co. 1, d.lgs. n. 104/2022 ⁽¹¹⁸⁾, che tutela il lavoratore in caso di reclamo o procedimento, anche giudiziario, nei confronti del datore di lavoro che non rispetti i diritti derivanti dal decreto trasparenza o dal d.lgs. n. 152/1997. Il reclamo o il procedimento in questione deve aver determinato il datore di lavoro a porre in essere un comportamento ritorsivo o comunque aver causato al lavoratore, o al suo rappresentante, un effetto sfavorevole.

Al verificarsi delle anzidette condizioni, la disposizione prevede tre conseguenze. La prima sul piano giudiziario con l'invalidità dell'atto e l'eventuale risarcimento del danno o l'illegittimità del licenziamento ⁽¹¹⁹⁾, stante anche la previsione dell'art. 14 d.lgs. n. 104/2022 ⁽¹²⁰⁾. La seconda sul piano penale facendo salva la consumazione di un eventuale ed ulteriore fattispecie penale ⁽¹²¹⁾. La terza sul piano amministrativo con l'applicazione della sanzione da euro 5.000 a euro 10.000 prevista dall'art. 41, co. 2, d.lgs. n. 198/2006 ⁽¹²²⁾, c.d. Codice delle pari opportunità tra uomo e donna. In quest'ultima ipotesi, la competenza a raccogliere le denunce e ad irrogare la sanzione è dell'Ispettorato nazionale del lavoro. La previsione di una "possibilità" da parte del lavoratore di presentare una denuncia esclude che la stessa possa costituire una

⁽¹¹⁸⁾ P. RAUSEI, *Illeciti e sanzioni. Il diritto sanzionatorio del lavoro*, cit., p. 371 s.

⁽¹¹⁹⁾ L'art. 13, co. 1, d.lgs. n. 104/2022 stabilisce che resta «ferma ogni conseguenza prevista dalla legge derivante dall'invalidità dell'atto». Pertanto, sul piano amministrativo, al fine dell'irrogazione della sanzione, accertato il comportamento ritorsivo o comunque un atto che determini effetti pregiudizievoli, lo stesso sarà *tamquam non esset*; mentre per l'invalidità dell'atto e le connesse conseguenze il lavoratore dovrà rivolgersi al giudice. Di diverso avviso E. MASSI, *Violazione degli obblighi informativi: quali sono le tutele per i lavoratori (e i rischi per le imprese)*, in *Ipsos quotidiano*, 10 novembre 2022, secondo il quale gli ispettori del lavoro «una volta accertato che il provvedimento ha natura ritorsiva, debbono procedere a renderlo invalido», ricordando che l'Ispettorato nazionale del lavoro sul punto non ha fornito indicazioni «sia in ordine alla modulistica che al soggetto incaricato di affermare l'invalidità dell'atto (lo stesso ispettore del lavoro, come personalmente, credo, o il Direttore dell'ITL), che, infine al possibile gravame».

⁽¹²⁰⁾ Art. 14, co. 1, d.lgs. n. 104/2022, prevede il divieto di licenziamento o di trattamenti pregiudizievoli del lavoratore conseguenti all'esercizio dei diritti previsti dal decreto trasparenza o dal d.lgs. n. 152/1997. Si veda S. VARVA, *Novità in tema di ripartizione dell'onere della prova del licenziamento ritorsivo nel "Decreto trasparenza"*, in *giustiziacivile.com*, 10 ottobre 2022.

⁽¹²¹⁾ Si pensi, ad esempio, al reato di estorsione *ex art. 629 c.p.* o a quello di violenza privata ai sensi dell'art. 610 c.p.

⁽¹²²⁾ Con il d.lgs. n. 8/2016 è stata disposta, a partire dal 6 febbraio 2016, la depenalizzazione dei reati puniti con pena pecuniaria e quindi delitti e contravvenzioni sanzionati rispettivamente con multa o ammenda. La circ. Min. lav. 5 febbraio 2016, n. 6, ha affermato che per la depenalizzazione delle contravvenzioni previste dal d.lgs. n. 198/2006 (in particolare, artt. 27, co. 2, lett. *a e b*, co. 3; 28, cc. 1 e 2; 29; 30, cc. 1, 3, 4) non è prevista la procedura di diffida *ex art. 13 d.lgs. n. 124/2004*. Pertanto, in riferimento al richiamo operato dall'art. 13, co. 1, d.lgs. n. 104/2022 all'art. 41, c. 2, d.lgs. n. 198/2006, contenente le suddette fattispecie, non sarà applicabile la procedura di diffida ad adempiere, ma la sola riduzione della sanzione ai sensi dell'art. 16 l. n. 689/1981, richiamato dall'art. 6 del d.lgs. n. 8/2016.

condizione per l'applicazione della sanzione amministrativa o per i necessari accertamenti ispettivi; circostanza confermata anche dalla lettera del terzo comma della disposizione ⁽¹²³⁾.

Il presupposto per l'applicazione della sanzione non è costituito dalla semplice violazione degli obblighi di cui al d.lgs. n. 104/2022 e d.lgs. n. 152/1997, ma dalla presenza di comportamenti ritorsivi o, comunque, di effetti sfavorevoli nei confronti del lavoratore o dei loro rappresentanti, circostanza che il personale ispettivo sarà chiamato ad accertare e supportare con adeguati elementi probatori ⁽¹²⁴⁾.

Il maggiore ostacolo applicativo della norma risiede perciò nella ricerca del compendio probatorio per la contestazione della sanzione amministrativa.

Il richiamo al Codice delle pari opportunità, seppur ai fini sanzionatori, conduce l'interprete ad una comparazione tra la previsione del comma 1 dell'art. 13 con le disposizioni concernenti la nozione di discriminazione. L'art. 25 d.lgs. n. 198/2006 fornisce una definizione di discriminazione diretta e indiretta con una terminologia in parte non sovrapponibile a quella dell'art. 13. Nella prima si parla di «effetto pregiudizievole discriminatorio» ⁽¹²⁵⁾ o di «posizione di particolare svantaggio» ⁽¹²⁶⁾; nella seconda, invece, il legislatore caratterizza il comportamento datoriale come ritorsivo o comunque produttivo di effetti sfavorevoli nei confronti del lavoratore.

Se dovessimo estendere i principi espressi dalla giurisprudenza in materia di licenziamento ritorsivo ⁽¹²⁷⁾, da un punto di vista applicativo, la norma resterebbe sostanzialmente inattuata, poiché l'indagine sul motivo determinante ai sensi dell'art. 1345 c.c. ⁽¹²⁸⁾ (di competenza del giudice) diverrebbe una prova diabolica sul piano amministrativo.

Se invece aderiamo alla tesi per cui la fattispecie della protezione del lavoratore da trattamenti o conseguenze sfavorevoli *ex art.* 13 d.lgs. n. 104/2022 rappresenta una particolare ipotesi di discriminazione nel rapporto di lavoro ⁽¹²⁹⁾, allora, la ricerca della

⁽¹²³⁾ L'art. 13, co. 3, d.lgs. n. 104/2022, stabilisce che la denuncia può essere presentata dall'interessato o dall'organizzazione sindacale delegata dal medesimo.

⁽¹²⁴⁾ Così circ. INL n. 4/2022, cit., p. 9.

⁽¹²⁵⁾ Art. 25, co. 1, d.lgs. n. 198/2006, che disciplina la discriminazione diretta.

⁽¹²⁶⁾ Art. 25, co. 2, d.lgs. n. 198/2006, che disciplina la discriminazione indiretta.

⁽¹²⁷⁾ Cass. 16 luglio 2015, n. 14928, secondo cui «il recesso del datore di lavoro si considera ritorsivo quando si concretizza in un'ingiusta e arbitraria reazione del datore essenzialmente quindi di natura vendicativa a un comportamento legittimo del lavoratore e inerente a diritti a lui derivanti dal rapporto di lavoro o a questo comunque connessi».

⁽¹²⁸⁾ Cass. 8 agosto 2011, n. 17087, che afferma come il licenziamento per ritorsione, diretta o indiretta, è sempre nullo, a condizione che il motivo ritorsivo, come tale illecito, sia stato l'unico determinante del recesso e «sempre che il lavoratore ne abbia fornito prova, anche con presunzioni». Il giudice è quindi tenuto a valutare «tutto il complesso degli elementi acquisiti al giudizio, compresi quelli già considerati per escludere il giustificato motivo oggettivo, nel caso in cui questi elementi, da soli o nel concorso con altri, nella loro valutazione unitaria e globale consentano di ritenere raggiunta, anche in via presuntiva, la prova del carattere ritorsivo del recesso», così Cass. 23 settembre 2019, n. 23583. Si veda anche Cass. 4 aprile 2019, n. 9468.

⁽¹²⁹⁾ Pacifico è tra l'altro la netta distinzione tra licenziamento ritorsivo e quello discriminatorio poiché, secondo Cass. 5 aprile 2016, n. 6575, quest'ultimo «discende direttamente dalla violazione di specifiche norme di diritto interno, quali l'art. 4 della l. n. 604 del 1966, l'art. 15 st. lav. e l'art. 3 della l. n. 108 del 1990, nonché di diritto europeo, quali quelle contenute nella direttiva n. 76/207/CEE sulle discriminazioni di genere, sicché, diversamente dall'ipotesi di licenziamento ritorsivo, non è

prova è agevolata dalla previsione dell'art. 40 d.lgs. n. 198/2006 ⁽¹³⁰⁾. Infatti, sarebbe sufficiente la violazione del d.lgs. n. 104/2022 o del d.lgs. n. 152/1997, a prescindere dall'indagine di uno specifico motivo determinante il comportamento ritorsivo. La norma opererebbe su un piano oggettivo escludendo una ricerca dell'elemento soggettivo del datore di lavoro.

Si pensi a una lavoratrice, con figli minori, che denuncia il proprio datore di lavoro per non aver fornito nei tempi e nei modi le informazioni sul rapporto di lavoro ovvero non ha garantito le prescrizioni minime relative alle condizioni di lavoro. A seguito della denuncia all'Ispettorato, il datore di lavoro varia l'orario di lavoro da un turno unico centrale, sostanzialmente coincidente con gli orari scolastici, a un orario su doppio turno, il primo dei quali con inizio alle ore 6,00 del mattino e il secondo con termine alle ore 22,00 ⁽¹³¹⁾. In questo caso è sufficiente l'accertamento della violazione dell'omessa informazioni o dei diritti minimi garantiti ai sensi del d.lgs. n. 104/2022, per ritenere che la variazione dell'orario di lavoro su doppio turno è pregiudizievole, anche secondo massime di comune esperienza ⁽¹³²⁾, nei confronti della lavoratrice con prole minorenni. L'ispettore, pertanto, oltre ad applicare le sanzioni amministrative previste dall'art. 19, comma 2, d.lgs. n. 276/2003 e dell'art. 41, co. 2, d.lgs. n. 198/2006, potrà emettere anche un provvedimento di disposizione con il quale ordina al datore di lavoro di variare l'orario di lavoro, salvo che in sede di accertamento ispettivo quest'ultimo non fornisca la prova contraria dell'insussistenza della discriminazione.

Il ragionamento proposto non incontra particolari difficoltà applicative nel contesto della discriminazione diretta; mentre potrebbe risultare di più difficile accertamento se si dovesse trattare di una discriminazione indiretta *ex art.* 25, co. 2, d.lgs. n. 198/2006. La verifica della eventuale sussistenza di una discriminazione indiretta, infatti, implica valutazioni che prescindono dalla violazione di norme di legge; questo perché la discriminazione indiretta si realizza attraverso una condotta, una prassi, un atto aziendale di per sé leciti, e quindi conformi alle normative di tutela dei lavoratori in generale, che però realizzano l'effetto di porre una categoria di lavoratori, quella «portatrice del c.d. fattore di rischio», in una situazione di particolare svantaggio ⁽¹³³⁾.

necessaria la sussistenza di un motivo illecito determinante *ex art.* 1345 c.c., né la natura discriminatoria può essere esclusa dalla concorrenza di un'altra finalità, pur legittima, quale il motivo economico».

⁽¹³⁰⁾ *Ex plurimis*, Cass. 5 giugno 2013, n. 14206; Cass. 15 novembre 2016, n. 23286; Cass. 27 settembre 2018, n. 23338; Cass. 12 ottobre 2018, n. 25543; Cass. 2 novembre 2021, n. 31054; App. Milano 17 giugno 2020, n. 380.

⁽¹³¹⁾ Un caso simile è stato affrontato da Trib. Bologna 31 dicembre 2021, n. 7559, in *Lav. giur.*, 2022, n. 10, p. 956, con nota di L. D'ARCANGELO, *Cambio d'appalto, modifica dell'orario di lavoro e discriminazione indiretta delle lavoratrici madri*.

⁽¹³²⁾ Art. 115, co. 2, c.p.c.

⁽¹³³⁾ A livello europeo, si vedano Corte EDU, 20 giugno 2006, Zarb Adami c. Malta; Corte EDU, 13 novembre 2007, D.H. c. Repubblica Ceca; Corte EDU, 9 giugno 2009, Opuz c. Turchia; nella giurisprudenza di legittimità, si veda Cass. 25 luglio 2019, n. 20204.

7. L'interesse pubblico nel riequilibrio dell'asimmetria informativa

Sul piano sanzionatorio il d.lgs. n. 104/2022 restituisce all'interprete numerose criticità per la sua concreta applicazione soprattutto in ordine alla denuncia del lavoratore quale condizione di procedibilità dell'azione ispettiva per l'applicazione delle sanzioni amministrative sugli obblighi informativi *ex artt.* 1 e 1-*bis* d.lgs. n. 152/1997 o sulla protezione da trattamento o conseguenze sfavorevoli *ex art.* 13 d.lgs. n. 104/2022.

Il tema è dunque quello della compressione della facoltà di disposizione del diritto soggettivo del lavoratore resa necessaria dall'esigenza di tutelare o un interesse pubblico in ipotesi contrastante con l'interesse del titolare del diritto soggettivo, oppure un interesse privato del titolare stesso, la cui volontà può palesarsi inidonea alla valutazione o insufficiente alla realizzazione dell'interesse medesimo⁽¹³⁴⁾. Si pensi, solo per citarne alcuni, pur rimanendo sul tema dell'accertamento ispettivo, all'incidenza degli accordi transattivi sull'esercizio dell'azione ispettiva; al potere sanzionatorio sui contratti certificati; alla configurabilità della responsabilità solidale in mancanza di un'azione giudiziaria del lavoratore; all'accertamento dell'illegittima apposizione del termine nel contratto a tempo determinato che possa incidere sulla base di computo nella determinazione della quota di riserva che le aziende devono rispettare in materia di collocamento obbligatorio o, infine, all'intervento dell'Ispettorato del lavoro nei rapporti interprivati collettivi⁽¹³⁵⁾.

Nella parte introduttiva del presente saggio si è potuto osservare come il corpus delle norme sociali contenuto nella direttiva UE 2019/1152 potrà dirsi realmente efficace se concretamente attuato nei diversi sistemi nazionali.

Il principio di effettività dei diritti dei lavoratori⁽¹³⁶⁾, all'interno del nostro ordinamento, è garantito dalle molteplici tecniche di tutela⁽¹³⁷⁾, tra cui si può annoverare quella della norma inderogabile di legge o di contratto collettivo⁽¹³⁸⁾.

All'interno della struttura complessa del rapporto di lavoro l'esecuzione del contratto e la concreta attuazione delle obbligazioni reciproche non è demandata all'autonomia negoziale dei contraenti ma alla legge che, a sua volta, indirettamente o direttamente rinvia alla contrattazione collettiva imponendo precise limitazioni al contenuto del contratto e, ancor più, ai comportamenti delle parti nella esecuzione dello stesso. La legge e la contrattazione collettiva intervengono per stabilire in via preventiva il contenuto necessario di numerose clausole negoziali relative al rapporto tra datore e prestatore di lavoro.

⁽¹³⁴⁾ G. SUPPIEJ, *Interesse pubblico e interessi privati nella disciplina giuridica del rapporto di lavoro*, in *Studi in onore di F. Santoro-Passarelli*, V, Napoli, 1972, p. 1091 ss.

⁽¹³⁵⁾ Sugli effetti degli accordi di prossimità sugli obblighi informativi e le eventuali sanzioni applicabili si veda *supra* § 5.1.

⁽¹³⁶⁾ G. VETTORI, *Effettività delle tutele (diritto civile)*, in *Annali Enc. Dir.*, X, 2017, p. 381 ss.; P. TULLINI, *Effettività dei diritti fondamentali del lavoratore: attuazione, applicazione, tutela*, in *Giorn. DLRI*, 2016, n. 150, p. 291 ss.; L. MENGHINI, *Trasformazioni dell'impresa ed effettività delle tutele*, in *VTDL*, 2019, n. 2, p. 689.

⁽¹³⁷⁾ E. GHERA, *Le sanzioni civili nella tutela del lavoro subordinato*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 1979, p. 314; F. SANTORO PASSARELLI, *Lo spirito de diritto del lavoro*, ora in *Saggi di diritto civile*, II, Jovene, 1961, p. 1069. Da ultimo sulle diverse tecniche di tutela e i relativi rimedi si veda C. PISANI, *Le tecniche di tutela nell'età della giurisdizione*, Relazione alle Giornate di Studio AIDLASS, Torino 16 – 17 giugno 2022, *Le tecniche di tutela nel diritto del lavoro*, dattilo.

⁽¹³⁸⁾ R. DE LUCA TAMAJO, *La norma inderogabile nel diritto del lavoro*, Napoli, 1976.

In definitiva, la legge disciplina il rapporto nel suo svolgimento effettuale mentre l'accordo delle parti viene compresso da una serie di limiti sia legali sia convenzionali. L'effetto dell'integrazione della fonte eteronoma nel rapporto contrattuale ha fatto sorgere il dubbio circa la rilevanza del momento contrattuale nella disciplina del rapporto⁽¹³⁹⁾; tuttavia, l'accontrattualità del rapporto deve essere negata poiché la preminenza che la legge attribuisce al momento dell'esecuzione rispetto a quello della programmazione dell'attività delle parti e quindi delle rispettive obbligazioni, trova giustificazione nella tutela della posizione di debolezza del lavoratore rispetto al potere del contraente forte, sostenendo, in tal modo, l'autonomia individuale dal lato del prestatore di lavoro. La stessa implicazione della persona del prestatore nel rapporto di lavoro rappresenta un ulteriore ragione per sostenere la contrattualità tutelata dell'obbligazione contrattuale⁽¹⁴⁰⁾. La correzione di tale squilibrio è lasciata dunque all'organizzazione e all'azione del sindacato e quindi all'autonomia collettiva come potere di autoregolamentazione dei gruppi professionali organizzati, nonché alla disciplina imperativa legale quale limite intrinseco dell'autonomia privata.

Il d.lgs. n. 104/2022 si inserisce in questo solco poiché gli obblighi ivi disciplinati in capo al datore di lavoro, tutti di natura inderogabile, consentono di riequilibrare l'asimmetria informativa nei confronti del lavoratore quale parte socialmente sottoprotetta⁽¹⁴¹⁾.

Alla luce di tali considerazioni si può ragionevolmente sostenere che risulta prevalente l'interesse pubblico a riequilibrare la carenza o l'incompleta informazione prescindendo da una specifica richiesta/iniziativa del lavoratore sia in merito alla violazione degli artt. 1 e 1-*bis* d.lgs. n. 152/1997, sia nell'ipotesi di comportamenti ritorsivi ai sensi dell'art. 13 d.lgs. n. 104/2022. In merito a quest'ultima norma, tuttavia, sul piano concreto, l'Ispettorato difficilmente potrà venire a conoscenza di un reclamo o di un procedimento amministrativo o giudiziario nei confronti del datore di lavoro, se non nel caso di una espressa denuncia del lavoratore⁽¹⁴²⁾.

Infine, la maggior parte delle violazioni sugli obblighi informativi del datore di lavoro sono comportamenti sanabili e, quindi, da un punto di vista procedurale, soggetti alla diffida obbligatoria *ex art.* 13 d.lgs. n. 124/2004, consentendo quindi al lavoratore di ottenere le informazioni e le tutele minime concernenti le condizioni di lavoro.

⁽¹³⁹⁾ *Amplius*, D. GAROFALO, *Lavoro, impresa e trasformazioni organizzative*, Relazione alle Giornate di Studio AIDLASS, *Frammentazione organizzativa e lavoro: rapporti individuali e collettivi*, Giuffrè, 2018, p. 129 ss.

⁽¹⁴⁰⁾ G. SANTORO-PASSARELLI, *Autonomia privata e collettiva e norma inderogabile*, in *RIDL*, 2015, n. 1, p. 61 ss.

⁽¹⁴¹⁾ G. PROIA, *Trasparenza, prevedibilità e poteri dell'impresa*, in *Labor*, n. 6, 2022, p. 646, osserva che «nelle norme di procedimentalizzazione dei poteri dell'impresa l'adempimento dell'obbligo di informazione configura una condizione dell'esercizio del potere ed ha il fine ultimo di consentire il controllo sindacale e/o giudiziale relativo alla correttezza dell'atto di esercizio del potere [...]. È a ragione di tali asimmetrie che si impone al contraente "forte" un obbligo di esplicitare (a beneficio di quello in posizione di debolezza) non solo le condizioni riservate alla libera disponibilità negoziale, ma anche quelle direttamente stabilite dalle fonti eteronome che regolano dall'esterno il rapporto contrattuale».

⁽¹⁴²⁾ A. RICCARDI, in questo Commentario, afferma che l'assenza di una denuncia «sebbene in astratto funzionale a garantire una maggiore latitudine della tutela, nella pratica si risolverebbe in una pressoché totale ineffettività della stessa, per l'aggravio sul piano probatorio (oltre che su quello della stessa individuazione dell'illecito) determinato dalla non presentazione di una denuncia dalla parte lesa».

Meccanismi di risoluzione rapida delle controversie e diritto di ricorso in caso di violazione degli obblighi datoriali previsti dai d.lgs. n. 152/1997 e 104/2022 (art. 12, d.lgs. n. 104/2022)

di Stefano Iacobucci

Abstract – In questo contributo viene esaminato il “nuovo” strumento di *risoluzione rapida* delle controversie che insorgono in ragione della violazione del diritto d’informazione e dei diritti introdotti dal d. trasparenza.

Abstract – This contribution examines the “new” tool for rapid resolution of disputes that arise due to the violation of the right to information and of the rights introduced by d. trasparenza.

Sommario: 1. Gli strumenti generali di composizione della controversia. - 2. I diritti tutelati (ambito di applicazione dei meccanismi di risoluzione rapida). - 3. Gli strumenti di risoluzione rapida sono conciliazioni e arbitrati lavoristici. - 4. La disciplina nazionale al confronto con la disciplina euro-unitaria.

1. Gli strumenti generali di composizione della controversia

Il capo IV - *misure di tutela* - del d.lgs. n. 104/2022 apre con l’art. 12, il quale introduce un “nuovo” strumento di risoluzione alternativa delle controversie (ADR).

Questo strumento è attivabile su base volontaria e non costituisce condizione di procedibilità in sede contenziosa.

Tutt’altro, l’art. 12 del d.lgs. n. 104/2022 non preclude, né condiziona in alcun modo, l’azione giudiziale, il ricorso all’autorità amministrativa, né l’attivazione delle specifiche procedure previste dai contratti collettivi di lavoro *ex art.* 51 del d.lgs. n. 81/2015. Il riferimento all’autorità giudiziaria è chiaro e non richiede particolari precisazioni. La lesione dei diritti tutelati dalla norma (v. *infra*) trova il suo naturale approdo nella funzione giurisdizionale, la quale è finalizzata a garantire l’attuazione del diritto sostanziale in via secondaria e sostitutiva ⁽¹⁾.

Quanto al riferimento alla tutela in sede amministrativa, pare evidente che l’amministrazione interessata sia l’Ispettorato del lavoro, nelle funzioni assegnate dall’art. 1, co. 2 del d.lgs. n. 149/2015 ⁽²⁾, tra le quali vi è la vigilanza sull’attuazione della normativa giuslavoristica (es. cfr. art. 4, co. 1, lett. e) del d.lgs. n. 104/2022).

⁽¹⁾ C. MANDRIOLI, *Diritto processuale civile, vol. I*, Giappichelli, 2011, p. 12 ss.

⁽²⁾ Sulle funzioni dell’INL, cfr. S. CAFFIO, A. GRIECO, *Ispettorato Nazionale del Lavoro*, in E. GHERA, D. GAROFALO, *Semplificazioni - Ispezioni - Sanzioni nel Jobs Act 2*, Cacucci, 2016, p. 273 ss.

A giudizio di chi scrive, la tutela in parola trova la sua collocazione naturale nell'art. 11 del d.lgs. n. 124/2004, poiché presuppone che sia il lavoratore - in forze o cessato - ad attivarsi al fine di veder tutelato il proprio diritto.

Del resto, l'attività ispettiva su impulso d'ufficio non determina immediati benefici per i lavoratori, avendo quale naturale esito l'irrogazione della sanzione verso le irregolarità rilevate.

Al contrario, l'accesso ispettivo condizionato alla conciliazione monocratica trova il suo naturale sbocco - chiaramente, nel caso di buon esito della conciliazione - nella tutela dei diritti del lavoratore, finanche evitando l'ispezione.

Ciò posto, va pure chiarito che attualmente il ricorso alla conciliazione monocratica - e prima ancora la richiesta ispettiva da cui la conciliazione monocratica origina - può risultare non agevole. L'attuale modulo INL-31⁽³⁾ non menziona espressamente un riferimento ai diritti introdotti dal d.lgs. 104/2022 e ciò rende difficile per il lavoratore - che intenda procedere in proprio e senza l'ausilio di tecnico competente in materia giuslavoristica - indicare quale sia il diritto *ex* d.lgs. n. 104/2022 che intende far valere (sul punto si tornerà *infra*).

Ultimo caso da analizzare è quello delle «specifiche procedure previste dai contratti collettivi di lavoro» di cui all'art. 51 del d.lgs. n. 81/2015.

La disposizione pone un primo problema di ricognizione delle fonti.

Il fatto è notorio, in Italia il numero di contratti collettivi è decisamente importante, già solo con riferimento al piano nazionale.

L'art. 51 del d.lgs. n. 81/2015 richiama anche la contrattazione collettiva, decentrata e quella aziendale.

L'art. 12 del d.lgs. n. 104/2022, quindi, apre a una moltitudine di strumenti di composizione stragiudiziale delle controversie, pari al numero dei contratti collettivi che disciplinano siffatti strumenti. Per questo motivo, la norma può essere considerata una clausola aperta di rinvio alla contrattazione collettiva.

L'indubbio vantaggio della norma è quello di elevare - secondo la medesima logica dell'art. 2113 c.c. ⁽⁴⁾ - questi strumenti contrattuali al rango di quelli previsti dalla legge. Tale è la “considerazione” riservata a questi strumenti da metterli sullo stesso piano della tutela giurisdizionale.

Invero, sul punto va detto che gli strumenti di definizione sindacale delle controversie sono mezzi di *alternative dispute resolution* (ADR).

Le ADR seguono il cd. principio di autoresponsabilità, dal quale deriva - com'è stato efficacemente detto - che le parti «diventano gli artefici della regolamentazione dei loro interessi e della tutela dei loro diritti» ⁽⁵⁾.

Da questo punto di vista, l'assimilazione delle ADR in sede sindacale alla composizione giudiziale del conflitto, non pare affatto sorprendente; infatti, va sempre ricordato che la giurisdizione è finalizzata a sostituire o supplire all'adempimento spontaneo di un obbligo o di un'obbligazione. Sicché, laddove le parti raggiungano un accordo che sostituisce l'adempimento originario con un nuovo adempimento, anche

⁽³⁾ Modulo INL-31.

⁽⁴⁾ Sul punto si v. G. GIUGNI, *Diritto sindacale*, Cacucci, 2010, p. 138

⁽⁵⁾ D. D'ADAMO, *La negoziazione assistita*, in L. DITTRICH, *Diritto processuale civile, Tomo IV*, UTET, 2019, p. 5598.

in sede di composizione della controversia, l'accordo successivo, seppur sostitutivo, non può dirsi suppletivo dell'inadempimento.

Il fatto che la composizione della controversia avvenga in sede sindacale è da ritenersi chiaramente in linea con i fondamenti del diritto del lavoro e della tutela della parte debole del rapporto di lavoro, la cui volontà dev'essere effettivamente libera dal condizionamento della sua subordinazione economico-giuridica ⁽⁶⁾.

Invece, il fatto che la devoluzione della controversia "*in arbitrii*" avvenga nelle forme previste dalla contrattazione collettiva, anche aziendale, di cui all'art. 51 del d.lgs. n. 81/2015, va guardata con molta attenzione, poiché il rinvio in parola sembrerebbe superare quello operato dall'art. 412-*ter* c.p.c., che fa riferimento ai contratti collettivi sottoscritti dalle associazioni sindacali maggiormente rappresentative (laddove la disciplina del 2015 parla di sindacati comparativamente più rappresentativi).

Il collegamento tra l'art. 12 del d.lgs. n. 104/2022 e l'art. 412-*ter* c.p.c. pare, almeno a giudizio dello scrivente, inevitabile; infatti, il testo di legge (art. 12 del d.lgs. n. 104/2022) è chiaro sia nel rinviare alle «specifiche procedure previste dai contratti collettivi», sia nel successivo richiamo dei soli artt. 412 e 412-*quater*. Da ciò sembra corretto derivare che il legislatore abbia riconosciuto alla contrattazione collettiva un ruolo privilegiato nella risoluzione delle controversie, anche rispetto alle questioni relative ai diritti introdotti dal decreto trasparenza.

Incidentalmente, ci si potrebbe chiedere se questo richiamo peculiare - a quanto consta innovativo - che ibrida l'art. 51 del d.lgs. n. 81/2015 al 412-*ter* c.p.c., possa essere letto come una esortazione alle parti sociali - ma anche agli imprenditori - a disciplinare procedure arbitrali sindacali per la risoluzione delle controversie.

Se così fosse, data la collocazione dell'arbitrato sindacale tra gli strumenti generali di risoluzione della controversia, si potrebbe concludere che la disposizione, superando il fine della trasparenza, abbia esteso alla contrattazione aziendale conclusa con sindacati comparativamente rappresentativi anche l'arbitrato *ex* art. 412-*ter* c.p.c.

2. I diritti tutelati (ambito di applicazione dei meccanismi di risoluzione rapida)

Visti gli strumenti di tutela di ordine generale, si deve ora, brevemente, descrivere l'ambito di applicazione dei meccanismi di risoluzione rapida delle controversie.

La disposizione in commento stabilisce che i meccanismi di risoluzione rapida possono essere attivati «in caso di violazione dei diritti previsti dal presente decreto e dal» d.lgs. n. 152/1997.

La disposizione circoscrive in modo evidente il campo di applicazione dei diritti, così contenendo la portata dei meccanismi di risoluzione rapida, ai soli diritti enunciati nel decreto trasparenza, d.lgs. n. 104/2022, e nel suo antesignano, d.lgs. n. 152/1997.

I diritti richiamati - per i quali si rinvia ai relativi commenti del presente volume - sono il diritto all'informazione (cd. trasparenza) sulle condizioni economiche e normative del rapporto di lavoro (in particolare per il superamento del mero rinvio al contratto collettivo operato da quello individuale); il diritto al contenimento e al

⁽⁶⁾ Cfr. G. PERA, *Le rinunce e le transazioni del lavoratore. Art. 2113*, in P. SCHLESINGER, *Il Codice civile commentato*, Giuffrè, 1990, p. 78

riproporzionamento del periodo di prova; il diritto a non subire pregiudizi, del lavoratore part time, per il cumulo d'impieghi; il diritto alla programmazione dell'orario di lavoro nell'ambito delle organizzazioni di lavoro imprevedibili; il diritto di richiedere un'occupazione più prevedibile, sicura e stabile; il diritto alla formazione in orario di lavoro e gratuita.

Qualche dubbio va invece sollevato rispetto alle previsioni di cui all'art. 13 del d.lgs. n. 104/2022.

L'art. 13 dispone una tutela contro il trattamento sfavorevole conseguente all'esercizio dei diritti summenzionati. Ne deriva che l'art. 13, più che enunciare un diritto, introduce una tutela ulteriore rispetto a quella in commento.

Diversamente avviene per l'art. 14 del d.lgs. n. 104/2022, il quale enuncia la natura ritorsiva del licenziamento intimato, o del trattamento attuato, in conseguenza dell'esercizio, o della richiesta di tutela, dei diritti enunciati dal medesimo d.lgs. n. 104/2022 e del d.lgs. n. 152/1997.

La norma, in effetti, introduce un diritto a non subire pregiudizi in ritorsione all'esercizio dei diritti summenzionati e, in quanto diritto previsto dal d.lgs. n. 104/2022, sembrerebbe potersi includere tra i diritti deducibili "*in arbitrii*".

L'art. 12 del d.lgs. n. 104/2022 si applica tanto ai lavoratori in forze, quanto ai "lavoratori il cui rapporto di lavoro è cessato".

Ebbene, la norma può sembrare "superflua" se si pensa che un diritto (fatta salva la decadenza), può essere invocato in qualunque momento fino a che non sia prescritto e sia esigibile.

Eppure, un'applicazione della norma può essere immaginata nell'art. 7, co. 3 del d.lgs. n. 104/2022 laddove dispone il diritto al prolungamento del rapporto di lavoro per il tempo di durata dell'evento sospensivo (es. malattia). Immaginando che il patto di prova sia apposto a un contratto a termine e che l'evento sospensivo duri più della durata stessa del contratto, il lavoratore, cessato il rapporto, potrebbe invocare l'effettivo esperimento della prova di cui all'art. 7, co. 3 del d.lgs. 104/2022 malgrado il rapporto di lavoro sia terminato e lui sia cessato.

Ai lavoratori cessati si può applicare anche l'art. 10 del d.lgs. n. 104/2022 poiché non pare che la cessazione del lavoro sia di per sé preclusiva del diritto di richiedere una stabilità dell'occupazione se il lavoratore ha maturato i requisiti di legge per formulare la richiesta (con pretesa di poter ricevere una risposta).

Diversamente, sussistono diritti, come quello di cui all'art. 8 del d.lgs. n. 104/2022 che ben poco possono ritenersi conciliabili con una tutela successiva al rapporto, poiché una volta che un rapporto sia cessato non ha alcun senso invocare la tutela (almeno quella reale) contro una condotta datoriale ostile od ostativa a una doppia occupazione.

In definitiva – a una prima lettura – il fatto che la norma specifichi che la tutela dei diritti possa essere invocata anche dopo l'interruzione del rapporto di lavoro pare aggiungere poco alla normativa di ordine generale, sembrando piuttosto diretta a indirizzare la tutela dei diritti verso gli strumenti conciliativi, di cui si va a dire.

Infine, a chiusura del presente paragrafo, va ricordato il recente provvedimento Doc-Web 9844960 del 13.12.2022 (7) del cd. Garante Privacy il quale ricorda che gli

(7) <https://www.gdpd.it/web/guest/home/docweb/-/docweb-display/docweb/9844960>.

strumenti di tutela apprestati dal d.lgs. n. 104/2022 e qui in commento, si aggiunge sempre il diritto di accesso ai dati personali del dipendente.

Invero, il provvedimento del Garante richiama il solo art. 16 del d.lgs. n. 104/2022; tuttavia, è ben chiaro che se il diritto azionato è quello alla consegna della documentazione relativa al rapporto di lavoro, gli strumenti che il lavoratore può impiegare sono tanto quello dell'art. 12 del d.lgs. n. 104/2022 quanto quello di cui all'art. 15 del Reg. UE 2022 n. 679 (cd GDPR).

Il diritto di accesso consente al lavoratore di richiedere al datore di lavoro di precisare quali sono i dati sui quali opera il trattamento e quale trattamento è in corso. A fronte dell'esercizio di questo diritto il lavoratore ha diritto di ottenere, senza ingiustificato ritardo, una risposta dal datore di lavoro. Contro l'eventuale inadempimento dell'obbligo, il lavoratore potrà formulare reclamo ex art. 140-bis del d.lgs. n. 196/2003 (cd. codice privacy).

3. Gli strumenti di risoluzione rapida sono conciliazioni e arbitrati lavoristici

Analizzato il campo di applicazione della norma in commento, non resta che analizzare lo strumento messo a disposizione del lavoratore per “risolvere rapidamente” la controversia insorta sui diritti previsti dal decreto trasparenza.

In apertura si è visto che gli strumenti di ordine generale sono sempre accessibili al lavoratore, al quale viene fornita l'opzione ulteriore della “risoluzione rapida”.

Lo strumento individuato dal legislatore per “risolvere rapidamente” la controversia è quello dell'arbitrato lavoristico.

L'art. 12 del d.lgs. n. 104/2022 stabilisce chiaramente che i lavoratori «possono promuovere il tentativo di conciliazione previsto dagli articoli 410 e 411 del codice di procedura civile, ovvero ricorrere al collegio di conciliazione ed arbitrato di cui agli articoli 412 e 412-quater del codice di procedura civile».

Verrebbe da dire, nulla di nuovo sotto il sole.

A parere di chi scrive, la norma risulta quantomeno ridondante, in quanto i diritti enunciati nel d.lgs. n. 104/2022 sono tutti diritti già presenti nell'ordinamento da anni e solo positivizzati dal decreto in commento (fatto salvo il diritto alla programmazione, che pare innovativo). La ridondanza sta nel fatto che fino a oggi le transazioni sui diritti summenzionati sono sempre avvenute proprio con quegli stessi strumenti che ci si accinge a commentare, passando dall'art. 2113, co. 4, c.c.

L'art. 2113 c.c. ⁽⁸⁾ rende applicabile nel diritto del lavoro il più tipico degli strumenti di risoluzione delle controversie, cioè la transazione. Nello specifico, permette alle parti di raggiungere un accordo, anche senza alcun supporto tecnico, mediante il quale definire la controversia. L'unico “limite” è quello della stabilità precaria dell'accordo, il quale può essere impugnato nel termine di sei mesi dalla cessazione del rapporto di lavoro o dalla sottoscrizione se successiva alla predetta cessazione.

⁽⁸⁾ In generale sull'argomento cfr. P. FABRIS, *L'indisponibilità dei diritti dei lavoratori*, Giuffrè, 1978; R. DE LUCA TAMAJO, *La norma inderogabile nel diritto del lavoro*, Napoli, 1979; C. CESTER, *Rinunzie e transazioni*, in ED, 1989; G. PERA, *sub art. 2113, Le rinunce e le transazioni del lavoratore*, in Comm. Schlesinger, Giuffrè, 1990; P. ALBI, *Garanzie dei diritti e stabilità del rapporto di lavoro*, Giuffrè, 2013.

Questo “limite” viene superato con la cd. sede protetta di cui all’art. 2113, co. 4, c.c., nella quale “tutto può avvenire”, poiché si ritiene sincera la volontà del lavoratore in ragione della peculiare assistenza ricevuta in quella sede, dalla pubblica amministrazione e/o dal sindacato. L’effetto è quello di rendere stabili, fin dal momento della sottoscrizione, le transazioni e, conseguentemente, definitiva la soluzione della controversia.

Sicuramente quello appena descritto è lo strumento più rapido per risolvere la controversia tra le parti e vale proprio per la «conciliazione intervenuta ai sensi degli articoli 185, 410, 411, 412-ter, 412-quater del codice di procedura civile».

Ecco allora che la norma in esame presenta una chiara ridondanza - se non proprio una duplicazione - nella parte in cui stabilisce che il lavoratore possa promuovere il tentativo di conciliazione di cui agli artt. 410 e 411.

Diversamente, si può ritenere innovativo - almeno rispetto alla forma - il richiamo all’arbitrato di cui all’art. 412 (assente nell’art. 2113, co. 4, c.c.) e, parzialmente, all’art. 412-quater⁽⁹⁾.

Ciò detto, si deve passare al merito dello strumento di risoluzione rapida.

In primo luogo, viene richiamato l’art. 410 c.p.c., il quale dispone un meccanismo di risoluzione delle controversie mediante conciliazione avanti all’autorità amministrativa competente per territorio. Tale autorità è l’ispettorato del lavoro territorialmente competente secondo la competenza funzionale e territoriale di cui all’art. 413 c.p.c.

Il tentativo di conciliazione facoltativa sarà promosso dal lavoratore, sia direttamente, sia con l’ausilio dell’associazione sindacale cui aderisce o conferisce mandato *ad hoc*.

Il tentativo viene avviato mediante invio di PEC/Raccomandata all’ITL e al datore di lavoro, mediante modulo INL-21⁽¹⁰⁾, nel quale specificare l’oggetto della conciliazione.

Il datore di lavoro avrà 20 giorni per costituirsi avanti all’ITL, producendo proprie memorie. Nel caso in cui ciò non avvenga, il tentativo si deve ritenere fallito.

Nel caso di costituzione del datore di lavoro, l’ITL avrà 10 giorni per fissare la conciliazione, la quale deve avvenire entro 30 giorni dal deposito.

A norma dell’art. 411 c.p.c., l’esito della conciliazione viene riportato su processo verbale. Se le parti hanno raggiunto un accordo spontaneo, questo viene riportato tale e quale; se, invece, non v’è accordo spontaneo, sarà la commissione di conciliazione a formulare una propria proposta, la quale, se accettata, viene trascritta sul verbale.

Il verbale contenente l’accordo può valere titolo esecutivo se viene depositato presso il tribunale competente e munito di formula esecutiva⁽¹¹⁾.

⁽⁹⁾ In generale sulle ADR nel diritto del lavoro cfr. almeno A. NASCOSI, *Il tentativo obbligatorio di conciliazione stragiudiziale delle controversie di lavoro*, Giuffrè, 2007; D. GAROFALO, *Il collegato lavoro 2010: le aree di intervento*, in M. MISCIONE e D. GAROFALO (a cura di), *Il Collegato lavoro 2010*, Ipsoa, 2011; p. 83 ss.; C. I. BUONOCORE, *L’arbitrato irrituale*, Cacucci, 2022; A. GIULIANI, *Effettività della tutela del lavoratore nelle risoluzioni alternative delle controversie tra inderogabilità e autonomia*, Giappichelli, 2022.

⁽¹⁰⁾ <https://www.ispettorato.gov.it/it-it/strumenti-e-servizi/Modulistica/Documents/Conciliazione%20ai%20sensi%20dell%20art%20410%20c.p.c.%20e%20dell%20art.%2031%20Legge%20183-2010/Modulo-INL-21-1-Istanza-tentativo-conciliazione-lavoratore.pdf>.

⁽¹¹⁾ V’è da chiedersi come verrà gestita l’esecutività del verbale nel momento in cui verrà attuata la delega alla riforma del processo civile, nella parte in cui stabilisce l’eliminazione della formula esecutiva.

In secondo luogo, vengono richiamati i procedimenti arbitrali di cui agli artt. 412 e 412-*quater* c.p.c. La scelta di richiamare solo queste due disposizioni, pare avere una logica di continuità con gli artt. 410 e 411 c.p.c.; infatti, l'arbitrato *ex art. 412 c.p.c.* origina nella conciliazione *ex artt. 410-411 c.p.c.*, mentre l'arbitrato *ex art. 412-*quater* c.p.c.* da origine alla conciliazione *ex art. 411 c.p.c.* ⁽¹²⁾.

L'art. 412 c.p.c. disciplina un modello di arbitrato in parte rituale, in parte irrituale, ed è pensato come una continuazione "contenziosa" del tentativo di conciliazione non riuscito.

L'arbitro designato per la soluzione della controversia è quindi la medesima commissione di conciliazione cui venne sottoposto il tentativo di conciliazione.

Il titolo di arbitro viene "conferito" con mandato, che le parti dispongono in favore della Commissione di conciliazione, anche specificando il termine di conclusione del procedimento e le norme invocate da ciascuna parte a propria tutela e l'eventuale richiesta di decisione secondo equità.

Per garantire l'efficacia del procedimento, il termine per l'emanazione del lodo, non può comunque superare i 60 giorni dal conferimento del mandato, spirato il quale l'incarico deve intendersi revocato.

A denotare, invece, la natura arbitrale (diciamo, para-contenziosa) del mezzo in parola, è proprio l'indicazione delle rivendicazioni, cioè delle norme che le parti invocano ciascuna a proprio sostegno.

Il lodo emanato a conclusione dell'arbitrato, sottoscritto dagli arbitri e autenticato, produce tra le parti gli effetti di cui all'art. 1372 e all'art. 2113, comma 4, c.c.

A rendere il lodo meno "desiderabile" della conciliazione - e per questo, si ritiene, anche meno impiegato - sta l'impugnabilità dello stesso; infatti, il lodo è impugnabile ai sensi dell'art. 808-ter c.p.c.

Questo aspetto ancora una volta richiama la natura para-contenziosa dell'arbitrato, la cui conclusione, il lodo, può essere oggetto d'impugnazione avanti all'autorità giurisdizionale.

Oltre al modello appena descritto, v'è quello irrituale puro di cui all'art. 412-*quater* c.p.c., definito dalla rubrica normativa come *altre modalità di conciliazione e arbitrato*.

L'art. 412-*quater* c.p.c. stabilisce che l'arbitrato è irrituale, il che dovrebbe aumentare notevolmente la libertà procedurale delle parti; tuttavia, la normativa rivela una certa rigidità di base nella struttura dell'arbitrato stesso.

Dapprima viene precisato che la decisione spetta a un arbitro collegiale; ciò significa che non è ammissibile l'arbitro unico.

L'art. 412-*quater*, co. 2, stabilisce che nella composizione del Collegio vi dev'essere un Presidente terzo (professore in materie giuridiche o avvocato patrocinante in Cassazione) e due arbitri nominati uno per ciascuna parte.

Il procedimento arbitrale *ex art. 412-*quater* c.p.c.* prende origine con ricorso, che ha caratteristiche simili a quelle di un ricorso introduttivo del giudizio contenzioso (cfr. art. 412-*quater* e art. 414 c.p.c.).

In ciò sta l'irritualità e la peculiarità dell'arbitrato in parola. Mentre un arbitrato rituale necessita di una convenzione d'arbitrato, quello in esame prende avvio con un ricorso che vale già ai fini della nomina dell'arbitro di parte.

(12) *Amplius* sul tema D. BORGHESI, *L'arbitrato ai tempi del "collegato lavoro"*, in *judicium.it*.

Controparte, aderendo all'arbitrato, nomina il proprio arbitro ed entro 30 giorni i due arbitri dovranno nominare il presidente del Collegio. Fatta la nomina il convenuto avrà 30 giorni per costituirsi in arbitrato mediante deposito di memorie e nomina di un avvocato.

Diversamente dal "rito lavoro", nell'arbitrato *ex art. 412-quater*, alle parti è garantito il diritto di replica, entro dieci giorni dal deposito della memoria, e di controreplica, entro dieci giorni dal deposito delle repliche.

Terminata questa fase, il Collegio fissa l'udienza entro i trenta giorni successivi alla scadenza del termine di controreplica. La fissazione viene notificata al domicilio eletto dalle parti, almeno dieci giorni prima.

All'udienza viene esperito il tentativo di conciliazione. Dell'eventuale buon esito è compilato processo verbale *ex art. 411 c.p.c.*

In caso di esito negativo il Collegio sentirà le parti e inviterà alla discussione, a meno che non sia necessaria l'acquisizione di prove e, in quel caso, potrà rinviare a massimo 10 giorni per acquisire le prove e invitare alla discussione del caso.

Entro i successivi 20 giorni il Collegio dovrà esprimersi sulla controversia mediante lodo impugnabile *ex art. 808-ter c.p.c.* e avente gli effetti di una transazione in sede protetta (cfr. *supra*).

In terzo e ultimo luogo, si deve brevemente descrivere il sistema delle camere arbitrali *ex art. 31, co. 12 della l. n. 183/2010*.

La norma in parola, invero, non prevede un vero e proprio arbitrato; piuttosto, stabilisce che l'arbitrato irrituale *ex art. 808-ter c.p.c.* può essere il mezzo mediante il quale le camere arbitrali, istituite presso gli organismi di certificazione, definiscono le controversie assoggettate al cd. rito lavoro.

Così brevemente ricostruita la struttura dei meccanismi di risoluzione rapida della controversia, pare evidente che l'art. 12 del d.lgs. n. 104/2022 non abbia affatto introdotto nuovi strumenti di deflazione del contenzioso; piuttosto, l'intervento è servito a "ricordare" l'esistenza dello strumento dell'arbitrato, che trova ancora poco impiego.

Il diritto del lavoro si presta bene alla conciliazione; infatti, tanto la conciliazione *ex art. 410-411 c.p.c.*, quanto quella *ex art. 412-ter* ⁽¹³⁾, sono frequentemente impiegate per transigere, *ex art. 2113, co. 4, c.c.*, le controversie di lavoro.

Diversamente, l'arbitrato ancora non trova accoglienza significativa nella prassi contenziosa.

Potrebbe essere interessante vedere se la disposizione in parola verrà modificata prima dell'entrata in vigore della negoziazione assistita in materia di diritto del lavoro, la quale - salvo improvvise modifiche - entrerà in vigore il 30.05.2023.

⁽¹³⁾ Rispetto a ciò molto si dovrebbe dire per quanto concerne la conclusione dell'accordo dopo la sentenza del Trib. Roma 8 maggio 2019, n. 4354, in GI., 2019, n. 7, p. 1604 con nota M. Persiani. la quale, mediante un'innovativa - e condivisibile - interpretazione dell'art. 412-ter vincola la validità delle conciliazioni sindacali all'effettiva disciplina, nel contratto collettivo, di una procedura di conciliazione *ex art. 412-ter c.p.c.*

Sulla questione cfr. le riflessioni di M. MISCIONE, *Il Collegato lavoro 2010 proiettato al futuro*, in LG, 2011, n. 10, p. 10. Sulla vicenda del Trib. Roma cfr. E. BARRACO, A. SITZIA, M. LUCCHIARI, *Conciliazione in sede sindacale: Quanto è veramente inoppugnabile*, in DPL., 2019, n. 44, p. 261 ss. e più di recente P. DUI, *Conciliazioni sindacali, natura, effetti e regime di impugnazione* Rassegna di giurisprudenza in DLE., 2021, n. 3

A fronte di tutto quanto detto, è evidente che a salvaguardia dei diritti positivizzati dal decreto trasparenza, nessuno specifico strumento di tutela è stato introdotto nell'ordinamento.

In effetti, gli strumenti deflattivi a disposizione dei lavoratori sono molteplici, ben cinque modelli di conciliazione/arbitrato e, prossimamente, la negoziazione assistita. Aggiungere un nuovo strumento deflattivo - peraltro, a fronte di un rito che, per quanto lento, rende giustizia in tempi ben più celeri di altri - poteva avere poco senso. Al contrario, incentivare il ricorso all'arbitrato potrebbe essere una soluzione ideale, specialmente laddove, come si è fatto *supra*, si ritenga che il diritto a non subire condotte vessatorie, possa essere tutelato per il tramite dell'art. 12 del d.lgs. n. 104/2022.

Ratione materiae giova accennare anche allo strumento della negoziazione assistita introdotto dall'art. 9 del d.lgs. n. 149/2022 di riforma della giustizia civile, che ha modificato il d.l. n. 132/2014, introducendo il nuovo art. 9-ter, dedicato proprio alla negoziazione assistita delle controversie di lavoro.

La nuova disciplina, che si applica alle controversie di cui all'art. 409 c.p.c., fermo restando il diritto di ricorrere all'arbitrato sindacale. Inoltre, la norma non lo dice espressamente, ma ciò si ricava facilmente dal dettato di legge, anche il contenzioso non è inficiato dalla novità normativa; infatti, l'esperimento della negoziazione assistita non determina una causa di procedibilità della tutela giudiziaria.

Come per una ordinaria procedura di negoziazione assistita ciascuna parte dev'essere assistita da un avvocato, ben potendo essere seguito anche da un consulente del lavoro in sostituzione dell'avvocato.

Quindi, si deve escludere che un solo professionista possa concludere l'intera procedura in tutela di entrambe le parti. Ciò è evidentemente una garanzia dei diritti delle parti e, in particolare, del lavoratore, il quale potrà "negoziare" i propri diritti solo se assistito da un avvocato proprio.

All'accordo raggiunto tra le parti si applica la disciplina di cui all'art. 2113, co. 4 c.c. e, quindi, l'accordo avrà natura "tombale" rispetto alla controversia insorta, senza possibilità d'impugnazione dell'accordo da parte del lavoratore.

L'accordo è trasmesso a cura di una delle due parti, entro dieci giorni, ad uno degli organismi di certificazione di cui all'art. 76 del d.lgs. n. 276/2003 (istituti presso gli Enti bilaterali, Ispettorato territoriale del lavoro, Università, Ministero del lavoro, Consigli provinciali dei Consulenti del lavoro).

La negoziazione assistita è potenzialmente lo strumento deflattivo di maggior impatto sui tempi di risoluzione delle controversie; tuttavia, è anche lo strumento di maggior privatizzazione della controversia, dato che, in fin dei conti, vede coinvolte le sole parti nell'ambito di una transazione.

Il procedimento è avviato mediante convenzione di negoziazione assistita, nella quale vengano dettagliate le ragioni delle parti e le richieste del lavoratore, nonché il termine di chiusura della controversia.

Nell'ambito della procedura di negoziazione le parti hanno ampia libertà di gestione della controversia e possono raggiungere un accordo anche profondamente modificativo del rapporto sostanziale in essere; infatti, la normativa non pone alcun limite – come del resto accade per gli accordi *ex art.* 2113 c.c. – all'uso dello strumento, poiché la soluzione della controversia può ben vertere sul rispetto di un determinato diritto

ma l'accordo finale potrebbe vedere inalterato il mancato rispetto di quel diritto verso una contropartita di un trattamento più favorevole generale.

Un limite a questa evenienza poteva derivare da una più attenta descrizione del ruolo degli organismi di certificazione nell'ambito della procedura in commento. Di fatto quale ruolo abbiano, oltre quello del deposito, non è chiaro; inoltre, anche rispetto al deposito, che ruolo svolgono questi organismi? Effettuano un controllo, almeno formale, sull'accordo? Ciò non è dato sapere.

Nel prossimo futuro molta attenzione dovrà essere riservata all'uso dello strumento della negoziazione assistita nelle cause di lavoro, se non altro per comprendere se di questo strumento vi sarà o meno un abuso.

4. La disciplina nazionale al confronto con la disciplina euro-unitaria

In chiusura del presente lavoro si deve confrontare la disciplina nazionale con la base giuridica euro-unitaria dalla quale prende le mosse.

La direttiva n. 1152 del 20.06.2019, nota come direttiva trasparenza, costituisce la base giuridica sulla quale s'innesta il d.lgs. n. 104/2022.

Per quanto d'interesse nel presente commento, ci si deve soffermare solo sugli artt. 15 e 16 della direttiva 2019 n. 1152, che impongono agli Stati Membri, rispettivamente, d'introdurre meccanismi di presunzione giuridica e di risoluzione rapida delle controversie (l'art. 15) e il diritto di promuovere ricorso avverso l'inadempimento datoriale agli obblighi di trasparenza (art. 16).

L'art. 15 della direttiva 2019 n. 1152 stabilisce che al lavoratore che non abbia ricevuto la documentazione relativa all'instaurazione e alle condizioni del rapporto di lavoro debba essere riconosciuto almeno uno dei seguenti mezzi di tutela: "a) il lavoratore beneficia delle presunzioni favorevoli definite dallo Stato membro, che i datori di lavoro hanno la possibilità di confutare; b) il lavoratore ha la possibilità di sporgere denuncia a un'autorità o a un organo competente e di ricevere un'adeguata riparazione in modo tempestivo ed efficace".

Parafrasando le disposizioni normative si può dire che lo Stato Membro debba garantire al lavoratore: a) un *favor* processuale che di fatto tenda all'inversione dell'onere della prova; b) l'estensione delle funzioni ispettive dell'Ispettorato del lavoro territorialmente competente (per considerazioni in merito all'Autorità di riferimento cfr. *supra*), volte a ottenere la coercizione alla consegna al lavoratore di un documento recante le condizioni del rapporto di lavoro.

L'art. 16 della direttiva 2019 n. 1152, invece, stabilisce che "gli Stati membri provvedono affinché i lavoratori, compresi coloro il cui rapporto di lavoro è cessato, abbiano accesso a un meccanismo di risoluzione delle controversie efficace e imparziale e benefico di un diritto di ricorso in caso di violazioni dei loro diritti derivanti dalla presente direttiva".

Questa disposizione, che per chiarezza non richiede particolari spiegazioni, impone agli Stati Membro di approntare, a favore del lavoratore, un sistema di tutela specificamente indirizzato a garantirlo in caso di violazione della normativa in materia di trasparenza.

Sul piano nazionale la disciplina in commento è stata attuata dall'art. 12 del d.lgs. n. 104/2022, come detto, con mero rinvio agli strumenti di tutela preesistenti

nell'ordinamento e con la sola precisazione che in quelle sedi possono essere fatti valere i diritti d'informazione derivanti dalla disciplina del cd. decreto trasparenza.

Diversamente, il *favor* previsto per l'alterazione dell'onere della prova a favore del lavoratore, mediante ricorso alle presunzioni semplici non è stato introdotto nell'ordinamento ⁽¹⁴⁾.

Invero, l'attuazione parziale della norma euro-unitaria nell'ordinamento nazionale pare coerente e completa rispetto agli obiettivi minimi posti dall'art. 15 della direttiva 2022, n. 1159, poiché gli strumenti di tutela richiesti (dalla normativa europea) e apprestati (dalla normativa italiana) sono tutti presenti.

La scelta del legislatore nazionale non pare censurabile, sia sul piano istituzionale che nel merito.

Sul piano istituzionale, la disciplina euro-unitaria appresta due diverse soluzioni, lasciando, però, al legislatore nazionale la scelta di optare per l'una ovvero per l'altra.

Nella sostanza, poi, solo una delle due opzioni, proprio quella prevista dalla disciplina nazionale, pare di effettiva applicabilità (almeno, per chi scrive).

L'art. 15 della direttiva 2022 n. 1152 stabilisce che le tutele debbano essere previste per il caso in cui "un lavoratore non abbia ricevuto a tempo debito i documenti o parte dei documenti". Ebbene, in che modo una presunzione gioverebbe al lavoratore?

La tutela euro-unitaria è prevista per il mero obbligo di consegna e non riguarda il contenuto (il merito) del documento; pertanto, una presunzione di non consegna servirebbe ben poco al lavoratore che già si trova in una condizione di destinatario di un obbligo di *facere*, che dev'essere provato dal datore di lavoro, obbligato al *facere*.

Peraltro, la disciplina euro-unitaria consente di subordinare il meccanismo della semplificazione dell'onere della prova al fatto che il datore di lavoro sia stato messo nelle condizioni di fornire le informazioni richieste dal lavoratore ma che a ciò non abbia provveduto.

Ciò detto, va osservato che una differenza profonda esiste tra l'art. 15 della direttiva 2022 n. 1152 e il d.lgs. n. 104/2022 e sta nell'estensione delle situazioni soggettive tutelate; infatti, mentre la disciplina euro-unitaria è diretta a garantire strumenti di tutela in caso di omissione della consegna di documenti, la disciplina nazionale estende l'applicazione delle tutele a ogni diritto introdotto dal cd. decreto trasparenza e che sia stato violato dal datore di lavoro.

A fronte di ciò, sia consentita una diversa lettura delle scelte del legislatore nazionale. Laddove il legislatore nazionale avesse mantenuta inalterata l'estensione della tutela di cui si è detto e avesse previsto l'applicazione di un meccanismo di presunzione, allora certamente avrebbe offerto ai lavoratori una tutela decisamente favorevole.

Il meccanismo delle presunzioni garantisce a chi ne beneficia una semplificazione che di fatto si avvicina a un'inversione dell'onere della prova. Laddove il legislatore avesse trasporto nel diritto interno entrambi gli strumenti di tutela previsti dalla disciplina euro-unitaria, allora il lavoratore avrebbe beneficiato del meccanismo delle presunzioni per diritti sostanziali diversi dal mero diritto a vedersi consegnare la documentazione relativa al rapporto di lavoro.

⁽¹⁴⁾ In merito cfr. G. PROIA, *Le novità, sistemiche e di dettaglio, del decreto trasparenza*, in *MGL*, 3/2022, p. 259 ss.

La protezione da condotte datoriali ritorsive o pregiudizievoli (art. 13, d.lgs. n. 104/2022)

di Angelica Riccardi

Abstract – Il contributo verte sull’art. 13 del d.lgs. n. 104/2022, che introduce uno speciale sistema rimediale per l’ipotesi di condotte datoriali di tipo ritorsivo conseguenti a reclami o procedimenti azionati per garantire il rispetto dei diritti previsti dal decreto stesso e dal d.lgs. n. 152/1997. Dopo aver analizzato similari misure di protezione da ritorsioni apprestate dall’ordinamento a livello sia unionale sia interno, si approfondisce la fattispecie presa in considerazione dalla norma, in primo luogo sul piano dell’individuazione dei comportamenti datoriali rilevanti, in seconda battuta su quello della definizione del carattere ritorsivo che deve connotarli. Di seguito è esaminato l’iter procedurale per l’applicazione della sanzione, evidenziando le numerose criticità che conseguono a una certa approssimazione nella delineazione normativa dell’istituto, e l’apparato sanzionatorio stabilito.

Abstract – The essay focuses on Art. 13 of Legislative Decree no. 104/2022, which introduces a special remedial system for the hypothesis of retaliatory employer conduct resulting from complaints or proceedings brought to ensure compliance with the rights provided by the decree itself and Legislative Decree no. 152/1997. After analyzing similar measures of protection from retaliation provided by the legal system at both the EU and national level, the essay examines in depth the case taken into consideration by the norm, first from the standpoint of identifying the relevant employer conduct, secondly with respect to the issue of defining the retaliatory character that must characterize it. Finally, the procedural process for the application of the sanction is examined, highlighting the many critical issues that result from a certain approximation in the regulations governing the matter and that also affect the established penalty apparatus.

Sommario: 1. Le misure di protezione da ritorsioni nel diritto unionale e nel diritto interno. – 2. La fattispecie. – 2.1. I comportamenti di carattere ritorsivo nei confronti dei rappresentanti dei lavoratori. – 3. L’iter procedurale. – 4. L’apparato sanzionatorio.

1. Le misure di protezione da ritorsioni nel diritto unionale e nel diritto interno

Il d.lgs. 27 giugno 2022, n. 104, di attuazione della *Direttiva del Parlamento Europeo e del Consiglio del 20 giugno 2019 n. 1152 relativa a condizioni di lavoro trasparenti e prevedibili nell’Unione europea*, predispone al capo IV una serie di “*Misure di tutela*” ⁽¹⁾ per le norme introdotte.

(1) Così l’intitolazione del capo.

Trovano posto in questo capo misure diverse – dai “meccanismi di risoluzione rapida” (tentativo di conciliazione *ex artt.* 410 e 411 c.p.c.; ricorso ai collegi di conciliazione e arbitrato *ex artt.* 412 e 412 *quater* c.p.c.; ricorso alle camere arbitrali *ex art.* 31, comma 12, l. n. 183/2010) di cui all’art. 12 (per approfondimenti si rinvia a S. IACOBUCCI, in questo volume, tomo I, parte II, sez. IV), alle misure di protezione da trattamenti o licenziamenti ritorsivi di cui agli artt. 13 e 14 (per approfondimenti si rinvia a V. LUCIANI, in questo volume, tomo I, parte II, sez. IV), alle misure di tutela equivalenti per il personale in regime di diritto pubblico delle amministrazioni di cui all’art. 15 (per approfondimenti si rinvia a G. PISTORE, in questo volume, tomo I, parte II, sez. I) – che apprestano l’apparato procedimentale e sanzionatorio considerato “necessario” dallo stesso legislatore sovranazionale per l’effettività della regolazione stabilita⁽²⁾. L’art. 13 del decreto, rubricato «Protezione da trattamento o conseguenze sfavorevoli», introduce uno speciale sistema rimediale per l’ipotesi di comportamenti di tipo ritorsivo conseguenti a reclami o procedimenti azionati per garantire il rispetto dei diritti previsti dal decreto stesso e dal d.lgs. n. 152/1997, in attuazione di una specifica norma della direttiva, l’art. 17, che stabilisce che «Gli Stati membri adottano le misure necessarie per proteggere i lavoratori, compresi quelli che sono rappresentanti dei lavoratori, da qualsiasi trattamento sfavorevole da parte del datore di lavoro e da qualsiasi conseguenza sfavorevole derivante da un reclamo presentato al datore di lavoro o da un procedimento promosso al fine di garantire il rispetto dei diritti di cui alla presente direttiva».

La previsione di tutele di tal genere non è nuova nella legislazione unionale, nella quale è sovente posta a presidio di normative di tipo antidiscriminatorio.

Una protezione *ad hoc* contro trattamenti ritorsivi conseguenti ad azioni volte a far valere i diritti riconosciuti è stata introdotta per la prima volta dalla *Direttiva del Consiglio che attua il principio della parità di trattamento fra le persone indipendentemente dalla razza e dall’origine etnica* n. 43 del 29 luglio 2000, che prevede – nell’ambito dei mezzi di ricorso ed esecuzione stabiliti per dare effettività al principio *de quo*⁽³⁾ – l’introduzione negli Stati membri delle «disposizioni necessarie per proteggere le persone da trattamenti o conseguenze sfavorevoli, quale reazione a un reclamo o a un’azione volta a ottenere il rispetto del principio della parità di trattamento» (art. 9 – «Protezione delle vittime»). Una norma di identico tenore è stata poi posta dalla *Direttiva del Consiglio che attua il principio della parità di trattamento tra uomini e donne per quanto riguarda l’accesso a beni e servizi e la loro fornitura* n. 113 del 13 dicembre 2004 (con l’art. 10 – «Protezione delle vittime») ⁽⁴⁾; e, sempre nell’ambito della legislazione sulla parità di genere, dalla *Direttiva del Parlamento Europeo e del Consiglio del 20 giugno 2019 n. 1158 relativa all’equilibrio tra attività professionale e vita familiare per i genitori e i prestatori di assistenza e che abroga la direttiva*

⁽²⁾ Al *Considerando 42* della direttiva si fa presente la “necessità”, per un’attuazione efficace delle disposizioni introdotte, di «un’adeguata protezione giudiziaria e amministrativa contro un trattamento sfavorevole in risposta a un tentativo di esercitare i diritti sanciti dalla presente direttiva, a un reclamo verso il datore di lavoro o a un procedimento giudiziario o amministrativo inteso a garantire il rispetto della presente direttiva».

⁽³⁾ Disciplinati nel capo II.

⁽⁴⁾ La norma stabilisce: «Gli Stati membri introducono nei rispettivi ordinamenti giuridici le disposizioni necessarie per proteggere le persone da trattamenti o conseguenze sfavorevoli quale reazione a un reclamo o a un’azione volta a ottenere il rispetto del principio della parità di trattamento».

2010/18/UE del Consiglio, con una previsione di maggiore latitudine (art. 14 – «*Protezione da trattamento o conseguenze sfavorevoli*») ⁽⁵⁾.

Misure sanzionatorie avverso condotte datoriali a carattere ritorsivo si rinvencono, ancora, nella *Direttiva del Parlamento Europeo e del Consiglio del 16 aprile 2014 n. 54 relativa alle misure intese ad agevolare l'esercizio dei diritti conferiti ai lavoratori nel quadro della libera circolazione dei lavoratori*, all'art. 3, rubricato «Tutela dei diritti»⁽⁶⁾; e, da ultimo, nella *Direttiva 2022/2041 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 19 ottobre 2022 relativa a salari minimi adeguati nell'Unione europea*, all'art. 12, rubricato «Diritto di ricorso e protezione da trattamento o conseguenze sfavorevoli»⁽⁷⁾.

A livello nazionale, meccanismi di protezione contro comportamenti ritorsivi sono predisposti essenzialmente dalle normative a carattere antidiscriminatorio che hanno dato attuazione alle direttive europee in materia, e nella specie, quanto alla parità di trattamento fra le persone indipendentemente dalla razza e dall'origine etnica, dall'art. 4 *bis*, del d.lgs. n. 215 del 9 luglio 2003 ⁽⁸⁾; quanto alla parità di genere, da una serie di disposizioni poi confluite nell'art. 26, comma 3 *bis*, del d.lgs. n. 198 del 11 aprile 2006 (Codice delle pari opportunità) ⁽⁹⁾.

⁽⁵⁾ Si prevede che «Gli Stati membri adottano le misure necessarie a proteggere i lavoratori, compresi i lavoratori rappresentanti dei lavoratori, da qualsiasi trattamento sfavorevole da parte del datore di lavoro o da qualsiasi conseguenza sfavorevole derivante da un reclamo presentato internamente all'impresa o da una procedura giudiziaria promossa al fine di ottenere la conformità alle prescrizioni della presente direttiva».

⁽⁶⁾ Il comma 6 dispone: «Gli Stati membri introducono nei rispettivi ordinamenti giuridici le misure necessarie per proteggere i lavoratori dell'Unione da trattamenti o conseguenze sfavorevoli risultanti da reclami o azioni giudiziarie volti ad ottenere il rispetto dei diritti di cui all'articolo 1».

⁽⁷⁾ Per approfondire v. I. INGRAVALLO, in questo volume, tomo I, parte I. Il secondo comma della norma prevede che «Gli Stati membri adottano le misure necessarie a proteggere i lavoratori e i loro rappresentanti, compresi quelli che sono membri o rappresentanti dei sindacati, da qualsiasi trattamento sfavorevole da parte del datore di lavoro o da qualsiasi conseguenza sfavorevole derivante da un reclamo rivolto al datore di lavoro o da una procedura promossa al fine di ottenere il rispetto in caso di violazione dei diritti relativi alla tutela garantita dal salario minimo, laddove tali diritti siano previsti dal diritto nazionale o dai contratti collettivi».

Si segnala, da ultimo, che la *Proposta di Direttiva del Parlamento Europeo e del Consiglio relativa al miglioramento delle condizioni di lavoro nel lavoro mediante piattaforme digitali* (pubblicata il 10 dicembre 2021), introduce meccanismi analoghi con l'art. 17, rubricato «*Protezione da trattamento o conseguenze sfavorevoli*», secondo il quale: «Gli Stati membri adottano le misure necessarie per proteggere le persone che svolgono un lavoro mediante piattaforme digitali, comprese quelle che sono rappresentanti di tali persone, da qualsiasi trattamento sfavorevole da parte della piattaforma di lavoro digitale e da qualsiasi conseguenza sfavorevole derivante da un reclamo presentato alla piattaforma di lavoro digitale o da un procedimento promosso al fine di garantire il rispetto dei diritti previsti dalla presente direttiva».

⁽⁸⁾ Questa norma, introdotta dall'art. 8 *sexies*, comma 1, lett. c, d.l. n. 59/2008, conv. con mod. l. n. 101/2008, stabilisce: «La tutela giurisdizionale di cui all'articolo 4 si applica altresì nei casi di comportamenti, trattamenti o altre conseguenze pregiudizievoli posti in essere o determinate, nei confronti della persona lesa da una discriminazione diretta o indiretta o di qualunque altra persona, quale reazione ad una qualsiasi attività diretta ad ottenere la parità di trattamento».

⁽⁹⁾ Si prevede: «La lavoratrice o il lavoratore che agisce in giudizio per la dichiarazione delle discriminazioni per molestia o molestia sessuale poste in essere in violazione dei divieti di cui al presente capo non può essere sanzionato, demansionato, licenziato, trasferito o sottoposto ad altra misura organizzativa avente effetti negativi, diretti o indiretti, sulle condizioni di lavoro, determinati dalla denuncia stessa. Il licenziamento ritorsivo o discriminatorio del soggetto denunciante è nullo. Sono altresì nulli il mutamento di mansioni ai sensi dell'articolo 2103 del codice civile, nonché qualsiasi altra misura ritorsiva o discriminatoria adottata nei confronti del denunciante. Le tutele di cui al presente comma

È dunque una novità per l'ordinamento interno la predisposizione di un sistema di tutela di tal fatta al di fuori della legislazione antidiscriminatoria in senso proprio ⁽¹⁰⁾. Questo sistema è posto a presidio di una serie di norme che – in attuazione della finalità enunciata dalla direttiva di «migliorare le condizioni di lavoro promuovendo un'occupazione più trasparente e prevedibile, pur garantendo nel contempo l'adattabilità del mercato del lavoro» ⁽¹¹⁾ – da una parte sono dirette a regolare gli obblighi informativi relativi al rapporto di lavoro (capo II) ⁽¹²⁾, dall'altra pongono una serie di prescrizioni minime relative alle condizioni di lavoro (capo III), in cui trovano regolazione la durata massima del periodo di prova ⁽¹³⁾, il cumulo di impieghi ⁽¹⁴⁾, la prevedibilità minima del lavoro ⁽¹⁵⁾, la transizione a forme di lavoro più prevedibili, sicure e stabili ¹⁶ e la formazione obbligatoria ⁽¹⁷⁾.

Sono inoltre espressamente ricompresi nell'ambito di protezione segnato dall'art. 13 anche i diritti previsti dal d.lgs. 26 maggio 1997, n. 152 ⁽¹⁸⁾, che poneva in precedenza la disciplina degli obblighi informativi ed è stato di fatto integralmente riscritto dallo stesso decreto n. 104/2022.

Per questo complesso apparato normativo, che ricomprende tanto diritti strumentali di informazione quanto diritti sostanziali in senso proprio ⁽¹⁹⁾, il capo IV del decreto prevede meccanismi di protezione eterogenei, che vanno da procedure stragiudiziali a misure di protezione avverso atti ritorsivi.

Queste ultime misure, stabilite dagli artt. 13 e 14 del decreto, pur assonanti sul piano della tipologia di condotte datoriali che sono dirette a reprimere, presentano diversità su altri piani, tra cui quello dei soggetti, delle tutele *ad hoc* aggiuntive rispetto a quelle ordinarie, dell'apparato sanzionatorio [*infra*].

2. La fattispecie

L'art. 13 del decreto è volto a contrastare misure ritorsive o pregiudizievoli adottate dal datore di lavoro «nei confronti dei lavoratori o dei loro rappresentanti che abbiano

non sono garantite nei casi in cui sia accertata, anche con sentenza di primo grado, la responsabilità penale del denunciante per i reati di calunnia o diffamazione ovvero l'infondatezza della denuncia».

⁽¹⁰⁾ Sebbene, infatti, le disposizioni volte a contrastare condotte ritorsive datoriali siano spesso assimilate a quelle antidiscriminatorie, soprattutto in funzione di esigenze concrete di tutela [*infra*], la nozione di discriminazione ha una sua oggettività ed è incentrata sulla sussistenza di uno dei fattori di discriminazione normativamente previsti (D. IZZI, *Eguaglianza e differenze nei rapporti di lavoro*, Jovene, 2005, *passim*).

⁽¹¹⁾ Così l'art. 1, comma 1.

⁽¹²⁾ Le nuove norme (artt. 4-6) ampliano gli obblighi informativi a carico del datore di lavoro precedentemente imposti dal d.lgs. n. 152/1997.

⁽¹³⁾ Art. 7.

⁽¹⁴⁾ Art. 8.

⁽¹⁵⁾ Art. 9.

⁽¹⁶⁾ Art. 10.

⁽¹⁷⁾ Art. 11.

⁽¹⁸⁾ Intitolato *Attuazione della direttiva 91/533/CEE concernente l'obbligo del datore di lavoro di informare il lavoratore delle condizioni applicabili al contratto o al rapporto di lavoro*.

⁽¹⁹⁾ Su questa disciplina si rinvia a G. PROIA, *Le novità, sistemiche e di dettaglio, del decreto trasparenza*, in *MGL*, 2022, p. 571 ss.; A. TURSI, *La "trasparenza" dei diritti dei lavoratori nel decreto "trasparenza"*, in *DRI*, 2023.

presentato un reclamo al datore di lavoro o che abbiano promosso un procedimento, anche non giudiziario, al fine di garantire il rispetto dei diritti di cui al presente decreto e di cui al decreto legislativo 26 maggio 1997, n. 152».

La formulazione della norma è ampia – se non (intenzionalmente) generica – allo scopo di fornire la massima protezione possibile ai lavoratori e ai loro rappresentanti. A differenza dei meccanismi di protezione contro comportamenti ritorsivi stabiliti dalle normative antidiscriminatorie *supra* richiamate – limitati sul versante dei soggetti tutelati ai lavoratori e sul versante dei presupposti all’instaurazione di un procedimento giudiziario (art. 4 *bis*, d.lgs. n. 215/2003; art. 26, comma 3 *bis*, d.lgs. n. 198/2006) –, l’art. 13 del d.lgs. n. 104/2022, da una parte, estende la protezione ai rappresentanti dei lavoratori [*infra*]; dall’altra, fa riferimento alla promozione di un procedimento anche di tipo non giudiziario (e deve ritenersi che il rimando sia, *in primis*, ai meccanismi di risoluzione rapida indicati espressamente all’art. 12 dello stesso decreto per la violazione dei diritti protetti) e alla semplice presentazione di un reclamo al datore di lavoro.

L’art. 13 introduce in tal modo la più ampia tutela conosciuta a livello di ordinamento interno per contrastare condotte con questa connotazione.

La norma, stante la sua genericità, pone problemi di “perimetrazione” della fattispecie presa in considerazione, in primo luogo sul piano dell’individuazione dei comportamenti datoriali rilevanti, in seconda battuta su quello della definizione del carattere ritorsivo che deve connotarli.

In via preliminare, si pone un problema di *finium regundorum* con le condotte contemplate dal successivo art. 14 dello stesso decreto, rubricato «Protezione contro il licenziamento o contro il recesso del committente e onere della prova», che vieta «il licenziamento e i trattamenti pregiudizievoli del lavoratore conseguenti all’esercizio dei diritti previsti dal presente decreto e dal decreto legislativo 26 maggio 1997, n. 152» e che prevede, in caso di violazione, sia la possibilità di richiedere al datore di lavoro o al committente⁽²⁰⁾ la formalizzazione dei motivi del recesso, sia l’inversione dell’onere probatorio in sede giudiziale (con la posizione a carico di questi soggetti della prova della non ascrivibilità del licenziamento o della misura equivalente all’esercizio dei diritti in esame)⁽²¹⁾.

Comune alle due norme è, infatti, il nesso di immediata consequenzialità⁽²²⁾ tra l’esercizio da parte del lavoratore dei diritti contemplati dal decreto e la misura sfavorevole di reazione della controparte, sebbene si abbia una diversità nell’individuazione tanto dei modi di tale esercizio – con riferimento, nell’art. 13, specificamente alla proposizione di reclami o procedimenti volti a garantire il rispetto dei diritti; nell’art. 14, a un più indefinito ed ampio “esercizio dei diritti previsti” –, quanto della reazione datoriale – con riferimento, nel primo caso, a generici “comportamenti di carattere ritorsivo o

⁽²⁰⁾ Il riferimento nell’art. 14 al committente, oltre che al datore di lavoro, rappresenta un rilevante tratto di differenziazione tra le due norme, e, specularmente, rimanda ad una diversa individuazione del soggetto “lavoratore” nelle stesse.

⁽²¹⁾ Vedi in tema S. VARVA, *Novità in tema di ripartizione dell’onere della prova del licenziamento ritorsivo nel “Decreto trasparenza”*, in *giustiziacivile.com*, 2022, p. 1 ss.

⁽²²⁾ Su questo collegamento causale vedi G. PROIA, *Le novità, sistemiche e di dettaglio, del decreto trasparenza*, in *MGL*, 2022, p. 598.

che, comunque, determinano effetti sfavorevoli”, nel secondo, a specifici provvedimenti di tipo estromissivo (licenziamento o misure equivalenti) –.

Il rapporto tra gli ambiti di applicazione delle due norme potrebbe – in linea teorica – essere ricostruito in termini di sovrapposizione o di distinzione, e, conseguentemente, i regimi di tutela dalle stesse apprestati potrebbero essere considerati concorrenti oppure alternativi.

Sembra tuttavia preferibile limitare la portata applicativa dell’art. 13 alle condotte che non determinano l’estromissione del lavoratore dal rapporto, lasciando questo tipo misure ritorsive al solo regime di tutela stabilito dall’art. 14, che peraltro è più adeguato alle condotte da contrastare.

Quanto all’individuazione dei comportamenti datoriali ascrivibili all’art. 13, può farsi riferimento, in primo luogo, alle previsioni di maggior dettaglio della legislazione antidiscriminatoria che ha affrontato espressamente il tema della ritorsione, che, tra le “misure organizzative aventi effetti negativi, diretti o indiretti, sulle condizioni di lavoro”, elenca (in via non tassativa) le sanzioni disciplinari, il demansionamento, il trasferimento, il mutamento di mansioni *ex art.* 2103 c.c. (così l’art. 26, comma 3 *bis*, d.lgs. n. 198/2006).

La tassonomia dei comportamenti sanzionati dall’art. 13 del d.lgs. n. 104/2022 può essere completata attraverso la casistica giurisprudenziale formatasi in materia, che ha individuato tra le misure di “rappresaglia”, oltre che quelle indicate dalla norma avanti richiamata²³, il cambio turno²⁴, la revoca di incarichi²⁵, la revoca di incarichi dirigenziali²⁶.

Quanto all’individuazione del carattere ritorsivo della misura organizzativa, si ripropongono tutte le problematiche che hanno in passato investito la definizione di “ritorsione” nelle ipotesi di licenziamento, dalla preliminare opzione relativa all’inquadramento della fattispecie nell’ambito della discriminazione o nell’ambito del motivo illecito *ex art.* 1345 c.c.²⁷, alle implicazioni pratiche conseguenti (tra cui si segnalano le questioni relative al regime probatorio nel caso di ascrizione alla discriminazione²⁸,

(²³) Vedi, tra le altre, Cass. 25 maggio 2004, n. 10047, in *MGC*, 2004, 5; Cass. 26 settembre 2007, n. 20170, in *LPA*, 2007, 966; Cass. 5 agosto 2010, n. 18283, in *MGC*, 2010, 1188; Trib. Roma 8 luglio 1996, in *LG*, 1997, 72; Pret. Pisa 16 dicembre 1998, in *D&L*, 1999, 571; Trib. Bari 16 gennaio 2006, in *GM*, 2006, 1449.

(²⁴) Cass. 3 ottobre 2011, n. 20196, in *D&G*, 2011.

(²⁵) Cass. pen. sez. VI 15 gennaio 2004, n. 4945, in *CED Cassazione penale*, 2004.

(²⁶) Cass. pen. sez. VI 2 aprile 2009, n. 19135, in *CED Cassazione penale*, 2009; Cass. 8 gennaio 2015, n. 56, in *MGC*, 2015.

(²⁷) Su questa alternatività nell’inquadramento giuridico del licenziamento ritorsivo si rinvia a M.V. BALLESTRERO, *Tra discriminazione e motivo illecito: il percorso accidentato della reintegrazione*, in *DLRI*, 2016, p. 231 ss.; V. BAVARO, M. D’ONGHIA, *Profilo costituzionale del licenziamento nullo*, in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D’Antona".IT-305/2016*, p. 7 ss.; G. CANNATI, *Itinerari giurisprudenziali sui licenziamenti “ritorsivi-discriminatori” e novità normative*, in *RGL*, 2017, p. 525 ss.; M. BIASI, *Il licenziamento per motivo illecito: dialogando con la giurisprudenza*, in *LDE*, 2018, p. 1 ss.

(²⁸) Per l’approfondimento di questi profili si rimanda a E. TARQUINI, *Le discriminazioni sul lavoro e la tutela giudiziale*, Giuffrè, 2015; R. SANTAGATA DE CASTRO, R. SANTUCCI, *Discriminazioni e onere della prova: una panoramica comparata su effettività e proporzionalità della disciplina*, in *ADL*, 2015, p. 820 ss.; O. BONARDI (a cura di), *Eguaglianza e divieti di discriminazione nell’era del diritto del lavoro inderogabile*, Ediesse, 2017, p. 19 ss.

relative al carattere determinante ed esclusivo del motivo illecito nel caso di ascrizione all'art. 1345 c.c.) ⁽²⁹⁾.

Per quanto riguarda il licenziamento, che ha costituito il campo di elezione del dibattito dottrinale *in subiecta materia*, la ricostruzione a livello teorico della ritorsione ha subito “inevitabilmente” una serie di condizionamenti e di torsioni in funzione dell'applicazione del regime di tutela relativo, evidenti nei successivi “aggiustamenti di tiro” che sono stati fatti di questa nozione in conseguenza dell'evoluzione legislativa della disciplina dei licenziamenti individuali (con la l. n. 92/2012 prima, il d.lgs. n. 23/2015 poi)³⁰. I successivi mutamenti nel quadro normativo hanno così portato a ondivaghe ascrizioni della ritorsione alle categorie del motivo illecito o della discriminazione, peraltro sovente inquinate da una incerta definizione degli ambiti e dei rapporti tra le stesse categorie di riferimento.

A livello giurisprudenziale, l'elaborazione della nozione di ritorsione ha, allo stesso modo, seguito “opportunicamente” gli spostamenti di equilibrio del sistema di protezione avverso i licenziamenti illegittimi determinati dalle modifiche legislative³¹, ma ha (perlomeno) trovato una definizione sufficientemente consolidata a livello descrittivo nella «ingiusta e arbitraria reazione datoriale ad un comportamento legittimo del lavoratore colpito»³², in una serie di pronunce che hanno riguardato in massima parte il licenziamento e solo marginalmente misure non espulsive (e, nella specie, il cambio

⁽²⁹⁾ Per un generale inquadramento della tematica, si rinvia agli studi di R. SCOGNAMIGLIO, *Illecito (Diritto Vigente)*, in *NDI*, Utet, 1962, VIII, p. 164 ss.; G. CONTE, *Art. 1345*, in G. ALPA, V. MARCONDA (a cura di), *Codice Civile. Commentario*, Ipsoa, 2013, p. 139 ss.

⁽³⁰⁾ Ripercorrono questa tortuosa evoluzione legislativa G. BOLEGO, *Sulla nullità del licenziamento ritorsivo e arbitrario*, in *giustiziacivile.com*, 2016, p. 7 ss.; F. STAMERRA, *Elementi di distinzione tra licenziamento discriminatorio e ritorsivo*, in *LG*, 2018, p. 1050 ss.; C. GAROFALO, *Il “percorso ad ostacoli” del licenziamento per motivo illecito*, in *ADL*, 2020, p. 497 ss.; G. CAVALLINI, *L'equivocabile “esclusività” del motivo illecito determinante il licenziamento*, in *Labor*, 2021, p. 328 ss.

⁽³¹⁾ Emblematiche di questa evoluzione sono le sentenze Cass. 9 luglio 1979, n. 3930, in *RGL*, 1980, 620; Cass. 29 giugno 1981, n. 4241, in *RIDL*, 1982, 98; Cass. 6 maggio 1999, n. 4543, in *MGC*, 1999, 1027; Cass. 15 marzo 2006, n. 5635, in *GD*, 2006, 79; Cass. 16 luglio 2015, n. 14928, in *D&G*, 2015; App. Bologna 11 aprile 2009, in *ADL*, 2010, 273; Trib. Milano 27 dicembre 2012, in *D&L*, 2013, 201; Trib. Monza 9 febbraio 2016, in *RGL*, 2016, 376.

⁽³²⁾ Tra le pronunce che rimandano a questa definizione, rese con riguardo al licenziamento, si annoverano Cass. 3 maggio 1997, n. 3837, in *NGL*, 1997, 516; Cass. 6 maggio 1999, n. 4543, in *FI*, 1999, 2213; Cass. 9 marzo 2011, n. 5555, in *MGC*, 2011, 377; Cass. 3 agosto 2011, n. 16925, in *RIDL*, 2012, 362; Cass. 8 agosto 2011, n. 17087, in *RGL*, 2012, 326; Cass. 11 ottobre 2012, n. 17329, in *NGL*, 2013, 387; Cass. 16 luglio 2015, n. 14928, in *D&G*, 2015, 9; Cass. 17 giugno 2020, n. 11705, in *D&G*, 2020.

turno ⁽³³⁾, la revoca di incarichi ⁽³⁴⁾, il mutamento di mansioni ⁽³⁵⁾, il trasferimento ⁽³⁶⁾, la revoca di incarichi dirigenziali ⁽³⁷⁾.

Sebbene per le misure datoriali di quest'ultima tipologia l'alternativa tra discriminazione e motivo illecito nell'inquadramento della ritorsione non sia condizionata dalle istanze di tutela implicate dalle misure espulsive, questioni analoghe che parimenti incidono sul livello di protezione accordata vengono in rilievo in questa scelta, prima tra tutte quella relativa al regime probatorio ⁽³⁸⁾.

2.1. I comportamenti di carattere ritorsivo nei confronti dei rappresentanti dei lavoratori

Sembra invece porsi oltre questo genere di problematiche la ricostruzione della fattispecie nel caso in cui i comportamenti ritorsivi o pregiudizievoli vengano posti in essere nei confronti dei rappresentanti dei lavoratori: la presentazione di un reclamo

⁽³³⁾ In tema Cass. 3 ottobre 2011, n. 20196, in *D&G*, 2011, che qualifica il provvedimento aziendale di cambio di turno a carattere ritorsivo quale «sanzione disciplinare atipica».

⁽³⁴⁾ Cass. pen. sez. VI 15 gennaio 2004, n. 4945, in *CED Cassazione penale*, 2004.

⁽³⁵⁾ Cass. 5 agosto 2010, n. 18283, in *MGC*, 2010, 1188, che afferma che l'onere della prova del carattere ritorsivo a carico del lavoratore deve essere assolto «con la dimostrazione di elementi specifici, tali da far ritenere con sufficiente certezza l'intento di rappresaglia, il quale deve aver avuto efficacia determinativa esclusiva della volontà del datore di lavoro, anche rispetto ad altri fatti rilevanti ai fini della configurazione del provvedimento illegittimo».

Già in questo senso Cass. 26 settembre 2007, n. 20170, in *LPA*, 2007, 966.

⁽³⁶⁾ Vedi Cass. 25 maggio 2004, n. 10047, in *MGC*, 2004, 5, che ribadisce l'applicabilità dei principi in tema di oneri probatori elaborati con riguardo al licenziamento anche ai trasferimenti, e quindi l'onere a carico del lavoratore «di non limitarsi a dedurre la mancata considerazione da parte del giudice di merito di circostanze rilevanti in astratto ai fini della ritorsione, ma di indicare elementi idonei ad individuare la sussistenza di un rapporto di causalità fra le circostanze asseritamente non valutate e l'asserito intento ritorsivo del datore di lavoro».

Sulla nullità del trasferimento ritorsivo e il conseguente diritto del lavoratore «a ottenere la reintegrazione nell'originario posto di lavoro anche quando sia passato alle dipendenze di altro datore di lavoro per effetto della cessione del ramo di azienda presso il quale era stato illegittimamente trasferito», vedi Pret. Pisa 16 dicembre 1998, in *D&L*, 1999, 571.

Ancora in tema Pret. Milano 7 marzo 1996, in *D&L*, 1996, 679; Trib. Roma 8 luglio 1996, in *LG*, 1997, 72; Trib. Bari 16 gennaio 2006, in *GM*, 2006, 1449.

⁽³⁷⁾ Cass. 8 gennaio 2015, n. 56, in *MGC*, 2015, che ribadisce il divieto di atti ritorsivi anche nell'ambito del lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni; Cass. pen. sez. VI 2 aprile 2009, n. 19135, in *CED Cassazione penale*, 2009, che qualifica come abuso d'ufficio la revoca dell'incarico di un dirigente operata per mero spirito di ritorsione.

⁽³⁸⁾ Con specifico riferimento al tema oggetto di analisi, vedi le osservazioni di S. ROSSI, in questo volume, tomo I, parte II, sez. II, che ritiene preferibile l'inquadramento delle condotte sanzionate dall'art. 13 del d.lgs. n. 104/2022 nell'ambito della discriminazione atteso che «l'indagine sul motivo determinante ai sensi dell'art. 1345 c.c. (di competenza del giudice) diverrebbe una prova diabolica sul piano amministrativo. Se invece aderiamo alla tesi per cui la fattispecie della protezione del lavoratore da trattamenti o conseguenze sfavorevoli ex art. 13 d.lgs. n. 104/2022 rappresenta una particolare ipotesi di discriminazione nel rapporto di lavoro, allora la ricerca della prova è agevolata dalla previsione dell'art. 40 d.lgs. n. 198/2006. Infatti, sarebbe sufficiente la violazione del d.lgs. n. 104/2022 o del d.lgs. n. 152/1997, a prescindere dall'indagine di uno specifico motivo determinante il comportamento ritorsivo. La norma opererebbe su un piano oggettivo escludendo una ricerca dell'elemento soggettivo del datore di lavoro».

al datore di lavoro o l'avvio di un procedimento al fine di garantire il rispetto dei diritti ai sensi dell'art. 13 rappresentano indubbiamente modi di «esercizio della libertà e della attività sindacale», e pertanto, nell'individuazione delle condotte sanzionate e nel loro inquadramento giuridico, può farsi riferimento all'amplissima e consolidata elaborazione della dottrina e della giurisprudenza in materia di repressione della condotta antisindacale⁽³⁹⁾.

L'«attrazione» della fattispecie in esame nell'ambito dell'art. 28 dello Statuto consente, inoltre, di *bypassare* una serie di questioni che si pongono quando la ritorsione riguarda lavoratori, *in primis* quella della (ir)rilevanza dei motivi della misura datoriale ⁽⁴⁰⁾.

La sanzione amministrativa di cui all'art. 13 del d.lgs. n. 104/2022 si configura dunque, per le ipotesi in questione, come aggiuntiva rispetto all'apparato sanzionatorio previsto dalla norma statutaria.

3. L'iter procedurale

I commi 2 e 3 regolano la particolare procedura per l'applicazione della sanzione amministrativa stabilita per le condotte datoriali ritorsive, disponendo che «i lavoratori possono rivolgersi all'Ispettorato Nazionale del Lavoro che applica la sanzione» e che «la denuncia può essere presentata dall'interessato o dall'organizzazione sindacale delegata dal medesimo».

L'art. 13 del decreto introduce in tal modo un procedimento *ad hoc* «riservato» all'Ispettorato, come ribadito da questo stesso organismo nella circolare INL n. 4/2022⁽⁴¹⁾, e a carattere fortemente innovativo.

Questo carattere, unito ad una certa approssimazione nella delineazione normativa dell'istituto, lascia aperte una serie di questioni.

⁽³⁹⁾ In tema v. M.G. GAROFALO, *Interessi collettivi e comportamento antisindacale dell'imprenditore*, Jovene, 1979; R. SCOGNAMIGLIO, *Condotta antisindacale, 1) disciplina sostanziale*, in EGT, VIII, 1988; M. ESPOSITO, *Relazioni industriali e repressione della condotta antisindacale: attualità e prospettive del modello statutario*, in DLM, 2010, p. 857 ss.; M. FALSONE, *Tecnica rimediabile e art. 28 dello Statuto dei lavoratori*, in LD, 2017, p. 565 ss.

A questi studi si rimanda anche per la disamina delle pronunce giurisprudenziali intervenute *in subiecta materia*.

⁽⁴⁰⁾ Il pregresso dibattito sulla rilevanza dell'elemento soggettivo per la configurabilità della condotta antisindacale è stato risolto da Cass. sez. un. 12 giugno 1997, n. 5295, in RIDL, 1998, 55, che ha statuito: «Per integrare gli estremi della condotta antisindacale di cui all'art. 28 l. 20 maggio 1970 n. 300 è sufficiente che tale comportamento leda oggettivamente gli interessi collettivi di cui sono portatrici le organizzazioni sindacali, non essendo necessario (ma neppure sufficiente) uno specifico intento lesivo da parte del datore di lavoro nè nel caso di condotte tipizzate perché consistenti nell'illegitimo diniego di prerogative sindacali (quali il diritto di assemblea, il diritto delle rappresentanze sindacali aziendali a locali idonei allo svolgimento delle loro funzioni, il diritto ai permessi sindacali), né nel caso di condotte non tipizzate ed in astratto lecite, ma in concreto oggettivamente idonee, nel risultato, a limitare la libertà sindacale, sicché ciò che il giudice deve accertare è l'obiettivo idoneità della condotta denunciata a produrre l'effetto che la disposizione citata intende impedire, ossia la lesione della libertà sindacale e del diritto di sciopero».

Questo orientamento è stato ribadito, di recente, da Cass. 17 giugno 2014, n. 13726, in MGC, 2014; Trib. Milano 9 marzo 2017, n. 704, in *Dejure*, 2017.

⁽⁴¹⁾ In cui si afferma la competenza dell'Ispettorato «a raccogliere le denunce e ad irrogare la sanzione».

La prima riguarda le modalità stesse di attivazione del procedimento.

Da una parte potrebbe ritenersi, facendo leva sul complessivo impianto della norma, che la sanzione amministrativa, al pari delle conseguenze civilistiche e penalistiche scaturenti dall'atto ritorsivo, debba essere l'esito di un procedimento da attivare su istanza di parte; dall'altra, al contrario, che «la previsione di una “possibilità” da parte del lavoratore di presentare una denuncia esclud[a] che la stessa possa costituire una condizione per l'applicazione della sanzione amministrativa o per i necessari accertamenti ispettivi»⁽⁴²⁾, e questo anche in considerazione dei generali poteri di accertamento d'ufficio riconosciuti all'Ispettorato del lavoro⁽⁴³⁾.

Quest'ultima tesi, sebbene in astratto funzionale a garantire una maggiore latitudine della tutela, nella pratica si risolverebbe in una pressoché totale ineffettività della stessa, per l'aggravio sul piano probatorio (oltre che su quello della stessa individuazione dell'illecito) determinato dalla non presentazione di una denuncia dalla parte lesa.

Parimenti indefinito è il modo di svolgimento del procedimento davanti all'Ispettorato, e questo vuoto di disciplina non è stato colmato dalla prassi che è (fino ad ora) intervenuta: la circolare del Ministero del Lavoro n. 19 del 20 settembre 2022, che pure è diretta a fornire le prime indicazioni interpretative sul d.lgs. n. 104/2022, non dà alcun chiarimento sulle modalità operative dell'art. 13; e la circolare dell'Ispettorato n. 4 avanti richiamata si limita ad affermare, molto genericamente, che la presenza di comportamenti ritorsivi o pregiudizievoli – presupposto della sanzione – dovrà essere accertata e supportata «con adeguati elementi probatori» dal personale ispettivo.

Le lacune regolative segnalate, relative peraltro a passaggi fondamentali dell'*iter* procedimentale per l'irrogazione della sanzione, rischiano così di inficiare la stessa operatività del regime di protezione introdotto dall'art. 13.

4. L'apparato sanzionatorio

Per le condotte in esame, l'art. 13 al primo comma dispone – «ferma ogni conseguenza prevista dalla legge derivante dall'invalidità dell'atto» e «salvo che il fatto costituisca reato» – l'applicazione «della sanzione amministrativa prevista dall'articolo 41, comma 2, del decreto legislativo 11 aprile 2006 n. 198».

I comportamenti ritorsivi o pregiudizievoli vengono in tal modo puniti con una nuova tipologia di sanzioni: alle ordinarie (ed eventuali) conseguenze sul piano civile e penale, il decreto n. 104/2022 aggiunge una sanzione amministrativa *ad hoc*, l'ammenda da 5.000 a 10.000 euro⁽⁴⁴⁾ prevista dall'art. 41 del d.lgs. n. 198/2006.

È singolare che, mentre nelle precedenti normative antidiscriminatorie in cui erano state esplicitamente prese in considerazione condotte di tipo ritorsivo non era stata prevista alcuna sanzione specifica per le stesse (si vedano l'art. 4 *bis*, d.lgs. n. 215/2003; l'art. 26, comma 3 *bis*, d.lgs. n. 198/2006, che si limitava ad esplicitare la nullità, già

⁽⁴²⁾ Così S. ROSSI, in questo *Commentario*.

⁽⁴³⁾ In tema si veda P. RAUSEI, *Ispezioni del lavoro*, Wolters Kluwer, 2021, p. 169 ss.

⁽⁴⁴⁾ Gli importi indicati sono stati così rideterminati a seguito del d.lgs. 15 gennaio 2016, n. 8 (*Disposizioni in materia di depenalizzazione, a norma dell'articolo 2, comma 2, della l. 28 aprile 2014, n. 67*).

Vedi al riguardo la circolare del Ministero del lavoro 5 febbraio 2016, n. 6.

ricavabile *aliunde*, della misura ritorsiva), l'art. 13 del decreto n. 104/2022 mutua proprio da questa legislazione la sanzione amministrativa applicabile, che era qui prevista in via generale per la violazione dei divieti di discriminazione⁽⁴⁵⁾.

L'introduzione di questa sanzione amministrativa rappresenta pertanto un ulteriore deterrente che va ad aggiungersi alle ordinarie conseguenze che le condotte sanzionate dall'art. 13 del decreto possono, a seconda dei casi, comportare sul piano civilistico (in conseguenza dell'invalidità dell'atto ritorsivo) o penalistico (qualora la condotta datoriale integri gli estremi di un reato) ⁽⁴⁶⁾. Si tratta dell'ennesima affermazione della maggiore efficacia della sanzione amministrativa ⁽⁴⁷⁾ che colpisce anche la persona fisica che rappresenta quella giuridica rispetto all'azione civile, sovente non attivata dal diretto interessato, o alla sanzione penale, ormai priva di efficacia sanzionatoria e dissuasiva alla luce dei vari meccanismi di estinzione del reato (prescrizione, messa alla prova) o della pena (affidamento ai servizi sociali), constatazione al fondo dei ricorrenti interventi di depenalizzazione, secondo la logica che "è più efficace una sanzione amministrativa applicata di quella penale difficilmente applicabile".

⁽⁴⁵⁾ E segnatamente per «l'inosservanza delle disposizioni contenute negli articoli 27, commi 1, 2 e 3, 28, 29, 30, commi 1, 2, 3 e 4» del d.lgs. n. 198/2006.

⁽⁴⁶⁾ Il riferimento è, in primo luogo, al reato di violenza privata ai sensi dell'art. 610 c.p.

⁽⁴⁷⁾ Che, peraltro, soggiace a termini prescrizione più lunghi.

Protezione contro il licenziamento o contro il recesso del committente e onere della prova (art. 14, d.lgs. n. 104/2022)

di Vincenzo Luciani

Abstract – Il commento analizza la portata, in termini di campo di applicazione e di contenuti, dell'art. 14 del decreto, che mira a rafforzare la posizione giuridica del lavoratore e del collaboratore che subiscono trattamenti pregiudizievoli per avere esercitato i diritti di informazione. La disposizione estende gli obblighi di motivazione a tutti i provvedimenti del datore di lavoro o del committente adottati in concomitanza o in prossimità dell'esercizio delle prerogative del decreto "trasparenza" e, soprattutto, introduce un'inversione dell'onere della prova, per cui se l'atto pregiudizievole non è basato su una valida motivazione sarà nullo e il prestatore di lavoro godrà delle tutele "piene" previste in caso di adozione di provvedimenti ritorsivi.

Abstract – The comment analyzes the scope of the art. 14 of the decree, which aims to strengthen the employees and workers' legal position in case they could suffer prejudicial treatment for having exercised their rights to information. This legal rule provides that all the measures adopted by the employer or the costumer, concurrently or close to the exercise of the prerogatives of the "transparency" decree, should be motivated. Moreover, the rule reverse the burden of proof, with the consequence that the employer's measure not based on a valid motivation would be considered as null and void and the employee/worker could have the same "strong" protections provided for the case of retaliatory terminations.

Sommario: 1. I destinatari delle tutele: lavoratori subordinati e collaboratori autonomi. – 2. L'ampliamento degli obblighi di motivazione. – 3. Inversione degli oneri probatori e rafforzamento della posizione del lavoratore. – 4. Violazione della disposizione e conseguenze sanzionatorie.

1. I destinatari delle tutele: lavoratori subordinati e collaboratori autonomi

La norma in commento tutela il lavoratore e il collaboratore che esercitino uno dei diritti riconosciuti nel d.lgs. 104/2022 e nel d.lgs. n. 152/1997 e che, a causa di tale esercizio, subiscano ritorsioni da parte dell'impresa (sia in qualità di datore di lavoro o anche di committente).

L'art. 14 completa il precedente art. 13 che già punisce i comportamenti ritorsivi del datore di lavoro, nei confronti di lavoratori che abbiano presentato un reclamo o promosso un procedimento non giudiziario al fine di garantire il rispetto dei diritti di informazione. Se l'art. 13 prevede l'applicazione di sanzioni amministrative ad opera dell'Ispettorato del lavoro, l'art. 14 appresta invece una tutela civilistica, individuando un campo di applicazione più ampio.

La norma si articola in tre commi che introducono due diverse forme di protezione: a) la prima è un *regime probatorio* agevolato in sede giudiziale, che si applica a comportamenti ritorsivi consistenti sia in licenziamenti sia in trattamenti pregiudizievoli subiti dal lavoratore che eserciti i diritti sanciti dalla normativa sui diritti di informazione e obblighi di trasparenza (commi 1 e 3).

b) la seconda prevede invece un *obbligo di motivazione* che incombe sul datore di lavoro o committente che adotta provvedimenti di estromissione dal rapporto o comunque equivalenti al licenziamento, collegabili all'esercizio dei diritti di informazione.

Pertanto la disposizione, nei suoi contenuti, è più ampia di quanto evochi il suo titolo, non facendo riferimento unicamente a provvedimenti mirati all'estinzione del rapporto di lavoro ma, almeno per ciò che riguarda il regime probatorio, a qualsiasi *trattamento pregiudizievole*.

L'articolo in commento appresta misure severe che mirano ad ampliare e rafforzare gli obblighi informativi. Tale operazione di ampliamento e di rafforzamento deve essere coordinata con le previsioni che già impongono vincoli a carico del datore di lavoro nell'adozione di atti relativi alla gestione del rapporto (tra cui l'obbligo di motivazione in tema di licenziamento).

Uno dei profili più innovativi della disposizione è la sua applicazione anche ai contratti di collaborazione e in questa direzione va letto il riferimento a "misure equivalenti al licenziamento" (comma 2), anche se la portata ampia della formula autorizza a riferirsi a qualsiasi provvedimento dell'azienda che realizzi un mutamento definitivo del rapporto di lavoro.

L'estensione delle misure di tutela a tutti gli atti di recesso si collega alla definizione del campo di applicazione da parte dell'art. 1, commi 1, 2 e 3 del d.lgs. 104/2022, che, oltre a tutti i rapporti di lavoro subordinato, include nel proprio ambito anche i rapporti di collaborazione prestati ai sensi dell'art. 2, co. 1, del d.lgs. 81/2015 nonché i contratti di collaborazione coordinata e continuativa di cui all'articolo 409, n. 3, c.p.c., escludendo invece i rapporti di agenzia.

2. L'ampliamento degli obblighi di motivazione

Al fine di presidiare i divieti (di licenziamento e di altri trattamenti pregiudizievoli) posti dal primo comma, la disposizione, al comma successivo, obbliga il datore di lavoro a fornire al lavoratore che lo richiede i motivi dei provvedimenti adottati.

La norma, confermando la piena vigenza dell'obbligo di motivazione già prescritto a carico del datore di lavoro ai sensi dell'art. 2 della l. 604/66, impone allo stesso o al committente, di fornire, per iscritto, «i motivi delle misure adottate».

Per quanto la norma sembra qui imporre un obbligo di natura generale, peraltro la sua collocazione e anche l'interpretazione in conformità alla direttiva (art. 18, co. 2 direttiva UE 2019/1152) inducono a ritenere che tale onere di motivazione sorga quando il lavoratore assuma di essere stato destinatario di un atto di reazione all'esercizio dei propri diritti di informazione.

Non è agevole comprendere la portata della previsione nei casi in cui la legge già imponga l'obbligo di comunicare i motivi, come avviene, per i rapporti di lavoro subordinati, per la giusta causa e il giustificato motivo (oggettivo e soggettivo) di licenziamento. Escluso, anche considerando il tenore della norma («fatta salva la

disciplina») che per i provvedimenti estintivi la norma non sortisca effetti sul piano delle tutele ⁽¹⁾, essa va letta nel senso di imporre al datore di lavoro di esplicitare per iscritto l'assenza di qualsiasi collegamento tra esercizio dei diritti di informazione da parte del lavoratore e provvedimento estintivo. In altri termini il datore di lavoro dovrà fornire ragioni per dimostrare che la misura estintiva o equivalente adottata sia del tutto indifferente all'esercizio dei diritti sanciti dalla legislazione sui diritti di informazione e sui doveri di trasparenza. È in sostanza una prova negativa, che mira a rafforzare il motivo alla base della misura adottata, potendo fare riferimento anche ad elementi indiziari e presuntivi, valutabili dal giudice secondo il suo prudente apprezzamento (ad esempio un confronto con altri lavoratori che hanno esercitato i medesimi diritti e che non hanno subito conseguenze) ⁽²⁾.

È evidente peraltro che la norma, ricorrendo alla formula “misure equivalenti al licenziamento” intenda allargare il proprio campo di applicazione a tutte le modifiche del rapporto (subordinato e autonomo), quali reazioni all'esercizio di diritti di informazione, che incidono sugli elementi essenziali del contratto e che comportano la cessazione del rapporto anche a seguito di dimissioni o risoluzione consensuale ⁽³⁾.

La disposizione, a tale riguardo, ha una sicura valenza innovativa nelle collaborazioni coordinate e continuative per le quali non v'è un obbligo di motivare il provvedimento estintivo, salvo il pagamento dei compensi che il collaboratore avrebbe percepito senza il recesso *ante tempus*. La disposizione, pertanto, fa sorgere un obbligo aggiuntivo nelle ipotesi in cui il collaboratore abbia esercitato i diritti di informazione. Come si dirà, la disciplina in esame rafforza la posizione giuridica di chi aziona le prerogative sancite dai decreti legislativi nn. 104/2022 e 152/1997, imponendo doveri di trasparenza che siano idonei, mediante una congrua motivazione degli atti adottati, a superare la presunzione di ritorsività prospettata dalla disposizione in commento.

Pochi dubbi sorgono per le collaborazioni eterorganizzate ai sensi dell'art. 2, co. 1, del d.lgs. 81/15: allorquando si tratti di collaborazioni «de cui modalità di esecuzione sono organizzate dal committente» ad esse si applica la disciplina dei rapporti di lavoro subordinato, per cui i provvedimenti “ritorsivi” del committente subiranno lo stesso trattamento dei provvedimenti estintivi adottati dal datore di lavoro in un rapporto di lavoro subordinato.

3. Inversione degli oneri probatori e rafforzamento della posizione del lavoratore

Il terzo comma contiene la novità più dirompente della norma: amplia il campo di applicazione previsto dall'art. 5 della l. 604/66 (la norma fa salva la sua previsione) in tema di onere della prova e addossa sul datore di lavoro o sul committente l'onere di

⁽¹⁾ Come condivisibilmente rileva S. VARVA, *Novità in tema di ripartizione dell'onere della prova del licenziamento ritorsivo nel “Decreto trasparenza”*, in *Giustizia.com*, 2022.

⁽²⁾ Sul punto ancora S. VARVA, *op. cit.*

⁽³⁾ In questo senso Circolare Ministero del lavoro n. 19/2022: per misure equivalenti al licenziamento si intendono «tutte quelle modifiche, adottate dal datore di lavoro o dal committente in modo unilaterale e a svantaggio del lavoratore, che incidono in modo sostanziale sugli elementi essenziali del contratto di lavoro e sono conseguenti all'esercizio dei diritti previsti dal decreto legislativo in oggetto e dal d.lgs. n. 152/1997 e, comunque, per ragioni estranee al lavoratore».

provare che alla base dei provvedimenti sfavorevoli vi siano motivi diversi da quelli allegati, o meglio, anche solo prefigurati, dal lavoratore o collaboratore.

La disposizione introduce anzitutto una decisa estensione della regola dell'inversione dell'onere della prova, che trova applicazione, oltre al licenziamento, anche al recesso del committente nonché a tutti i casi in cui il lavoratore subisca un "trattamento pregiudizievole" in conseguenza dell'esercizio dei diritti di informazione.

La regola dell'inversione fa sì che la tutela si applichi non solo quando vi è la prova che il provvedimento sia la reazione al legittimo esercizio di un diritto di informazione, ma anche nei casi in cui il collegamento è solo allegato dal lavoratore o collaboratore e il datore di lavoro o committente non è in grado di produrre nessuna valida motivazione a sostegno del provvedimento adottato.

Rispetto alle condotte ritorsive in generale, gli oneri probatori a carico del collaboratore (subordinato o autonomo) sono notevolmente alleggeriti, essendo sufficiente, per ottenere le tutele contro condotte adottate per rappresaglia, dedurre la mera contestualità o prossimità temporale tra esercizio dei diritti di informazione e atti pregiudizievoli dell'azienda. Infatti, innanzi alla "lamentela" del lavoratore, supportata dalla mera allegazione di avere esercitato i diritti di informazione, spetterà al recedente provare, non solo che non vi sia un intento ritorsivo legato all'esercizio, da parte dei lavoratori, dei diritti previsti dal Decreto (e dal d.lgs. n. 152/1997), ma soprattutto che l'atto adottato abbia alla base una valida motivazione. Per i licenziamenti giusta causa e giustificato motivo, per gli altri "trattamenti pregiudizievoli" il datore di lavoro dovrà dedurre sostanziali motivazioni di natura organizzativa e produttiva o anche di natura soggettiva, che siano comunque idonee ad escludere l'arbitrarietà, e quindi la ritorsività, presunta dalla disposizione in esame.

Tale favorevole regime probatorio non autorizza tuttavia a sostenere che la dimostrazione della giusta causa o del giustificato motivo soggettivo o oggettivo non possa essere sufficiente per soddisfare gli oneri imposti dall'art. 14. A tal riguardo si è sostenuto che una simile conclusione svuoterebbe di significato l'innovativa volontà di tutela espressa nell'art. 14, dovendosi valorizzare l'inciso della disposizione che "fa salvo" l'art. 5, l. n. 604/1966. Secondo questa ricostruzione il datore di lavoro non può limitarsi a soddisfare la «prova della sussistenza della giusta causa o del giustificato motivo di licenziamento», ma sarebbe necessario comprovare che il motivo concorrente, non solo sia sussistente, ma risulti «ancor più determinante rispetto al movente ritorsivo».

A parte che rimane alquanto oscuro capire quali siano i parametri per stabilire la natura determinante in via comparativa, una situazione giuridica così protetta rischia di creare seri squilibri in tema di tutele contro i licenziamenti nulli. Se si guarda ai casi in cui l'ordinamento pone le garanzie del lavoratore e soprattutto della lavoratrice ai livelli più alti nella scala dei valori protetti (lavoratrice ad inizio gravidanza fino al compimento di un anno del bambino) e per i quali sussiste un vero e proprio "divieto" di licenziamento, ebbene anche in tali ipotesi la proibizione viene meno quando ricorra una "giusta causa" di licenziamento (art. 54, d.lgs. 151/01).

Ma ancora, ad indurre a fornire una lettura meno rigorosa della disposizione è la stessa fonte comunitaria che il d.lgs. 104/22 ha attuato: l'art. 18, della direttiva n. 2019/1152, stabilisce che, innanzi alla contestazione del lavoratore, che presenti fatti in base ai quali si può presumere che vi siano stati atti dell'azienda dovuti all'esercizio di diritti

di informazione, spetti al datore di lavoro fornire «i motivi debitamente giustificati del licenziamento o delle misure equivalenti»: nella disposizione comunitaria non v'è traccia di una giustificazione rafforzata in senso comparativo né la disposizione autorizza a richiedere ragioni ulteriori rispetto a quelle già imposte dalla disciplina sui licenziamenti. Non è dubitabile che l'art. 14 richieda al datore di lavoro di fornire una motivazione in relazione all'assenza di ogni collegamento con l'esercizio dei diritti di informazione da parte del lavoratore e soprattutto, avendo una portata generale (si applica a qualsiasi "trattamento pregiudizievole") lo obbliga a motivare anche i casi in cui tale obbligo non sussista, ma rimane che la dimostrazione della ricorrenza di una valida giustificazione rende il provvedimento legittimo.

Questa appare la soluzione più in linea con il complessivo quadro normativo e non vi sono novità tali da ribaltare il consolidato arresto in materia di licenziamento ritorsivo, ai sensi del quale si procede alla verifica della sussistenza del motivo illecito solo una volta riscontrato che il datore di lavoro non abbia assolto gli oneri su di lui gravanti e riguardanti la dimostrazione della giusta causa o del giustificato motivo oggettivo. La portata innovativa della disposizione rimane inalterata: una volta che il lavoratore allegli l'esercizio del proprio diritto di informazione e il datore di lavoro non sia in grado di fornire prova di una legittima giusta causa o giustificato motivo, il lavoratore beneficerà delle tutele contro i licenziamenti (nulli) ritorsivi, senza dover offrire nessuna ulteriore prova dell'intento ritorsivo.

Pertanto, il salto in avanti in termini di rafforzamento della tutela è notevole: la mera allegazione della contestualità/prossimità temporale tra esercizio del diritto di informazione e trattamento pregiudizievole, in assenza di prove sulla sussistenza del motivo formalmente addotto, è in grado di far scattare la tutela reintegratoria piena (ai sensi dell'art. 18, c. 1, l. 300/70 e art. 2 d.lgs. 23/2015).

Ne deriva che la disposizione in parola determina il seguente scenario: a) chi esercita i diritti ex d.lgs. 104 si trova in una posizione giuridica rafforzata, paragonabile a quella della lavoratrice madre; b) questo rafforzamento può essere fatto valere non solo quando il datore di lavoro non è in grado di fornire una prova di una legittima motivazione alla base del proprio provvedimento, ma anche nei casi in cui la posizione del lavoratore pregiudicato è raffrontabile con quella di altri lavoratori che si trovano nella medesima posizione. Se occorre sopprimere una postazione di lavoro in un contesto organizzativo in cui si trovano una molteplicità di lavoratori tutti nella medesima posizione, sul piano professionale e anagrafico, per colui che ha esercitato i diritti ex d.lgs. 104/22 subentra la collocazione in una posizione di maggiore protezione e, (solo) in tal caso, non sarà sufficiente provare la ricorrenza del giustificato motivo, ma il datore di lavoro dovrà fornire motivi ulteriori, a sostegno della scelta caduta proprio sul lavoratore che ha esercitato i diritti di informazione. L'innalzamento delle tutele a favore del lavoratore che esercita i diritti di informazione in questo specifico contesto è macroscopico: se la decisione cade sul lavoratore che ha fatto ricorso alle prerogative della disposizione in commento, in assenza di una ragione "ulteriore", non scatterà una mera tutela indennitaria per violazione dei criteri di scelta, ma il lavoratore godrà della tutela reintegratoria piena, per effetto del combinato disposto tra norma in commento e artt. 18, co. 1 l. 300/70 e 2 d.lgs. n. 23/15.

4. **Violazione della disposizione e conseguenze sanzionatorie**

Il datore di lavoro o il committente viola tale disposizione in due casi:

a) se non ottempera all'obbligo di motivazione, b) oppure se fornisce motivi non idonei a superare la presunzione di "ritorsività" che deriva dall'esercizio dei diritti di informazione da parte del destinatario della misura.

Premesso che, come imposto dalla normativa comunitaria, le sanzioni devono essere "effettive, proporzionate e dissuasive" (art. 19 direttiva UE n. 2019/1152), l'apparato sanzionatorio, proprio in coerenza con i vincoli imposti dall'ordinamento UE, non può che essere rappresentato dalle misure previste avverso i provvedimenti ritorsivi adottati dal datore di lavoro o dal committente.

Gli obblighi imposti dalla disposizione in esame costituiscono i mezzi di protezione consegnati al lavoratore o al collaboratore per proteggerli contro un'offesa arrecata all'esercizio dei diritti di informazione: la violazione risulterà conclamata in caso di omessa o insufficiente motivazione del provvedimento adottato in concomitanza o prossimità dell'esercizio dei diritti di informazione ovvero nel caso in cui vi sia violazione dell'onere della prova, che la disposizione estende a qualsiasi atti pregiudizievole sia stato adottato (dal datore di lavoro o dal committente) in reazione all'esercizio delle prerogative *ex d.lgs. 104/22 e 152/97*.

Per i provvedimenti estintivi, si tratterà delle tutele disciplinate dalla normativa sui licenziamenti (art. 18, co. 1, l. 300/70 e art. 2 d.lgs. n. 23/15), mentre per gli altri provvedimenti adottati dal datore di lavoro o dal committente, gli atti sono da qualificare nulli ai sensi dell'art. 1345 c.c. e suscettibili di essere integralmente rimossi per effetto di intervento giudiziale e di dar luogo a responsabilità risarcitoria in presenza dei presupposti previsti dall'ordinamento.

Tomo II

**Commento al
decreto legislativo n. 105/2022**

**Strumenti per favorire la parità di genere
e la conciliazione tra lavoro e vita familiare**

Parte I

Sulla ricerca del giusto equilibrio di genere tra cura familiare e lavoro: finalità, contenuti e risorse del decreto legislativo n. 105/2022

di Anna Trojsi

Abstract – Il contributo offre un inquadramento generale sulle finalità e sull’impianto contenutistico del d.lgs. n. 105/2022, anche in rapporto alla direttiva (UE) 2019/1158 che si propone di recepire, nonché sul profilo delle risorse finanziarie stanziare per dare attuazione alle misure ivi previste. Conclusivamente, sono svolte alcune riflessioni di carattere sistemico sulla materia oggetto dell’intervento normativo.

Abstract – This essay offers a general framework on the purposes and contents of Legislative Decree n. 105/2022, also in relation to directive (EU) 2019/1158 which it intends to transpose, as well as on the financial resources allocated for its implementation. In conclusion, some reflections of a systemic nature are made on the subject matter.

Sommario: 1. *Ratio* e obiettivi del d.lgs. n. 105/2022, in rapporto alla direttiva (UE) 2019/1158. – 2. L’investimento economico nell’intervento legislativo italiano. – 3. Spunti di riflessione sistemica. – 4. *Segue:* le prospettive del *Family Act*.

1. *Ratio* e obiettivi del d.lgs. n. 105/2022, in rapporto alla direttiva (UE) 2019/1158

Il substrato ordinamentale italiano, su cui si innesta la riforma realizzata dal d.lgs. 30 giugno 2022, n. 105 ⁽¹⁾, consta di un ampio e consolidato apparato normativo – in significativa parte formatosi grazie all’adempimento dell’obbligo di recepimento di

(¹) Tra i primi commenti, v. L. CALAFÀ, *La conciliazione vita e lavoro in ambiente digitale*, in *Federalismi.it*, 2022, n. 34, p. 193; M. RUSSO, *Alla ricerca di un equilibrio tra attività professionale e vita familiare: il d.lgs. n. 105/2022*, in *www.rivistalabor.it*, 15 settembre 2022; F. SCHIAVETTI, *La parità di genere nei luoghi di lavoro, tra work-life balance e nuove tecnologie*, in *Federalismi.it*, 2023, n. 4, p. 260; M.L. VALLAURI, *Il d.lgs. 30 giugno 2022, n. 105 di attuazione della Direttiva (UE) 2019/1158*, in *LDE*, 2022, n. 3, pp. 3-4; M.L. VALLAURI, *Il d.lgs. 30 giugno 2022, n. 105 di attuazione della Direttiva (UE) 2019/1158: luci e ombre*, in *www.labour-lawcommunity.com* 12 gennaio 2023. V. altresì, M. CORTI, A. SARTORI, *Il recepimento del diritto europeo in materia di condizioni di lavoro trasparenti e prevedibili e di conciliazione vita-lavoro. Le misure giuslavoristiche dei decreti «aiuti»*, e M. CINELLI, C.A. NICOLINI, *La fine della XVIII Legislatura – Conciliazione dei tempi di cura e di lavoro, famiglia, parità di genere... e sanzioni – Una delega per la riforma delle discipline del lavoro e la tutela dei redditi nel settore dello spettacolo*, in *RIDL*, 2022, n. 4, III, rispettivamente pp. 168 ss. e 179 ss.; M.R. GHEIDO, A. CASOTTI, *Tutela della maternità e paternità: norme in divenire*, in *DPL*, 2022, n. 19, p. 1200.

corrispondenti direttive dell'Unione europea susseguitesesi nel tempo – volto, in estrema sintesi, fondamentalmente e prioritariamente a tutelare la maternità delle lavoratrici (subordinate) ⁽²⁾. Ciò, dal punto di vista tanto del diritto alla conservazione del posto di lavoro durante il periodo di sospensione del rapporto di lavoro e della connessa tutela previdenziale forte (quasi pari alla retribuzione non percepita); quanto di varie previsioni di diritto sostanziale del lavoro, protettive della posizione lavorativa (dalle norme speciali sulla sicurezza del lavoro, ad esempio, al divieto di licenziamento per causa di matrimonio o nel periodo della gravidanza e fino ad un anno di età del figlio).

E con una progressiva estensione – parziale o totale, a seconda degli istituti considerati – di tale sistema normativo, in specie ad opera di provvedimenti legislativi dell'ultimo decennio [quali, in particolare, il d.lgs. 15 giugno 2015, n. 80, attuativo della delega di cui all'art. 1, commi 8 e 9, della l. 10 dicembre 2014, n. 183 ⁽³⁾, come pure gli artt. 8, 13 e 14 della l. 22 maggio 2017, n. 81]. Si pensi: all'equiparazione delle adozioni, nazionali e internazionali, e degli affidamenti di minori alla filiazione biologica; alle aperture al riconoscimento lavoristico della cura genitoriale da parte dei padri lavoratori; all'attribuzione delle pertinenti indennità economiche al lavoro non subordinato (collaborazioni coordinate e continuative e lavoro autonomo puro, anche libero-professionale).

La disciplina, stratificatasi nel tempo, è stata riordinata nell'attualmente vigente d.lgs. 26 marzo 2001, n. 151 (testo unico delle disposizioni legislative in materia di tutela e sostegno della maternità e della paternità, attuativo dell'art. 15 della l. 8 marzo 2000, n. 53), a sua volta successivamente modificato e integrato in numerose occasioni.

A ciò si aggiungono alcune specifiche agevolazioni per le lavoratrici e i lavoratori che accudiscano congiunti in grave stato di disabilità (contenute principalmente nella l. quadro 5 febbraio 1992, n. 104, per l'assistenza, l'integrazione sociale e i diritti delle persone handicappate).

Il tutto va, infine, calato all'interno del diritto antidiscriminatorio per ragioni di sesso/genere (anch'esso in buona parte di matrice unionale europea) e delle cosiddette azioni positive, volte a realizzare parità di trattamento e pari opportunità tra uomini e donne nel lavoro. Si ricorda, in proposito, il decreto legislativo 11 aprile 2006, n. 198, recante il codice delle pari opportunità tra uomo e donna, a norma dell'art. 6 della l. 28 novembre 2005, n. 246.

Com'è noto, tale apparato normativo garantistico per le lavoratrici madri – essendo così stringente, nel lavoro dipendente, e comportando un costo aziendale, quanto meno organizzativo – reca con sé il rischio di anticipare comportamenti “preventivo-difensivi” dei datori di lavoro rispetto all'eventualità di una futura gravidanza, disincentivando all'assunzione di donne in età fertile e producendo così una sorta di eterogeneità dei fini della disciplina, con un effetto di indebolimento della componente femminile dell'offerta di lavoro, dunque controproducente, nei fatti, rispetto

⁽²⁾ Sul tema, è doveroso menzionare, per tutti, la storica monografia di M.V. BALLESTRERO, *Dalla tutela alla parità. La legislazione italiana sul lavoro delle donne*, il Mulino, 1979 (ripubblicata *online* nel 2023, con *Prefazione alla riedizione digitale*, di G. DE SIMONE e M. NOVELLA).

⁽³⁾ Cfr. E. GHERA, D. GAROFALO (a cura di), *Contratti di lavoro, mansioni e misure di conciliazione vita-lavoro nel Jobs Act 2*, Cacucci, 2015; T. VETTOR, *Conciliare vita e lavoro. La prospettiva del Diritto del lavoro dopo il Jobs Act*, Giappichelli, 2018, p. 37 ss.

all'obiettivo di promozione delle pari opportunità occupazionali di genere nel mercato del lavoro, perpetuando anzi i problemi di disoccupazione/inoccupazione della forza lavoro femminile. Naturalmente, queste problematiche sono proprie del settore del lavoro privato, non essendo riscontrabili, negli stessi termini, nel lavoro pubblico, per le differenze strutturali di questo rispetto al primo: sia perché la selezione avviene di regola tramite concorsi pubblici, ispirati ai principi di imparzialità e di uguaglianza tra i sessi, ai sensi degli artt. 51 e 97 della Costituzione; sia perché, in linea generale, l'azione delle pubbliche amministrazioni non è impostata in termini di profitto (e dunque, di rapporto costi-benefici), ma è improntata al differente valore del buon andamento e del perseguimento dell'interesse pubblico.

Su questo assetto è intervenuto il d.lgs. n. 105/2022, entrato in vigore dal 13 agosto 2022, recante attuazione della direttiva (UE) 2019/1158 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 20 giugno 2019, relativa all'equilibrio tra attività professionale e vita familiare per i genitori e i prestatori di assistenza, e che ha abrogato la direttiva 2010/18/UE del Consiglio (dell'8 marzo 2010, che recepiva l'accordo quadro riveduto in materia di congedo parentale, concluso da BusinessEurope, UEAPME, CEEP e CES), al contempo trasfondendone alcuni contenuti revisionati ⁽⁴⁾.

Il d.lgs. n. 105/2022 è stato, infatti, emanato nell'esercizio della delega legislativa di cui all'art. 1, comma 1 ⁽⁵⁾, e allegato A [punto 27, che menziona la direttiva (UE) 2019/1158], della l. 22 aprile 2021, n. 53, recante delega al Governo per il recepimento delle direttive europee e l'attuazione di altri atti dell'Unione europea (legge di delegazione europea 2019-2020). Il termine per il recepimento della direttiva (UE) 2019/1158 negli Stati membri era fissato, dall'art. 20, § 1, della stessa, al 2 agosto 2022 ⁽⁶⁾.

Analogamente a quanto riscontrabile, per alcuni versi, con riferimento al "fratello maggiore" (perché lo precede immediatamente e per voluminosità dell'articolato normativo) d.lgs. 27 giugno 2022, n. 104, in rapporto all'attuazione della corrispondente direttiva (UE) 2019/1152 del Parlamento europeo e del Consiglio del 20 giugno 2019, relativa a condizioni di lavoro trasparenti e prevedibili nell'Unione europea, anche col d.lgs. n. 105/2022 parrebbe che il legislatore italiano abbia colto l'occasione di recepimento della direttiva (UE) 2019/1158 ⁽⁷⁾, per andare oltre la stessa dal punto di vista contenutistico. Ciò, in primo luogo (e almeno) nelle intenzioni dichiarate in apertura del testo legislativo.

⁽⁴⁾ Come risulta dalla Tavola di concordanza allegata alla direttiva (UE) 2019/1158, ai sensi dell'art. 19, § 1, della stessa.

⁽⁵⁾ Che ha appunto delegato il Governo ad adottare i decreti legislativi per il recepimento delle direttive europee e per l'attuazione degli altri atti dell'Unione europea, di cui agli artt. da 3 a 29 e all'allegato A, secondo i termini, le procedure, i principi e i criteri direttivi di cui agli artt. 31 e 32 della l. 24 dicembre 2012, n. 234, nonché secondo quelli specifici dettati dalla medesima l. n. 53/2021 e tenendo conto delle eccezionali conseguenze economiche e sociali derivanti dalla pandemia di COVID-19.

⁽⁶⁾ L'art. 20, § 2, della direttiva (UE) 2019/1158 prevede, poi, il più lungo termine del 2 agosto 2024 unicamente per il recepimento, da parte degli Stati membri (mediante provvedimenti legislativi, regolamentari e amministrativi), della disposizione concernente la retribuzione o l'indennità corrispondente alle ultime due settimane del congedo parentale di cui all'art. 8, § 3.

⁽⁷⁾ Su cui, v. C. ALESSI, O. BONARDI, L. CALAFÀ, M. D'ONGHIA, *Per una trasposizione responsabile della Direttiva n. 2019/1158, relativa all'equilibrio tra attività professionale e vita familiare per i genitori e i prestatori di assistenza*, in RGL, 2022, n. 1, I, p. 111; R. ZUCARO, *Conciliazione vita-lavoro e gender gap nella cura. L'evoluzione legislativa nel prisma del quadro normativo europeo*, in RGL, 2022, n. 2, I, p. 310.

La direttiva (UE) 2019/1158, infatti, enuncia, come oggetto dell'intervento normativo, quello di stabilire prescrizioni minime ⁽⁸⁾ «volte a conseguire la parità tra uomini e donne per quanto riguarda le opportunità sul mercato del lavoro e il trattamento sul lavoro, agevolando la conciliazione tra lavoro e vita familiare per i lavoratori che sono genitori o i prestatori di assistenza» (art. 1) ⁽⁹⁾.

Il d.lgs. n. 105/2022 si pone, invece, in aggiunta, il più ambizioso obiettivo di introdurre «disposizioni finalizzate a migliorare la conciliazione tra attività lavorativa e vita privata per i genitori e i prestatori di assistenza, *al fine di conseguire la condivisione delle responsabilità di cura tra uomini e donne e la parità di genere in ambito lavorativo e familiare*» (art. 1, comma 1).

Quella, cioè, che costituisce la finalità della direttiva (UE) 2019/1158 viene recepita nel d.lgs. n. 105/2022 solo come uno degli obiettivi, e a sua volta è concepita come un traguardo mediato o mediano, o meglio osmoticamente e biunivocamente connesso alla realizzazione di un ulteriore fine ultimo, che trascende la dimensione lavorativa per porsi uno scopo più ampio, di natura sociale, rivolto cioè ad incidere sull'organizzazione interna della vita familiare e sulla distribuzione di ruoli e carichi tra i coniugi (come pure nelle unioni civili e nelle coppie di fatto) e, più in generale, tra i vari componenti del nucleo familiare. Il d.lgs. n. 105/2022 sembrerebbe voler

⁽⁸⁾ L'art. 16 della direttiva (UE) 2019/1158 prevede, conseguentemente, che gli Stati membri possono introdurre o mantenere disposizioni più favorevoli ai lavoratori rispetto a quelle della direttiva (§ 1). L'attuazione della direttiva non può, inoltre, costituire motivo per giustificare una riduzione del livello generale di protezione dei lavoratori negli ambiti da essa trattati; tale divieto di riduzione del livello di protezione non pregiudica il diritto degli Stati membri e delle parti sociali di stabilire, alla luce del mutare delle circostanze, disposizioni legislative, regolamentari o contrattuali diverse da quelle in vigore il 1° agosto 2019, purché siano rispettati i requisiti minimi stabiliti dalla direttiva (§ 2). Né tantomeno l'attuazione della direttiva (UE) 2019/1158 può servire a ridurre i diritti esistenti nella legislazione dell'Unione (considerando 46); in particolare, nessuna disposizione della direttiva dovrebbe essere interpretata nel senso di una riduzione dei diritti di cui alle direttive 2010/18/UE, 92/85/CEE e 2006/54/CE (compreso l'art. 19 di quest'ultima) (considerando 47). Il considerando 46 della direttiva (UE) 2019/1158 specifica, pertanto, che i diritti già acquisiti alla data di entrata in vigore della direttiva dovrebbero continuare ad applicarsi, a meno che quest'ultima non introduca appunto norme più favorevoli. L'art. 20, § 6, della direttiva (UE) 2019/1158 dispone altresì che, al fine di conformarsi agli articoli 4, 5, 6 e 8 della direttiva e alla direttiva 92/85/CEE (del 19 ottobre 1992, concernente l'attuazione di misure volte a promuovere il miglioramento della sicurezza e della salute sul lavoro delle lavoratrici gestanti, puerpere o in periodo di allattamento – decima direttiva particolare ai sensi dell'art. 16, § 1, della direttiva 89/391/CEE), gli Stati membri possono tenere conto di qualsiasi periodo di assenza dal lavoro per motivi di famiglia, e della relativa retribuzione o indennità, in particolare per il congedo di maternità, il congedo di paternità, il congedo parentale e il congedo per i prestatori di assistenza, disponibili a livello nazionale che vadano oltre le disposizioni minime previste dalle predette direttive, a condizione che siano soddisfatti i requisiti minimi per tali congedi e che il livello generale di tutela offerto ai lavoratori nei settori disciplinati da tali direttive non sia ridotto. Inoltre, a tale ultimo riguardo, il considerando 49 aggiunge che, nell'attuazione della direttiva, gli Stati membri non sono tenuti a chiamare diversamente o a modificare in altro modo i diversi tipi di congedo familiare previsti dal diritto nazionale o da contratti collettivi e utilizzati ai fini del rispetto della direttiva.

⁽⁹⁾ Il senso di tale finalità è specificato nel considerando 16 della direttiva (UE) 2019/1158: facilitando la conciliazione tra lavoro e vita familiare per genitori e prestatori di assistenza, la direttiva dovrebbe contribuire a conseguire gli obiettivi del Trattato, di parità tra uomini e donne per quanto riguarda le opportunità sul mercato del lavoro, la parità di trattamento sul posto di lavoro e la promozione di un livello di occupazione elevato nell'Unione.

imprimere un cambiamento culturale complessivo, che va al di là del profilo spiccatamente lavoristico della condivisione dei compiti di cura (legato alla condizione lavorativa dei familiari, e dunque alla considerazione della loro qualità di “lavoratori”) per ricalibrarli rispetto alla sfera lavorativa, ma implica il ripensamento dei modelli sociali, investe la concezione della famiglia, in uno sforzo di redistribuzione delle funzioni al suo interno per la piena valorizzazione delle rispettive identità e aspirazioni esistenziali (e tra queste, a chiudere il cerchio, con ricaduta anche su quelle professionali) ⁽¹⁰⁾.

Cenno a tale più estesa prospettiva, vicina a quella enunciata in esordio dal d.lgs. n. 105/2022, può rintracciarsi nel considerando 11 della direttiva (UE) 2019/1158, là dove rileva che: l’attuale quadro giuridico dell’Unione prevede incentivi limitati, volti a far sì che gli uomini condividano equamente le responsabilità di assistenza; lo squilibrio nella concezione delle politiche a favore dell’equilibrio tra attività professionale e vita familiare tra donne e uomini rafforza gli stereotipi e le differenze di genere nell’ambito del lavoro e dell’assistenza; le politiche in materia di parità di trattamento dovrebbero mirare ad affrontare la questione degli stereotipi relativi alle professioni e ai ruoli sia maschili sia femminili, e le parti sociali sono incoraggiate ad agire in base al loro compito fondamentale di informare sia i lavoratori, sia i datori di lavoro, e di sensibilizzarli in merito alla lotta alla discriminazione; inoltre, l’uso di meccanismi per conciliare attività professionale e vita familiare da parte dei padri, come il congedo o le modalità di lavoro flessibili, ha dimostrato di incidere positivamente sulla riduzione della percentuale di lavoro domestico non retribuito svolto dalle donne e di lasciare loro più tempo per il lavoro retribuito ⁽¹¹⁾.

Ricapitolando, il d.lgs. n. 105/2022 si pone, quindi, due obiettivi intersecantisi, o meglio intrecciati: la conciliazione vita-lavoro ⁽¹²⁾; e il riequilibrio delle responsabilità di cura familiare tra i generi. Ed è, altresì, permeato dal faro dei principi di parità e di pari opportunità di genere nel lavoro.

Sul piano del diritto dell’Unione, la base giuridica dell’intervento normativo è, dunque, l’art. 153, § 1, lett. i, del Trattato sul funzionamento dell’Unione europea (TFUE), che indica la «parità tra uomini e donne per quanto riguarda le opportunità sul mercato del lavoro ed il trattamento sul lavoro» tra i settori in cui è attribuita all’Unione la competenza a sostenere e completare l’azione degli Stati membri, per conseguire gli obiettivi di politica sociale previsti dall’art. 151 TFUE. In questa materia, pertanto, il Parlamento europeo e il Consiglio – deliberando secondo la procedura legislativa ordinaria, previa consultazione del Comitato economico e sociale e del Comitato delle regioni – possono adottare, mediante direttive, le prescrizioni minime applicabili progressivamente, tenendo conto delle condizioni e delle normative tecniche esistenti in

⁽¹⁰⁾ Sulla situazione italiana, v. A. MINELLO, *Non è un Paese per madri*, Laterza, 2022 (su cui, L. TASCINI, «Non è un Paese per madri». *Essere donna in Italia oggi*, in *RDSS*, 2022, n. 3, p. 511); M. NALDINI, C. SARACENO, *Changes in the Italian work-family system and the role of social policies in the last forty years*, in *SM*, 2022, n. 1, p. 87.

⁽¹¹⁾ Si veda anche il considerando 6 della direttiva (UE) 2019/1158, secondo cui le politiche in materia di equilibrio tra attività professionale e vita familiare dovrebbero contribuire al conseguimento della parità di genere, promuovendo la partecipazione delle donne al mercato del lavoro e l’equa ripartizione delle responsabilità di assistenza tra uomini e donne, e colmando il divario di reddito e retributivo di genere.

⁽¹²⁾ Sul concetto, v. M.V. BALLESTRERO, G. DE SIMONE (a cura di), *Persone, lavori, famiglie. Identità e ruoli di fronte alla crisi economica*, Giappichelli, 2009; M. MILITELLO, *Conciliare vita e lavoro. Strategie e tecniche di regolazione*, Giappichelli, 2020.

ciascuno Stato membro (art. 153, § 2, lett. *b*, TFUE) ⁽¹³⁾. A tale fondamento normativo si connette l'art. 157 TFUE: il quale stabilisce, in particolare, che il Parlamento europeo e il Consiglio, deliberando secondo la procedura legislativa ordinaria e previa consultazione del Comitato economico e sociale, adottano misure che assicurino l'applicazione del principio delle pari opportunità e della parità di trattamento tra uomini e donne in materia di occupazione e impiego, ivi compreso il principio della parità delle retribuzioni per uno stesso lavoro o per un lavoro di pari valore (§ 3); allo scopo di assicurare l'effettiva e completa parità tra uomini e donne nella vita lavorativa, il principio della parità di trattamento non osta a che uno Stato membro mantenga o adotti misure che prevedano vantaggi specifici, diretti a facilitare l'esercizio di un'attività professionale da parte del sesso sottorappresentato, ovvero a evitare o compensare svantaggi nelle carriere professionali (§ 4). Nonché, in linea generale, l'art. 8 TFUE, secondo cui, nelle sue azioni, l'Unione mira ad eliminare le ineguaglianze, nonché a promuovere la parità, tra uomini e donne. E l'art. 3, § 3, comma 2, del Trattato sull'Unione europea (TUE), secondo cui l'Unione combatte le discriminazioni e promuove la parità tra donne e uomini, la solidarietà tra le generazioni e la tutela dei diritti del minore.

A queste previsioni dei Trattati si affiancano varie disposizioni pertinenti della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (CDFUE). L'art. 33 CDFUE (*Vita familiare e vita professionale*) garantisce la protezione della famiglia sul piano giuridico, economico e sociale (§ 1); e, al fine di poter conciliare vita familiare e vita professionale, sancisce il diritto di ogni persona ad essere tutelata contro il licenziamento per un motivo legato alla maternità e il diritto a un congedo di maternità retribuito e a un congedo parentale dopo la nascita o l'adozione di un figlio (§ 2). L'art. 34 CDFUE ribadisce che l'Unione riconosce e rispetta il diritto di accesso alle prestazioni di sicurezza sociale e ai servizi sociali che assicurano protezione in casi quali la maternità (§ 1). L'art. 23 CDFUE (*Parità tra donne e uomini*) afferma che la parità tra donne e uomini deve essere assicurata in tutti i campi, compreso in materia di occupazione, di lavoro e di retribuzione (comma 1); il principio della parità non osta al mantenimento o all'adozione di misure che prevedano vantaggi specifici a favore del sesso sottorappresentato (comma 2). Ma anche l'art. 9 CDFUE, che riconosce il diritto di sposarsi e il diritto di costituire una famiglia, secondo le leggi nazionali che ne disciplinano l'esercizio. Al tempo stesso, l'art. 24 CDFUE statuisce il diritto dei minori alla protezione e alle cure necessarie per il loro benessere (§ 1). E l'art. 26 CDFUE reca il principio del rispetto del diritto delle persone con disabilità di beneficiare di misure intese a garantirne l'autonomia, l'inserimento e la partecipazione alla vita della comunità. Sul piano dell'ordinamento nazionale, viene senz'altro in rilievo il parametro costituzionale di cui all'art. 37, comma 1, Cost. (collocato all'interno della parte lavoristica della Costituzione: nel titolo III della parte I, concernente i *Rapporti economici*), in specie

⁽¹³⁾ Poiché gli obiettivi della direttiva (UE) 2019/1158 – vale a dire, garantire l'attuazione del principio della parità di trattamento tra uomini e donne per quanto riguarda le opportunità sul mercato del lavoro e il trattamento sul lavoro nell'Unione – non possono essere conseguiti in misura sufficiente dagli Stati membri ma, a motivo della loro portata e dei loro effetti, possono essere conseguiti meglio a livello di Unione, quest'ultima può intervenire in base al principio di sussidiarietà sancito dall'art. 5 TUE; in ogni caso, la direttiva si limita a quanto è necessario per conseguire tali obiettivi, in ottemperanza al principio di proporzionalità enunciato nello stesso articolo (considerando 52).

là dove sancisce la parità di diritti tra donne e uomini nel lavoro e prescrive che le condizioni di lavoro debbano consentire alla donna lavoratrice l'adempimento della sua essenziale funzione familiare e assicurare alla madre e al bambino una speciale adeguata protezione. Ma, oltre a questo, in base a quanto osservato, il d.lgs. n. 105/2022 si atteggia come attuativo anche dei principi del titolo II della parte I della Carta costituzionale (*Rapporti etico-sociali*): dell'art. 29 (riconoscimento dei diritti della famiglia), dell'art. 30 (tutela dei figli) e dell'art. 31, comma 1 (agevolazione, con misure economiche e altre provvidenze, della formazione della famiglia e dell'adempimento dei compiti relativi, con particolare riguardo alle famiglie numerose) e comma 2 (protezione della maternità, dell'infanzia e della gioventù, favorendo gli istituti necessari a tale scopo), della Costituzione.

Quanto ai contenuti, il d.lgs. n. 105/2022 ha proceduto all'innovazione normativa mediante novellazione della disciplina legislativa vigente, immettendo così le nuove misure nell'apparato regolativo preesistente (nello specifico, modificando il d.lgs. n. 151/2001, la l. n. 104/1992 e, in passaggi più circoscritti, la l. n. 81/2017 e il d.lgs. 15 giugno 2015, n. 81, nonché la l. n. 53/2000). La scelta si mostra coerente e funzionale, considerata la predetta articolazione del sistema normativo italiano in materia, caratterizzato da testi unici e leggi speciali di riferimento del settore considerato.

Lo strumento giuridico, e dunque la tecnica di tutela adoperata allo scopo, è quella di intervenire sulla disciplina del tempo di lavoro. Difatti, a questo istituto appartengono entrambi i contenitori cui possono essere ricondotte le misure adottate dal d.lgs. n. 105/2022 nei confronti delle attività di cura genitoriale e familiare, ossia: congedi e permessi, da una parte; flessibilità oraria, dall'altra parte.

Ciò corrisponde all'oggetto indicato dal provvedimento legislativo europeo. La direttiva (UE) 2019/1158 precisa, infatti, che essa dispone diritti individuali relativi: a) al congedo di paternità, al congedo parentale e al congedo per i prestatori di assistenza; b) a modalità di lavoro flessibili per i lavoratori che sono genitori o i prestatori di assistenza (art. 1).

Va, altresì, sottolineata la massima ampiezza del campo di applicazione soggettivo del d.lgs. n. 105/2022. Esso, infatti, stabilisce che, nell'ottica della piena equiparazione dei diritti alla genitorialità e all'assistenza, i congedi, i permessi e gli altri istituti del decreto, salvo che non sia diversamente specificato, siano direttamente applicabili anche ai dipendenti delle pubbliche amministrazioni (art. 1, comma 2).

Naturalmente va, dunque, saggiato l'effettivo perseguimento delle finalità enunciate dal d.lgs. n. 105/2022: in che modo, cioè, esse vengono in concreto declinate nella disciplina degli istituti ivi contemplati. Occorre vagliare come gli obiettivi della riforma si traducano nel dettaglio della regolamentazione dei vari aspetti; e se, ed in che misura, trovino adeguata traduzione normativa nei relativi specifici contenuti. Ciò costituisce uno degli scopi principali di questo volume.

2. L'investimento economico nell'intervento legislativo italiano

In ogni caso, l'interesse e l'impegno del legislatore italiano, nei confronti della migliore implementazione delle misure introdotte dal d.lgs. n. 105/2022, sono dimostrati dalla

consistenza dello stanziamento finanziario. L'art. 9 del d.lgs. n. 105/2022 ⁽¹⁴⁾ prevede, infatti, una ingente «copertura finanziaria», concentrata sugli interventi di cui agli articoli 2 (congedi genitoriali) e 4 (lavoro agile) del decreto. Esso stabilisce (comma 1) che ai relativi oneri, valutati in crescita (dai 96,2 milioni di euro per l'anno 2022 ai 237,4 milioni di euro annui a decorrere dal 2031) ⁽¹⁵⁾, si provvede, in percentuale inferiore ⁽¹⁶⁾, mediante corrispondente riduzione del Fondo per il recepimento della normativa europea, di cui all'art. 41 *bis* della l. n. 234/2012 (lett. *a*), e per la maggior parte ⁽¹⁷⁾ mediante le economie derivanti dall'abolizione del previgente congedo di paternità obbligatorio per il padre lavoratore dipendente (lett. *b*). È, poi, disposto che l'Istituto nazionale della previdenza sociale (INPS) effettui il monitoraggio degli oneri derivanti dall'attuazione degli artt. 2 e 4 del decreto, fornendo le relative informazioni al Ministero del lavoro e delle politiche sociali e al Ministero dell'economia e delle finanze, anche ai fini dell'applicazione dell'art. 17, comma 12, della l. 31 dicembre 2009, n. 196 e successive modificazioni e integrazioni (comma 2).

Accanto a questo, è previsto anche un monitoraggio da parte dell'Istituto nazionale per l'analisi delle politiche pubbliche (INAPP) ⁽¹⁸⁾. Esso, anche sulla base dei dati forniti dall'INPS, presenta annualmente al Ministero del lavoro e delle politiche sociali, al Dipartimento per le politiche della famiglia della Presidenza del Consiglio dei Ministri e al Parlamento, una relazione concernente la fruizione degli istituti oggetto del d.lgs. n. 105/2022, al fine di consentirne la valutazione, con particolare riguardo agli impatti sulla parità di genere nel mercato del lavoro e sul miglioramento delle condizioni di vita e della condivisione dei carichi di cura (art. 8, comma 1). La relazione comprende uno studio sull'interazione tra i diversi tipi di congedo previsti dall'ordinamento, tra cui il congedo di adozione ed i congedi per motivi familiari riconosciuti ai lavoratori autonomi (comma 1); inoltre, con accordo, da stipularsi ai sensi dell'art. 15 della l. 7 agosto 1990, n. 241, il Ministero del lavoro e delle politiche

⁽¹⁴⁾ Esso attua i principi e criteri direttivi di cui all'art. 1, comma 3, della l. delega n. 53/2021: il quale stabilisce che eventuali spese, non contemplate da leggi vigenti e che non riguardano l'attività ordinaria delle amministrazioni statali o regionali, possono essere previste nei decreti legislativi attuativi della delega, nei soli limiti occorrenti per l'adempimento degli obblighi derivanti dall'esercizio delle deleghe di cui all'art. 1, comma 1. Alla relativa copertura, nonché alla copertura delle minori entrate eventualmente derivanti dall'attuazione delle deleghe, laddove non sia possibile farvi fronte con i fondi già assegnati alle competenti amministrazioni, si provvede mediante riduzione del Fondo per il recepimento della normativa europea, di cui all'art. 41 *bis* della l. n. 234/2012. Qualora la dotazione del predetto fondo si rivelasse insufficiente, i decreti legislativi, dai quali derivino nuovi o maggiori oneri, sono emanati solo successivamente all'entrata in vigore dei provvedimenti legislativi che stanziavano le occorrenti risorse finanziarie, in conformità all'art. 17, comma 2, della l. n. 196/2009.

⁽¹⁵⁾ Passando per: 197,4 milioni di euro per l'anno 2023; 202,1 milioni di euro per il 2024; 206,8 milioni di euro per il 2025; 211,4 milioni di euro per il 2026; 216,6 milioni di euro per il 2027; 221,8 milioni di euro per il 2028; 226,9 milioni di euro per il 2029; 232,4 milioni di euro per l'anno 2030.

⁽¹⁶⁾ Pari a: 20,4 milioni di euro per l'anno 2022; 42,3 milioni di euro per il 2023; 43,4 milioni di euro per il 2024; 44,5 milioni di euro per il 2025; 45,4 milioni di euro per il 2026; 46,7 milioni di euro per il 2027; 48 milioni di euro per il 2028; 49,1 milioni di euro per il 2029; 50,5 milioni di euro per il 2030; 51,3 milioni di euro annui a decorrere dall'anno 2031.

⁽¹⁷⁾ Vale a dire: 75,8 milioni di euro per l'anno 2022; 155,1 milioni di euro per il 2023; 158,7 milioni di euro per il 2024; 162,3 milioni di euro per il 2025; 166 milioni di euro per il 2026; 169,9 milioni di euro per il 2027; 173,8 milioni di euro per il 2028; 177,8 milioni di euro per il 2029; 181,9 milioni di euro per il 2030; 186,1 milioni di euro annui a decorrere dall'anno 2031.

⁽¹⁸⁾ Su cui, si rinvia al contributo di V. FILÌ, in questo volume, tomo II, parte I.

sociali e l'INAPP definiscono ulteriori contenuti della relazione, anche riguardanti i criteri e le modalità di monitoraggio e le tempistiche (comma 2). Dall'attuazione di tale monitoraggio non devono, però, derivare nuovi o maggiori oneri a carico della finanza pubblica; le amministrazioni interessate provvedono alle attività previste mediante l'utilizzo delle risorse umane, strumentali e finanziarie disponibili a legislazione vigente (comma 3).

Sono, inoltre, predisposti specifici «interventi per la promozione delle misure a sostegno dei genitori e dei prestatori di assistenza» (art. 7, d.lgs. n. 105/2022) ⁽¹⁹⁾, anche all'attuazione dei quali deve provvedersi nell'ambito delle risorse disponibili a legislazione vigente, e comunque senza nuovi o maggiori oneri per la finanza pubblica (comma 3). In proposito, si prevede che, al fine di migliorare la conoscibilità della normativa e degli strumenti di sostegno della genitorialità e delle attività di cura, entro diciotto mesi dall'entrata in vigore del decreto, l'INPS, nell'ambito dei progetti di sviluppo dei propri sistemi informatici, attivi specifici servizi digitali per l'informazione e l'accesso ai congedi e ai permessi disponibili per i lavoratori con responsabilità di cura (comma 1). Inoltre, che la Presidenza del Consiglio dei Ministri, d'intesa con i Ministri del lavoro e delle politiche sociali, dell'interno, della salute e con i Ministri delegati per gli affari regionali, per le pari opportunità e la famiglia e per le disabilità, adotti iniziative di carattere informativo per accrescere la conoscenza e promuovere l'utilizzo dei congedi e permessi disciplinati dal d.lgs. n. 105/2022, provvedendo altresì ad assicurare che le aziende sanitarie locali, le aziende ospedaliere, i servizi socio-sanitari e anagrafici forniscano informazioni complete, accessibili e tempestive in merito all'esistenza e alle modalità di fruizione degli stessi (comma 2).

Si segnala, infine, l'attenzione della direttiva (UE) 2019/1158 nei confronti delle microimprese e delle piccole e medie imprese (PMI), in quanto esse rappresentano la grande maggioranza delle imprese nell'Unione e dispongono di risorse finanziarie, tecniche e umane limitate (considerando 48). Nell'attuare la direttiva, gli Stati membri dovrebbero sforzarsi di evitare di imporre vincoli amministrativi, finanziari o giuridici di natura tale da costituire un disincentivo per la creazione e lo sviluppo di PMI o un onere eccessivo per i datori di lavoro. Essi sono, pertanto, invitati a valutare accuratamente l'impatto delle loro misure di recepimento sulle PMI (con particolare attenzione alle microimprese), per garantire parità di trattamento di tutti i lavoratori, per far sì che le PMI non ne siano colpite in modo sproporzionato e per evitare oneri amministrativi non necessari. Gli Stati membri sono, inoltre, incoraggiati a fornire incentivi, orientamenti e consulenza alle PMI, per assisterle nell'adempimento dei loro obblighi derivanti dalla direttiva.

⁽¹⁹⁾ Tale articolo attua l'art. 17 (*Divulgazione delle informazioni*) della direttiva (UE) 2019/1158, il quale prescrive che gli Stati membri provvedano affinché le disposizioni adottate a norma della direttiva, unitamente alle pertinenti disposizioni già in vigore, siano portate, con tutti i mezzi adeguati, a conoscenza dei lavoratori e dei datori di lavoro, compresi i datori di lavoro che siano PMI, in tutto il territorio nazionale.

3. Spunti di riflessione sistemica

Rinviando, pertanto, ai contributi, che seguono nel volume, il compito di verifica in merito alla concreta attuazione che le finalità del d.lgs. n. 105/2022 hanno trovato nella disciplina dei vari istituti normati da questo – ossia, riepilogativamente, i congedi per la genitorialità⁽²⁰⁾, in specie quelli di paternità⁽²¹⁾ e parentali⁽²²⁾ (oltre a quello di maternità nel lavoro autonomo), i congedi e permessi dei prestatori di assistenza, nonché la flessibilità dell’orario lavorativo [mediante accesso allo *smart working*⁽²³⁾ e al lavoro a tempo parziale] per i *caregivers* familiari⁽²⁴⁾ – va, in conclusione, senz’altro salutato con favore ogni strumento, volto ad agevolare o a supportare l’attività di cura delle lavoratrici e dei lavoratori, quali appunto quelli introdotti dal d.lgs. n. 105/2022. Ciò, non senza il suggerimento di alcuni correttivi: soprattutto, da una parte, l’introduzione di una effettiva obbligatorietà del congedo di paternità per il padre lavoratore, in un’ottica di reale parificazione col regime giuridico del corrispondente congedo di maternità⁽²⁵⁾; dall’altra parte, l’auspicabile ampliamento dei congedi/permessi lavorativi per le prestazioni di assistenza familiare⁽²⁶⁾.

Con riguardo al *caregiving* occorrerebbe, in particolare, fare un passo ulteriore, prevedendo misure che non soltanto consentano la cura di genitori (o di zii senza coniuge, discendenti o ascendenti) affetti da disabilità riconosciuta in situazione di gravità, ai sensi dell’art. 3, comma 3, della l. n. 104/1992 – impossibilitati, cioè, a provvedere autonomamente alle attività basilari della vita, a causa di una minorazione fisica, psichica o sensoriale, singola o plurima, stabilizzata o progressiva, che ne abbia ridotto l’autonomia personale, in modo da rendere necessario un intervento assistenziale permanente, continuativo e globale nella sfera individuale o in quella di relazione – ma che siano estese a tutti gli anziani⁽²⁷⁾. L’idea è della introduzione di congedi, o almeno

⁽²⁰⁾ A. CHINNICI, *Misure di sostegno alla genitorialità*, in *DPL*, 2022, n. 43, p. 2635. Sul tema, in generale v. L. CALAFÀ, *Congedi e rapporto di lavoro*, Cedam, 2004; M.L. VALLAURI, *Genitorialità e lavoro. Interessi protetti e tecniche di tutela*, Giappichelli, 2020.

⁽²¹⁾ Sul tema, in generale, v. L. CALAFÀ (a cura di), *Paternità e lavoro*, il Mulino, 2007.

⁽²²⁾ Su cui, v. pure, I. DE CESARE, *Una prima lettura del d.lgs. n. 105/2022 sul riordino dei congedi parentali*, in *Federalismi.it*, 2022, n. 29, p. 17.

⁽²³⁾ M. BROLLO, *Lo smart working verso il New Normal*, in *LG*, 2022, suppl. n. 1, p. 48 ss.; E. DAGNINO, *Sull’attuazione della Direttiva UE 2019/1158: il nodo del “lavoro flessibile”*, in *LG*, 2023, n. 2, p. 140.

⁽²⁴⁾ O. BONARDI, *I diritti dei prestatori di assistenza dopo il d.lgs. n. 105/22*, in www.labourlawcommunity.org, 17 gennaio 2023.

⁽²⁵⁾ In proposito, cfr. il contributo di F. MARINELLI, in questo volume, tomo II, parte II, sez. I.

⁽²⁶⁾ Su cui, si rinvia alle riflessioni di C. MURENA, in questo volume, tomo II, parte I, sez. I.

⁽²⁷⁾ Al riguardo, un primo *step*, nella direzione dell’estensione legislativa della nozione di “*caregiver familiare*”, è rappresentato dall’art. 1, comma 255, della l. 27 dicembre 2017, n. 205: che lo ha definito come la persona che assiste e si prende cura del coniuge, dell’altra parte dell’unione civile tra persone dello stesso sesso o del convivente di fatto ai sensi della l. 20 maggio 2016, n. 76, di un familiare o di un affine entro il secondo grado, ovvero, nei soli casi indicati dall’art. 33, comma 3, della l. n. 104/1992, di un familiare entro il terzo grado che, a causa di malattia, infermità o disabilità, anche croniche o degenerative, non sia autosufficiente e in grado di prendersi cura di sé, sia riconosciuto invalido in quanto bisognoso di assistenza globale e continua di lunga durata ai sensi dell’art. 3, comma 3, della l. n. 104/1992, o sia titolare di indennità di accompagnamento ai sensi della l. 11 febbraio 1980, n. 18. Tale definizione è stata introdotta al fine dell’istituzione, ad opera dell’art. 1, comma 254, della l. n. 205/2017, presso la Presidenza del Consiglio dei Ministri, del Fondo per il

di permessi, filiali/nipotali di cura – con la individuazione legislativa del limite di età del congiunto, a partire dal quale le lavoratrici e i lavoratori potrebbero fruirne, specularmente a quanto è previsto per l'età dei figli come *dead line* per il congedo parentale – in quanto l'esigenza di accudimento degli anziani va oltre i casi di *handicap* accertato, riguarda tutti (o quasi) coloro che raggiungano una età avanzata. In tal modo, l'ordinamento giuslavoristico realizzerebbe una finalità sociale in senso più lato, dal punto di vista del complessivo miglioramento della qualità della vita della fascia di popolazione anziana, non costringendo a soluzioni affettivamente e materialmente meno confortevoli (come le case di cura), e con risparmio su altri fronti (quale quello della spesa socio-sanitaria pubblica o privata accreditata). Ovviamente, in parallelo occorrerebbe potenziare le politiche di *active ageing*, sull'invecchiamento sano ed attivo, per gli anziani ancora completamente abili, considerandoli così utili attori di politiche sociali e lavorative inclusive⁽²⁸⁾. Ciò procurerebbe un complessivo incremento del grado di attenzione (e di dovuto rispetto) ai cittadini anziani, che è segno di un Paese socialmente progredito.

E ben venga, naturalmente, il perseguimento della finalità dichiarata nell'art. 1 del d.lgs. n. 105/2022, ossia il cambio culturale, volto alla redistribuzione dei compiti tra donne e uomini all'interno della famiglia, con ripercussioni di riequilibrio di genere anche sul piano lavorativo. Nella consapevolezza, però, che si tratta di una meta ambiziosa, non concretizzabile in tempi brevi, ma piuttosto di medio-lungo periodo.

L'obiettivo del giusto bilanciamento tra lavoro e vita familiare non può che ottenersi mediante una combinazione di misure ed azioni di origine e natura diversa, funzionali allo scopo, alcune delle quali costituiscono tappe intermedie di più veloce attuazione, che peraltro possono contribuire nel frattempo come primi risultati nella direzione appunto indicata dall'art. 1 del d.lgs. n. 105/2022. In cui un ruolo imprescindibile lo svolgono le politiche pubbliche.

La stessa direttiva (UE) 2019/1158 riconosce che gli Stati membri dovrebbero considerare il fatto che una pari fruizione dei congedi per motivi familiari tra uomini e donne dipende anche da altre misure appropriate, quali l'offerta di servizi accessibili e a prezzi contenuti per la custodia dei bambini e l'assistenza a lungo termine, che sono cruciali per consentire ai genitori e alle altre persone con responsabilità di cura di entrare, rimanere o ritornare nel mercato del lavoro; l'eliminazione dei disincentivi economici può anche incoraggiare i percettori di reddito secondario, nella maggior

sostegno del ruolo di cura e di assistenza del *caregiver* familiare, con una dotazione iniziale di 20 milioni di euro per ciascuno degli anni 2018, 2019 e 2020. Il Fondo è destinato alla copertura finanziaria di interventi volti al riconoscimento del valore sociale ed economico dell'attività di cura non professionale del *caregiver* familiare. Si veda, poi, l'art. 1, comma 334, della l. 30 dicembre 2020, n. 178, che istituisce, nello stato di previsione del Ministero del lavoro e delle politiche sociali, un fondo, con una dotazione di 30 milioni di euro per ciascuno degli anni 2021, 2022 e 2023, destinato alla copertura finanziaria di interventi legislativi finalizzati al riconoscimento del valore sociale ed economico dell'attività di cura non professionale svolta dal *caregiver* familiare, come definito dall'art. 1, comma 255, della l. n. 205/2017.

Sull'esigenza di tutele per i *caregivers* familiari, cfr. in generale, V. CAPORRINO, *Caregivers: discriminazioni e tutele. Suggestioni comparatistiche*, in *Dirittifondamentali.it*, 2020, n. 1, p. 1130; G. MARCHETTI, *La tutela "multilivello" dei diritti dei caregiver familiari anche nella prospettiva di rimuovere le asimmetrie di genere*, in *Federalismi.it*, 2022, n. 4, p. 526.

⁽²⁸⁾ V. FILI (a cura di), *Quale sostenibilità per la longevità? Ragionando degli effetti dell'invecchiamento della popolazione sulla società, sul mercato del lavoro e sul welfare*, ADAPT University Press, 2022.

parte dei casi donne, a partecipare pienamente al mercato del lavoro (considerando 12).

Al riguardo, si è già osservato ⁽²⁹⁾ che, come misure di solidarietà redistributiva delle incombenze familiari e di sostegno di genere nel lavoro – oltre a tentare la non semplice e immediata strada di riversare sui lavoratori maschi istituti, quali i congedi, tradizionalmente creati dall'ordinamento giuslavoristico per agevolare le lavoratrici nell'assolvimento della funzione familiare (in specie genitoriale, ma anche di assistenza di congiunti) – accanto a queste, forse efficace potrebbe rivelarsi il differente approccio, e relativa politica, che il Piano nazionale di ripresa e resilienza (PNRR) del 2021 intende portare avanti: ossia, quello di rendere il lavoro di cura una questione di rilevanza pubblica ⁽³⁰⁾.

Il PNRR ⁽³¹⁾ riporta, infatti, i dati della Relazione per Paese 2020 della Commissione europea, relativa all'Italia, secondo cui il tasso di inattività delle donne, attribuibile a responsabilità di assistenza, è in continua crescita dal 2010 (35,7% contro il 31,8% della media UE), complice anche la mancanza di servizi di cura adeguati e paritari. Si tratta di forme di discriminazione indiretta. Più in generale, il PNRR rileva come la persistenza di disuguaglianze di genere non sia solo un problema individuale, ma rappresenti un ostacolo significativo alla crescita economica ⁽³²⁾; e riconosce che la mobilitazione delle energie femminili, in un'ottica di pari opportunità, sia fondamentale per la ripresa dell'Italia ⁽³³⁾. Le disuguaglianze di genere hanno radici profonde, che riguardano il contesto familiare e della formazione, prima ancora di quello lavorativo; esse, poi, con l'ingresso nel lavoro, anziché diminuire, si consolidano. Il tasso di partecipazione delle donne al mondo del lavoro è del 53,1% in Italia, di molto inferiore rispetto al 67,4% della media europea. Nel Paese persiste anche un ampio divario di genere nel tasso di occupazione, pari a circa 19,8 punti percentuali nel 2019. Anche quando lavorano, le donne risultano più penalizzate rispetto agli uomini, a partire dallo stipendio percepito (pure a parità di ruolo e mansioni) e dalla precarietà lavorativa. Sono meno le donne che ricoprono posizioni apicali, nel privato così come nel pubblico. La maternità impedisce troppo spesso l'avanzamento professionale. Per questo, il PNRR ritiene che occorra intervenire sulle molteplici dimensioni della discriminazione femminile ⁽³⁴⁾. Alla luce di queste disuguaglianze, il Governo, attraverso il Dipartimento per le pari opportunità, ha lanciato una Strategia nazionale per la parità di genere 2021-2026, in coerenza con la Strategia europea per la parità di genere 2020-2025 ⁽³⁵⁾. In particolare, poi, per non mettere in condizione le donne di dover

⁽²⁹⁾ A. TROJSI, *Per una transizionalità inclusiva del mercato del lavoro*, in S. CIUCCIOVINO, D. GAROFALO, A. SARTORI, M. TIRABOSCHI, A. TROJSI, L. ZOPPOLI (a cura di), *Flexicurity e mercati transizionali del lavoro. Una nuova stagione per il diritto del mercato del lavoro?*, ADAPT University Press, 2021, p. 393.

⁽³⁰⁾ Cfr. T. TREU, *PNRR, politiche pubbliche e partecipazione sociale*, in *LDE*, 2023, n. 1, sp. p. 16 ss. V. poi, in un'ottica generale, M. PICCHI, *Le prospettive post emergenza dell'Unione europea: tutela della salute e welfare state quali possibili motori di sviluppo dell'economia e del sistema produttivo*, in *DPER online*, 2020, n. 2, p. 143.

⁽³¹⁾ PNRR, pp. 35-37.

⁽³²⁾ PNRR, p. 33.

⁽³³⁾ PNRR, p. 35.

⁽³⁴⁾ Cfr. *Le politiche per le donne* del PNRR, pp. 35-36.

⁽³⁵⁾ PNRR, p. 36. La Strategia nazionale presenta cinque priorità (lavoro, reddito, competenze, tempo, potere) e ambisce, tra l'altro, alla risalita di cinque punti, entro il 2026, nella classifica del *Gender*

scegliere tra maternità e carriera, nel PNRR sono previste misure di potenziamento del welfare, anche per consentire una più equa distribuzione degli impegni, non solo economici, legati alla genitorialità ⁽³⁶⁾.

Partendo, cioè, dalla considerazione della drastica riduzione delle disuguaglianze di genere come un obiettivo di crescita economica, oltre che di giustizia sociale, sono stabiliti massicci investimenti nelle infrastrutture sociali: come, da una parte, il potenziamento degli asili nido e per la prima infanzia, delle scuole per l'infanzia e l'estensione del tempo scuola ⁽³⁷⁾; dall'altra parte, il rafforzamento dei servizi sociali e sanitari

Equality Index dello *European Institute for Gender Equality* (attualmente l'Italia è al 14° posto, con un punteggio di 63,5 punti su 100, inferiore di 4,4 punti alla media UE). Con le sue missioni, il PNRR sviluppa le priorità di tale Strategia nazionale, articolandole in un ampio programma, volto sia a favorire la partecipazione femminile al mercato del lavoro, direttamente o indirettamente, sia a correggere le asimmetrie che ostacolano le pari opportunità.

⁽³⁶⁾ Nella “Missione 1 – Digitalizzazione, innovazione, competitività, cultura e turismo”, le misure dedicate al lavoro agile nella pubblica amministrazione possono svolgere una funzione di rilievo, in quanto incentivano un più corretto bilanciamento tra vita professionale e vita privata (oltre a cambiare le modalità di valorizzazione degli individui, privilegiando il raggiungimento degli obiettivi piuttosto che la mera presenza in ufficio). Saranno, tuttavia, tanto più efficaci per ridurre le disuguaglianze di genere, quanto più accompagnate da modelli culturali che spingono gli uomini a fruire di queste forme di flessibilità per assumersi un maggiore ruolo nei compiti domestici (PNRR, p. 114).

Ma soprattutto, la “Missione 5 – Inclusione e coesione” rafforza le politiche di inclusione di genere (e quelle a favore dei giovani) (PNRR, pp. 26 e 198-199). Nonostante gli importanti sforzi compiuti negli ultimi anni, le politiche sociali e di supporto alle famiglie devono essere ancora notevolmente rinvigorite: esse vanno inserite in una programmazione organica e di sistema, che abbia lo scopo di superare i sensibili divari territoriali, con la finalità di migliorare l'equità sociale, la solidarietà intergenerazionale e la conciliazione dei tempi di vita e di lavoro. A questo concorre in modo determinante la scelta, nel PNRR, di destinare importanti risorse alle infrastrutture sociali, funzionali alla realizzazione di politiche a sostegno delle famiglie, dei minori, delle persone con gravi disabilità e degli anziani non autosufficienti: esse potranno avere effetti indiretti sull'occupazione, tramite l'alleggerimento del carico di cura non retribuita, gravante sulla componente femminile della popolazione. Si tratta di interventi pensati per favorire la socializzazione, sostenere percorsi di vita indipendente, anche con la ristrutturazione di alloggi che sfruttino le tecnologie innovative per superare le barriere fisiche, sensoriali e cognitive, che sono di impedimento allo svolgimento autonomo degli atti della vita quotidiana, nonché con la creazione di innovativi percorsi di autonomia per individui disabili. Attraverso, poi, il riconoscimento del valore sociale dell'attività di cura, si può raggiungere il duplice obiettivo di alleggerire i carichi di cura tradizionalmente gestiti nella sfera familiare dalle donne e di stimolare una loro maggiore partecipazione al mercato del lavoro. Incrementare i servizi alla persona, vuol dire anche rafforzare un settore in cui è più alta la presenza d'impiego femminile. È plausibile che lo stimolo di lungo termine alla partecipazione femminile sarà più forte, una volta che il PNRR avrà realizzato i propri obiettivi di incremento degli investimenti, di rafforzamento delle infrastrutture sociali e sanitarie, di conciliazione dei tempi di vita e lavoro e di miglioramento dell'istruzione e della formazione (PNRR, p. 266).

⁽³⁷⁾ La “Missione 4 – Istruzione e ricerca” del PNRR, tramite il “Piano asili nido”, mira ad innalzare il tasso di presa in carico degli asili, che nel 2018 era pari ad appena il 14,1%. Si prevedono, inoltre, il potenziamento dei servizi educativi dell'infanzia (3-6 anni) e l'estensione del tempo pieno a scuola, per fornire sostegno alle madri con figli piccoli e contribuire, così, all'occupazione femminile. A proposito della misura “M4C1 – Potenziamento dell'offerta dei servizi di asili nido” (p. 171), il PNRR rileva, tra le criticità riconosciute del sistema di istruzione italiano, le carenze strutturali nell'offerta di servizi di educazione e istruzione primarie, con un divario evidente rispetto agli *standard* europei. Il rapporto tra i posti disponibili negli asili nido e il numero di bambini di età compresa tra 0 e 2 anni si colloca, nel nostro Paese, in media al 25,5% – con rilevanti difformità territoriali – ovvero 7,5 punti percentuali al di sotto dell'obiettivo europeo del 33% e 9,6 punti percentuali al di sotto della media

territoriali e domiciliari per le persone fragili o disabili e per gli anziani ⁽³⁸⁾. Interventi di tal fatta forniscono un concreto supporto a una piena libertà di scelta ed espressione

europea. La carenza di servizi educativi per l'infanzia, unita all'iniqua ripartizione dei carichi di lavoro familiare, condiziona negativamente l'offerta di lavoro femminile e riduce il tasso di partecipazione delle donne al mercato del lavoro. A loro volta, tali fattori deprimono la domanda apparente di servizi educativi per l'infanzia, generando un equilibrio socialmente inefficiente, dove alla bassa offerta di servizi educativi per l'infanzia corrisponde una ridotta domanda apparente, soprattutto al Sud. Per uscire da questa situazione è, quindi, necessario agire sia dal lato dell'offerta di infrastrutture e servizi, sia dal lato della domanda. Le misure del PNRR operano sul primo versante, mentre le politiche nazionali, ed in particolare l'assegno universale per i figli, ambiscono a rendere possibile la fruizione dei nuovi servizi in tutte le aree del Paese. D'altronde, le modalità di erogazione dei servizi di istruzione primaria non riescono a soddisfare la domanda delle famiglie. Ad esempio, il 46,1% delle famiglie italiane chiede di poter fruire del tempo pieno nelle scuole primarie. In questo caso, la carenza dei servizi offerta è dovuta, in parte rilevante, alla ridotta dotazione infrastrutturale e alla mancanza degli spazi necessari per il tempo pieno. E così, col progetto relativo all'“Investimento 1.1: Piano per asili nido e scuole dell'infanzia e servizi di educazione e cura per la prima infanzia” (nell'ambito della Missione “M4C1.1 – Miglioramento qualitativo e ampliamento quantitativo dei servizi di istruzione e formazione”) (PNRR, p. 177), si perseguono la costruzione, la riqualificazione e la messa in sicurezza degli asili e delle scuole dell'infanzia, per migliorare l'offerta educativa sin dalla prima infanzia e offrire un concreto aiuto alle famiglie, incoraggiando la partecipazione delle donne al mercato del lavoro e la conciliazione tra vita familiare e professionale. L'intervento – gestito dal Ministero dell'istruzione, in collaborazione con il Dipartimento delle politiche per la famiglia della Presidenza del Consiglio dei Ministri e il Ministero dell'interno, e da realizzarsi mediante il coinvolgimento diretto dei Comuni, per le procedure selettive e per la realizzazione e gestione delle opere – dovrebbe creare circa 228.000 posti. L'“Investimento 1.2: Piano di estensione del tempo pieno e mense” mira, poi, a finanziare l'estensione graduale del tempo pieno scolastico, per ampliare l'offerta formativa delle scuole, renderle sempre più aperte al territorio, anche oltre l'orario scolastico, e accogliere le necessità di conciliazione tra vita personale e lavorativa delle famiglie (in particolare delle madri). Il Piano è gestito dal Ministero dell'istruzione ed è attuato, quanto alla costruzione e riqualificazione/ristrutturazione degli spazi delle mense e delle palestre, dagli enti locali proprietari dei relativi edifici. La durata stimata del progetto è di 5 anni (fino al 2026).

⁽³⁸⁾ Per le persone anziane non autosufficienti, il PNRR (pp. 39-41) introduce diverse misure, strettamente legate tra loro: sia per il rafforzamento dei servizi sociali territoriali, finalizzato alla prevenzione dell'istituzionalizzazione e al mantenimento, per quanto possibile, di una dimensione autonoma delle persone fragili ed anziane (Missione 5); sia attraverso il potenziamento dell'assistenza sanitaria, soprattutto radicata sul territorio (“Missione 6 – Salute”). Nella Missione 5, allo scopo sono stanziati 500 milioni di euro: l'obiettivo è di assicurare la massima indipendenza possibile delle persone anziane, in un contesto nel quale viene garantita una esplicita presa in carico da parte dei servizi sociali e vengono assicurati i relativi sostegni, nell'ambito di una riforma tesa a introdurre un sistema organico di interventi in favore degli anziani non autosufficienti, finalizzato all'individuazione di livelli essenziali delle prestazioni (anche una delle linee dell'intervento, relativo all'investimento previsto dalla Missione 5 per la valorizzazione delle aree interne, mira a potenziare i servizi e le infrastrutture sociali di comunità dedicati ai soggetti fragili, come gli anziani). Tale intervento è strettamente integrato con i progetti proposti nella Missione 6 del PNRR, in particolare con la riforma dei servizi sanitari di prossimità e con l'investimento sull'assistenza domiciliare, che dovrebbero contribuire a ridurre l'onere delle attività di cura, fornite in famiglia prevalentemente dalle donne. Sono, al riguardo, stanziati fondi per il rafforzamento della rete sanitaria territoriale, dei servizi domiciliari e della telemedicina. L'obiettivo è di servizi sanitari più vicini ai soggetti più fragili, come gli anziani non autosufficienti, riducendo così la necessità di istituzionalizzarli, ma garantendogli tutte le cure necessarie in un contesto autonomo e socialmente adeguato. Nel più generale ambito sociosanitario, la componente di riforma volta alla non autosufficienza ha lo scopo primario di offrire risposte ai problemi degli anziani: essa affronta in maniera coordinata i diversi bisogni che scaturiscono dalle conseguenze

della personalità da parte delle donne e contribuiscono a liberarne il potenziale, creando, tra l'altro, opportunità di lavoro femminile di qualità; mentre oggi, nel nostro Paese, il lavoro di cura (dei bambini, degli anziani e dei disabili) è lasciato sulle spalle delle famiglie e spesso distribuito in modo sperequato fra i generi.

Del resto, la pari opportunità di genere è una delle «priorità trasversali» alle 6 Missioni del PNRR⁽³⁹⁾. Che si intreccia con l'altra priorità trasversale, riguardante le pari opportunità generazionali, cioè la promozione dei giovani, anche perché è soprattutto nei giovani e dai giovani che si imposta, pure culturalmente, la parità di genere nel lavoro (ma rilievo assume, altresì, la terza priorità trasversale, quella delle pari opportunità territoriali)⁽⁴⁰⁾. L'inclusione di genere – il miglioramento marcato degli indicatori di questa, il contrasto alle relative discriminazioni e il sostegno all'*empowerment* femminile – è uno dei principali obiettivi del PNRR, “orizzontale” a tutte le componenti di questo⁽⁴¹⁾. Nel PNRR, inoltre, anche la promozione dell'imprenditorialità femminile comprende interventi volti ad agevolarne la conciliazione tra vita e lavoro⁽⁴²⁾.

In particolare, poi, esempi di politiche pubbliche con finalità di riequilibrio vita-lavoro – ossia, tra ruoli genitoriali, e carico di cura familiare per anziani e disabili, e ruoli professionali – di più rapido impatto, sono senza dubbio le misure finanziarie consistenti nella erogazione di *bonus* (o, in alternativa, di *voucher*), percepibili al di sotto di un limite massimo di reddito, per la fruizione di servizi di cura prestati da terzi: quali quelli per asili nido (come il buono di cui all'art. 1, comma 355, della l. 11 dicembre 2016, n. 232, in favore del quale sono state stanziati ingenti risorse pubbliche)⁽⁴³⁾,

dell'invecchiamento, con un approccio finalizzato ad offrire le migliori condizioni per mantenere o riguadagnare autonomia in un contesto il più possibile de-istituzionalizzato.

Anche per le persone con disabilità, infine, il PNRR (pp. 40-41) riconosce che spesso l'onere di garantire ad esse un livello di vita adeguato è a carico delle famiglie e colpisce soprattutto quelle con redditi più bassi. La Missione 5 include un investimento straordinario sulle infrastrutture sociali, nonché sui servizi sociali e sanitari di comunità e domiciliari, per accrescere l'autonomia dei disabili. Nella Missione 6, il miglioramento di servizi sanitari sul territorio permette di rispondere alle loro necessità, favorendo un accesso realmente universale alla sanità pubblica.

⁽³⁹⁾ L. ZAPPALÀ, *La parità di genere al tempo del PNRR: tra trasparenza, certificazione e misure premiali*, in *LDE*, 2022, n. 3, sp. p. 5 ss.

⁽⁴⁰⁾ PNRR, p. 33. Le Missioni e le riforme sono valutate sulla base dell'impatto che avranno nel recupero del potenziale dei giovani, delle donne e dei territori, e nelle opportunità fornite a tutti, senza discriminazioni.

⁽⁴¹⁾ PNRR, pp. 14, 198 e 263. Cfr. D. GAROFALO, *Gli interventi sul mercato del lavoro nel prisma del PNRR*, in *DRI*, 2022, n. 1, sp. pp. 137-142.

⁽⁴²⁾ Cfr. “Investimento 1.2: Creazione di imprese femminili” del PNRR (pp. 204-205). L'intervento si prefigge l'obiettivo di innalzare i livelli di partecipazione delle donne nel mercato del lavoro. Il progetto, attraverso una strategia integrata di investimenti finanziari e di servizi di supporto, è volto a sostenere l'avvio di attività imprenditoriali femminili, mediante la definizione di un'offerta che sia in grado di venire incontro alle necessità delle donne in modo più puntuale (*mentoring*, supporto tecnico-gestionale, misure per la conciliazione vita-lavoro, ecc.). Esso intende sistematizzare e ridisegnare gli attuali strumenti di sostegno alla realizzazione di progetti aziendali per imprese a conduzione (o a prevalente partecipazione) femminile. Dal punto di vista operativo, viene creato il Fondo Impresa Donna per l'imprenditoria femminile, cui saranno affiancate misure di accompagnamento (anche per la conciliazione vita-lavoro), campagne di comunicazione multimediali ed eventi e azioni di monitoraggio e di valutazione.

⁽⁴³⁾ L'art. 1, comma 355, della l. n. 232/2016 (come modificato dall'art. 1, comma 488, l. 30 dicembre 2018, n. 145, e dall'art. 1, comma 343, l. 27 dicembre 2019, n. 160), con riferimento ai nati dal 1°

gennaio 2016, prevede, per il pagamento di rette relative alla frequenza di asili nido pubblici e privati, l'attribuzione di un buono di importo pari a 1.000 euro su base annua, parametrato a undici mensilità, per gli anni 2017 e 2018, elevato a 1.500 euro su base annua a decorrere dal 2019. A partire dal 2020, il buono è incrementato di 1.500 euro per i nuclei familiari con un valore dell'indicatore della situazione economica equivalente (ISEE), di cui al d.P.C.M. 5 dicembre 2013, n. 159, fino a 25.000 euro, e di 1.000 euro per i nuclei familiari con un ISEE da 25.001 a 40.000 euro. L'importo del buono spettante dall'anno 2022 può essere rideterminato, nel rispetto del limite di spesa programmato, con decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri, da adottare tenuto conto degli esiti del monitoraggio della misura. Il buono è corrisposto dall'INPS al genitore richiedente, previa presentazione della documentazione attestante l'iscrizione e il pagamento della retta a strutture pubbliche o private. Il beneficio è riconosciuto nel limite massimo di 144 milioni di euro per l'anno 2017, 250 milioni di euro per il 2018, 300 milioni di euro per il 2019, 520 milioni di euro per il 2020, 530 milioni di euro per il 2021, 541 milioni di euro per il 2022, 552 milioni di euro per il 2023, 563 milioni di euro per il 2024, 574 milioni di euro per il 2025, 585 milioni di euro per il 2026, 597 milioni di euro per il 2027, 609 milioni di euro per il 2028 e 621 milioni di euro annui a partire dal 2029. L'INPS provvede al monitoraggio dei maggiori oneri derivanti da tali disposizioni, inviando relazioni mensili alla Presidenza del Consiglio dei Ministri, al Ministero del lavoro e delle politiche sociali e al Ministero dell'economia e delle finanze. Nel caso in cui, in sede di attuazione, si verificano o siano in procinto di verificarsi scostamenti, anche in via prospettica, rispetto al limite di spesa programmato, l'INPS non prende in esame ulteriori domande finalizzate ad usufruire del beneficio. Quest'ultimo, inoltre, non è cumulabile con la detrazione prevista dall'art. 1, comma 335, della l. 23 dicembre 2005, n. 266, e dall'art. 2, comma 6, della l. 22 dicembre 2008, n. 203, e non è fruibile contestualmente con il beneficio dei *voucher* per *baby-sitting*, di cui all'art. 4, comma 24, lett. *b*, della l. 28 giugno 2012, n. 92 (su cui, v. *infra*, nota successiva). Il d.P.C.M. 17 febbraio 2017 ha, poi, stabilito le disposizioni attuative del suddetto *bonus* per asili nido. V. altresì: circolari INPS 31 gennaio 2019, n. 14, e 14 febbraio 2020, n. 27; messaggi INPS 5 agosto 2019, n. 3007, 14 gennaio 2020, n. 101, 17 febbraio 2020 n. 596, e 16 luglio 2020, n. 2839.

per *baby-sitting* ⁽⁴⁴⁾, per colf e badanti/*caregiver* (o *bonus* per anziani, che dir si voglia) ⁽⁴⁵⁾. Naturalmente, tali misure di sostegno, oltre che sotto forma di emolumenti

⁽⁴⁴⁾ In proposito, l'art. 4, comma 24, lett. *b*, della l. n. 92/2012, al fine di sostenere la genitorialità, promuovendo una cultura di maggiore condivisione dei compiti di cura dei figli all'interno della coppia e per favorire la conciliazione dei tempi di vita e di lavoro, ha introdotto, in via sperimentale per gli anni 2013-2015, la possibilità di concedere alla madre lavoratrice, al termine del periodo di congedo di maternità, per gli undici mesi successivi e in alternativa al congedo parentale di cui all'art. 32, comma 1, lett. *a*, del d.lgs. n. 151/2001, la corresponsione di *voucher* per l'acquisto di servizi di *baby-sitting*, ovvero per far fronte agli oneri della rete pubblica dei servizi per l'infanzia o dei servizi privati accreditati, da richiedere al datore di lavoro (in riferimento a tale previsione, v. circolari INPS 16 dicembre 2014, n. 169, e 6 maggio 2016, n. 75; messaggio INPS 14 dicembre 2015, n. 7402). In attuazione dei successivi commi 25 e 26 dell'art. 4 della l. n. 92/2012, il d.m. 22 dicembre 2012 ha stabilito i criteri di accesso e le modalità di utilizzo delle predette misure (v. altresì, d.m. 28 ottobre 2014), nonché il numero e l'importo dei *voucher*, tenuto anche conto dell'ISEE del nucleo familiare; e ha determinato, per gli anni 2013, 2014 e 2015, la quota di risorse del fondo di cui all'art. 24, comma 27, del d.l. 6 dicembre 2011, n. 201, convertito con modificazioni dalla l. 22 dicembre 2011, n. 214, nel limite della quale è riconosciuto il beneficio previsto dalla suddetta misura sperimentale. L'art. 1, comma 282, della l. 28 dicembre 2015, n. 208, sempre per sostenere la genitorialità, ha poi riconosciuto il beneficio di cui all'art. 4, comma 24, lett. *b*, della l. n. 92/2012, nel limite di 20 milioni di euro per l'anno 2016, ferme restando le disposizioni attuative (al relativo onere si è provveduto, quanto a 10 milioni di euro, mediante corrispondente riduzione del Fondo sociale per occupazione e formazione di cui all'art. 18, comma 1, lett. *a*, del d.l. 29 novembre 2008, n. 185, convertito, con modificazioni, dalla l. 28 gennaio 2009, n. 2); al medesimo fine di sostegno della genitorialità, il successivo comma 283 ha, altresì, esteso il beneficio, in via sperimentale, nel limite di spesa di 2 milioni di euro per l'anno 2016, anche alle madri lavoratrici autonome o imprenditrici (rinviando ad un decreto di natura non regolamentare del Ministro del lavoro e delle politiche sociali, di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze, il compito di stabilirne i criteri di accesso e le modalità di utilizzo). Infine, l'art. 1, comma 356, della l. n. 232/2016, verificato il buon risultato del periodo sperimentale, ha riconosciuto il beneficio di cui all'art. 4, comma 24, lett. *b*, della l. n. 92/2012, nel limite di spesa di 40 milioni di euro per ciascuno degli anni 2017 e 2018, ferme restando le relative disposizioni attuative; e il seguente comma 357 ha riconosciuto il beneficio, nel limite di spesa di 10 milioni di euro per ciascuno degli anni 2017 e 2018, anche alle madri lavoratrici autonome o imprenditrici.

Successivamente, v. artt. 23, comma 8 ss., e 25, comma 3 ss., d.l. 17 marzo 2020, n. 18, convertito con modificazioni dalla l. 24 aprile 2020, n. 27, attributivi della possibilità di scegliere la corresponsione di uno o più *bonus* per l'acquisto di servizi di *baby-sitting* per i genitori lavoratori (e per i dipendenti del settore sanitario pubblico e privato accreditato), nel periodo dell'emergenza epidemiologico-sanitaria da COVID-19. Su cui, G. PEZZINI, *Il bonus baby-sitter*, in V. FILÌ (a cura di), *Covid-19 e rapporto di lavoro*, in D. GAROFALO, M. TIRABOSCHI, V. FILÌ, F. SEGHEZZI (a cura di), *Welfare e lavoro nella emergenza epidemiologica. Contributo sulla nuova questione sociale*, ADAPT University Press, 2020, vol. I, p. 249. Infine, il buono di cui all'art. 1, comma 355, della l. n. 232/2016, oltre che per il pagamento delle rette degli asili nido, è attribuito anche per favorire l'introduzione di forme di supporto presso la propria abitazione, per i bambini al di sotto dei tre anni, impossibilitati a frequentare gli asili nido, in quanto affetti da gravi patologie croniche. Il beneficio consiste in un contributo di importo massimo di 1.000 euro annui (art. 4, comma 1, d.P.C.M. 17 febbraio 2017).

⁽⁴⁵⁾ Un *bonus* per anziani in stato di non autosufficienza permanente, che siano datori di lavoro domestico – sotto forma di rimborso delle spese sostenute per il pagamento di retribuzioni e contribuzioni previdenziali relative ad assistenti familiari alle proprie dipendenze (con un massimale di 300 euro al mese per 12 mesi consecutivi, e la non ripetibilità della prestazione) – è stato, ad esempio, introdotto dall'art. 8.1 del Regolamento Cas.sa.Colf per i datori di lavoro, operativo dal 1° luglio 2021 (Cas.sa.Colf è l'organismo paritetico istituito ai sensi dell'art. 50 del Ccnl sulla disciplina del rapporto di lavoro domestico dell'8 settembre 2020, sottoscritto tra Fidaldo, Domina e Filcams-Cgil, Fisascat-Cisl, UiltuCs e Federcolf).

economici, potrebbero essere strutturate in termini di fornitura diretta (magari pure a domicilio) dei servizi da parte di soggetti pubblici o privati (anche del terzo settore) convenzionati. Esse vanno fissate a livello legislativo statale, come concretamento di «livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti sociali che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale» (art. 117, comma 2, lett. *m*, Cost.), al fine di assicurarne la uniformità di godimento, come strumento di perseguimento dell'uguaglianza formale e sostanziale di cui all'art. 3, commi 1 e 2, Cost. (fermo restando che, in aggiunta, a livello regionale, nell'esercizio della potestà normativa piena delle Regioni in materia di “assistenza sociale e servizi sociali”, ai sensi del comma 4 dell'art. 117 Cost., e delle relative competenze amministrative, possono poi essere predisposte provvidenze ulteriori allo scopo). Esse, inoltre, contribuirebbero all'emersione del (e ad incentivare il) mercato del lavoro di cura “regolare” (e a combattere, così, il diffuso fenomeno del lavoro di cura nero o sommerso) ⁽⁴⁶⁾.

Non risponde altrettanto, invece, a finalità di ribilanciamento tra ruoli lavorativi e funzioni genitoriali, l'assegno unico e universale per i figli a carico (istituito, a decorrere dal 1° marzo 2022, dal d.lgs. 29 dicembre 2021, n. 230, in attuazione della l. delega 1° aprile 2021, n. 46) ⁽⁴⁷⁾, poiché si tratta di un beneficio economico di tipo assistenziale, più con funzione diretta di contrasto e lotta alla denatalità ⁽⁴⁸⁾ e di sprone alla scelta riproduttiva, mediante il supporto finanziario dei relativi nuclei familiari ⁽⁴⁹⁾,

Cfr. altresì, il bando pubblico INPS “Progetto *Home Care Premium* (HCP) 2022 Assistenza domiciliare” (dal 1° luglio 2022 al 30 giugno 2025), che prevede l'erogazione di prestazioni finalizzate a garantire la cura a domicilio per i dipendenti e pensionati pubblici, iscritti alla Gestione unitaria prestazioni creditizie e sociali, per i loro coniugi e per parenti di primo grado non autosufficienti, consistenti nell'erogazione di contributi economici mensili finalizzati al rimborso dei costi per l'assunzione di un assistente domiciliare (“prestazioni prevalenti”), nonché anche di servizi di assistenza alla persona (“prestazioni integrative”).

⁽⁴⁶⁾ L. CASANO (a cura di), *Verso un mercato del lavoro di cura: questioni giuridiche e nodi istituzionali*, ADAPT University Press, 2022. Sul tema, v. altresì, S. BORELLI, *Who cares? Il lavoro nell'ambito dei servizi di cura alla persona*, Jovene, 2020.

⁽⁴⁷⁾ Su cui, v. circ. INPS 28 febbraio 2022, n. 34, e 15 dicembre 2022, n. 132. Sul tema, V. FILÌ, *Assegno unico universale e inverno demografico tra ideale e reale*, in *LG*, 2022, n. 3, p. 221; F. GAVIOLI, *Assegno unico e universale*, in *DPL*, 2022, n. 9, p. 555.

⁽⁴⁸⁾ La Strategia nazionale per la parità di genere 2021-2026 e il PNRR tengono conto dell'attuale contesto demografico, in cui l'Italia è uno dei Paesi con la più bassa fecondità in Europa (1,29 figli per donna contro l'1,56 della media UE), e si inseriscono nel percorso di riforma e investimento sulle politiche per promuovere la natalità avviato col *Family Act* (PNRR, p. 36).

⁽⁴⁹⁾ PNRR, pp. 78-79. L'assegno unico universale si innesta armonicamente nel contesto delle politiche per la razionalizzazione e l'equità del sistema fiscale e segna un cambio di paradigma nelle politiche per la famiglia e a sostegno della natalità. Le risorse destinate alle famiglie con figli a carico – oggi disperse su una pluralità di misure, con criteri e platee anche molto diversificati – vengono gradualmente potenziate e concentrate su un'unica misura nazionale di sostegno (come richiesto dalla Commissione nelle Raccomandazioni specifiche del 2019 e 2020), che assegna ai nuclei familiari un beneficio economico omogeneo, secondo criteri di universalità e progressività. L'assegno è un contributo economico riconosciuto alle famiglie con figli a carico, condizionato alla prova dei mezzi e, quindi, calibrato rispetto all'ISEE del nucleo familiare, in modo da rafforzare il supporto finanziario per le famiglie maggiormente in difficoltà, con l'obiettivo di contrastare la povertà minorile. È stato previsto uno stanziamento a favore dell'intervento, non inferiore a 5 miliardi di euro e non superiore a 6 miliardi di euro a decorrere dall'anno 2022, con la legge di bilancio per il 2021 (art. 1, commi 2-7, l. 30 dicembre 2020, n. 178). Inoltre, è stato incrementato il Fondo assegno universale e servizi alla famiglia, già istituito dalla legge di bilancio per il 2020 con una dotazione di 3.012,1 milioni di euro

che di riequilibrio vita-lavoro per i genitori lavoratori. Mentre, viceversa, è quest'ultimo *rebalancing* che potrebbe portare, tra le conseguenze positive, ad un effetto di incentivo della natalità⁽⁵⁰⁾. Ciò, in quanto è piuttosto l'instabilità lavorativa, come pure la consapevolezza dei rischi occupazionali o di rallentamento di carriera, in specie per le madri lavoratrici, e in ogni caso la difficoltà a conciliare genitorialità e professione, a costituire un fattore di scoraggiamento alla procreazione.

Analogamente, sono da ricondurre a politiche di natalità in sé, volte appunto a combattere la denatalità, gli emolumenti in denaro per “premi alla nascita” o all'adozione di minori (cosiddetti *bonus bebè*): come, ad esempio, quello (dell'importo di 800 euro) riconosciuto, a decorrere dal 1° gennaio 2017, dall'art. 1, comma 353, della l. n. 232/2016 (poi abrogato proprio dall'art. 10, comma 1, del d.lgs. n. 230/2021, con effetto dal 1° gennaio 2022)⁽⁵¹⁾.

Nel verso sopra indicato va, infine, considerata molto positivamente la «certificazione della parità di genere»: istituita, a decorrere dal 1° gennaio 2022, dall'art. 4 della l. 5 novembre 2021, n. 162 (che ha inserito l'art. 46 *bis* nel d.lgs. n. 198/2006)⁽⁵²⁾, in attuazione di uno specifico investimento all'interno della “Missione 5 – Inclusione e coesione” del PNRR (M5C1 – Politiche per il lavoro)⁽⁵³⁾. Essa rappresenta uno

per l'anno 2021 (art. 1, comma 339, l. n. 160/2019), mediante una dotazione aggiuntiva pari a 1.044 milioni di euro per il 2021 e a 1.244 milioni di euro annui a decorrere dal 2022. A queste risorse si uniscono anche tutte quelle rivenienti dalla riorganizzazione o abrogazione di numerosi interventi tra loro eterogenei, sia di natura fiscale sia di spesa, che ammontano complessivamente a circa 15 miliardi di euro.

⁽⁵⁰⁾ Così pure, PNRR, p. 36.

⁽⁵¹⁾ Esso veniva corrisposto dall'INPS in unica soluzione, su domanda della futura madre, al compimento del settimo mese di gravidanza o all'atto dell'adozione. Sull'istituto, v. circolare INPS 27 febbraio 2017, n. 39; messaggi INPS 16 maggio 2019, n. 1874, e 13 novembre 2020, n. 4252.

V. pure, il precedente assegno, pari a 1.000 euro, concesso per ogni figlio nato dal 1° dicembre 2003 e fino al 31 dicembre 2004, secondo od ulteriore per ordine di nascita, e, comunque, per ogni figlio adottato nel medesimo periodo, alle donne residenti, cittadine italiane o comunitarie (considerate in quanto tali, indipendentemente dalla condizione o qualità o veste di lavoratrici) (art. 21, commi 1-5, d.l. 30 settembre 2003, n. 269, convertito con modificazioni dalla l. 24 novembre 2003, n. 326; d.m. attuativo 28 novembre 2003). La disciplina fu ritenuta legittima da C. cost. 28 luglio 2004, n. 287, in *RE*, 2005, n. 3, p. 383 ss., con nota di F. BENELLI, *Quando forma (processuale) e sostanza s'intrecciano. L'assegno di maternità tra competenza esclusiva statale e materia (residuale) dei servizi sociali*. Sull'istituto, cfr. App. Milano, sez. lav., 26 febbraio 2019, n. 463.

⁽⁵²⁾ Cfr. L. BARBIERI, *Certificazione del sistema di gestione per la parità di genere: ipotesi preclusive*, in *DPL*, 2022, n. 42, p. 2561; P. CERULLO, *La certificazione della parità di genere: volano per i diritti e per il business. Come ottenerla e conservarla*, in *LDE*, 2023, n. 1, p. 2; M.R. GHEIDO, A. CASOTTI, *Linee guida per le pari opportunità*, in *DPL*, 2022, n. 27, p. 1711; M. LAMBROU, *Certificazione della parità di genere*, in *DPL*, 2022, n. 2, p. 94; I. SEMINAROTI, *La nuova stagione regolativa della gender equality e il sistema nazionale di certificazione della parità di genere*, in *Federalismi.it*, Focus LPT, 27 luglio 2022, p. 2; L. ZAPPALÀ, *op. cit.*, p. 9 ss.; A. ZILLI, *La trasparenza nel lavoro subordinato. Principi e tecniche di tutela*, Pacini Giuridica, 2022, p. 169 ss.

⁽⁵³⁾ Lo specifico “Investimento 1.3: Sistema di certificazione della parità di genere” (PNRR, p. 205) prevede, come obiettivo del progetto, la definizione di un Sistema nazionale di certificazione della parità di genere, che accompagni e incentivi le imprese ad adottare *policy* adeguate a ridurre il *gap* di genere in tutte le aree maggiormente critiche. L'intervento si articola in 3 componenti: definizione del sistema per la certificazione sulla parità di genere e del meccanismo premiante, a partire dall'istituzione di un Tavolo di lavoro sulla “Certificazione di genere delle imprese”, coordinato dal Dipartimento per le pari opportunità in collaborazione con il Ministero del lavoro e delle politiche sociali e il Ministero dello sviluppo economico; creazione di un sistema informativo presso il Dipartimento,

strumento di accreditamento delle imprese, di stimolo al perseguimento di finalità sociali di genere da parte loro: difatti, è volta ad attestare le politiche e le misure concrete adottate dai datori di lavoro per ridurre il divario di genere in relazione alle opportunità di crescita in azienda, alla parità salariale a parità di mansioni, alle politiche di gestione delle differenze di genere e alla tutela della maternità (art. 46 *bis*, comma 1, d.lgs. n. 198/2006) ⁽⁵⁴⁾. A tale scopo, vengono anche ricondotte alcune «premierità di parità» al possesso della certificazione della parità di genere ⁽⁵⁵⁾. Essa mira, così, ad

con funzione di piattaforma di raccolta di dati disaggregati per genere e di informazioni sulla certificazione, nonché dell'albo degli enti accreditati; attivazione del sistema di certificazione sulla parità di genere a partire dal Q2 2022. Il sistema di certificazione sarà aperto a tutte le imprese (grandi, medie, piccole e microimprese). Nella fase sperimentale (fino al Q2 2026), la certificazione sarà agevolata per le imprese di medie, piccole e micro-dimensioni, e accompagnata da servizi di assistenza.

⁽⁵⁴⁾ Cfr. anche il d.P.C.M. attuativo 29 aprile 2022 (su cui, L. BARBIERI, *Sistema gestionale per la parità di genere: elementi essenziali*, in *DPL*, 2022, n. 32-33, p. 2014), adottato ai sensi dell'art. 46 *bis*, comma 2, d.lgs. n. 198/2006. Tale norma ha rinviato ad uno o più d.p.c.m., su proposta del Ministro per le pari opportunità, di concerto con il Ministro del lavoro e delle politiche sociali e con il Ministro dello sviluppo economico, il compito di stabilire: a) i parametri minimi per il conseguimento della certificazione della parità di genere da parte delle aziende pubbliche e private, con particolare riferimento alla retribuzione corrisposta, alle opportunità di progressione in carriera e alla conciliazione dei tempi di vita e di lavoro, anche con riguardo ai lavoratori occupati di sesso femminile in stato di gravidanza; b) le modalità di acquisizione e di monitoraggio dei dati trasmessi dai datori di lavoro e resi disponibili dal Ministero del lavoro e delle politiche sociali; c) le modalità di coinvolgimento delle rappresentanze sindacali aziendali e delle consigliere e dei consiglieri di parità regionali, delle città metropolitane e degli enti di area vasta, nel controllo e nella verifica del rispetto dei suddetti parametri; d) le forme di pubblicità della certificazione della parità di genere. L'art. 46 *bis* ha disposto, infine, l'istituzione, presso il Dipartimento per le pari opportunità della Presidenza del Consiglio dei Ministri, di un Comitato tecnico permanente sulla certificazione di genere nelle imprese, costituito da rappresentanti del medesimo Dipartimento per le pari opportunità, del Ministero del lavoro e delle politiche sociali, del Ministero dello sviluppo economico, delle consigliere e dei consiglieri di parità, da rappresentanti sindacali e da esperti (comma 3). Dal funzionamento di tale Comitato tecnico non devono, però, derivare nuovi o maggiori oneri a carico della finanza pubblica; ai suoi componenti non spettano compensi, gettoni di presenza, rimborsi di spese o altri emolumenti comunque denominati (comma 4).

In proposito, il considerando 50 della direttiva (UE) 2019/1158 incoraggia gli Stati membri a promuovere, in conformità delle prassi nazionali, un dialogo sociale con le parti sociali, al fine di rafforzare la conciliazione tra lavoro e vita familiare, anche favorendo misure per conciliare vita professionale e vita privata sul luogo di lavoro, istituendo sistemi di certificazione volontaria, fornendo formazione professionale e realizzando campagne di sensibilizzazione e informazione; inoltre, incoraggia gli Stati membri a proseguire il dialogo con i soggetti interessati, quali le organizzazioni non governative, le autorità locali e regionali e i prestatori di servizi, per promuovere politiche a favore dell'equilibrio tra attività professionale e vita familiare in linea con il diritto e le prassi nazionali. Il considerando 51 aggiunge che le parti sociali dovrebbero essere invogliate a promuovere sistemi di certificazione volontaria per la valutazione dell'equilibrio tra attività professionale e vita familiare sul luogo di lavoro.

⁽⁵⁵⁾ Cfr. art. 5, l. n. 162/2021 (attuato dal d.m. 20 ottobre 2022; v. inoltre, circolare INPS 27 dicembre 2022, n. 137). Secondo cui, per l'anno 2022, alle aziende private in possesso della certificazione è concesso, nel limite di spesa di 50 milioni di euro, un esonero dal versamento dei contributi previdenziali a carico del datore di lavoro, ferma restando l'aliquota di computo delle prestazioni pensionistiche (comma 1). Tale esonero è determinato in misura non superiore all'1% e nel limite massimo di 50.000 euro annui per ciascuna azienda, riparametrato e applicato su base mensile, con decreto del Ministro del lavoro e delle politiche sociali, di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze e con il Ministro per le pari opportunità (comma 2). Detti benefici possono essere previsti anche per

affiancare le imprese nella riduzione dei divari nella crescita professionale delle donne (accompagnandole in specie in tutte le aree più critiche da questo punto di vista) e a rafforzare la trasparenza salariale ⁽⁵⁶⁾.

E, dunque, va parimenti accolta favorevolmente la relativa sanzione, introdotta dal d.lgs. n. 105/2022 trasversalmente – pressoché per tutte le misure di congedi e permessi, nonché di flessibilità del tempo di lavoro, per la genitorialità e per il *caregiving* ivi disciplinate – a titolo di “responsabilità sociale” dell’impresa (per così dire), allo scopo di rafforzarne il rispetto ⁽⁵⁷⁾. Essa consiste nella previsione per cui il rifiuto, l’opposizione o l’ostacolo all’esercizio dei diritti di assenza dal lavoro riconosciuti dal d.lgs. n. 105/2022 ⁽⁵⁸⁾, nonché alla fruizione del lavoro agile per i genitori e i *caregiver*

gli anni successivi al 2022, previa emanazione di apposito provvedimento legislativo che stanzi le occorrenti risorse finanziarie, anche sulla base dell’andamento dei benefici riconosciuti ai sensi del comma 1 (comma 6). Inoltre, alle aziende private che, alla data del 31 dicembre dell’anno precedente a quello di riferimento, siano in possesso della certificazione della parità di genere, è riconosciuto un punteggio premiale per la valutazione, da parte di autorità titolari di fondi europei nazionali e regionali, di proposte progettuali ai fini della concessione di aiuti di Stato a cofinanziamento degli investimenti sostenuti; compatibilmente con il diritto dell’Unione europea e con i principi di parità di trattamento, non discriminazione, trasparenza e proporzionalità, le amministrazioni aggiudicatrici indicano nei bandi di gara, negli avvisi o negli inviti relativi a procedure per l’acquisizione di servizi, forniture, lavori e opere, i criteri premiali che intendono applicare alla valutazione dell’offerta, in relazione al possesso, da parte delle aziende private, alla data del 31 dicembre dell’anno precedente a quello di riferimento, della certificazione della parità di genere (comma 3).

⁽⁵⁶⁾ PNRR, pp. 36 e 200-201.

⁽⁵⁷⁾ Sul sistema sanzionatorio del d.lgs. n. 105/2022, v. nota dell’Ispettorato nazionale del lavoro 6 dicembre 2022, n. 2414 (sulla quale, P. RAUSEI, *Tutele dei genitori lavoratori*, in *DPL*, 2023, n. 3, p. 158). Esso attua l’art. 13 della direttiva (UE) 2019/1158: che affida agli Stati membri il compito di stabilire le sanzioni per la violazione delle disposizioni nazionali adottate in attuazione della direttiva, o di quelle pertinenti già in vigore riguardanti i diritti rientranti nell’ambito della direttiva, e di adottare tutte le misure necessarie per assicurarne l’applicazione. Le sanzioni devono essere effettive, proporzionate e dissuasive. Il considerando 43 specifica che esse possono includere sanzioni amministrative e finanziarie, come le ammende o il pagamento di un indennizzo, nonché altri tipi di sanzioni.

⁽⁵⁸⁾ Ossia, per le seguenti misure del d.lgs. n. 105/2022:

- congedo di maternità (art. 2, comma 1, lett. *b*, che ha introdotto l’art. 18, comma 1 *bis*, del d.lgs. n. 151/2001), in aggiunta alla sanzione penale dell’art. 18, comma 1, del d.lgs. n. 151/2001 per violazione del divieto di adibizione delle donne al lavoro (arresto fino a sei mesi);
- congedo di paternità obbligatorio, oltre alla sanzione amministrativa da 516 a 2.582 euro (art. 2, comma 1, lett. *g*, che ha inserito l’art. 31 *bis*, comma 1, nel d.lgs. n. 151/2001);
- congedo di paternità alternativo (art. 2, comma 1, lett. *g*, che ha inserito l’art. 31 *bis*, comma 2, nel d.lgs. n. 151/2001), nell’ambito dell’estensione a questo della disciplina sanzionatoria del congedo di maternità;
- congedo parentale, oltre alla sanzione amministrativa da 516 a 2.582 euro (art. 2, comma 1, lett. *m*, che ha integrato l’art. 38, d.lgs. n. 151/2001);
- riposi giornalieri della madre, riposi giornalieri del padre, riposi per parti plurimi, riposi e permessi per i figli con *handicap* grave, assegnazione temporanea dei lavoratori dipendenti alle amministrazioni pubbliche, nonché estensione delle predette misure alle adozioni e agli affidamenti, anche in questo caso accanto alla sanzione amministrativa da 516 a 2.582 euro (art. 2, comma 1, lett. *o*, che ha sostituito l’art. 46 del d.lgs. n. 151/2001);
- congedi per la malattia del figlio, oltre che puniti con la sanzione amministrativa da 516 a 2.582 euro (art. 2, comma 1, lett. *p*, che ha integrato l’art. 52, d.lgs. n. 151/2001);

cui è riconosciuta priorità ⁽⁵⁹⁾, e l'inosservanza o la violazione delle altre disposizioni del medesimo decreto ⁽⁶⁰⁾, ove rilevati nei due anni antecedenti alla richiesta della certificazione della parità di genere, o di analoghe certificazioni previste dalle Regioni e dalle Province autonome (di Trento e di Bolzano) nei rispettivi ordinamenti, impediscono al datore di lavoro il conseguimento delle stesse certificazioni.

4. *Segue: le prospettive del Family Act*

Occorre, in conclusione, evidenziare il collegamento della riforma realizzata dal d.lgs. n. 105/2022 col programma complessivo di sostegno alla famiglia del cosiddetto “*Family Act*” ⁽⁶¹⁾. Quest’ultimo, a sua volta, s’inserisce armonicamente nel contesto delle politiche per la promozione della partecipazione al lavoro delle donne e dei giovani. Bisogna, pertanto, tener presente che ulteriori modifiche della disciplina in commento potrebbero intervenire in tempi prossimi, per effetto dell’esercizio delle deleghe

-
- agevolazioni e permessi per i lavoratori che assistono un congiunto con disabilità in situazione di gravità o per lo stesso lavoratore che sia persona handicappata maggiorenne in situazione di gravità (art. 3, comma 1, lett. *b*, n. 5, che ha introdotto l’art. 33, comma 7-*ter*, della l. n. 104/1992);
 - congedo parentale dei collaboratori coordinati e continuativi (art. 4, comma 1, lett. *a*, n. 2, che ha inserito il comma 7-*bis* nell’art. 8 della l. n. 81/2017);
 - permesso per decesso o grave infermità di stretti congiunti e congedo per gravi e documentati motivi familiari (art. 6, che ha aggiunto l’art. 4, comma 4-*ter*, della l. n. 53/2000).

⁽⁵⁹⁾ Art. 4, comma 1, lett. *b*, n. 2, d.lgs. n. 105/2022, che ha inserito il comma 3-*ter* nell’art. 18 della l. n. 81/2017.

⁽⁶⁰⁾ Nello specifico, il d.lgs. n. 105/2022 si riferisce alla inosservanza/violazione delle seguenti previsioni:

- il divieto di lavoro notturno per le lavoratrici madri e per quelle che abbiano a proprio carico un soggetto disabile (art. 2, comma 1, lett. *q*, che ha inserito l’art. 53, comma 3-*bis*, nel d.lgs. n. 151/2001), ferme restando le sanzioni (penali e amministrative) di cui all’art. 18 *bis* del d.lgs. 8 aprile 2003, n. 66 (P. RAUSEI, *Divieto di lavoro notturno per i genitori lavoratori*, in *DPL*, 2023, n. 7, p. 411);
- i divieti di licenziamento per la lavoratrice madre e per il lavoratore padre (art. 2, comma 1, lett. *r*, n. 2, che ha integrato l’art. 54, comma 8, del d.lgs. n. 151/2001), altresì puniti con la sanzione amministrativa da 1.032 a 2.582 euro;
- il diritto al rientro e alla conservazione del posto di lavoro al termine dei congedi, permessi e riposi per la genitorialità (art. 2, comma 1, lett. *s*, che ha modificato l’art. 56, comma 4-*bis*, d.lgs. n. 151/2001), anche in questo caso unitamente alla sanzione amministrativa da 1.032 a 2.582 euro;
- il diritto alla trasformazione del rapporto di lavoro a tempo pieno in lavoro a tempo parziale, e viceversa, per i lavoratori affetti da patologie oncologiche, nonché da gravi patologie cronicodegenerative ingrossanti, per i quali residui una ridotta capacità lavorativa, anche a causa degli effetti invalidanti di terapie salvavita; la priorità nella trasformazione del contratto di lavoro da tempo pieno a tempo parziale, in caso di patologie oncologiche o gravi patologie cronicodegenerative ingrossanti riguardanti il coniuge, la parte di un’unione civile, il convivente di fatto, i figli o i genitori del lavoratore o della lavoratrice, di assistenza a una persona convivente con totale e permanente inabilità lavorativa con connotazione di gravità, di figlio convivente di età non superiore a tredici anni o con figlio convivente portatore di *handicap*; nonché il divieto di sanzionare, demansionare, licenziare, trasferire i suddetti lavoratori o lavoratrici o di sottoporli ad altra misura organizzativa avente effetti negativi, diretti o indiretti, sulle condizioni di lavoro (art. 5, comma 1, lett. *b*, che ha inserito il comma 5-*ter* nell’art. 8 del d.lgs. n. 81/2015).

⁽⁶¹⁾ PNRR, pp. 78-80.

legislative attualmente pendenti, poste dalla l. 7 aprile 2022, n. 32 (recante *Deleghe al Governo per il sostegno e la valorizzazione della famiglia*), che concretizza appunto il progetto di *Family Act* ⁽⁶²⁾.

Tra gli oggetti della legge, essa delega, infatti, il Governo all'adozione, al riordino e al potenziamento di disposizioni «volte a sostenere la genitorialità e la funzione sociale ed educativa delle famiglie, per contrastare la denatalità, per valorizzare la crescita armoniosa e inclusiva dei bambini e dei giovani, per sostenere l'indipendenza e l'autonomia finanziaria dei giovani, nonché *per favorire la conciliazione della vita familiare con il lavoro di entrambi i genitori e per sostenere, in particolare, il lavoro femminile*» (art. 1, comma 1). Tra i principi e criteri direttivi generali (art. 1, comma 2), è indicato quello di «promuovere la genitorialità e la parità tra i sessi all'interno dei nuclei familiari, favorendo l'occupazione femminile e agevolando l'armonizzazione dei tempi familiari e di lavoro e l'equa condivisione dei carichi di cura tra i genitori, incentivare il lavoro del secondo percettore di reddito, nonché favorire con strumenti fiscali il rientro delle donne nel mercato del lavoro, in particolare dopo la maternità, nel rispetto della normativa europea sugli aiuti di Stato» (lett. *b*); tale disposizione va attuata «tenendo conto dell'eventuale condizione di disabilità delle persone presenti all'interno del nucleo familiare» (lett. *e*).

Pertinenti sono, poi, in particolare, le deleghe legislative di cui agli artt. 3 e 4 della l. n. 32/2022 – da esercitarsi entro ventiquattro mesi dalla data di entrata in vigore della stessa (*entro il 12 maggio 2024*) – concernenti rispettivamente: l'estensione, il riordino e l'armonizzazione della disciplina relativa ai congedi parentali, di paternità e di maternità (fermo restando quanto disposto dall'art. 33 della l. n. 104/1992 e dall'art. 42 del d.lgs. n. 151/2001, nonché fatte salve disposizioni di maggior favore) (art. 3, comma 1); il riordino e il rafforzamento delle misure volte a incentivare il lavoro femminile e la condivisione della cura e per l'armonizzazione dei tempi di vita e di lavoro (art. 4, comma 1) ⁽⁶³⁾.

⁽⁶²⁾ Sulle quali, v. M. CORTI, A. SARTORI, *La riforma delle politiche familiari e dei congedi, l'attuazione della libertà sindacale per i militari, la semplificazione dei concorsi nella P.A.*, in RIDL, 2022, n. 3, III, pp. 130-131. Il *Family Act* costituisce una delle riforme di accompagnamento al PNRR, collocate nell'orizzonte temporale di attuazione di questo e orientate a mitigare le conseguenze economiche e sociali della crisi e a rafforzare la coesione economica e sociale del Paese. Se pure non ricomprese nel perimetro delle azioni previste dal Piano, queste riforme concorrono a realizzare gli obiettivi di equità sociale e di miglioramento della competitività del sistema produttivo, già indicati nelle *Country Specific Recommendations* rivolte al nostro Paese dall'Unione europea. Il PNRR specifica (pp. 78-79) che il *Family Act* contiene misure per il sostegno alle famiglie con figli e ai giovani, e per la promozione della partecipazione al lavoro delle donne. Si tratta del primo progetto organico di riforma delle politiche per la famiglia, che fa leva su un potenziamento del sistema del welfare, tramite l'introduzione dell'assegno unico e universale, la revisione dei congedi parentali e il supporto ai percorsi educativi dei figli, la sicurezza lavorativa, attraverso le misure di sostegno al lavoro femminile e, di nuovo, un ripensamento moderno dei meccanismi che consentono una conciliazione dei tempi di lavoro e di cura dei figli a carico di entrambi i genitori. Affronta, infine, anche il tema della formazione e della emancipazione giovanile.

Il PNRR (pp. 79-80) iscrive le previsioni del *Family Act*, volte al riordino della disciplina dei congedi parentali e del congedo di paternità, nell'attività di recepimento della direttiva (UE) 2019/1158, sull'equilibrio tra attività professionale e vita familiare, e tenendo conto della necessità di conciliare i tempi di vita e di lavoro sulla base degli sviluppi della società.

⁽⁶³⁾ Le altre deleghe al Governo, poste dalla l. n. 32/2022, concernono: il riordino e il rafforzamento delle misure di sostegno all'educazione dei figli (art. 2); il sostegno della spesa delle famiglie per la

Nello specifico, i principi e criteri direttivi di delega, posti con riferimento al nuovo intervento legislativo in materia di congedi di paternità e di maternità, annunciato dal sopramenzionato art. 3 della l. n. 32/2022, contemplano (comma 3): a) la previsione di un periodo di congedo obbligatorio per il padre lavoratore nei primi mesi dalla nascita del figlio, di durata significativamente superiore rispetto a quella prevista a legislazione vigente, compatibilmente con le risorse disponibili di cui all'art. 8, comma 1; b) l'aumento dell'indennità obbligatoria per il congedo di maternità; c) la concessione del diritto al congedo di paternità, a prescindere dallo stato civile o di famiglia del padre lavoratore; d) che il diritto al congedo di paternità non sia subordinato a una determinata anzianità lavorativa e di servizio; e) un ragionevole periodo di preavviso al datore di lavoro per l'esercizio del diritto al congedo di paternità, sulla base dei contratti collettivi nazionali di lavoro stipulati dalle organizzazioni sindacali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale; f) la garanzia del diritto al congedo di paternità, a parità di condizioni, anche per i lavoratori delle pubbliche amministrazioni, con misure uguali rispetto a quelle garantite per i lavoratori del settore privato; g) norme che favoriscano l'estensione della disciplina sul congedo di paternità anche ai lavoratori autonomi e ai liberi professionisti.

Ulteriori misure di rafforzamento anche dei congedi parentali sono, poi, attese dall'esercizio della medesima delega legislativa di cui all'art. 3 della l. n. 32/2022. In relazione a questi, sono indicati i seguenti principi e criteri direttivi (comma 2): a) prevedere per i genitori lavoratori la possibilità di usufruire dei congedi parentali fino al compimento di un'età del figlio in ogni caso non superiore a quattordici anni; b) introdurre modalità flessibili nella gestione dei congedi parentali, compatibilmente con le forme stabilite dai contratti collettivi di lavoro applicati al settore, stipulati dalle organizzazioni sindacali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale, tenendo conto della specificità dei nuclei familiari monogenitoriali; c) prevedere per i genitori lavoratori la possibilità di fruire, previo preavviso al datore di lavoro, di un permesso retribuito, di durata non inferiore a cinque ore nel corso dell'anno, per ciascun figlio, per i colloqui con gli insegnanti e per la partecipazione attiva al percorso di crescita dei figli; d) disporre che i permessi per le prestazioni specialistiche per la tutela della maternità, rientranti nei livelli essenziali di assistenza ai sensi dell'art. 1, comma 7, del d.lgs. 30 dicembre 1992, n. 502, eseguite durante l'orario di lavoro, possano essere riconosciuti, al fine di assistere la donna in stato di gravidanza, al coniuge, al convivente ovvero a un parente entro il secondo grado; e) stabilire un periodo minimo, non inferiore a due mesi, di congedo parentale non cedibile all'altro genitore per ciascun figlio, introducendo altresì forme di premialità, nel caso in cui tali congedi siano distribuiti equamente fra entrambi i genitori; f) prevedere misure che favoriscano l'estensione della disciplina relativa ai congedi parentali anche ai lavoratori autonomi e ai liberi professionisti.

Ma soprattutto, nell'ottica "multifocale" prima caldeggiata sembra muoversi la pendente delega legislativa al Governo «per incentivare il lavoro femminile, la condivisione della cura e l'armonizzazione dei tempi di vita e di lavoro», di cui all'art. 4 della

formazione dei figli e il conseguimento dell'autonomia finanziaria dei giovani (art. 5); il sostegno e la promozione delle responsabilità familiari (art. 6).

l. n. 32/2022 ⁽⁶⁴⁾. Ciò, a giudicare dai principi e criteri direttivi (comma 2), che statuiscono: a) una modulazione graduale della retribuzione percepita dal lavoratore nei giorni di assenza dal lavoro nel caso di malattia dei figli, fatte salve le condizioni di maggior favore stabilite dai contratti collettivi di lavoro; b) nel limite di risorse programmate allo scopo, incentivi per i datori di lavoro che applicano le clausole dei contratti collettivi nazionali di lavoro, stipulati dalle organizzazioni sindacali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale, che, ai fini dell'armonizzazione dei tempi di vita e di lavoro, prevedono modalità di lavoro flessibile con facoltà dei lavoratori di chiedere, secondo le previsioni dei medesimi contratti, il ripristino dell'originario regime contrattuale; c) senza nuovi o maggiori oneri a carico della finanza pubblica, strumenti agevolati per la disciplina delle prestazioni di lavoro accessorio, riferite ad attività di supporto alle famiglie in ambito domestico e di cura e assistenza alla persona; d) nel limite di risorse programmate a tali fini, forme di agevolazione, anche contributiva, a favore delle imprese per le sostituzioni di maternità, per il rientro delle donne al lavoro e per le attività di formazione ad esse destinate; e) che una quota della dotazione del Fondo di garanzia per le piccole e medie imprese, di cui all'art. 2, comma 100, lett. a, della l. 23 dicembre 1996, n. 662, sia riservata all'avvio delle nuove imprese femminili e al sostegno della loro attività per i primi due anni; f) il rifinanziamento del Fondo per il finanziamento di sgravi contributivi per incentivare la contrattazione di secondo livello, destinata alla promozione della conciliazione tra vita professionale e vita privata, di cui all'art. 25 del d.lgs. n. 80/2015; g) ulteriori interventi di rafforzamento delle misure volte ad incoraggiare il lavoro femminile nelle Regioni del Mezzogiorno; h) ulteriori incentivi per favorire l'emersione del lavoro sommerso in ambito domestico, con particolare riferimento alla condizione delle lavoratrici del settore; i) il sostegno alla formazione in materia finanziaria delle imprenditrici e alla digitalizzazione delle imprese.

Oltre alle deleghe appena illustrate, si segnala infine, l'art. 2, comma 2, lett. i, della l. n. 32/2022: che, tra i principi e criteri direttivi della delega al Governo per il riordino e il rafforzamento delle misure di sostegno all'educazione dei figli ⁽⁶⁵⁾, introduce quello di «prevedere specifici benefici fiscali aggiuntivi per le forme di welfare aziendale individuate dalla contrattazione collettiva aziendale, aventi ad oggetto misure di sostegno all'educazione e alla formazione dei figli, nonché alla tutela della loro salute, anche mediante appositi

⁽⁶⁴⁾ PNRR, p. 80. In cui si specifica, tra i propositi del *Family Act*, quello del rafforzamento delle misure volte a incentivare il lavoro femminile, anche tramite l'introduzione di agevolazioni fiscali per le spese sostenute per gli addetti ai servizi domestici o di assistenza di familiari con *deficit* di autonomia, assunti con contratto di lavoro subordinato, tenendo conto dell'ISEE delle famiglie. Sono, altresì, previste misure premiali per i datori di lavoro che realizzino politiche atte a promuovere una piena armonizzazione tra vita privata e lavoro, quali, ad esempio, il lavoro flessibile, il lavoro agile e il telelavoro.

⁽⁶⁵⁾ Il PNRR (p. 79) prevede, nell'ambito del riordino delle misure di sostegno all'educazione dei figli a carico e per l'introduzione di nuove provvidenze, da realizzarsi col *Family Act*, la concessione di contributi che possono coprire anche l'intero importo delle rette degli asili nido, dei micro-nidi, delle sezioni primavera e delle scuole dell'infanzia, nonché l'attivazione di servizi di supporto a domicilio per le famiglie con figli di età inferiore a 6 anni. Sono, altresì, previste misure di sostegno per le famiglie, in relazione sia alle spese sostenute per i figli affetti da patologie fisiche e non, compresi i disturbi specifici dell'apprendimento, sia alle spese documentabili per l'acquisto dei libri di testo della scuola secondaria di primo e di secondo grado, sia alle spese per viaggi di istruzione, per l'iscrizione o l'abbonamento ad associazioni sportive e per la frequenza di corsi di lingua straniera, arte e musica.

strumenti assicurativi» (tali disposizioni devono, inoltre, essere attuate, tenendo conto delle esigenze specifiche, in caso di presenza di una o più persone con disabilità all'interno del nucleo familiare, e considerando, tra le spese rilevanti, quelle legate a servizi, attività e prestazioni di accompagnatori, assistenti personali, educatori o altri operatori in favore della persona con disabilità: lett. *m*).

Anche la l. delega n. 32/2022 predispone uno stanziamento finanziario, in particolare stabilendo che i benefici relativi alle misure di entrambe le deleghe, di cui agli artt. 3 e 4, siano riconosciuti nell'ambito delle risorse disponibili ai sensi dell'art. 8, anche prevedendone l'attuazione in forma progressiva (art. 3, comma 4; e art. 4, comma 3) ⁽⁶⁶⁾. In definitiva, pure nel contesto di un siffatto progetto organico di riforma delle politiche per la famiglia, non può che essere rimarcata l'opportunità che, accanto alla giusta attenzione alla componente giovane dei figli e ai disabili, trovi spazio un ampliamento delle misure in favore degli anziani in genere, membri di essa.

⁽⁶⁶⁾ L'art. 8 della l. n. 32/2022, recante le *Disposizioni finanziarie*, stabilisce (comma 1) che all'attuazione degli artt. 3 e 4 (nonché 2, 5 e 6) della legge si provvede nei limiti: a) delle eventuali risorse residue dell'autorizzazione di spesa di cui all'art. 1, comma 339, della l. n. 160/2019, quali risultanti all'esito degli utilizzi disposti ai sensi dell'art. 3, comma 1, alinea, della l. n. 46/2021 (sull'istituzione dell'assegno unico e universale per i figli a carico); b) delle risorse derivanti dalla modificazione o dall'abolizione delle detrazioni fiscali previste dall'art. 12, comma 1, lett. *c*, e comma 1 *bis*, del testo unico delle imposte sui redditi, di cui al d.P.R. 22 dicembre 1986, n. 917, quali risultanti all'esito dell'attuazione di quanto previsto dall'art. 3, comma 1, lett. *b*, n. 1, della l. n. 46/2021; c) delle risorse derivanti dalla modificazione o dall'abolizione delle seguenti misure: 1) detrazione delle spese documentabili per i contratti di locazione stipulati da studenti universitari fuori sede (prevista dall'art. 15, comma 1, lett. *i-sexies*, d.p.r. n. 917/1986); 2) buono per il pagamento di rette relative alla frequenza di asili nido e altri servizi per l'infanzia (di cui all'art. 1, comma 355, l. n. 232/2016). Fermo restando che all'attuazione delle deleghe si provvede nei limiti delle predette risorse, qualora uno o più decreti legislativi determinino nuovi o maggiori oneri, che non trovino compensazione al proprio interno o mediante l'utilizzo delle risorse di cui all'art. 8, comma 1, essi sono adottati solo successivamente o contestualmente all'entrata in vigore dei provvedimenti legislativi che stanziino le occorrenti risorse finanziarie, in conformità all'art. 17, comma 2, della l. n. 196/2009 (comma 2).

L'impatto del decreto n. 105/2022 sul contesto. Ottimismo della volontà, pessimismo dell'intelligenza e pragmatismo visionario*

di Valeria Filì

Abstract – La ricerca della conciliazione tra attività lavorativa e vita privata costituisce la più moderna declinazione delle pari opportunità tra donne e uomini. Il d.lgs. n. 105/2022 mira a stimolare la condivisione delle responsabilità di cura tra uomini e donne e il conseguimento della parità di genere in ambito sia lavorativo sia familiare. Si tratta di un obiettivo molto ambizioso in cui l'ottimismo del legislatore (europeo e italiano) si scontra con il pessimismo che scaturisce dalla cruda realtà fatta di gender gap e inverno demografico, che impongono di restare con i piedi per terra e adottare un atteggiamento di pragmatismo visionario.

Abstract – The search for work-life balance is the most modern form of equal opportunities for women and men. The legislative decree n. 105/2022 aims to stimulate the sharing of care responsibilities between men and women and the achievement of gender equality in both work and family. This is a very ambitious goal in which the optimism of the legislator (European and Italian) clashes with the pessimism that arises from the harsh reality of the gender gap and demographic winter, which require us to keep our feet on the ground and adopt an attitude of visionary pragmatism.

Sommario: 1. Il d.lgs. n. 105/2022 e il mantra della conciliazione. – 2. L'identikit dell'Italia nel 2022: disequilibrio di genere, bassa occupazione femminile e bassissima natalità. – 3. Le politiche per il lavoro possono trasformarsi in politiche per la famiglia... e viceversa? – 4. «*Huston, we have a problem*». – 5. Il difficile cambio di paradigma: *male breadwinner/female caregiver* vs *dual-earner/dual-carer*. – 6. I figli: fardello individuale o risorsa collettiva? *Errare humanum, perseverare autem diabolicum*. Una proposta.

1. Il d.lgs. n. 105/2022 e il mantra della conciliazione

La ricerca della conciliazione tra attività lavorativa e vita privata per i genitori e i prestatori di assistenza è diventato un mantra che si sente spesso ripetere in vari contesti: normativo, sindacale, sociale e politico.

Si tratta della nuova e più moderna declinazione delle pari opportunità tra donne e uomini, in cui la situazione di svantaggio di fatto o la presenza di ostacoli che si frappongono al raggiungimento dell'eguaglianza sostanziale è costituita, per un verso, dal

* Questo contributo è stato realizzato nell'ambito del progetto di ricerca "PRIN LIVEABLE - LABOUR AS A DRIVER OF SUSTAINABLE DEVELOPMENT" (Bando 2020 - Prot. 20205W92MT), CUP G23C22000560001, finanziato dal programma PRIN.

lavoro, se ci si pone nella prospettiva delle esigenze di cura familiare, e, per altro verso, dalla famiglia, se al contrario si guarda attraverso la lente dell'attività professionale (*amplius* A. TROJSI, in questo volume, tomo II, parte I).

Questo mantra è stato per moltissimo tempo declinato solo al femminile, come esigenza delle donne di potersi “barcamenare” tra due dimensioni: quella del lavoro e quella della famiglia. Il tema della conciliazione è stato, quindi, da sempre considerato un “problema” delle donne, attrici con un doppio ruolo, titolari di una schizofrenica doppia presenza che le ha portate a confrontarsi con i tradizionali modelli di riferimento, quello del padre di famiglia “che porta i soldi a casa” (*male breadwinner*), da un lato, e quello delle madri “angeli del focolare” (*female caregiver ...and housekeeper*), dall'altro.

Gli uomini, inizialmente estromessi, sono entrati lentamente e in punta di piedi in questa doppia dimensione, con ruoli minori o come sostituti delle protagoniste: basta ricordare le sentenze pronunciate a cavallo degli anni '80 e '90 dalla Corte costituzionale sulle l. n. 1204/1971 e n. 903/1977, che hanno lentamente dato visibilità giuridica al ruolo dei padri nell'accudimento e allevamento della prole ⁽¹⁾.

Solo nel 2000, con la l. n. 53 (emanata su *input* della direttiva 96/34/CE concernente l'accordo quadro sul congedo parentale concluso dalle parti sociali europee) alla tutela della funzione sociale della maternità si è affiancata la promozione dell'equilibrio tra tempi di lavoro, di cura, di formazione e di relazione anche mediante la valorizzazione della funzione sociale della paternità. La concretizzazione del sostegno alla maternità e alla paternità è stata realizzata, poi, tramite il testo unico approvato con d.lgs. n. 151/2001, più volte modificato, anche in maniera significativa (*amplius* cfr. F. MARI-NELLI, in questo volume, tomo II, parte I, sez. I).

In questo contesto, il d.lgs. n. 105/2022 introduce un *aliquid novi*: nell'art. 1 si legge infatti che «il presente decreto reca disposizioni finalizzate a migliorare la conciliazione tra attività lavorativa e vita privata per i genitori e i prestatori di assistenza, al fine di conseguire la condivisione delle responsabilità di cura tra uomini e donne e la parità di genere in ambito lavorativo e familiare».

Il mantra della conciliazione viene per la prima volta accompagnato dalla specificazione che l'obiettivo va conseguito nella prospettiva della condivisione delle responsabilità di cura tra uomini e donne e del conseguimento della parità di genere in ambito *sia* lavorativo *sia* familiare.

Questa nuova attenzione viene sollecitata dall'Unione europea e non solo dalla direttiva 2019/1158, di cui il d.lgs. n. 105 ne costituisce attuazione, ma anche dai principi 2 e 9 del Pilastro europeo dei diritti sociali e dell'art. 23 della Carta dei diritti fondamentali dell'UE (*amplius infra* cfr. N. RUCCIA, in questo volume, tomo II, parte I), essendosi compreso che le politiche per la famiglia non possono essere relegate a “questioni di donne”, stanti l'emorragia demografica che caratterizza – sebbene in modo diverso – tutti i Paesi dell'UE e il *gender gap*, anch'esso variamente declinato ma ovunque persistente.

La direttiva UE parte dalla constatazione che «lo squilibrio nella concezione delle politiche a favore dell'equilibrio tra attività professionale e vita familiare tra donne e uomini rafforza gli stereotipi e le differenze di genere nell'ambito del lavoro e

(1) C. cost. 19 gennaio 1987, n. 1; 21 aprile 1993, n. 179; 15 luglio 1991, n. 341.

dell'assistenza» (considerando 11) e che «facilitando la conciliazione tra lavoro e vita familiare per tali genitori e prestatori di assistenza, la presente direttiva dovrebbe contribuire a conseguire gli obiettivi del trattato di parità tra uomini e donne per quanto riguarda le opportunità sul mercato del lavoro, la parità di trattamento sul posto di lavoro e la promozione di un livello di occupazione elevato nell'Unione» (considerando 18).

La funzione delle regole è quella di conformare le condotte per il raggiungimento di determinati obiettivi e, in questo caso, si tratta di incidere sulla tradizionale divisione dei ruoli nella famiglia, cosa niente affatto semplice seppur essenziale per il raggiungimento di una parità effettiva di diritti e di doveri tra i genitori.

Poiché «la maggior parte dei padri non si avvale del diritto al congedo parentale o trasferisce una parte considerevole di tale diritto alle madri» (considerando 20), la direttiva prevede un minimo di congedo non trasferibile da un genitore all'altro, in modo da condizionare i comportamenti di entrambi e indurre i padri ad una maggiore collaborazione, così auspicabilmente agevolando il reinserimento delle madri nel mercato del lavoro. Come dimostrano gli studi comparati (*amplius* cfr. P. MARTINO, in questo volume, tomo II, parte I), solo congedi obbligatori, non cedibili alla madre e indennizzati *in toto* spingono i padri al loro utilizzo.

In altri Paesi dell'UE è già in atto da tempo la sperimentazione di congedi diretti ad entrambi i genitori che possono decidere di gestirli come meglio credono (*amplius* cfr. P. MARTINO, cit.) e queste misure stanno cominciando a scalfire l'atavica ripartizione dei compiti all'interno della coppia.

Il d.lgs. n. 105 recepisce il principio del minimo di congedo non trasferibile (*take it or lose it*) elevando a tre i due mesi previsti nella direttiva, ma solo un mese viene coperto economicamente all'80% (v. l. n. 197/2022), mentre per gli altri è prevista la tradizionale indennità pari al 30% della retribuzione (*amplius* cfr. R. CASILLO, in questo volume, tomo II, parte II, sez. I).

Va certamente evidenziato che il d.lgs. n. 105 intraprende apprezzabilmente la strada della maggior condivisione dei compiti di cura e allevamento della prole, ma è di tutta evidenza che la corresponsabilizzazione dei padri non si realizza ipotizzando una presenza sporadica e facoltativa, dovendosi, viceversa, puntare su strumenti più efficaci accompagnati da una indispensabile opera di informazione capillare (e magari anche di formazione culturale) rivolta agli aventi diritto (*amplius* cfr. L. CASANO, in questo volume, tomo II, parte II, sez. IV). Il congedo di paternità obbligatorio dura, infatti, solo dieci giorni e quello alternativo è previsto in ipotesi tassative di mera sostituzione della madre (*amplius* cfr. F. MARINELLI, cit.).

Tornando alla direttiva, questa propone un allargamento del campo di applicazione dei congedi per i genitori oltre i confini della subordinazione, così riducendo teoricamente il tradizionale divario tra lavoratrici e lavoratori dipendenti e autonomi (*amplius* cfr. N. DELEONARDIS, in questo volume, tomo II, parte II, sez. I). Seguendo le indicazioni eurounitarie, il d.lgs. n. 105 provvede ad estendere anche ai padri lavoratori autonomi il diritto al congedo parentale (sebbene in versione *minor* rispetto a quello riservato ai lavoratori subordinati) e la relativa indennità, ma ne condiziona la fruibilità al mancato svolgimento dell'attività lavorativa, rendendo quindi poco allettante, se non addirittura controproducente, la misura (*amplius* cfr. P. STOLFA, in questo volume, tomo II, parte II, sez. I).

Maggiore attenzione e migliore trattamento viene riservato agli iscritti alla Gestione separata Inps, madri e padri, dotandoli del medesimo presidio sanzionatorio previsto per i genitori lavoratori subordinati, pur permanendo ancora criticabili differenze di tutela rispetto a questi ultimi (*amplius* cfr. L. TASCINI e G. PICCO, in questo volume, tomo II, parte II, rispettivamente sez. III e sez. IV).

Con riferimento, invece, allo strumento della flessibilità oraria nella prospettiva di favorire i c.d. tempi di vita – che poi di fatto si traducono nei tempi dell'accudimento – le esperienze comparate insegnano che sono le donne che tendono ad optare per rapporti a tempo parziale e, dalla pandemia in poi, anche per il lavoro agile (*amplius* cfr. P. MARTINO, cit.). Sul punto il d.lgs. n. 105 prevede un diritto di c.d. priorità nella trasformazione del contratto da tempo pieno a tempo parziale per il lavoratore che assiste un familiare in gravi condizioni di salute (*amplius infra* cfr. I. CALIA e L. TASCINI, in questo volume, tomo II, parte II, sez. III) e, sebbene la norma sia rivolta indifferentemente agli uomini e alle donne, ancora una volta saranno prevalentemente queste ultime a ridurre il loro orario di lavoro, come dimostra lo storico dei dati Inps (v. *infra* § 2). Quanto al diritto di priorità per l'accesso al lavoro agile o ad altre forme di lavoro flessibile per i *caregiver* o genitori di figli infra-dodicenni o con disabilità (*amplius infra* cfr. I. CALIA, cit., M. CERBONE, in questo volume, tomo II, parte II, sez. II, e E. DAGNINO, in questo volume, tomo II, parte II, sez. III), va rimarcato che pur trattandosi di strumenti indispensabili per la gestione domestica di situazioni di vario accudimento, costituiscono un modo per lo Stato, e le istituzioni pubbliche in genere, di scaricare sulle famiglie quello che dovrebbero invece fare i servizi alla persona. Ed è proprio questo il problema centrale che ricopre di quel velo di amaro pessimismo un provvedimento normativo certamente utile e sostanzialmente apprezzabile.

Il d.lgs. n. 105 interviene chirurgicamente in modo importante su testi normativi preesistenti (*amplius* in questo volume A. TROJSI, cit.), ma senza rivoluzionarne l'impostazione originaria, sebbene il contesto socio-economico di riferimento sia connotato da una palese e grave difficoltà di conciliazione tra attività lavorativa e vita privata per i genitori e i prestatori di assistenza, specie di sesso femminile, di insufficiente condivisione delle responsabilità di cura tra i genitori, di enorme disparità di genere in ambito lavorativo e familiare, di bassa occupazione femminile e bassissimo tasso di fecondità. L'ottimistico e ambizioso obiettivo della direttiva e del d.lgs. n. 105 di poter «migliorare la conciliazione tra attività lavorativa e vita privata per i genitori e i prestatori di assistenza, al fine di conseguire la condivisione delle responsabilità di cura tra uomini e donne e la parità di genere in ambito lavorativo e familiare» si scontra, quindi, con una realtà molto più complessa, su cui, per incidere sul serio in un arco temporale ragionevole, bisogna agire anche con altri strumenti, per non esporsi inevitabilmente al fallimento e alla decrescita (*amplius infra* § 6).

2. L'identikit dell'Italia nel 2022: disequilibrio di genere, bassa occupazione femminile e bassissima natalità

Il ritratto che l'Inps fa dell'Italia nel XXI Rapporto annuale pubblicato a luglio 2022 non costituisce una sorpresa per chi si occupa di questi fenomeni, ma certamente colpisce la forza e la nitidezza dell'analisi effettuata, segno che il più importante ente previdenziale italiano ha deciso di parlare chiaro e contribuire in modo concreto a

elevare il livello generale di attenzione su tematiche da oltre un ventennio ignorate o affrontate parzialmente e superficialmente dalla politica e, quello che è peggio, senza convinzione e visione a lungo termine.

Scrive, dunque l'Inps: «L'Italia si caratterizza [...] per un tasso di natalità tra i più bassi al mondo e per una scarsa partecipazione delle donne al mercato del lavoro; situazione che la contraddistingue da paesi europei come Francia, Danimarca e Svezia in cui alti tassi di fecondità sono accompagnati da alti tassi di occupazione femminile. D'altra parte, nei paesi sviluppati la tradizionale relazione negativa tra fecondità e partecipazione al mercato del lavoro si è invertita e adesso i dati mostrano una correlazione positiva. Diversi studi mostrano come un ruolo chiave sia giocato da fattori che facilitano la conciliazione della famiglia e della carriera: quando essi non entrano in campo o sono insufficienti meno donne lavorano e meno bambini nascono. Nel nostro Paese, caratterizzato da scarsi servizi all'infanzia e agli anziani e da norme sociali che non ripartiscono equamente il lavoro domestico e di cura all'interno delle famiglie, le donne si trovano a dover gestire un equilibrio complesso in cui si intersecano impegni familiari e professionali. Spesso, specialmente a seguito della nascita di un figlio, non riuscendo a conciliare le due sfere, molte donne abbandonano il mercato del lavoro, oppure sono costrette ad accontentarsi di un ruolo marginale, con contratti part-time e con scarse prospettive di carriera» (2).

Con queste parole l'Istituto sintetizza efficacemente le questioni cruciali sul tappeto, dal disequilibrio di genere nel lavoro e nella famiglia, alla scarsa partecipazione delle donne al mercato del lavoro e all'inverno demografico, evidenziando alcune correlazioni date per acquisite da almeno venti anni nella comunità scientifica, ma evidentemente non ancora comprese dalla classe dirigente italiana.

Chissà se i moniti e i suggerimenti dell'Istituto previdenziale per eccellenza troveranno ascolto nei Palazzi del potere oppure se ancora si continuerà ad ignorare il problema o ad affrontarlo con i soliti pannicelli caldi, che al malato oncologico non fanno nemmeno un effetto placebo.

Sempre continuando nella lettura del Rapporto Inps – quindi addirittura prescindendo dai numerosissimi *warning* annualmente pubblicati dall'Istat (3) e da quelli che da un ventennio ormai si levano da parte della comunità dei demografi (4) – ci si imbatte in una proiezione, che suona come una inquietante profezia: *rebus sic stantibus* l'analisi dei dati ci dice che «la popolazione italiana passerà dagli attuali 60 milioni a 54 milioni nel 2065. La speranza di vita alla nascita (oggi pari a 81,2 per gli uomini e 85,4 per le donne) dovrebbe continuare a crescere (arrivando a 86,1 per gli uomini e 90,2 per le donne). Questo porterà ad un aumento della quota della popolazione ultrasessantacinquenne per ancora 20 anni, per stabilizzarsi quando terminerà l'effetto dei *baby-boomers*» (5).

Due fenomeni, apparentemente inarrestabili e di per sé né positivi né negativi, quali la longevità della popolazione e la denatalità, agendo insieme in un contesto

(2) INPS, *XXI Rapporto annuale*, luglio 2022, p. 21, www.inps.it.

(3) Sito dell'Istat: <https://demo.istat.it>.

(4) *Ex multis* cfr. AA.VV., *La bassa fecondità tra costrizioni economiche e cambio di valori – Convegno Internazionale*, Roma, 15 e 16 maggio 2003, Accademia nazionale dei lincei, 2004; molto interessante e ricco di informazioni e pubblicazioni il sito/blog www.neodemos.info.

(5) INPS, *XXI Rapporto*, cit., p. 209.

caratterizzato dalla scarsa partecipazione femminile al mercato del lavoro e dalla precarietà e discontinuità lavorativa, specie dei giovani, creano le premesse per una vera e propria minaccia alle fondamenta del nostro *welfare state*, una spirale negativa che pesa come un macigno sulla crescita della nostra economia e sulla sostenibilità complessiva del “sistema Paese”.

In Italia nel 2021 l'età media delle madri al primo figlio era di 31 anni e mezzo, mentre era di circa 26 anni nel 1952; il tasso di fecondità totale, cioè il numero di figli per donna, nel 2021 era di 1,2 e si deve risalire al 1976 e procedere a ritroso per trovare tassi di fecondità maggiori di 2. In altre parole, leggendo i dati Istat, la discesa demografica inizia nel 1977 e da allora il livello di rimpiazzo (2,1 figli che sostituiscano i 2 genitori) è diventato un vero e proprio miraggio ⁽⁶⁾.

Questo traguardo, pur raggiunto dieci anni fa dalla Francia e dall'Irlanda, nel 2021 non è stato nemmeno sfiorato da nessuno degli altri Paesi dell'UE, anche se i trend dimostrano che la Germania e i Paesi dell'Est Europa sono in progressiva crescita demografica, in controtendenza rispetto agli altri e agli antipodi rispetto a quelli mediterranei. Dal 2012, in Europa, i decessi superano le nascite e pertanto senza le migrazioni extraeuropee la nostra popolazione sarebbe in ancora maggiore contrazione, in un contesto mondiale in cui, viceversa, il dato demografico continua a crescere (specie in Africa, Asia e Sud America) ⁽⁷⁾.

La minaccia ai sistemi di sicurezza sociale e sanitari della vecchia Europa è ormai talmente palpabile che sta diventando oggetto costante di dibattito e analisi a livello scientifico, ma le ricette per una ripresa e inversione di rotta sono spesso contraddittorie e parziali.

3. Le politiche per il lavoro possono trasformarsi in politiche per la famiglia... e viceversa?

L'inverno demografico in cui è lentamente ma inesorabilmente sprofondata l'Italia da ormai quasi cinquant'anni, come visto, è comune a molti altri Paesi dell'UE, ma non a tutti o non con lo stesso ritmo e proprio qui sta il punto. Esistono evidentemente degli antidoti per arginare o limitare il fenomeno, ma quali sono?

Nel 2004 con Marina Brollo presentammo un lavoro di ricerca all'Accademia nazionale dei lincei dal titolo molto esplicativo: «le politiche del lavoro possono trasformarsi in politiche per la famiglia?» ⁽⁸⁾.

Dopo vent'anni ritengo che, in realtà, le domande siano due: «le politiche del lavoro possono trasformarsi in politiche per la famiglia?» e «le politiche per la famiglia

⁽⁶⁾ ISTAT, Archivio di fecondità, <https://demo.istat.it>.

⁽⁷⁾ Emblematiche le parole di Josep Borrell, Alto rappresentante dell'Unione europea per gli affari esteri e la politica di sicurezza e vice-Presidente della Commissione UE, cfr. <https://www.eeas.europa.eu/eeas/demografia-e-europa-nel-mondo-it>. Cfr. i dati: <https://ec.europa.eu/eurostat/web/population-demography/demography/publications/demography-report>.

⁽⁸⁾ M. BROLLO e V. FILÌ, *Le politiche per il lavoro possono trasformarsi in politiche per la famiglia?* – Sezione II *Le politiche locali*, in AA.VV., *La bassa fecondità tra costrizioni economiche e cambio di valori* cit., p. 529 e ss.

possono trasformarsi in politiche per il lavoro?». E per entrambe le risposte siano positive ⁽⁹⁾.

Per comprendere le domande e dare delle risposte bisogna partire da una constatazione: data per acquisita, ormai, la parità formale dei diritti tra uomini e donne, quello che manca sono le pari opportunità, specie quelle declinate sotto il profilo della conciliazione dei tempi di vita e di lavoro o, come si dice usando l'espressione inglese, del *work-life balance*.

Le costruzioni sociali che ruotano intorno ai sessi (maschio/femmina) e vanno a definire i generi (uomo/donna) ⁽¹⁰⁾ sono storicamente e geograficamente determinate e in Italia sono profondamente mutate nel corso degli ultimi cinquant'anni, sebbene permangano molte vischiosità del passato che, infatti, producono quel disallineamento tra "essere e dover essere", che sta portando il nostro Paese verso il tracollo demografico.

La procreazione è sempre più vissuta come una scelta e sempre meno come un destino ineluttabile e, quindi, dalle giovani donne viene procrastinata e subordinata al raggiungimento di una stabilità più economico-professionale che affettiva, come ci dicono i dati sull'età media delle donne al primo parto (oltre i 31 anni nel 2021 a fronte dei quasi 26 del 1952 o quasi 25 del 1977).

È fortemente simbolico il fatto che il declino demografico italiano inizi proprio nel 1977, l'anno di promulgazione della legge n. 903, la c.d. legge Anselmi, che ha sancito la parità di trattamento tra uomini e donne in materia di lavoro.

Chiaramente i due eventi non sono direttamente correlati – non dovendosi sovrastimare l'impatto di un provvedimento normativo sulle condotte delle persone, specie se non si tratta di norme sanzionatorie – ma in ogni caso emerge con nitidezza che la seconda metà degli anni Settanta ha portato in Italia, da un lato, una contrazione delle nascite e, dall'altro, l'attuazione – sebbene ancora non piena – degli artt. 3 e 37 Cost. I semi di quello che nascerà successivamente e dei cui frutti ci stiamo nutrendo oggi, vengono gettati proprio a partire da quelli che sono spesso ricordati come gli "anni di piombo", ma che in realtà hanno portato tanto altro, innescando in modo irreversibile processi ancora in atto sotto il profilo sociale e culturale. In particolare, l'ascesa dei movimenti femministi e, in generale, la diffusione di una cultura di massa più accondiscendente verso l'emancipazione femminile, spingono un Palamento - a composizione fondamentalmente maschile - all'introduzione di riforme che cambieranno il corso della nostra Storia.

La l. n. 898/1970 sul divorzio, poi confermata dall'esito del referendum del 12 maggio 1974, la dichiarazione di parziale illegittimità costituzionale dell'art. 553 c.p. che puniva l'incitamento a pratiche contro la procreazione e rendeva illegittimo il commercio e l'uso della pillola anticoncezionale (C. cost. n. 49/1971) ⁽¹¹⁾, la l. n. 151/1975 di riforma del diritto di famiglia, la l. n. 194/1978 sull'interruzione volontaria della

⁽⁹⁾ Il *Sole 24 Ore* del 30 gennaio 2023 dedica un focus alla bassa natalità nei Paesi dell'UE e alle loro differenze.

⁽¹⁰⁾ Molto utile per comprendere cosa siano gli studi di genere e cosa si celi dietro l'etichetta "*ideologia gender*" il saggio di A.O. COZZI, [Appunti sulla cosiddetta ideologia gender in prospettiva costituzionale](#), in *Osservatorio costituzionale*, 2023, n. 1.

⁽¹¹⁾ Importante ricordare che la questione era già stata esaminata dalla Corte costituzionale nel 1965 ma era stata respinta (sent. n. 9/1965) per ragioni di "buon costume", poi superate dalla stessa Corte sei anni dopo.

gravidanza (che ha anche abrogato definitivamente il citato art. 553 c.p.) poi confermata con l'esito del referendum del 5 agosto 1981, fanno da sponda alla l. n. 7/1963⁽¹²⁾ sul divieto di licenziamento per causa di matrimonio e sulla nullità delle clausole di nubilitato, alla l. n. 1204/1971⁽¹³⁾ sulla tutela delle lavoratrici madri e alla l. n. 903/1977 sulla parità tra uomini e donne nel lavoro.

Questi importantissimi traguardi culminano nella l. n. 125/1991 sulle pari opportunità e le azioni positive, nella l. n. 215/1992 sulle azioni positive per l'imprenditoria femminile, e nella l. n. 66/1996 che, nello stabilire nuove norme contro la violenza sessuale, ne cambia completamente il paradigma, riconducendo tali condotte tra i delitti contro la persona anziché contro la moralità pubblica e il buon costume, così chiudendo il "secolo breve".

Il difficile cammino delle donne, dalla (codificata) condizione di inferiorità giuridica verso la parità formale dei diritti e poi, attraverso le pari opportunità, alla volta del riconoscimento dell'uguaglianza sostanziale, è proseguito nel XXI secolo raggiungendo importanti traguardi, ma in parallelo il tasso di fecondità dal 1977 ad oggi è diminuito e dal 2000 si è assestato tra il basso e il bassissimo (oscillando tra 1,2 e 1,4 figli per donna).

Come mai le donne, una volta "emancipatesi" hanno smesso di procreare?

Ebbene, in un ragionamento prospettico e strategico che riguardi il tema della natalità e delle politiche per la famiglia e la crescita demografica, i due elementi essenziali da considerare sono: le costrizioni economiche e il cambio di valori. Nulla di nuovo sotto il sole, visto che la comunità scientifica lo aveva già messo in evidenza nei primi anni 2000⁽¹⁴⁾.

Il fattore "d", cioè il ruolo svolto dalle donne nella nostra società e nel mercato del lavoro non va tenuto sullo sfondo, ma piuttosto va messo in primo piano.

Le donne giovani ormai non scelgono la maternità come unica fonte di soddisfazione personale, ma la cercano dopo aver ottenuto la loro realizzazione professionale o quantomeno una indipendenza economica. Inoltre, la decisione riproduttiva è spesso inibita dalla consapevolezza di doversi accollare quasi integralmente l'onere della cura e dell'allevamento dei figli, compito che, in una società ancora molto tradizionalista e sostanzialmente patriarcale, viene fatto gravare fundamentalmente sulle madri.

Specialmente le esperienze straniere, ma anche i fallimenti italiani, dimostrano in maniera sempre più marcata una interconnessione tra le politiche per il lavoro e quelle per la famiglia, secondo una relazione biunivoca che può produrre effetti positivi, negativi o di totale stallo.

Le donne fanno figli se hanno un lavoro, ma i figli sono di ostacolo al lavoro.

Le politiche per il lavoro possono certamente trasformarsi in politiche per la famiglia, *ma solo se* le politiche per la famiglia *non* sono di ostacolo alle politiche per il lavoro.

Veniamo al primo aspetto: le politiche per il lavoro incuranti della centralità delle donne nella società attuale come fattore indispensabile di sviluppo e di crescita e inefficaci nel combattere le persistenti discriminazioni e i disequilibri di genere, tutt'ora profondamente diffusi e radicati, non hanno (avuto) l'effetto di stimolare

(12) Poi rifluita nell'art. 35 del d.lgs. n. 198/2006, c.d. Codice delle pari opportunità.

(13) Poi abrogata ad opera del d.lgs. n. 151/2001, c.d. Testo unico di sostegno alla maternità e paternità.

(14) AA.VV., *La bassa fecondità tra costrizioni economiche e cambio di valori*, cit., p. 529 ss.

L'occupazione femminile di qualità, quindi quella che porta le donne in età fertile a scegliere di procreare.

Sull'altro fronte, politiche per la famiglia sporadiche e altalenanti, incentrate su una concezione di famiglia tradizionale negli anni Cinquanta ma ormai *démodé*, per non dire obsoleta, che vede ancora la donna come “angelo del focolare” e unica responsabile dell'accudimento di minori e anziani, unita alla costante carenza di investimenti adeguati sui servizi per l'infanzia e per la terza età, hanno costretto le donne a sopportare il peso delle scelte riproduttive della coppia e della cura dei familiari non autosufficienti, così inibendo o comunque depotenziando la loro partecipazione attiva al mercato del lavoro.

Il *welfare state* italiano si fonda anche sul welfare – con la “w” minuscola – rappresentato da quella popolazione femminile che sopperisce alla carenza strutturale di servizi che sono da considerarsi essenziali per una società che vuole crescere sotto il punto di vista demografico ed economico. Le nonne sostituiscono gli asili nido, le madri sostituiscono i servizi di dopo-scuola e, durante la pandemia, anche le stesse scuole, le donne di tutte le età sostituiscono le case di cura, di riabilitazione e di riposo.

L'accesso a strutture pubbliche adeguate, dignitose ed economicamente sostenibili che offrono servizi per l'infanzia, la non autosufficienza, la terza età (per non parlare della pre-adolescenza) è sostanzialmente negato alla maggior parte della popolazione italiana, con rare eccezioni ⁽¹⁵⁾.

Se le politiche del lavoro stimolassero la partecipazione femminile al mercato del lavoro, favorirebbero la creazione di nuove famiglie e l'adozione da parte delle giovani coppie di scelte riproduttive; parallelamente, se le politiche per la famiglia supportassero le coppie che lavorano con una serie robusta, affidabile e economicamente accessibile di servizi all'infanzia, alla pre-adolescenza, alla disabilità e alla terza età, non inibirebbero il lavoro delle donne, anzi, ne incentiverebbero la permanenza e la partecipazione attiva, con positivi effetti sull'occupazione generale e sulle entrate fiscali e contributive pubbliche.

4. «*Huston, we have a problem*»

Stando all'indice di disuguaglianza di genere elaborato dall'Eige (*European Institute for Gender Equality*) – il c.d. *Gender Equality Index* – ⁽¹⁶⁾ nel 2021 l'Italia risulta essere la Cenerentola tra i Paesi UE con riferimento al settore lavoro e, come detto, lo è anche con riferimento al tasso di fecondità (insieme alla Spagna e a Malta).

Invece di pianificare e adottare politiche per il lavoro sintoniche con quelle per la famiglia, finalizzando entrambe alla crescita sostenibile da un punto di vista economico e sociale, in Italia si ragiona a compartimenti separati, spesso in conflitto tra loro, che alimentano le disfunzioni e i cortocircuiti. Non si investe abbastanza sugli aiuti concreti e strutturali per le famiglie, continuando a scaricare sui cittadini e sulle

⁽¹⁵⁾ Si vedano i dati dell'OCPI-Osservatorio sui Conti Pubblici Italiani-Università Cattolica, spec. articolo di L. FAVERO, [Un aggiornamento sulla situazione degli asili nido in Italia](#), 7 maggio 2022.

⁽¹⁶⁾ [Eige – European Institute for Gender Equality](#). Con riferimento al settore lavoro (*work*) la media del *Gender Equality Index 2021* dei Paesi UE è di 71,6 punti mentre l'Italia arriva al 63,7 (100 punti rappresenta l'equilibrio tra i generi).

imprese il costo dei figli, come se fosse un problema individuale, tendenzialmente femminile, o al massimo da accollare al datore di lavoro, ma non certo un problema generale, della società italiana nel suo complesso e, quindi, *in primis* dello Stato.

Si assiste, quasi con rassegnazione, all'indebolimento dell'intero sistema di welfare, alla decrescita della popolazione e alla scarsa partecipazione femminile al mercato del lavoro regolare, con atteggiamento di miope, di riottosità verso il cambiamento e, in particolare, verso una diversa allocazione delle risorse pubbliche che possa tentare di spezzare il circolo vizioso.

Scrivono l'Inps che «la causa principale dello squilibrio del sistema pensionistico, da un lato, è riconducibile alla dinamica demografica e all'allungamento della speranza di vita, solo parzialmente attenuato dall'inasprimento negli ultimi venti anni dei requisiti per l'accesso alle prestazioni pensionistiche di vecchiaia e di anzianità; dall'altro, è dovuto all'elevato stock di spesa pensionistica determinata negli anni da regole di accesso alla pensione e di calcolo dell'assegno molto generose, indipendenti dalla contribuzione e dalla prevedibile durata di erogazione della rendita. La lunga stagione di riforme iniziata trenta anni fa ha contribuito in misura rilevante a contenere gli squilibri del sistema, ma solo migliorando i modelli di produzione del reddito si potrà garantire il patto intergenerazionale e adeguati livelli di finanziamento dello stato sociale. In generale, non è in discussione la stabilità dell'INPS che gode della più ampia garanzia, quella del Bilancio dello Stato; tuttavia, è importante monitorare costantemente il sistema di welfare non solo per misurarne il grado di autosufficienza ma anche per verificare l'efficienza dello stesso a rispondere ai bisogni per i quali è stato istituito» (17).

Se le politiche per il lavoro stimolassero indirettamente la natalità e le politiche per la famiglia incentivassero indirettamente la partecipazione femminile al mercato del lavoro, il circolo vizioso si spezzerebbe, viceversa innescandosi un circolo virtuoso in cui più donne lavorano e più bambini nascono, così contemporaneamente sopperendo, in proiezione futura, alla carenza di entrate fiscali e contributive e alla stabilità del welfare, come lo intendiamo oggi.

Ma di questo impegno da parte dello Stato non vi è traccia concreta, solo piccoli indizi ma ancora poco organici e, quindi, poco efficaci.

Se guardiamo ai dati del mercato del lavoro, emerge immediatamente il c.d. *gender gap*, cioè lo squilibrio tra uomini e donne nell'occupazione, nell'inattività, nei redditi da lavoro e, conseguentemente, in quelli pensionistici.

Nel 2022 il divario occupazionale tra donne e uomini è di circa il 20%, cioè quasi due volte superiore alla media europea (che è dell'11%) (18) e, allo specchio, il tasso di inattività vede le donne al di sopra di circa 20 punti rispetto agli uomini (19).

Nel Rapporto Inps si legge che su 16 milioni di pensionati al 31 dicembre 2021 il 52% sono donne ma queste percepiscono il 44% delle pensioni erogate (20) e l'importo medio mensile dei redditi pensionistici percepiti dagli uomini è superiore del 37% rispetto a quello delle donne (21); «le femmine hanno numerosità maggiore rispetto ai

(17) INPS, *XXI Rapporto*, cit., p. 210.

(18) INPS, *XXI Rapporto*, cit., p. 277.

(19) ISTAT, *Occupati e disoccupati*, dicembre 2022.

(20) INPS, *XXI Rapporto*, cit., p. 16.

(21) INPS, *XXI Rapporto*, cit., p. 159.

maschi nelle classi di reddito pensionistico più basso (fino a 1.500 euro mensili), mentre la situazione si inverte in quelle di reddito più elevato (oltre i 1.500 euro mensili). Nell'ultima classe (oltre i 3.000 euro mensili) i maschi rappresentano il 70% dei percettori» (22), «il divario negli importi medi delle prestazioni è almeno in parte riconducibile a differenze nella tipologia dei trattamenti percepiti e a storie retributive più vantaggiose per i maschi» (23).

Il differenziale di genere nel reddito pensionistico è l'effetto concreto di quello che accade nel mercato del lavoro ed è quindi correlato alla retribuzione oraria, ai tempi di lavoro (ore nella settimana e settimane nell'anno) e all'anzianità contributiva²⁴.

Semplificando, la retribuzione media delle donne nel 2021 è stata di 20.415 euro, ben del 25% più bassa rispetto a quella degli uomini, in particolare a causa del peso dei contratti a tempo parziale e della discontinuità lavorativa²⁵; considerando, invece, solo le lavoratrici a tempo pieno con continuità lavorativa la differenza si riduce all'11% (26).

Il *gender wage gap* sopra evidenziato ha, dunque, delle radici molto precise.

Le donne sono spesso occupate in lavori a tempo parziale o discontinui (27), e la precarietà di lavoro conduce alla precarietà di vita e al pessimismo esistenziale: fattori che, certamente, non spingono le giovani a guardare con ottimismo e speranza al futuro e quindi alla procreazione. Se a questo si aggiunge la già scarsa partecipazione femminile nel mercato del lavoro regolare e si condisce il tutto con i pregiudizi, le discriminazioni e gli ostacoli che si frappongono alla conciliazione tra vita lavorativa e familiare, il *cocktail* letale è fatto.

Anche il fenomeno della c.d. segregazione occupazionale verticale è rilevante. L'incidenza percentuale delle donne è inferiore al 40% del totale nei settori tradizionalmente "maschili": quello metalmeccanico (in tutte le imprese, artigiane, piccole-medie o grandi che siano, in cui la presenza femminile si attesta intorno al 20%), quello edile (il cui la presenza femminile va dal 6 all'8%), quello autoferrotranviere (11%), della logistica e trasporto merci (16%), quello del legno, mobile e arredamento (23%), quello della gomma e materie plastiche (26%), agricolo (32%) e, infine, quello alimentare e chimico-farmaceutico (rispettivamente 34 e 35%). Viceversa esistono settori in cui domina la presenza femminile: *in primis*, nel lavoro domestico (85%), nei settori degli studi professionali e dell'acconciatura, estetica e centri benessere (84%); *in secundis* in quelli socio-sanitario, socio-assistenziale ed educativo (75-76%); poi in quello del personale non medico delle case di cura, di riposo e dei centri di riabilitazione (69%), e ancora nelle aziende di distribuzione moderna organizzata e nelle imprese artigiane di occhiali e chimica (60%), nelle imprese di pulizia e multiservizi (58%), nel tessile, abbigliamento e moda (57%), nei pubblici esercizi, ristorazione e turismo (55%). L'equilibrio di genere (47-49%) è quasi raggiunto nelle aziende di distribuzione e servizi, nei quadri direttivi delle imprese creditizie e finanziarie e nei servizi di

(22) INPS, *XXI Rapporto*, cit., p. 165.

(23) INPS, *XXI Rapporto*, cit., p. 167.

(24) INPS, *XXI Rapporto*, cit., p. 14, 168-169.

(25) INPS, *XXI Rapporto*, cit., p. 14.

(26) INPS, *XXI Rapporto*, cit., p. 75.

(27) INPS, *XXI Rapporto*, cit., p. 16.

telecomunicazione, mentre è pienamente raggiunto nel turismo e nelle imprese artigiane del settore alimentare (50%) (28).

Purtroppo, le maggiori e migliori *chance* lavorative ormai si trovano nell'area delle c.d. materie STEM (29). Nonostante i brillanti risultati raggiunti negli studi (basta consultare i dati di Almalaurea), le resistenze culturali, gli stereotipi e le discriminazioni dirette e indirette continuano a rallentare l'ingresso delle donne nel mercato del lavoro. Strumenti interessanti per stimolare le assunzioni sono gli incentivi *ad hoc*, specie nella forma dell'agevolazione contributiva (30), ma questi non possono essere utilizzati sempre, visti i limiti posti dalla normativa italiana e dell'UE (31).

Di recente (l. n. 162/2021, artt. 4 e 5) il legislatore ha introdotto la certificazione della parità di genere con la previsione di incentivi contributivi e altre premialità per stimolare l'adozione di misure concrete da parte delle imprese al fine di ridurre il divario di genere nella carriera, nella retribuzione e nel reclutamento. Sulla stessa linea si pone, in fondo, anche il d.lgs. n. 104/2022, c.d. Decreto trasparenza, che dovrebbe contribuire, tramite una maggior intellegibilità e informazione delle condizioni di lavoro, ad emendare situazioni inique (32).

5. Il difficile cambio di paradigma: *male breadwinner/female caregiver vs dual-earner/dual-carer*

«Chi dice donna dice danno»: il famoso detto popolare intriso del più becero maschilismo è ancora ritenuto valido specie se declinato nei confronti delle donne in età fertile.

I datori di lavoro sanno che un fiocco rosa o azzurro in più in azienda significa per loro la condivisione di una “responsabilità sociale” che lo Stato gli ha scaricato addosso, visti il costo economico diretto e quello organizzativo indiretto.

Nel caso del congedo di maternità obbligatorio (di cinque mesi) va considerata non solo la quota di indennità di maternità non coperta dall'Inps e prevista dalla contrattazione collettiva, ma anche l'effetto sull'anzianità di servizio, sul TFR, sulla maturazione dei ratei di tredicesima e quattordicesima e sulle ferie (art. 22 d.lgs. n. 151/2001); per il congedo parentale, può esserci un costo a carico del datore previsto dalla contrattazione per integrare l'indennità Inps, ma non maturano né le ferie né i ratei di tredicesima e quattordicesima e nemmeno il TFR, mentre deve essere computato tutto il periodo nell'anzianità di servizio (art. 34, d.lgs. n. 151/2001).

In altre parole, i congedi per i figli certamente costituiscono uno strumento importante per consentire la conciliazione tra carichi di cura e attività professionale, ma

(28) INPS, *XXI Rapporto*, cit., pp. 79, 85, 87.

(29) L'acronimo STEM si riferisce a *Science, Technology, Engineering, Mathematics*. Cfr. i dati del [World Economic Forum; Almalaurea, Laurea e laureati: scelte, esperienze e realizzazioni professionali, Rapporto, 2022](#); PNRR-Italia domani, p. 38.

(30) INPS, *XXI Rapporto*, cit., pp. 267-282.

(31) *Amplius* cfr. C. GAROFALO, *Le politiche per l'occupazione tra aiuti di Stato e incentivi in una prospettiva multilivello*, Cacucci, 2022.

(32) Cfr. la parte prima di questo volume; cfr. anche A. ZILLI, *La trasparenza nel lavoro subordinato. Principi e tecniche di tutela*, Pacini Giuridica, 2022.

hanno anche rappresentato e rappresentano un *boomerang* nelle assunzioni o nelle stabilizzazioni della forza lavoro femminile.

Troppe tutele e prevalentemente allocate in favore delle donne portano a disincentivarne l'assunzione, per evitare i costi diretti e anche le disfunzioni organizzative connesse alle assenze, specie considerando che, ad oggi, i congedi non hanno avuto un impatto significativo nella modifica degli equilibri all'interno della coppia, nemmeno quello di paternità obbligatorio introdotto in via sperimentale dalla l. n. 92/2012.

Sebbene a livello teorico si sia messo in crisi il modello tradizionale di ruoli nella famiglia (secondo cui il padre è quello che “porta i soldi a casa” e la madre “l'angelo del focolare”, cioè quella che accudisce figli e anziani e si occupa dei lavori domestici) puntandosi verso quello della condivisione degli oneri di cura e allevamento della prole (c.d. *dual-earner/dual-carer*), nei fatti il cambiamento culturale complessivo è molto lento e, cosa ancora più grave, le istituzioni non appaiono consapevoli del circolo vizioso venutosi a creare.

A questo proposito nel d.lgs. n. 105 (art. 8) si dispone che l'Istituto Nazionale per l'Analisi delle Politiche Pubbliche (Inapp), anche sulla base dei dati forniti dall'Inps, presenti ogni anno al Parlamento, al Ministero del lavoro e al Dipartimento per le politiche della famiglia una relazione che consenta il monitoraggio e la valutazione delle azioni intraprese rispetto agli obiettivi indicati nell'art. 1 del medesimo decreto.

Avere degli indicatori per verificare l'efficacia degli strumenti adottati rispetto ai *target* preposti appare indispensabile per acquisire la necessaria sicurezza che la strada intrapresa sia quella corretta. Dai dati in possesso dell'Inps e riferiti al 2021, emerge, per esempio, che solo la metà dei padri aventi diritto al congedo di paternità obbligatorio ne ha effettivamente usufruito e si tratta in media di uomini di 36 anni di età e dipendenti di imprese di grandi dimensioni e che lavorano nel Nord del Paese (va ricordato che sebbene sia definito “obbligatorio” non sono previste sanzioni nel caso di mancato utilizzo del congedo, né a carico del datore né del lavoratore) ⁽³³⁾. Con riferimento ai congedi parentali, sebbene le richieste dei padri siano aumentate, resta evidente lo sbilanciamento forte a carico delle madri, sia per la vischiosità della tradizionale allocazione dei compiti di cura all'interno della coppia, sia perché entrano in gioco valutazioni di ordine economico, non sempre razionali ma spesso adottate sulla spinta dell'emotività ⁽³⁴⁾. Se, da un lato, è vero che la scelta di continuare a riversare sulle madri il carico dell'allevamento della prole e quindi dell'utilizzo dei congedi parentali può derivare da una valutazione di costi-opportunità - perché risulta meno svantaggioso per la coppia ridurre al 30% la retribuzione del genitore che guadagna di meno (solitamente la madre), dall'altro, molte donne sono spinte a rassegnare le dimissioni entro l'anno di età del/la bambino/a potendo accedere alla Naspi, che risulta essere più conveniente dell'indennità di maternità quando questa è al 30%. In altre parole, la Naspi è stata colta come una indennità di maternità senza conservazione del posto e, purtroppo, gli effetti di questa scelta sono nefasti; come scrive l'Inps: «scegliere di dimettersi e beneficiare del sussidio di disoccupazione rispetto al congedo parentale porta più sicurezza finanziaria nel breve periodo ma ha conseguenze negative nel lungo periodo. Il reddito delle madri esposte alle riforme diminuisce significativamente nei quattro anni successivi alla maternità. Questa diminuzione deriva da una

⁽³³⁾ INPS, *XXI Rapporto*, cit., p. 348.

⁽³⁴⁾ INPS, *XXI Rapporto*, cit., p. 362.

riduzione della partecipazione al mercato del lavoro»⁽³⁵⁾. «le madri assegnano enorme valore alle prestazioni monetarie dopo la maternità. In media, le madri sono disposte a rinunciare a oltre € 30.000 in redditi nel lungo periodo per ottenere circa € 5.000 in più di prestazioni nel breve periodo. L'evidenza mostra che parte di queste scelte è derivata dall'eccessivo costo di tornare al lavoro dopo la maternità, dovuto alla mancanza di servizi per l'infanzia. L'analisi suggerisce inoltre che una riforma del congedo parentale volta ad aumentare la generosità del sussidio monetario oltre il 30% sarebbe auspicabile e aumenterebbe il welfare generale. Espandere i servizi per l'infanzia, tramite l'espansione dell'offerta di asili nido, avrebbe un simile effetto positivo»⁽³⁶⁾.

E così come nel gioco dell'oca, torniamo al punto di partenza: da un lato, le giovani donne posticipano la scelta riproduttiva subordinandola ad una sicurezza lavorativa ed economica, dall'altro lato la scelta riproduttiva induce le donne a ridurre la loro partecipazione al mercato del lavoro ritenendo di dover farsi carico in via principale della cura e dell'allevamento della prole e spesso anche dei familiari non autosufficienti.

Il d.lgs. n. 105 ha utilizzato una tecnica molto tradizionale di intervento, quella dei congedi, estendendone comunque il campo di applicazione e l'efficacia sotto numerosi punti di vista e tentando di innalzare il livello di tutela, anche economica, e ribilanciarla tra entrambi i genitori, quindi in una logica che spinge verso il modello *dual-earner/dual-carer*.

Ma tutto questo basta per invertire la rotta della denatalità e per spingere più donne a rimanere nel mercato del lavoro?

6. I figli: fardello individuale o risorsa collettiva? *Errare humanum, perseverare autem diabolicum. Una proposta.*

Paradossalmente, la previsione di congedi così estesi, articolati, spettanti ad entrambi i genitori e onerosi per i datori di lavoro, potrà addirittura ostacolare le assunzioni dei giovani, proprio per la loro naturale proiezione verso la riproduzione che verrebbe, dalle organizzazioni produttive, considerata un ulteriore costo e fonte di possibili inefficienze. Si può anche ipotizzare che la scelta delle imprese potrebbe, in molti casi, dunque ripiegare sui meno giovani, persone mature se non proprio anziane, con figli già grandi o comunque che hanno già "archiviato", in un modo o nell'altro, la questione riproduttiva.

Tutto questo perché i figli sono vissuti dalla nostra società moderna e consumistica, più come un peso che come una risorsa: un peso individuale, quasi una colpa, che va espiata dai suoi protagonisti, o meglio dalle protagoniste, che in fondo "se la sono voluta". E in questa espiazione, in questo calvario, vengono coinvolti anche i datori di lavoro che sciaguratamente hanno assunto quelle donne, e a volte quegli uomini, che oltre alla carriera e alla professione hanno a cuore il frutto del loro peccato.

Va inoltre aggiunto che i congedi sono fondamentalmente diretti ai subordinati, sebbene sia in atto l'apprezzabile tentativo di estenderli ai lavoratori parasubordinati e anche oltre.

⁽³⁵⁾ INPS, *XXI Rapporto*, cit., p. 367.

⁽³⁶⁾ INPS, *XXI Rapporto*, cit., p. 367.

Ebbene, questa impostazione alimenta le distorsioni e i fenomeni negativi a cui stiamo assistendo.

I servizi all'infanzia, nell'Italia del 2022, sono principalmente costituiti dai nonni, *recitius* dalle nonne, e poco, molto poco dagli asili nido, come ci dicono i dati ⁽³⁷⁾. Il *deficit* di servizi pubblici e gratuiti all'infanzia è enorme, seppur variamente distribuito sul territorio nazionale. Anche i servizi alle persone non autosufficienti, giovani e anziane sono carenti e comunque costosi.

«Rendere il nido un effettivo diritto per tutti», questo sarebbe davvero un cambio di paradigma ⁽³⁸⁾.

Si è preferito, invece, scaricare sui singoli e sulle imprese il peso della conciliazione tra lavoro e figli ed erogare alle madri delle modeste somme di danaro, variamente denominate, che però non hanno né dato sicurezza, né incentivato alcunché, essendo state percepite come sostegno per “sbarcare il lunario” da chi versava in stato di bisogno, e come “contributo spese” da chi non stava poi così male.

Secondo l'Osservatorio sui conti pubblici italiani dell'Università Cattolica «prima dell'introduzione dell'Assegno Unico Universale Unico (AUU), l'Italia era nelle ultime posizioni della classifica europea in quanto a spesa pubblica per famiglia e figli. Nel 2020, la spesa pubblica media per famiglia/figli in Europa è stata del 2,5 per cento del Pil: l'1,6 per cento del Pil è stato costituito da spesa per benefici in denaro e lo 0,9 per cento da benefici in beni e servizi. L'Italia, con una spesa che si è attestata fra l'1,2 e l'1,3 per cento del Pil, è risultata il secondo paese con la minor spesa, al pari con l'Irlanda; sotto di noi solo Malta. Come nella maggior parte dei paesi europei, ad eccezione di Danimarca, Finlandia Svezia e Spagna, la spesa in Italia si concentra sui benefici in denaro. A fronte di 20,7 miliardi di euro di spesa complessiva, 17,2 sono benefici in denaro (cioè una spesa pari all'1 per cento di Pil) e 3,53 benefici in beni e servizi (lo 0,2 per cento di Pil)» ⁽³⁹⁾.

Con l'Assegno unico universale (d.lgs. n. 230/2021), da marzo 2022, vi è stata una razionalizzazione dei benefici in denaro vigenti a quella data: c.d. premio alla nascita, fondo natalità, detrazioni IRPEF per i figli a carico minori di 21 anni, assegno per il nucleo familiari (a.n.f.) per i figli ⁽⁴⁰⁾.

Focalizzandosi sugli effetti dell'Assegno unico universale sul mercato del lavoro l'Inps scrive che questo «potrà esercitare auspicabilmente un effetto positivo sulla forza lavoro potenziale solo tra trent'anni. Nell'immediato non è quindi possibile prescindere dalle politiche di controllo dell'immigrazione, rendendole più fluide e più selettive, al fine di evitare che la carenza di mano d'opera qualificata si traduca in un declino della produzione» ⁽⁴¹⁾.

In ogni caso, le perplessità sull'efficacia dei trasferimenti in denaro alle famiglie per stimolare la natalità, a mio parere restano e sono molto serie, come ho già espresso in

⁽³⁷⁾ INPS, [XXI Rapporto](#), cit., p. 332. L'Istat, nel Report sull'offerta di nidi e servizi integrativi per la prima infanzia Anno educativo 2020-21, segnala la difficilissima situazione creatasi a seguito dello scoppio della pandemia di Covid-19.

⁽³⁸⁾ A. ROSINA, *Crisi demografica. Politiche per un paese che ha smesso di crescere*, Vita e Pensiero, 2021.

⁽³⁹⁾ OCPI-Osservatorio sui Conti Pubblici Italiani-Università Cattolica, articolo di C. ORLANDO, [La spesa pubblica per la famiglia](#), 25 novembre 2022; v. anche Inps, *XXI Rapporto*, cit., p. 332.

⁽⁴⁰⁾ Mi sia permesso il rinvio a V. FILÌ, *Assegno unico universale e inverno demografico tra ideale e reale*, in *LG*, 2022, n. 3, p. 221 ss.

⁽⁴¹⁾ Inps, *XXI Rapporto*, cit., p. 209.

altre sedi. Questi bonus o prestazioni di vario genere fanno certamente comodo alle famiglie, ma sono vissuti più come sussidi contro la povertà (per i meno abbienti) o contributo spese (per il ceto medio-alto) invece che incentivi che effettivamente possono modificare i comportamenti e condizionare le scelte di vita in proiezione futura. Anche se strutturale, lo stesso Assegno unico universale, non dà quella sicurezza che può dare un asilo nido, una scuola materna, un servizio di dopo-scuola, un centro estivo, una casa di riposo o un centro per la riabilitazione.

Il danaro va e viene, e questo vale sempre. Tutti sanno che lo Stato eroga questi benefici solo se il bilancio lo permette e, pertanto, sebbene a volte sbandierate come misure strutturali e non una *tantum*, i trasferimenti in denaro sono sempre intrinsecamente connotati da estrema precarietà. Un servizio invece no. Le persone percepiscono i servizi come permanenti (anche se ovviamente non lo sono), visto che ci sono luoghi, persone e organizzazioni che danno il senso della stabilità, affidabilità e costanza nel tempo. Un asilo, una scuola, un parco giochi, si toccano, si vedono e creano reti di protezione in cui lo Stato o gli enti territoriali fanno sul serio sentire la loro vicinanza alle persone.

La ricetta è quindi semplice?

Le ricette delle cose buone non lo sono mai, ma nemmeno sono troppo elaborate, basta aver chiaro in mente l'obiettivo.

Asili nido gratuiti per tutti i bambini, come le scuole materne e le scuole elementari, questo sarebbe il primo passo per una iniezione di fiducia nelle giovani generazioni, per far capire che si può lavorare, pensare alla carriera e anche avere dei figli e tutto insieme.

Il secondo passo sarebbe quello degli orari di questi servizi che dovrebbero coprire un arco temporale molto esteso, dalla mattina presto al tardo pomeriggio, come in modo visionario aveva già ipotizzato la l. n. 53/2000, rimasta, per questi aspetti, sostanzialmente lettera morta.

Il terzo passo sarebbe, poi, l'allungamento dell'orario scolastico delle scuole pubbliche, inserendo servizi di mensa e di doposcuola.

Il quarto passo, infine, sarebbe quello di centri estivi gratuiti o semi-gratuiti per tutti i ragazzi minori di 14 anni.

In quattro mosse si darebbe ai giovani - e in particolare alle donne - quel senso di sicurezza tale da poterli spingere alla scelta riproduttiva, sapendo di non dover rinunciare necessariamente alla realizzazione professionale e di poter contare sul serio sul welfare.

Lo scrivono anche le Istituzioni dell'UE, nel dodicesimo considerando alla direttiva 2019/1158 «nell'attuare la presente direttiva, gli Stati membri dovrebbero considerare il fatto che una pari fruizione dei congedi per motivi familiari tra uomini e donne dipende anche da altre misure appropriate, quali l'offerta di servizi accessibili e a prezzi contenuti per la custodia dei bambini e l'assistenza a lungo termine, che sono cruciali per consentire ai genitori e alle altre persone con responsabilità di assistenza di entrare, rimanere o ritornare nel mercato del lavoro. L'eliminazione dei disincentivi economici può anche incoraggiare i percettori di reddito secondario, nella maggior parte dei casi donne, a partecipare pienamente al mercato del lavoro».

Certamente i congedi parentali restano molto importanti, ma potrebbero essere declinati in modo diverso, meno invasivo per le imprese, valorizzando il ruolo paterno,

seppur nella prioritaria tutela della gravidanza e del puerperio. I trasferimenti di denaro andrebbero mirati alle famiglie in difficoltà, secondo una logica selettiva e non universalistica della tutela, salvi i casi di rinuncia della donna all'attività lavorativa in cui si dovrebbe prevedere un "reddito di maternità" ma nel pieno rispetto della condizionalità e quindi indissolubilmente legato anche all'adempimento dell'onere della formazione o aggiornamento professionale in vista di una ricollocazione lavorativa alla cessazione del periodo dedicato all'accudimento della prole, in modo da facilitare il reingresso nel mercato del lavoro.

Sul fronte dell'implementazione dei servizi il PNRR-Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza ha cominciato a fare qualche passo, ma ancora timido. Nella Missione 5 dedicata all'inclusione e coesione si parla di sostegno all'*empowerment* femminile e di contrasto alle discriminazioni di genere, ma il legame tra occupazione femminile e natalità non è esplicitato, mentre nella Missione 4 si ragiona di potenziamento dei servizi di istruzione, a partire dagli asili nido e dai servizi di mense e tempo pieno delle scuole, ma il processo di realizzazione degli interventi è molto lento ⁽⁴²⁾.

Va certamente ricordata la legge delega mediaticamente conosciuta come *Family Act*, (l. n. 32/2022), la quale si propone degli obiettivi molto ambiziosi: rafforzare le misure di sostegno all'educazione dei figli, intervenire nuovamente sui congedi per i genitori che lavorano, incentivare il lavoro femminile, la condivisione della cura e l'armonizzazione dei tempi di vita e di lavoro, promuovere la formazione e i servizi di supporto alle responsabilità familiari, sostenere la spesa delle famiglie per l'educazione e la formazione dei giovani. Quale sarà la sorte delle deleghe, non è dato al momento sapere, specie perché alcune scadono a maggio 2023, altre a maggio 2024, ma a farsene carico dovrebbe essere un Governo ed un Parlamento a composizione (e connotazione ideologico-politica) profondamente diversa rispetto a quello in cui il *Family Act* è maturato. Quel che è certo è che attuare (almeno) le misure previste nel PNRR diventa molto importante e ancora di più farlo al più presto, perché per invertire la rotta di certi fenomeni complessi ci vuole molto tempo e le generazioni future, sempre più esigue, ci daranno la colpa di non aver fatto tutto il possibile.

Non basta, dunque, l'ottimismo della volontà, ma serve il pessimismo dell'intelligenza, che legga e interpreti onestamente i dati, senza mistificazioni, unito ad un pragmatismo visionario che guardi al medio e lungo termine, al fine di adottare le politiche e azioni necessarie per non essere travolti dai fenomeni e, viceversa, essere in grado affrontarli e (auspicabilmente) guidarli, per consegnare ai nostri figli e alle nostre figlie un Paese che possa tornare a crescere.

⁽⁴²⁾ Si vedano gli aggiornamenti inseriti sul sito dedicato all'attuazione del PNRR per l'istruzione <https://pnrr.istruzione.it/avviso/asili>.

Il quadro europeo: la direttiva (UE) 2019/1158

di Nicola Ruccia

Abstract – Il presente contributo è destinato a valutare come, e in quale misura, la direttiva (UE) 2019/1158 si inserisce nel contesto più generale delle direttive UE, al fine di coglierne eventuali elementi problematici e/o innovativi. A tal fine l'analisi è condotta sotto diversi profili. Il primo riguarda l'iter di approvazione, la base giuridica, le motivazioni e i principali elementi che caratterizzano l'atto giuridico in questione, allo scopo di poterlo inquadrare nell'ordinamento giuridico UE. Il secondo concerne il rispetto dei principi di proporzionalità e di sussidiarietà, con l'obiettivo di comprendere se, e in quali termini, l'UE riesca ad esercitare talune specifiche competenze che le sono attribuite dai Trattati in materia di politica sociale. Il terzo si riferisce all'attuazione, a livello statale, della direttiva in oggetto esaminando per un verso, le conseguenze del suo eventuale mancato, errato o tardivo recepimento e, per altro verso, come l'attuazione medesima abbia avuto effettivamente luogo nell'ordinamento italiano.

Abstract – The aim of this paper is to evaluate how, and to what extent, directive (EU) 2019/1158 fits into the more general context of EU directives, in order to understand its eventual problematic and/or innovative issues. To this end, the analysis is carried out under three profiles. The first concerns the approval process, the legal basis, the reasons as well as the fundamental elements characterising the act of secondary law in question, to try to correctly place it in the EU legal order. The second concerns the compliance of directive (EU) 2019/1158 with the principles of proportionality and subsidiarity, with the purpose to understand whether, and in which terms, the EU is able to exercise certain specific powers attributed to it by the Treaties in the field of social policy. The third refers to the timely and correct application, implementation and enforcement of the directive at issue in the national legal orders, with particular regards to how this took place in the Italian one.

Sommario: 1. Cenni introduttivi. – 2. Analisi della direttiva 2019/1158 in relazione alle principali caratteristiche delle direttive UE. – 3. L'approvazione della direttiva 2019/1158 e la sua base giuridica. – 4. *Segue*: le motivazioni e i principali elementi caratterizzanti della direttiva 2019/1158. – 5. Il rispetto dei principi di proporzionalità e sussidiarietà nella direttiva 2019/1158. – 6. L'attuazione della direttiva 2019/1158 a livello statale e le possibili conseguenze del suo mancato, errato o tardivo recepimento. – 7. Il recepimento della direttiva 2019/1158 nell'ordinamento giuridico italiano.

1. Cenni introduttivi

La direttiva (UE) 2019/1158, del 20 giugno 2019, relativa all'equilibrio tra attività professionale e vita familiare per i genitori e i prestatori di assistenza e che abroga la direttiva 2010/18/UE ⁽¹⁾, approvata con procedura legislativa ordinaria dal

⁽¹⁾ GUUE del 12 luglio 2019, l. n. 188/1979.

Parlamento europeo e dal Consiglio, costituisce il punto di arrivo di un'evoluzione normativa che affonda le sue radici nella precedente direttiva 2010/18/UE del Consiglio, dell'8 marzo 2010, che attua un accordo quadro in materia di congedo concluso da Businessseurope, Ueapme, Ceep e Ces e abroga la direttiva 96/34/CE ⁽²⁾.

Rispetto alla direttiva del 2010, quella del 2019 si presenta alquanto più articolata e dettagliata (52 considerando e 22 articoli, a fronte di 16 considerando e 6 articoli). Nell'aprile 2017 la Commissione ne ha motivato l'approvazione in ragione della notevole evoluzione del mondo del lavoro rispetto alla direttiva 2010/18/UE, in particolare con riferimento alla crescente esigenza di porre rimedio alla sottorappresentanza delle donne nel mondo del lavoro e a sostenere la loro carriera grazie a migliori condizioni per conciliare impegni di lavoro e privati ⁽³⁾. La direttiva del 2019, inoltre, codifica la prassi, anche giurisprudenziale, sviluppatasi a livello europeo con riferimento alle precedenti direttive del 1996 e del 2010 e risponde all'esigenza, posta dall'art. 23, § 1, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea – che nel 2009, con l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, ha acquisito lo stesso valore giuridico dei Trattati europei – che la parità tra uomini e donne sia «assicurata in tutti i campi, compreso in materia di occupazione, di lavoro e di retribuzione».

Nel triennio 2017-2019 il Consiglio ha in più occasioni esaminato il testo proposto, finché la direttiva 2019/1158 è stata approvata nella sua versione definitiva in prima lettura dal Parlamento europeo il 4 aprile 2019 e dal Consiglio il 13 giugno 2019, firmata dai presidenti delle due istituzioni il 20 giugno ed entrata in vigore il 1° agosto dello stesso anno.

Il presente contributo non è volto a esaminare il contenuto della direttiva 2019/1158, che compete ad altri, ma a valutare come e in quale misura la stessa si inserisce nel contesto più generale delle direttive UE, al fine di coglierne eventuali profili problematici o innovativi.

⁽²⁾ Trattasi dell'accordo quadro riveduto in materia di congedo parentale concluso da Businessseurope, Ueapme, Ceep e Ces. La direttiva 2019/1158 ha abrogato la direttiva 2010/18 che, a sua volta, aveva abrogato la direttiva 96/34. La direttiva del 2019, inoltre, abroga implicitamente anche la direttiva 2013/62/UE del Consiglio, del 17 dicembre 2013, che modifica la direttiva 2010/18/UE che attua l'accordo quadro riveduto in materia di congedo parentale concluso da Businessseurope, Ueapme, Ceep e Ces in conseguenza della modifica dello status, nei confronti dell'Unione europea, di Mayotte.

⁽³⁾ Cfr. la proposta di direttiva avanzata dalla Commissione il 26 aprile 2017, COM(2017) 253 final. Nel motivare la sua proposta, la Commissione ha altresì aggiunto: «L'attuale quadro giuridico a livello dell'Unione e degli Stati membri prevede disposizioni limitate volte a far sì che gli uomini condividano equamente le responsabilità di assistenza con le donne. Ad esempio, non esiste attualmente una legislazione dell'UE che preveda il congedo di paternità o un congedo per prendersi cura di un familiare malato o dipendente, ad eccezione dell'assenza per motivi di forza maggiore. In molti Stati membri i regimi di congedo retribuito per i padri sono carenti rispetto a quelli per le madri. Lo squilibrio nella concezione delle disposizioni a favore dell'equilibrio tra attività professionale e vita familiare tra donne e uomini può così rafforzare le differenze di genere nell'ambito professionale e in quello dell'assistenza. Per contro, l'uso da parte dei padri di meccanismi per conciliare attività professionale e vita familiare, come i congedi, ha dimostrato di avere effetti positivi sul successivo coinvolgimento nell'educazione dei figli, riducendo la percentuale di lavoro domestico non retribuito svolto dalle donne e lasciando a queste ultime più tempo per il lavoro retribuito».

2. Analisi della direttiva 2019/1158 in relazione alle principali caratteristiche delle direttive UE

La direttiva è uno degli atti tipici di diritto derivato dell'Unione europea (UE), a carattere obbligatorio, previsti dall'art. 288 TFUE. Essa, al pari del regolamento, è obbligatoria, ma non integralmente (c.d. parziale obbligatorietà). Il regolamento, infatti, oltre ad indicare l'obiettivo, contiene anche il modo in cui raggiungerlo, configurandosi come un atto completo, mentre la direttiva obbliga gli Stati membri dell'Unione (di regola, tutti) a raggiungere un risultato, lasciandoli liberi di scegliere le forme e i mezzi attraverso i quali farlo ⁽⁴⁾. La direttiva fissa anche un termine entro il quale ciò deve essere realizzato, ma ciò non fa venir meno la circostanza che essa, già da quando entra in vigore, è obbligatoria; con la scadenza del termine di recepimento, l'obbligatorietà della direttiva si trasforma in esigibilità di quanto in essa previsto. Con riguardo alla direttiva 2019/1158, il suo art. 20 ha fissato tale termine al 2 agosto 2022. In ossequio alla citata libertà, per i medesimi Stati membri, circa le forme e le modalità di attuazione della stessa, si osserva una considerevole eterogeneità delle forme e modalità medesime nei diversi ordinamenti interni che si sostanzia, tra l'altro, anche in un diverso numero di provvedimenti interni di recepimento ⁽⁵⁾. Si segnala inoltre che, al 2 agosto 2022, essa non è stata recepita da un numero rilevante di Stati membri ⁽⁶⁾. La differenza tra regolamento e direttiva si traduce in una differenza per gli Stati membri, che a fronte di un regolamento hanno, di solito, un obbligo di *non facere*, mentre la direttiva impone un obbligo di *facere*, vale a dire di attivarsi al fine di realizzare il risultato da essa previsto. Ne consegue che, mentre a fronte di un regolamento UE nella fase c.d. discendente (di applicazione) il ruolo delle autorità nazionali (governo, parlamento, enti locali) è escluso, nella direttiva è invece necessario, poiché si tratta di un atto incompleto, seppur obbligatorio ⁽⁷⁾.

Sin dal momento della sua entrata in vigore, gli Stati UE sono tenuti a dare attuazione alla direttiva, cioè devono azionare i procedimenti – legislativi, amministrativi, ecc. – utili a far sì che essa produca i suoi effetti e si realizzi il risultato da essa stabilito. A ciò si collega anche l'obbligo di non adottare, nel tempo intercorrente tra l'entrata in vigore della direttiva e il termine per il suo recepimento, normative nazionali che siano in contrasto con la direttiva, giacché essa indica la direzione verso la quale gli Stati

⁽⁴⁾ La bibliografia sulle direttive è amplissima, per la dottrina italiana v., *ex multis*, alla monografia di F. CAPELLI, *Le direttive comunitarie*, Giuffrè, 1983.

⁽⁵⁾ Se per l'Italia è stato necessario un unico provvedimento, ne sono occorsi 2 per Bulgaria, Grecia e Malta, 4 per Danimarca, Cipro, Lettonia e Paesi Bassi, 5 per l'Estonia, 8 per la Finlandia, 9 per la Svezia, 11 per l'Austria, 16 per la Slovacchia, 18 per la Croazia, 30 per il Belgio, 31 per la Francia, 40 per la Romania e 53 per la Repubblica Ceca. Siffatta eterogeneità testimonia ampiamente la nota caratteristica principale della direttiva che è quella di fissare – per gli Stati membri – un obiettivo lasciando impregiudicato il modo attraverso cui essi devono raggiungerlo nel termine fissato.

⁽⁶⁾ Non hanno ancora provveduto: Germania, Irlanda, Spagna, Lussemburgo, Ungheria, Polonia, Portogallo e Slovenia.

⁽⁷⁾ La Corte di giustizia UE ha più volte chiarito che per valutare un atto di diritto UE non bisogna fermarsi al criterio nominalistico, ma adottare un criterio di tipo sostanziale: se un atto è formulato in un certo modo e ha certe caratteristiche, tale andrà considerato, indipendentemente dal suo *nomen iuris*. In tema v. U. VILLANI, *Istituzioni di Diritto dell'Unione europea*, Cacucci, 2020, VI ed., p. 298.

membri sono tenuti a indirizzare i rispettivi ordinamenti giuridici ⁽⁸⁾. Tale obbligo di astensione dal fare qualcosa che va contro quanto prevede la direttiva, detto di “stand still”, è manifestazione di un principio generale del diritto UE, quello di leale cooperazione.

Un ulteriore obbligo che consegue all’approvazione e all’entrata in vigore di una direttiva consiste nell’interpretare i sistemi giuridici nazionali degli Stati membri in conformità con quanto prevede la direttiva, che in quanto atto obbligatorio e volto, in prospettiva, a realizzare un’armonizzazione normativa, orienta anche sotto il profilo interpretativo le autorità degli Stati UE. Inoltre, qualora la Corte di giustizia si sia pronunciata su quella determinata direttiva, in particolare nell’esercizio della sua competenza in via pregiudiziale di cui all’art. 267 TFUE, la sua pronuncia interpretativa e quella con cui dichiara l’illegittimità di una disposizione della direttiva hanno un effetto *erga omnes*, vale a dire che sono vincolanti per tutti coloro che, negli Stati UE, sono chiamati ad applicare quella disposizione. Al momento, la direttiva 2019/1158 non è ancora stata oggetto di alcuna pronuncia giurisprudenziale.

3. L’approvazione della direttiva 2019/1158 e la sua base giuridica

Tutti gli atti giuridici di diritto UE, in particolare quelli produttivi di effetti giuridici nei confronti dei terzi, devono presentare due elementi, inseriti nella parte introduttiva (preambolo) dell’atto: l’indicazione della loro base giuridica e della motivazione ⁽⁹⁾. Questo è dovuto al principio di attribuzione, previsto dall’art. 5, § 2, TUE, poiché l’Unione europea non ha una competenza generale, ma è tenuta ad agire nei limiti di quelle che le sono attribuite – in primo luogo nei Trattati istitutivi – al fine di realizzare gli obiettivi da questi stabiliti. Quando approvano un atto di diritto derivato, quindi, le sue istituzioni sono tenute a indicare la base giuridica a sostegno della loro attività normativa, altrimenti l’atto sarà passibile di impugnazione ai fini del suo annullamento (art. 263 TFUE).

La base giuridica di un atto di diritto derivato è quella norma dei Trattati europei in ragione della quale il medesimo atto di diritto derivato viene emanato e che, quindi, lo legittima ⁽¹⁰⁾. Ne consegue che la possibilità di individuare una norma primaria da assumere quale base giuridica consente di riportare la disciplina della materia nell’orbita delle competenze materiali dell’Unione e, successivamente, delle attribuzioni delle singole istituzioni. Dalla sua scelta, inoltre, dipende la disciplina di specifici aspetti di

⁽⁸⁾ V., da ultimo, il punto 75 della sentenza della Corte (Grande sezione) del 22 gennaio 2022, causa C-181/20, *VYSOCINA WIND*, ECLI:EU:C:2022:51, in cui essa ribadisce che, per sua costante giurisprudenza, «in pendenza del termine per il recepimento di una direttiva, gli Stati membri, destinatari di quest’ultima, devono astenersi dall’adottare disposizioni atte a compromettere gravemente il risultato prescritto dalla direttiva stessa (v., in tal senso, sentenze del 18 dicembre 1997, *Inter-Environnement Wallonie*, C-129/96, EU:C:1997:628, punto 45, e del 13 novembre 2019, *Lietuvos Respublikos Seimo narių grupė*, C-2/18, EU:C:2019:962, punto 55)».

⁽⁹⁾ Su questa v. il recente contributo di A. MAFFEO, *L’obbligo di motivazione degli atti dell’Unione quale componente del diritto a una buona amministrazione*, in R. MASTROIANNI, F. ROLANDO (a cura di), *La codificazione dei procedimenti amministrativi dell’Unione europea*, Editoriale Scientifica, 2017, p. 109 ss.

⁽¹⁰⁾ Tra i contributi più recenti v. A. PISAPIA, *La base giuridica per l’adozione degli atti dell’Unione*, in *Studi sull’integrazione europea*, 2017, n. 3, p. 659 ss.

ordine procedurale come, ad esempio, la partecipazione, accanto alle istituzioni da cui promana l'atto, di altri organi e/o organismi dell'Unione, la forma e la portata che tale partecipazione deve assumere, nonché i meccanismi di voto ⁽¹¹⁾.

La base giuridica della direttiva 2019/1158 è l'art. 153, § 1, lett. *i* ⁽¹²⁾, in combinato disposto con l'art. 153, § 2, lett. *b*, TFUE ⁽¹³⁾. A sua volta, l'art. 153 TFUE richiama l'art. 151 TFUE, concernente la politica sociale dell'Unione ⁽¹⁴⁾. In particolare, essa e gli Stati membri, tenuti presenti i diritti sociali fondamentali – definiti nella Carta sociale europea firmata a Torino il 18 ottobre 1961 e nella Carta comunitaria dei diritti sociali fondamentali dei lavoratori del 1989 – promuovono l'occupazione, il miglioramento delle condizioni di vita e di lavoro, che consenta la loro parificazione nel progresso, una protezione sociale adeguata, il dialogo sociale, lo sviluppo delle risorse umane atto a consentire un livello occupazionale elevato e duraturo e la lotta contro l'emarginazione.

Sotto il profilo operativo, l'Unione e gli Stati membri mettono in atto misure che tengono conto della diversità delle prassi nazionali, in particolare nelle relazioni contrattuali, e della necessità di mantenere la competitività dell'economia dell'Unione. Siffatte misure favoriranno l'armonizzarsi dei sistemi sociali, grazie alle procedure previste dai trattati e dal ravvicinamento delle disposizioni legislative, regolamentari e amministrative.

Affinché ciò abbia luogo, la base giuridica attribuisce all'Unione la competenza ad adottare direttive (inclusa la 2019/1158) al fine di sostenere e completare l'azione degli Stati membri nel settore, tra gli altri, delle condizioni di lavoro. A tal fine, il Parlamento europeo e il Consiglio possono adottare prescrizioni che tengano conto delle condizioni effettive, ma anche delle normative nazionali nella materia di riferimento.

4. Segue: le motivazioni e i principali elementi caratterizzanti della direttiva 2019/1158

Con riferimento alle motivazioni, si osserva, innanzitutto, come siano generalmente contenute nei considerando dell'atto di diritto derivato cui si riferiscono e rappresentino, anch'esse, una delle condizioni per la sua validità poiché, in loro mancanza, è

⁽¹¹⁾ G.M. ROBERTI, *La giurisprudenza della Corte di giustizia sulla "base giuridica" degli atti comunitari*, in FI, 1991, IV, c. 99 ss., c. 100.

⁽¹²⁾ «1. Per conseguire gli obiettivi previsti all'articolo 151, l'Unione sostiene e completa l'azione degli Stati membri nei seguenti settori: [...] i) parità tra uomini e donne per quanto riguarda le opportunità sul mercato del lavoro ed il trattamento sul lavoro».

⁽¹³⁾ «2. A tal fine il Parlamento europeo e il Consiglio: [...] b) possono adottare nei settori di cui al paragrafo 1, lettere da a) a i), mediante direttive, le prescrizioni minime applicabili progressivamente, tenendo conto delle condizioni e delle normative tecniche esistenti in ciascuno Stato membro. Tali direttive evitano di imporre vincoli amministrativi, finanziari e giuridici di natura tale da ostacolare la creazione e lo sviluppo di piccole e medie imprese.

Il Parlamento europeo e il Consiglio deliberano secondo la procedura legislativa ordinaria previa consultazione del Comitato economico e sociale e del Comitato delle regioni».

⁽¹⁴⁾ In dottrina cfr. E. ALES, *Article 153 TFEU*, in E. ALES, M. BELL, O. DEINERT, S. ROBIN-OLIVIER (eds.), *International and European Labour Law, Article by Article Commentary*, Nomos, Beck, Hart, 2018, p. 355 ss.; A. SANTINI, *La politica sociale e dell'occupazione*, in U. DRAETTA, N. PARISI, *Manuale di Diritto dell'Unione europea, Parte speciale: Il Diritto sostanziale*, Giuffrè, 2018, p. 239 ss., p. 247.

suscettibile di essere annullato per violazione delle forme sostanziali *ex art.* 263, § 2, TFUE. L'indicazione delle motivazioni – sia di fatto che di diritto – è rivolta, per un verso, a consentire alla Corte di giustizia di esercitare il proprio sindacato sull'atto in questione, ripercorrendone l'iter logico di adozione e, per altro verso, a fare conoscere, tanto agli Stati membri che ai singoli interessati, le ragioni della relativa emanazione, anche in funzione dell'eventuale tutela dei propri diritti ⁽¹⁵⁾. Sebbene, secondo una giurisprudenza consolidata, non debbano necessariamente essere indicati tutti gli elementi di fatto e di diritto pertinenti, poiché oltre al tenore letterale, occorre considerare il contesto e l'insieme delle norme che disciplinano la materia ⁽¹⁶⁾, occorre sottolineare come la loro specificazione contribuisca a garantire il rispetto del principio della certezza del diritto.

Le motivazioni dell'emanazione della direttiva 2019/1158 sono molteplici. Alcune sono di ampia portata e ribadiscono sia principi fondamentali di diritto dell'Unione europea, sia principi di politica sociale, oltre che conquiste dei lavoratori. Altre, invece, hanno un elevato grado di specificità.

Tra i primi vi è il principio della parità tra uomini e donne di cui all'art. 3, § 3, comma 2, TUE. Parimenti importante è il riferimento a due Convenzioni delle Nazioni unite. Trattasi di quella del 1989 sui diritti del fanciullo – che, all'art. 18, § 1 prevede la responsabilità di allevare il fanciullo e di provvedere al suo sviluppo per entrambi i genitori, i quali dovrebbero essere guidati principalmente dall'interesse superiore del fanciullo medesimo – e di quella del 2006 sui diritti delle persone con disabilità – il cui art. 7, § 1, dispone che le parti contraenti adottino ogni misura necessaria a garantire il pieno godimento di tutti i diritti umani e delle libertà fondamentali da parte dei minori con disabilità, su base di uguaglianza con gli altri minori. Poiché l'Unione ha ratificato entrambe le Convenzioni, esse sono divenute parte integrante del suo ordinamento giuridico. Pertanto, il diritto derivato UE deve essere conforme ad esse e interpretato in un modo coerente con le medesime.

Tra i principi di politica sociale richiamati nelle motivazioni vi è il riferimento all'art. 23 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, in base al quale la parità tra uomini e donne va assicurata in tutti i campi, anche in materia di occupazione, di lavoro e di retribuzione. Di pari portata e importanza è il riferimento al pilastro europeo dei diritti sociali, proclamato a Göteborg il 17 novembre 2017 ⁽¹⁷⁾. In particolare,

⁽¹⁵⁾ Sentenza della C. giust. 7 luglio 1981, causa 158/80, *Rene*, ECLI:EU:C:1981:163, punto 25. Sull'obbligo di motivazione v. U. VILLANI, *Istituzioni di Diritto dell'Unione europea*, cit., p. 289 ss.; nonché R. ADAM, A. TIZZANO, *Manuale di diritto dell'Unione europea*, II ed., Giappichelli, 2017, p. 168 ss.

⁽¹⁶⁾ V., *ex multis*, le sentenze della Corte di giustizia del 9 novembre 1995, causa C-466/93, *Atlanta Fruchthandels-gesellschaft mbH e altre*, ECLI:EU:C:1995:370, punto 16; del 10 dicembre 2003, causa C-127/00, *Hässle*, ECLI:EU:C:2003:661, punto 43.

⁽¹⁷⁾ Approvato, a Göteborg, il 17 novembre 2017. Trattasi di un articolato insieme di documenti che contengono principi giuridicamente non vincolanti. Cfr. COMITATO ECONOMICO E SOCIALE EUROPEO, *Impatto della dimensione sociale e del pilastro europeo dei diritti sociali sul futuro dell'Unione europea*, SOC/564, 19 ottobre 2017, § 1.3. Esso rappresenta, una «guida per realizzare risultati sociali e occupazionali efficaci in risposta alle sfide attuali e future, così da soddisfare i bisogni essenziali della popolazione, e per garantire una migliore attuazione e applicazione dei diritti sociali». Cfr. [Proclamazione interistituzionale sul Pilastro europeo dei diritti sociali](#), punto n. 12 del Preambolo. In tema v. E. TRIGGIANI, *Il principio di solidarietà nell'Unione europea*, in *DLRI*, 2021, n. 2, p. 235 ss., nonché U. VILLANI, *La politica sociale nel Trattato di Lisbona*, in *RGL*, 2012, n. 1, p. 25 ss.; A. CIANCIO, *Verso un "pilastro europeo dei diritti sociali"*, in *federalismi.it*, 2016, n. 13; S. GIUBBONI, *L'insostenibile leggerezza del Pilastro*

si menzionano i principi n. 2 e n. 9, secondo i quali, rispettivamente, la parità di trattamento e di opportunità tra donne e uomini deve essere garantita, nonché rafforzata, in tutti i settori e sia i genitori che le persone con responsabilità di assistenza hanno diritto a un congedo appropriato, a modalità di lavoro flessibili e all'accesso ai servizi di assistenza. Inoltre, gli uomini e le donne hanno pari accesso ai congedi speciali al fine di adempiere alle loro responsabilità di assistenza e sono incoraggiati a usufruirne in modo equilibrato ⁽¹⁸⁾.

Il legislatore è consapevole dei profondi cambiamenti demografici intercorsi e delle sfide che hanno generato le quali, associate alla pressione che ne deriva sulla spesa pubblica in alcuni Stati membri, potrebbero ragionevolmente condurre a un aumento delle esigenze in termini di assistenza informale. Le politiche sociali in materia di equilibrio tra attività professionale e vita familiare da porre in essere dovrebbero condurre, almeno in linea potenziale, al conseguimento della parità di genere promuovendo la partecipazione delle donne al mercato del lavoro e l'equa ripartizione delle responsabilità di assistenza tra uomini e donne. In tal modo, si intende colmare il divario di reddito e di retribuzione di genere. Le politiche in questione, inoltre, tengono conto dei suddetti cambiamenti demografici, compresi gli effetti dell'invecchiamento della popolazione.

Il legislatore europeo ritiene che uno dei principali fattori che contribuiscono alla sottorappresentanza delle donne sul mercato del lavoro sia la difficoltà di conciliare l'attività professionale con gli impegni familiari. A suo avviso, le donne che hanno figli sono propense a dedicare meno ore al lavoro retribuito e più tempo all'adempimento di responsabilità di assistenza non retribuite. Parimenti, un familiare malato o dipendente ha un impatto negativo sull'occupazione femminile e porta alcune donne ad abbandonare completamente il mercato del lavoro.

La direttiva 2019/1158 si inserisce in un quadro giuridico che prevede incentivi limitati volti a far sì che gli uomini condividano equamente le responsabilità di assistenza. La mancanza di congedi di paternità e parentali retribuiti in molti Stati membri contribuisce, infatti, al basso utilizzo di congedi da parte dei padri. Lo squilibrio nella concezione delle politiche a favore dell'equilibrio tra attività professionale e vita familiare tra donne e uomini rafforza gli stereotipi e le differenze di genere nell'ambito del lavoro e dell'assistenza. Le politiche in materia di parità di trattamento intendono affrontare la questione degli stereotipi relativi alle professioni e ai ruoli sia maschili sia femminili, e le parti sociali sono incoraggiate ad agire in base al loro ruolo fondamentale di informare sia i lavoratori sia i datori di lavoro e di sensibilizzarli in merito alla lotta alla discriminazione. Inoltre, è dimostrato che l'uso di meccanismi per conciliare attività professionale e vita familiare da parte dei padri, come il congedo o le modalità di lavoro flessibili, incide positivamente sulla riduzione della percentuale di lavoro domestico non retribuito svolto dalle donne e lascia loro più tempo per il lavoro retribuito.

europeo dei diritti sociali, in PD, 2018, n. 4, p. 557 ss.; P. GARGIULO, *Il futuro dell'Europa sociale: contenuto, problemi e limiti del pilastro europeo dei diritti sociali*, in *La Comunità Internazionale*, 2019, n. 2, p. 233 ss.

⁽¹⁸⁾ Sulla direttiva 2019/1158 v. M. MILITELLO, *Conciliare vita e lavoro. Strategie e tecniche di regolazione*, Giappichelli, 2020; D. IZZI, *Il work-life balance al maschile: a proposito di congedi dei padri*, in LD, 2020, p. 333 ss.

L'efficiente attuazione della direttiva 2019/1158 prevede l'implementazione di politiche sociali connesse a quelle di parità di genere. Trattasi, fondamentalmente, di quelle afferenti all'offerta di servizi accessibili e a prezzi contenuti per la custodia dei bambini e per l'assistenza a lungo termine. Esse sono considerate cruciali per consentire ai genitori e alle altre persone con responsabilità di assistenza di entrare, rimanere o ritornare nel mercato del lavoro. L'eliminazione dei disincentivi economici, infatti, può anche incoraggiare i percettori di reddito secondario – nella maggior parte dei casi donne – a partecipare pienamente al mercato del lavoro.

Benché la Commissione abbia promosso una consultazione con le parti sociali circa le sfide legate all'equilibrio tra attività professionale e vita familiare, tra le parti sociali medesime non vi è stato accordo su tali questioni. Ciò nonostante, il legislatore, consapevole dell'importanza di intervenire in materia, modernizzando e adeguando l'attuale quadro giuridico, ha proceduto tenendo conto sia dell'esito delle medesime consultazioni, sia di quella pubblica condotta per ottenere i pareri degli *stakeholders* e dei cittadini.

Una ulteriore motivazione specifica afferente alla politica sociale dell'Unione è data dal fatto che l'equa ripartizione delle responsabilità di assistenza tra uomini e donne, nonché l'instaurazione precoce del legame tra padre e figlio, rende opportuna l'introduzione di un diritto al congedo di paternità per i padri o, laddove e nella misura in cui sia – per motivazioni politiche – riconosciuto dal diritto nazionale, per un secondo genitore equivalente⁽¹⁹⁾. Tale congedo di paternità dovrebbe essere fruito nel periodo intorno alla nascita di un figlio ed essere chiaramente collegato a tale evento ai fini di fornire assistenza⁽²⁰⁾. Spetta sempre ad essi stabilire: i) se il congedo di paternità possa essere fruito, in parte, prima della nascita del figlio oppure: ii) nella sua totalità, dopo la nascita; iii) il lasso di tempo entro il quale il congedo di paternità debba essere fruito; iv) se e a quali condizioni il congedo di paternità possa essere fruito a tempo parziale, a periodi alternati, ad esempio per un certo numero di giorni consecutivi di congedi separati da periodi di lavoro oppure: v) in altri modi flessibili.

Considerato che la maggior parte dei padri non si avvale del diritto al congedo parentale, o trasferisce una parte considerevole dello stesso alle madri, la direttiva 2019/1158 estende da uno a due mesi il periodo minimo di congedo parentale non trasferibile da un genitore all'altro. L'obiettivo è di incoraggiare i padri a fruire del congedo parentale, pur mantenendo il diritto di ciascun genitore ad almeno quattro mesi di congedo parentale come previsto dalla normativa pregressa. In tal modo, peraltro, si promuove e agevola il reinserimento delle madri nel mondo del lavoro dopo il congedo di maternità e parentale.

Con riferimento al recepimento, nel diritto derivato, dei principali orientamenti della Corte di giustizia, si osserva come, nella direttiva 2019/1158, conformemente alla giurisprudenza della Corte di giustizia medesima, il rapporto di lavoro tra il lavoratore e il datore di lavoro è mantenuto durante il periodo di congedo e, di conseguenza, durante tale periodo il beneficiario di tale congedo rimane un lavoratore ai fini del diritto UE. Di conseguenza, i lavoratori che esercitano il loro diritto a usufruire del congedo

⁽¹⁹⁾ Al fine di tenere conto delle differenze tra gli Stati membri, il diritto al congedo di paternità è concesso a prescindere dallo stato civile o di famiglia, come definiti dal diritto nazionale.

⁽²⁰⁾ Gli Stati membri sono, altresì, chiamati a concedere il congedo di paternità in caso di parto di un feto morto.

o a chiedere modalità di lavoro flessibili di cui alla direttiva 2019/1158 devono essere protetti dalla discriminazione o da un trattamento meno favorevole per tale motivo. Parimenti, i lavoratori che esercitano il loro diritto a usufruire del congedo o a chiedere modalità di lavoro flessibili devono essere protetti dal licenziamento. Pertanto, qualora un lavoratore ritenga di essere stato licenziato per avere esercitato tali diritti, avrà la possibilità di chiedere al datore di lavoro di fornire i motivi debitamente giustificati del licenziamento. Se un lavoratore ha chiesto o ha usufruito di un congedo di paternità, un congedo parentale o un congedo per i prestatori di assistenza di cui alla presente direttiva, il datore di lavoro dovrà indicare per iscritto i motivi del licenziamento. L'onere di provare che il licenziamento non sia stato causato dalla domanda o dalla fruizione del congedo di paternità, del congedo parentale o del congedo per i prestatori di assistenza di cui alla presente direttiva dovrà incombere sul datore di lavoro qualora il lavoratore dovesse presentare dinanzi a un tribunale fatti in base ai quali si può presumere che vi sia stato un licenziamento per tali motivi.

Gli Stati membri dovrebbero stabilire sanzioni effettive, proporzionate e dissuasive in caso di violazione delle disposizioni nazionali adottate a norma della direttiva 2019/1158 o delle disposizioni nazionali già in vigore alla data di entrata in vigore della stessa e riguardanti i diritti che rientrano nel suo ambito di applicazione. Esse possono includere sanzioni amministrative e finanziarie, come le ammende o il pagamento di un indennizzo, nonché altri tipi di sanzioni.

5. Il rispetto dei principi di proporzionalità e sussidiarietà nella direttiva 2019/1158

Ogni atto di diritto derivato dell'UE produttivo di effetti giuridici verso i terzi, oltre al principio di attribuzione – che regola la distribuzione delle competenze tra Stati membri e Unione – deve rispettare altri due principi, che disciplinano l'esercizio di tali competenze: quello di proporzionalità e di quello di sussidiarietà.

In base al principio di proporzionalità, disciplinato nell'art. 5, § 4, TUE, «il contenuto e la forma dell'azione dell'Unione si limitano a quanto necessario per il conseguimento degli obiettivi dei trattati». Esso si applica con riferimento a tutte le tipologie di competenze dell'Unione (esclusive, concorrenti, di sostegno, ecc.), che vanno esercitate utilizzando i diversi atti a disposizione della stessa, al fine di individuare qual è il tipo migliore da adottare, in funzione dell'obiettivo da raggiungere. L'intervento dell'Unione europea deve essere proporzionato allo scopo da raggiungere; tra gli atti vincolanti, quindi, se è sufficiente adottare una direttiva si usa quella, e non il regolamento, che è un atto completo (obbligatorio in tutti i suoi elementi) e direttamente applicabile ⁽²¹⁾.

Nel caso di specie, peraltro, il ricorso alla direttiva è imposto dalla base giuridica utilizzata. Tale scelta, peraltro, è coerente con l'esigenza di stabilire, a livello dell'Unione, delle prescrizioni minime relative al congedo di paternità, al congedo parentale e al congedo per i prestatori di assistenza oltre che alle modalità di lavoro flessibili per i lavoratori che sono genitori o i prestatori di assistenza. Essa si prefigge l'obiettivo di facilitare la conciliazione tra lavoro e vita familiare per tali genitori e prestatori di

⁽²¹⁾ U. VILLANI, *Istituzioni di Diritto dell'Unione europea*, cit., p. 97.

assistenza, in linea con i più ampi obiettivi di parità tra uomini e donne stabiliti dai Trattati.

La direttiva 2019/1158 lascia impregiudicata la prerogativa degli Stati membri di introdurre o mantenere disposizioni più favorevoli. I diritti acquisiti a norma del quadro giuridico in essere continuano ad applicarsi, a meno che la direttiva non introduca disposizioni più favorevoli. L'attuazione della direttiva in questione non può, anche implicitamente, ridurre i diritti esistenti stabiliti dall'attuale diritto dell'Unione o nazionale nella materia cui si riferisce, né può costituire un motivo valido per ridurre il livello generale di relativa protezione. Con riferimento alla libertà che gli Stati membri mantengono circa le modalità con cui gli obiettivi stabiliti da una direttiva debbano essere raggiunti appare particolarmente interessante osservare come l'atto di diritto derivato in esame si applichi a tutti i lavoratori che hanno un contratto di lavoro o un altro rapporto di lavoro, compresi i contratti di lavoro o i rapporti di lavoro riguardanti lavoratori a tempo parziale, lavoratori a tempo determinato o persone che hanno un contratto di lavoro o un rapporto di lavoro con un'agenzia interinale, come precedentemente previsto dalla direttiva 2010/18. Per ciò che attiene ai criteri di determinazione dello *status* di un lavoratore, gli Stati membri restano liberi di definire sia i contratti di lavoro che i rapporti di lavoro. Essi restano anche liberi di definire lo stato civile e di famiglia, nonché chi debba essere considerato genitore, madre e padre.

Il principio di sussidiarietà, invece, previsto dall'art. 5, § 3, TUE, si applica nei settori di competenza non esclusiva dell'UE e stabilisce che essa interviene solo nella misura in cui l'azione degli Stati non sia sufficiente (né a livello centrale, né a livello sub-statale) a raggiungere un determinato risultato o a esercitare una determinata competenza, mentre ciò può essere conseguito meglio a livello UE.

Nel caso di specie, appare evidente come l'obiettivo della direttiva 2019/1158, vale a dire lo sviluppo di politiche in materia di equilibrio tra attività professionale e vita familiare atto al conseguimento della parità di genere – promuovendo la partecipazione delle donne al mercato del lavoro e l'equa ripartizione delle responsabilità di assistenza tra uomini e donne, colmando il divario di reddito e retributivo di genere – non possa essere conseguito in misura sufficiente dagli Stati membri ma, data la necessità di stabilire prescrizioni minime comuni possa essere conseguito meglio a livello di Unione, quest'ultima può adottare misure conformemente al principio in questione ⁽²²⁾.

Avuto riguardo al tipo di atto da adottare, di regola il principio di sussidiarietà suggerisce l'adozione di una direttiva quando sia sufficiente un atto meno "intrusivo" nelle competenze (anche) statali e, quindi, meno limitante per gli Stati, e che richiede la loro compartecipazione ai fini della sua messa in opera. La direttiva, infatti, attiva una collaborazione tra le istituzioni europee, che proponendola (la Commissione) e approvandola (Consiglio e Parlamento), indicano agli Stati membri l'obiettivo da raggiungere, ma delegano poi ciascuno di loro a realizzarlo, attraverso la scelta delle forme e dei mezzi specifici. Si è già visto, peraltro, che nel caso della direttiva 2019/1158 l'individuazione dell'atto adottabile è vincolata dalla base giuridica utilizzata.

⁽²²⁾ Cfr. il considerando 52.

6. L'attuazione della direttiva 2019/1158 a livello statale e le possibili conseguenze del suo mancato, errato o tardivo recepimento

Come accennato, la direttiva 2019/1152 ha fissato al 2 agosto 2022 il termine per il suo recepimento da parte degli Stati membri. La parziale obbligatorietà della direttiva, unita alla circostanza che essa non è direttamente applicabile negli ordinamenti giuridici degli Stati membri comportano l'insorgere di talune questioni nel caso in cui uno o più di essi non recepisca la direttiva, o lo faccia in maniera errata o incompleta, ovvero tardiva. Si tratta di fattispecie tra loro diverse, ma accomunate dalla violazione dell'obbligo imposto agli Stati UE di raggiungere l'obiettivo fissato dalla direttiva, al che consegue una situazione di disomogeneità della disciplina giuridica da essa prevista, con connesso rischio di disparità di trattamento nei confronti dei soggetti (persone fisiche e giuridiche) che entrano in relazione con i diversi Stati membri. L'inadempimento della direttiva può derivare da un comportamento commissivo, oppure da un comportamento omissivo delle autorità statali. Né rileva che la violazione sia dovuta al comportamento di un organo del potere centrale (legislativo, esecutivo, giudiziario) o di quello sub-statale (per esempio, un ente locale).

Il verificarsi di una delle fattispecie richiamate può dare luogo a diverse conseguenze, accomunate dalla circostanza di non essere finalizzate a sanzionare lo Stato inadempiente, quanto piuttosto a prevenire siffatto inadempimento ed evitare una disomogeneità nell'applicazione del diritto UE tra gli Stati membri. Si tratta di strumenti volti a portarli ad adempiere a obblighi che essi hanno assunto, poiché trovano il loro fondamento nei Trattati istituiti, e approvati con il coinvolgimento del Consiglio, istituzione a carattere intergovernativo, che comprende i rappresentanti a livello ministeriale di tutti gli Stati membri.

Il primo strumento utilizzabile nei confronti dello Stato o degli Stati UE che violano una direttiva è il ricorso di inadempimento dinanzi alla Corte di giustizia. Di regola è la Commissione, ai sensi dell'art. 258 TFUE, a presentare questo ricorso (c.d. procedura di infrazione), dopo aver messo lo Stato in condizione di mettere fine all'inadempimento, mentre quasi del tutto inutilizzata è la possibilità – offerta dall'articolo successivo – per uno Stato membro di attivare una procedura di infrazione nei confronti di un altro Stato membro. Si segnala che, secondo l'art. 260, § 2, TFUE, qualora la Corte di giustizia riconosca l'infrazione commessa da uno Stato UE e questo non adempia alla sentenza, può essere attivata una seconda procedura di infrazione, all'esito della quale lo Stato può essere condannato al pagamento di una somma forfettaria e/o di una penalità di mora (c.d. doppia condanna). La stessa disposizione, al fine di accrescere il livello di adempimento degli Stati membri, dispone che, già con il primo ricorso per infrazione, la Commissione, quando reputa «che lo Stato membro interessato non abbia adempiuto all'obbligo di comunicare le misure di attuazione di una direttiva adottata secondo una procedura legislativa» (ordinaria o speciale, che entrambe prevedono il coinvolgimento di Consiglio e Parlamento; la direttiva 2019/1158 è stata approvata con procedura legislativa ordinaria), può già chiedere alla Corte di comminare una sanzione pecuniaria nei confronti di tale Stato.

Nella prassi, numerose sono le procedure di infrazione attivate dalla Commissione, così come le sentenze emesse dalla Corte di giustizia nei confronti degli Stati membri inadempienti. Peraltro, si tratta di una procedura che impiega diversi anni prima di risolvere la situazione di inadempimento, con evidenti ricadute sull'uniforme

applicazione della disciplina giuridica posta dalle direttive. Con riferimento alla direttiva 2019/1158, nonostante diversi Stati UE non l'abbiano ancora recepita, al 31 dicembre 2022 non è stato presentato alcun ricorso per infrazione dinanzi alla Corte di giustizia, né la Commissione ha avviato la fase c.d. precontenziosa.

Per ovviare al suddetto problema della mancata uniformità nell'applicazione del diritto UE, la Corte di giustizia ha applicato anche alle direttive la ben nota teoria della efficacia diretta, secondo la quale se una norma dell'ordinamento in questione non direttamente applicabile presenta determinate caratteristiche – chiarezza, precisione e assenza di condizioni – e se dagli obblighi rivolti agli Stati è possibile ricavare un diritto a favore di un singolo, questi può utilizzarlo nei confronti dello Stato (c.d. efficacia diretta verticale)⁽²³⁾. Ecco allora che, a fronte di un mancato, errato, tardivo adempimento di uno Stato membro dell'obbligo di risultato imposto dalla direttiva, la Corte ha ricavato la possibilità dei singoli di avvalersi comunque di un diritto rinveniente dalla medesima. L'efficacia diretta viene così a configurarsi come una sorta di “reazione” nei confronti degli Stati (in tutto o in parte) inadempienti. Applicando questa teoria si ricorda loro che, in base a quanto prevede il TFUE, sono liberi di scegliere come adempiere alla direttiva, ma devono farlo entro il termine in essa stabilito. Ne consegue che i comportamenti inadempienti degli Stati vengono resi meno efficaci, anche in considerazione dell'elevato numero di direttive che vengono approvate dalle istituzioni dell'Unione. Infine, quando una direttiva ha efficacia diretta, in virtù del principio del primato del diritto UE sugli ordinamenti giuridici nazionali, ogni singolo giudice è tenuto a disapplicare il diritto nazionale e ad applicare la direttiva.

La direttiva 2019/1158, data la chiarezza e la precisione degli obblighi che impone, potrebbe considerarsi provvista di efficacia diretta. Ciò implicherebbe, tuttavia, una violazione del principio di eguaglianza sostanziale tra il lavoratore pubblico e quello privato. Se, infatti, il primo potrebbe invocare dinanzi al giudice la suddetta direttiva – in ossequio alla suddetta efficacia diretta verticale – il secondo non potrebbe farlo. Infatti, la sua controparte, ossia il suo datore di lavoro, è anch'esso un soggetto privato che non ha, però, responsabilità per la mancata attuazione della medesima direttiva da parte dello Stato membro. In altri termini, non essendo ammessa l'efficacia diretta orizzontale (tra due soggetti privati) di una direttiva, si finirebbe per tutelare in modo diverso delle situazioni uguali.

Secondo costante giurisprudenza della Corte di giustizia, dopo la scadenza del termine di recepimento di una direttiva lo Stato inadempiente può anche essere condannato al risarcimento dei danni, qualora dalla mancata, inesatta o tardiva attuazione della direttiva consegua un danno a carico del singolo e vi sia un nesso di causalità tra l'inadempimento dello Stato e siffatto danno per il singolo ⁽²⁴⁾. Questo vale anche per le direttive prive di efficacia diretta e, sotto questo profilo, aumenta la pressione sugli Stati UE al fine dell'adempimento anche di questo tipo di direttive.

⁽²³⁾ In materia la giurisprudenza e la bibliografia sono assai ampie; si v., per tutti, G. CONTALDI, *Effetto diretto e primato del diritto comunitario*, in S. CASSESE (a cura di), *Dizionario di diritto pubblico*, Giuffrè, 2006, p. 2124 ss.

⁽²⁴⁾ Si tratta della nota giurisprudenza formatasi a partire dalla sentenza della Corte di giustizia del 19 novembre 1991, cause riunite C-6/90 e C-9/90, *Franconich e a.*, ECLI:EU:C:1991:428, recentemente ribadita dalla sua sentenza del 18 gennaio 2022, causa C-261/20, *Thelen Technopark Berlin*, ECLI:EU:C:2022:33, punto 41.

Peraltro, riconoscere efficacia diretta a una direttiva e/o il risarcimento del danno, in caso di mancata o errata attuazione, non esonerano lo Stato inadempiente dall'obbligo di dar loro corretta attuazione, "liberando" l'ordinamento giuridico nazionale dalle sue norme che siano in contrasto con quelle diritto UE, sì da consentire a queste di essere applicate in maniera uniforme in tutti gli Stati membri.

7. Il recepimento della direttiva 2019/1158 nell'ordinamento giuridico italiano

Come già accennato, ogni Stato membro dell'Unione europea è libero di utilizzare il procedimento che ritiene preferibile per dare attuazione a ciascuna direttiva, a condizione di realizzare l'obiettivo da essa fissato e di farlo entro il termine in essa previsto, al fine di evitare le conseguenze – poc'anzi considerate – in caso di inadempimento. Per quanto riguarda l'Italia, il nostro ordinamento giuridico si adatta alle direttive (o, se si preferisce, recepisce le direttive) principalmente attraverso lo strumento della delega legislativa, che prevede che il Parlamento approvi una legge delega, con la quale dia mandato al Governo ad adottare gli atti di esecuzione ⁽²⁵⁾. Al fine di dare attuazione in Italia al diritto derivato UE non direttamente applicabile – quindi, principalmente, alle direttive –, la legge delega contiene un insieme di provvedimenti che il nostro Stato ha l'obbligo di eseguire e il Parlamento delega il Governo a farlo.

La scelta di ricorrere a una legge delega quale "contenitore" di una serie di direttive da recepire è stata dovuta alla circostanza che, in passato, accadeva che il Parlamento non fosse in grado di attuare nei termini e in modo adeguato il diritto derivato UE non direttamente applicabile, o lo facesse in maniera disordinata, approvando singole leggi con riferimento a ogni direttiva. Questo produceva confusione, ma soprattutto frequenti inadempimenti dell'Italia, che a più riprese è stata condannata per infrazione dalla Corte di giustizia ⁽²⁶⁾, o si è trovata a essere il "laboratorio" per la giurisprudenza europea in tema di efficacia diretta verticale delle direttive e di risarcimento del danno per la loro mancata o errata attuazione.

L'evoluzione legislativa volta a utilizzare la legge delega ha visto l'avvicinarsi di diverse leggi, attraverso le quali il meccanismo è andato precisandosi e perfezionandosi: la c.d. legge Fabbri (n. 183/1987), seguita dalla c.d. legge La Pergola (n. 86/1989) e dalla c.d. legge Buttiglione (n. 11/2005).

In ordine di tempo, l'ultima legge a regolamentare la questione è la n. 234/2012, che ha confermato lo strumento della legge delega, dandole il nome di legge di delegazione europea ⁽²⁷⁾. In base ad essa ogni anno il Governo, entro la fine di febbraio, procede a una ricognizione e verifica quali atti di diritto derivato UE non direttamente applicabili (principalmente direttive) devono essere attuati, anche in ragione del termine in essi previsto per il loro recepimento. All'esito di questa ricognizione, il Governo chiede al Parlamento di approvare una legge delega, al fine di consentirgli di attuare

⁽²⁵⁾ F. MUNARI, *Gli effetti del diritto dell'Unione europea sul sistema interno delle fonti*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 2013, n. 4, p. 725 ss.

⁽²⁶⁾ In tema v., da ultimo, R. ADAM, *L'Italia e le procedure di infrazione: ragioni e rimedi*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 2021, n. 2, p. 371 ss.

⁽²⁷⁾ Per una valutazione critica sul suo funzionamento v. R. MASTROIANNI, *L'attuazione a livello nazionale degli atti europei: le regole della legge 234 del 2012 alla prova della prassi recente*, in *Contratto e impresa. Europa*, 2018, n. 1, p. 99 ss.

quella normativa. Una volta che il Parlamento approvi la legge delega, il Governo procede al recepimento degli atti di diritto UE non direttamente applicabili tramite decreti delegati.

La legge di delegazione europea è il principale, ma non l'unico strumento di cui possono avvalersi i nostri organi costituzionali al fine di attuare il diritto derivato UE non direttamente applicabile. La l. n. 234/2012, infatti, ha previsto anche l'istituto della c.d. legge europea, utilizzabile dal Parlamento nel caso in cui preferisca recepire direttamente un determinato atto di diritto UE non direttamente applicabile con uno specifico provvedimento legislativo. Nel nostro ordinamento, anche le Regioni e le Province autonome hanno talune competenze in merito al recepimento del diritto derivato UE non direttamente applicabile, le quali sono state rafforzate a seguito della riforma del titolo V Cost., occorsa con la l.cost. n. 3/2001 e che ha affidato loro significative competenze per materia ⁽²⁸⁾.

Come accennato l'art. 20, § 1, della direttiva (UE) 2019/1158 aveva fissato, al 2 agosto 2022, il termine per conformarsi al suo contenuto, salvo che per la retribuzione o l'indennità corrispondente alle ultime due settimane del congedo parentale per i quali è stato stabilito un differimento di due anni. Quel termine è stato sostanzialmente rispettato, in quanto la direttiva in questione è stata attuata nell'ordinamento italiano con il d.lgs. 30 giugno 2022 n. 105, benché quest'ultimo sia entrato in vigore il 13 agosto 2022. Ai sensi dell'art. 20, § 3, le misure attuative adottate dagli Stati membri devono contenere un riferimento alla direttiva *de quo* o devono essere corredate di tale riferimento all'atto della pubblicazione ufficiale. Le modalità del riferimento sono stabilite dagli Stati membri. Tale obbligo è stato adempiuto nel d.lgs. n. 105/2022, che richiama non solo la suddetta direttiva, ma anche la l. 22 aprile 2021, n. 53, recante *Delega al Governo per il recepimento delle direttive europee e l'attuazione di altri atti dell'Unione europea* – la suddetta legge di delegazione europea – per gli anni 2019-2020.

Ai sensi dell'art. 20, § 8, della direttiva 2019/1158, gli Stati membri, in conformità del diritto e delle prassi nazionali, adottano misure adeguate al fine di garantire l'effettiva partecipazione delle parti sociali, nonché promuovere e rafforzare il dialogo sociale in vista dell'attuazione della stessa. Essi, peraltro, possono affidare alle parti sociali l'attuazione della direttiva, laddove esse lo richiedano congiuntamente e a condizione che gli Stati membri adottino tutte le misure necessarie per essere sempre in grado di assicurare i risultati prescritti dalla presente direttiva. Con la locuzione “parti sociali” ci si riferisce ai rappresentanti dei dirigenti d'azienda e dei lavoratori (organizzazioni dei datori di lavoro e sindacati). Esse hanno un ruolo irrinunciabile nella *governance* sociale ed economica poiché rappresentano, da ogni punto di vista, gli interessi e i problemi del mondo lavorativo, dalle condizioni di lavoro allo sviluppo della formazione continua, passando per la definizione delle norme salariali. Le parti sociali hanno il diritto di impegnarsi, per conto dei propri membri, in un dialogo che potrebbe culminare in

⁽²⁸⁾ Quando una direttiva riguardi una materia di competenza regionale, spetterà alle Regioni e alle Province autonome darvi seguito e adottare gli atti volti a recepirla. In tema di rapporti tra diritto UE, diritto interno di rango nazionale e diritto interno regionale v. G. ARRIGO, *Rapporti tra ordinamento comunitario e ordinamento interno dopo la modifica del Titolo V della Costituzione*, in A. DI STASI (a cura di), *Diritto del lavoro e federalismo*, Giuffrè, 2004, p. 201 ss.; A. TROJSI, *Sistema delle fonti e politiche del lavoro e della formazione professionale: Unione europea, Stato e Regioni*, in *Diritti regionali*, 2018, p. 515 ss., pp. 516-517.

accordi collettivi riguardanti le problematiche che di volta in volta si presentano e possono impegnare i propri membri a intraprendere determinate azioni in fase negoziale. Con riferimento al recepimento in Italia della direttiva 2019/1158, si sono registrate numerose critiche sul punto per lo scarso coinvolgimento di parti importanti del mondo del lavoro, quali gli ordini e le associazioni di professionisti.

Il bilanciamento tra attività professionale e vita familiare nell'esperienza europea: un incrementale gioco di equilibri

di Pamela Martino

Abstract – Il contributo si propone di approfondire le tecniche di bilanciamento tra attività professionale e vita familiare in prospettiva comparata: di particolare interesse sono il sistema dei congedi e le misure volte a rendere più flessibile l'attività lavorativa in quanto non sono neutrali nella prospettiva di genere e sono passibili di incidere sulla parità di genere non solo nell'ambito occupazionale, ma anche in quello familiare. Numerosi sono i fattori che connotano gli interventi in materia, la cui rinnovata combinazione è suscettibile di determinare l'efficacia del bilanciamento vita familiare-lavoro e di risolvere eventuali criticità.

Abstract – This essay analyses the main features of work-life balance policies in some European countries. In particular, parental leave regulation and flexible working policies are not gender-neutral: policies that encourage fathers' leave-taking relate to the enhancement of child well-being, caring fatherhood, and gender equality among the couple and in the workplace. There are various designs of parental leave and flexible working policies, depending on a combination of factors that determine the efficacy of the work-life balance and the need to adopt always new work-life practices.

Sommario: 1. Le novità introdotte dal d.lgs. n. 105/2022 nel quadro del processo riformista europeo in materia di conciliazione tra attività professionale e vita familiare. – 2. Il sistema dei congedi quale perno dei programmi di *work-life balance*. – 3. Il lavoro flessibile. – 4. I congedi e il lavoro precario/autonomo. – 5. Riflessioni conclusive.

1. Le novità introdotte dal d.lgs. n. 105/2022 nel quadro del processo riformista europeo in materia di conciliazione tra attività professionale e vita familiare

Il tema del *work-life balance* è centrale nel dibattito politico nazionale e europeo. L'UE ha intrapreso da decenni un percorso incrementale di strumenti e misure normative sul tema culminato nell'adozione della direttiva 2019/1158 relativa all'equilibrio tra attività professionale e vita familiare per i genitori e i prestatori di assistenza ⁽¹⁾. La direttiva, in attuazione dei Principi del Pilastro europeo dei diritti sociali n. 9, sull'equilibrio tra attività professionale e vita privata, e n. 2, sulla parità di genere, si propone di favorire la fruizione delle misure di conciliazione, soprattutto da parte dei padri

(1) E. CHEREGATO, *A Work-Life Balance for all? Assessing the Inclusiveness of EU Directive 2019/1158*, in *International Journal for Comparative Labour Law and Industrial Relations*, 2020, n. 1, p. 59 ss.

lavoratori, e di promuovere la parità di genere nel mercato del lavoro e un'equa ripartizione delle responsabilità di cura e assistenza, introducendo un congedo retribuito di paternità e un congedo per i prestatori di assistenza, il potenziamento del congedo parentale nonché l'estensione a lavoratrici madri e lavoratori padri del diritto di fare richiesta di modalità di lavoro flessibili.

L'adozione della direttiva è il segnale che il raggiungimento dell'obiettivo che la stessa si propone è ancora lontano ⁽²⁾. Nel 2019, infatti, malgrado diffusi interventi migliorativi sul fronte dell'occupazione e della crescita economica, il tasso di occupazione femminile in UE era variabile a livello nazionale, più alto in Svezia e più basso in Grecia; i disomogenei dati occupazionali di genere originavano da diffuse formule discriminatorie in senso orizzontale e in senso verticale che vedevano le donne sovrarappresentate nei lavori a basso reddito, nel part-time e con contratti temporanei, e tendenzialmente più inclini rispetto agli uomini a sospendere l'attività lavorativa per dedicarsi alle attività di cura e assistenza. Gli Stati che nel 2019 avevano già raggiunto gli obiettivi occupazionali della Strategia Europa 2020 erano gli stessi che avevano registrato il più basso divario occupazionale di genere (es. Svezia, Finlandia, Portogallo); al contrario, Italia e Grecia, che registravano il più alto divario occupazionale di genere, si attestavano ancora al di sotto degli obiettivi europei per il 2020 ⁽³⁾.

Peraltro, va sottolineato che nei Paesi in cui il divario occupazionale di genere è più basso, come in Finlandia, resta troppo alta, rispetto a quella maschile, la percentuale di donne che si dedica alle azioni di cura e assistenza domestica, e il divario retributivo di genere resta ampio in quanto le donne sono occupate prevalentemente nel settore pubblico mentre sono sottorappresentate in ambiti professionali ad alto reddito (es. ingegneria); infine, le giovani donne sono tendenzialmente impiegate con contratti a tempo determinato e tendono a usufruire di lunghi congedi parentali. Ne deriva che, malgrado sia uno dei Paesi europei con un equilibrio tra vita privata e attività professionale sopra la media europea, la Finlandia è complessivamente meno performante di altri Paesi nordici come la Danimarca.

È di tutta evidenza che le criticità manifestate dalle politiche di genere a livello nazionale intersecano il tema della genitorialità che comporta esigenze di cura e diversificate responsabilità familiari distribuite non equamente tra uomo e donna. Un crescente interesse per l'argomento è maturato durante l'emergenza pandemica ⁽⁴⁾ quando l'aumento dei bisogni di cura dovuti alla chiusura dei servizi educativi ha esasperato non solo le disparità di genere ma anche le diseguaglianze in ordine alla fruibilità dei congedi sulla base dell'occupazione svolta.

Atteso, dunque, che le misure di conciliazione, delle quali tendenzialmente continuano ad usufruire soprattutto le donne, se non messe a sistema sono paradossalmente

⁽²⁾ Constatazione resa in maniera incisiva in S. SCARPONI, *“Work life balance” fra diritto UE e diritto interno*, Working Paper CSDLE “Massimo D’Antona”, 2021, n. 156, p. 1 ss.

⁽³⁾ Cfr. EUROPEAN COMMISSION, *Joint Employment Report 2021*, Directorate General for Employment, Social Affairs and Inclusion. Per un'analisi critica dei dati raccolti nei numerosi report europei sul tema v. S. BOMBARDIERI, S.S. MILENA, V. VIALE, *Conciliazione vita lavoro e diseguaglianze di genere. Dal contesto all'impatto sul mercato del lavoro*, in *Rivista giuridica del Mezzogiorno*, 2022, n. 3, p. 741 ss.

⁽⁴⁾ La pandemia da Covid-19 ha senza dubbio esasperato le problematiche di parità di genere emerse nel mercato del lavoro e connesse alle responsabilità di cura e assistenza delle lavoratrici madri. Cfr., in proposito, V. LOMAZZI, *A catalyst for social change? Work-life balance and the Covid-19 pandemic response policies' implications for gender equality*, in *Autonomie locali e servizi sociali*, 2022, n. 1, p. 25 ss.

suscettibili di marcare (anziché di attenuare) la disparità di genere ⁽⁵⁾, è in corso una riflessione diffusa, a livello statale e sovranazionale, in ordine alla loro declinazione in senso più funzionale alla effettiva parità di genere in ambito occupazionale ⁽⁶⁾.

Dall'osservazione delle esperienze dei Paesi europei si evince, infatti, quanto la parità di genere e l'equilibrio tra attività professionale e vita familiare siano ancora sfide impegnative il cui esito è passibile di condizionare l'inserimento delle donne nel mercato del lavoro ⁽⁷⁾. Sulla scia di una estesa ponderazione di interventi strutturati di miglioramento dei sistemi di conciliazione vita-lavoro si posiziona la recente riforma italiana in materia.

Il d.lgs. n. 105/2022, emanato in attuazione della predetta direttiva (UE) 2019/1158, si propone di migliorare la conciliazione vita-lavoro per i genitori e i prestatori di assistenza, «al fine di conseguire la condivisione delle responsabilità di cura tra uomini e donne e la parità di genere in ambito lavorativo e familiare» (art. 1, comma 1), mediante l'introduzione o l'implementazione di una serie di misure (*in primis* i congedi) rivolte sia ai dipendenti privati sia ai dipendenti pubblici (art. 1, comma 2).

Anteponendo la prioritaria esigenza di conciliazione vita-lavoro dei genitori, indipendentemente dal genere, alla garanzia della parità di genere in famiglia e sul lavoro, in altri termini presupponendo che la predetta conciliazione sia funzionale alla effettività della garanzia della parità di genere, il decreto reca numerose modifiche al d.lgs. n. 151/2001 sulla tutela della genitorialità (art. 2, d.lgs. n. 105/2022), alla l. quadro n. 104/1992 per l'assistenza e diritti delle persone diversamente abili (art. 3, d.lgs. n. 105/2022), alla l. n. 81/2017 sul lavoro agile (art. 4, d.lgs. n. 105/2022), al d.lgs. n. 81/2015 sulla disciplina delle tipologie contrattuali (art. 5, d.lgs. n. 105/2022), e alla l. n. 53/2000 sul sostegno alla maternità e alla paternità (art. 6, d.lgs. n. 105/2022).

Il decreto dà attuazione ad alcuni principi di diritto comunitario tra cui l'art. 3, § 3, comma 2, TUE, sulla parità di genere, l'art. 153, § 1, lett. i, TFUE, sulla parità di genere nel mercato del lavoro e con riferimento alle condizioni lavorative, infine l'art. 23 della Carta dei diritti fondamentali dell'UE che assume la parità di genere come un imperativo nel sistema occupazionale e nelle condizioni retributive ⁽⁸⁾. Tali principi si ancorano al testo costituzionale, in particolare agli artt. 30, sull'equa ripartizione uomo-donna delle responsabilità di cura e assistenza in ambito familiare, e 37 che garantisce

⁽⁵⁾ Tra le altre, il congedo parentale come sottolinea M. MANTIONE, *La finta neutralità del congedo parentale*, in *Minori giustizia: rivista interdisciplinare di studi giuridici, psicologici, pedagogici e sociali sulla relazione fra minorenni e giustizia*, 2020, n. 3, p. 125 ss. Sul tema, in prospettiva comparata, v. M. ROCHA, *Promoting gender equality through regulation: the case of parental leave*, in *The Theory and Practice of Legislation*, 2021, p. 35 ss.

⁽⁶⁾ Sin da P. PANZERI, V. VIALE, *Europa e conciliazione. Una proposta di sistema per rilanciare l'occupazione femminile*, in *Osservatorio Isfol*, 2016, n. 1-2, pp. 101-117 (reperibile in <https://isfoloia.isfol.it/xmlui/handle/123456789/1264>).

⁽⁷⁾ Cfr. F. MALZANI, *Politiche di conciliazione e partecipazione delle donne al mercato del lavoro*, Working Paper CSDLE "Massimo D'Antona", 2015, n. 238, p. 1 ss.; M.L. VALLAURI, *Rapporto di lavoro e appartenenza di genere: la discriminazione e i congedi parentali*, in B. CARUSO, S. SCIARRA (a cura di), *Il lavoro subordinato*, Giappichelli, 2009, p. 217 ss.; A. TOPO, *La tutela del lavoro femminile*, in C. CESTER (a cura di), *Il rapporto di lavoro subordinato: costituzione e svolgimento*, Utet, 2007, p. 539 ss.

⁽⁸⁾ Cfr. D.M.A. GOTTARDI, *Lo stato di avanzamento dei lavori a livello di istituzioni europee sulla parità di genere*, in L. CALAFÀ, D. GOTTARDI (a cura di), *Il diritto antidiscriminatorio tra teoria e prassi applicativa*, Ediesse, 2009, p. 21 ss.

alle lavoratrici gli stessi diritti e le stesse retribuzioni dei lavoratori nonché condizioni di lavoro conciliabili con l'adempimento della loro essenziale funzione familiare ⁽⁹⁾. L'intervento italiano di modifica della normativa pregressa attesta l'esigenza di un persistente adeguamento migliorativo della disciplina in materia di conciliazione vita privata-lavoro. Da anni, infatti, la gran parte degli Stati europei ha investito sul tema al fine di garantire l'integrazione di genere nel mercato del lavoro aumentando il tasso di occupazione femminile e rendendo più equa la distribuzione uomo-donna del tempo impiegato nelle azioni di cura e nelle attività domestiche.

Purtuttavia, gli interventi statali, testimoniando l'esigenza di un approccio intersezionale ⁽¹⁰⁾ alla disparità di genere che si manifesta su terreni sovrapposti che ne integrano il significato e gli effetti, seppur manifestando trend comuni e facendo rilevare buone pratiche, tracciano una direttrice evolutiva delle *policies* nazionali che muove da una maturazione della parità di genere prima sul piano culturale e poi su quello normativo. Difatti, il divario occupazionale di genere e quello relativo alle attività di cura e assistenza domestiche sono il prodotto di una "contrattazione di genere" maturata a livello familiare. Pertanto, se centrali sono le politiche pubbliche e gli interventi legislativi in materia di conciliazione al fine di colmare il divario di genere, è indispensabile che le misure ivi previste siano sistematiche e integrate per scongiurare prima di tutto il rischio che i percorsi per la conciliazione vita privata-lavoro divengano il principale ostacolo alla realizzazione del fine prefissato.

2. Il sistema dei congedi quale perno dei programmi di *work-life balance*

Tra gli interventi più pregnanti del d.lgs. n. 105/2022 assumono particolare rilevanza quelli relativi ai congedi, cruciali nella gestione degli equilibri professionali e familiari e nella condivisione delle responsabilità di cura ⁽¹¹⁾.

⁽⁹⁾ L. CALAFÀ, D.M.A. GOTTARDI, *Famiglia, lavoro, diritto: combinazioni possibili*, in *LD*, 2001, n. 1, p. 5 ss.; M. MAGNANI, *La famiglia nel diritto del lavoro*, in *ADL*, 2012, n. 4-5, p. 844 ss.

⁽¹⁰⁾ Il termine intersezionalità è stato coniato nel 1989 da Kimberlé Crenshaw, attivista e giurista statunitense (K. CRENSHAW, *Demarginalizing the Intersection of Race and Sex: A Black Feminist Critique of Antidiscrimination Doctrine, Feminist Theory and Antiracist Politics*, in *The University of Chicago Legal Forum*, 1989, p. 139 ss.). Il concetto, in verità, era già maturato un decennio prima, in *DeGraffenreid v. General Motors* (U.S. District Court for the Eastern District of Missouri - 413 F. Supp. 142 (E.D. Mo. 1976) May 4, 1976): cinque donne afroamericane fecero causa alla General Motors che negli anni '70 del secolo scorso licenziò numerosi dipendenti applicando il criterio dell'anzianità che inevitabilmente portò al licenziamento in primis delle donne afroamericane assunte solo dopo il 1970. Secondo la corte non sussistevano le basi per rinvenire nella vicenda una forma di discriminazione di genere considerando che prima dell'approvazione del *Civil Rights Act* 1964 l'azienda aveva assunto dipendenti donne, né prendeva in considerazione profili discriminatori diversi, come quello su basi etniche, muovendo dal dato che le assunzioni degli anni '60 non interessavano donne afroamericane. La vicenda giudiziaria testimoniava l'esigenza di affrontare le questioni di genere con approccio intersezionale tenendo conto che le donne afroamericane erano vittime di forme di discriminazione sovrapposte (di genere e razziale).

⁽¹¹⁾ Per un approfondimento, v. D. GOTTARDI, *Introduzione. Le modifiche al testo unico maternità-paternità e la conciliazione tra vita familiare e vita professionale. Ragionando di d.lgs. n. 80/2015 e dintorni*, in ID. (a cura di), *La conciliazione delle esigenze di cura, di vita e di lavoro. Il rinnovato T.U. n. 151/2001 ai sensi del d.lgs. n. 80/2015*, Giappichelli, 2016, p. 1 ss.; P. SARACINI, *I congedi "familiari" tra diversità di genere e culturale*, in R. SANTUCCI, G. NATULLO, V. ESPOSITO, P. SARACINI (a cura di), *"Diversità" culturali e di genere nel*

L'art. 2, comma 1, lett. *c*, introduce, in via non più sperimentale, il congedo di paternità obbligatorio, ossia l'astensione dal lavoro del padre lavoratore per dieci giorni lavorativi, fruibile nell'arco temporale intercorrente tra i due mesi precedenti la data presunta del parto e i cinque mesi successivi (art. 27-*bis*) e con un'indennità giornaliera pari al 100% della retribuzione (art. 29).

Il congedo può essere utilizzato anche in maniera non continuativa, benché non sia consentito un frazionamento orario; in caso di parto plurimo, la durata del congedo è pari a venti giorni lavorativi. L'astensione è fruibile dal padre in via autonoma e non alternativa rispetto alla madre, per cui il lavoratore può beneficiarne anche durante il congedo di maternità della lavoratrice madre.

Per poter usufruire del congedo, il lavoratore padre comunica, in forma scritta con un anticipo di almeno cinque giorni, al datore di lavoro le giornate di astensione dal lavoro, ma la contrattazione collettiva può prevedere condizioni più favorevoli. In caso di rifiuto o opposizione da parte del datore di lavoro all'esercizio del diritto al congedo del lavoratore padre, il d.lgs. n. 105/2022 prevede una sanzione amministrativa e la preclusione per due anni del rilascio della certificazione della parità di genere di cui all'art. 46 *bis* del d.lgs. n. 198/2006, e di analoghe certificazioni previste dalle Regioni o dalle province autonome (art. 31 *bis*, d.lgs. n. 165/2001).

Resta confermato il congedo di paternità, già previsto dall'art. 28 del d.lgs. n. 151/2001, alternativo al congedo di maternità e fruibile per tutta la durata di quest'ultimo o per la parte residua che sarebbe spettata alla lavoratrice, nelle ipotesi di morte o di grave infermità della madre oppure di abbandono o di affidamento esclusivo al padre.

Infine, anche il congedo parentale, cioè l'astensione della lavoratrice e del lavoratore genitori di un minore, ha subito una modifica nel senso che ora è fruibile fino al dodicesimo anno del minore e nel caso in cui vi sia un solo genitore o questi abbia ricevuto l'affidamento esclusivo del figlio, il periodo di astensione, continuativo o frazionato, è pari ad un massimo di undici mesi (art. 32, comma 1, lett. *c*). In tutti i casi il trattamento economico è pari al 30% della retribuzione per tre mesi per ciascun genitore e, in via alternativa tra di loro, per un ulteriore periodo di tre mesi; inoltre, tali periodi di astensione dal lavoro sono computati nell'anzianità di servizio e non comportano riduzione di ferie e tredicesima mensilità.

Il decreto si inserisce in un filone europeo di riforma del sistema dei congedi volto ad riequilibrarne l'uso tra uomini e donne e, conseguentemente, a migliorare il sistema di conciliazione vita-lavoro. Va sottolineato che nel panorama europeo il congedo di paternità e la suddivisione equa del congedo parentale tra i due genitori sono novità recenti; pertanto, pur non consentendo di operare generalizzazioni ⁽¹²⁾, la comparazione delle più significative esperienze europee permette di individuare buone pratiche e di testare l'efficacia di un trend sempre più diffuso.

Secondo un rapporto della Commissione europea del 2018 «all EU Member States offer some form of paternity or parental leave (or both) following the birth of a child»

lavoro tra tutele e valorizzazioni, Franco Angeli, 2009, p. 379 ss.; M. TIRABOSCHI, *La legislazione del mercato del lavoro a sostegno della famiglia dopo la riforma Biagi*, in P. DONATI (a cura di), *Famiglia e lavoro: dal conflitto a nuove sinergie*, Nono Rapporto Cisl sulla Famiglia in Italia, San Paolo, 2005, p. 227 ss.

⁽¹²⁾ Cfr. V. LOMAZZI, S. ISRAEL, I. CRESPI, *Gender Equality in Europe and the Effect of Work-Family Balance Policies on Gender-Role Attitudes*, in *Social Sciences*, 2019, p. 1 ss.

(¹³); tuttavia, alcuni Stati hanno ostacolato di fatto la fruizione dei congedi e anche dopo il recepimento della direttiva sulla conciliazione vita-lavoro per genitori e prestatori di assistenza il quadro normativo sul congedo parentale in Europa ha peccato di uniformità in quanto la direttiva ha fissato obiettivi ben al di sotto dei traguardi già raggiunti da alcuni Stati.

Da sempre innovativi in tema di politiche di sostegno alla famiglia e di equilibrio tra tempi di vita e di lavoro, i Paesi scandinavi hanno anticipato i tempi della direttiva ovvero sono stati tra i primi a dare attuazione a misure in linea con quelle ivi previste. Con il record massimo norvegese del 90% dei padri, ivi è frequente il ricorso al congedo di paternità e poi a quello parentale, a testimoniare una politica di conciliazione vita-lavoro e una maturazione culturale improntata all'uguaglianza di genere.

In Norvegia i genitori hanno diritto a 46 settimane di congedo parentale retribuite al 100% o a 56 settimane all'80%: 12 settimane per la madre, 12 per il padre e il resto da dividere fra i due. In Svezia, dove il congedo di paternità è di 10 giorni, ciascun genitore ha diritto a 240 giorni di congedo parentale che è diritto individuale fruibile entro i 18 mesi dalla nascita; 90 giorni di congedo non sono trasferibili all'altro genitore, benché rilevi evidenziare che nella prassi i padri tendono a usufruire del congedo destinato loro in via esclusiva e a cedere la restante parte alle madri. I genitori aventi diritto al congedo parentale ricevono una indennità pari al 77,6% della retribuzione per i primi 195 giorni di congedo e un'indennità forfettaria per i restanti 45 giorni. La stessa aliquota del 77,6% si applica al congedo di paternità. Il congedo parentale è fruibile simultaneamente dai genitori per 30 giorni, purché questi non coincidano con il periodo di congedo di maternità o di paternità.

Diversamente, in Danimarca il sistema dei congedi ha generato una marcata disparità di genere fino a tempi recenti: la madre aveva diritto a quattro settimane di congedo di maternità prima del parto e a 14 settimane di congedo dopo il parto. Il padre, invece, aveva diritto a due settimane di congedo dopo la nascita del bambino, da richiedere entro 14 settimane dal parto. Infine, i genitori avevano diritto a 32 settimane di congedo parentale condiviso, fatta salva la possibilità di pianificare il congedo secondo i loro bisogni. I padri potevano beneficiare del congedo parentale appena trascorse le due settimane post-nascita loro spettanti. Le madri, invece, potevano usufruire del congedo condiviso al termine delle 14 settimane di congedo di maternità post-parto.

In attuazione della direttiva europea del 2019, tuttavia, nel luglio 2022 in Danimarca è entrato in vigore il nuovo *Parental Leave Act*. In base alla novella legislativa i genitori sono sullo stesso piano: dopo il parto, ciascun genitore ha a disposizione 24 settimane di congedo per un totale di 48 settimane fruibili dalla famiglia.

La madre continuerà ad avere diritto a quattro settimane di congedo di maternità prima della nascita. Dopo il parto, ciascun genitore potrà beneficiare di due settimane di congedo non trasferibile e di altre 9 settimane di congedo non trasferibile di cui disporre entro un anno dal parto. Ciascun genitore potrà trasferire all'altro fino a 13 settimane di congedo. Se, dunque, il totale di congedo familiare fruibile resta di 48 settimane, la riforma introduce un eguale numero di settimane di congedo non trasferibile per ciascun genitore, di fatto aumentando il numero di settimane di congedo fruibile dai padri rispetto al precedente sistema.

(¹³) EUROPEAN COMMISSION, *Paternity and parental leave policies across the European Union Assessment of current provision*, 2018, p. 2 (reperibile in <https://ec.europa.eu>).

Infine, a partire dal 1° dicembre 2023, i genitori single continueranno ad avere diritto a 46 settimane di congedo di maternità retribuito, pur potendo trasferire il congedo di maternità ai familiari stretti; i genitori LGBT+ potranno trasferire il congedo di maternità ai genitori sociali.

Da ultimo, tra gli interventi più recenti, in Finlandia ad agosto 2022 è entrata in vigore la riforma dei congedi parentali di cui all'*Employment Contracts Act* (cap. 4) ⁽¹⁴⁾ per i genitori dei bambini nati dal 4 settembre 2022 ciascuno dei quali potrà usufruirne per 160 giorni ed eventualmente trasferirne 63 al partner. In base alla riforma i genitori single hanno diritto all'intera durata prevista per il congedo cumulato di due genitori e i genitori adottivi potranno usufruire del congedo se il bambino è stato affidato alle loro cure entro il 31 luglio 2022. I giorni di congedo saranno fruibili entro i 2 anni di età del nascituro ovvero entro due anni dall'adozione. La riforma non tiene conto del sesso di entrambi i genitori e non fa distinzione tra genitori biologici e genitori adottivi.

La legge, inoltre, riconosce alle madri lavoratrici il diritto a ulteriori 40 giorni di indennità di gravidanza, pari al 90% della retribuzione per le fasce di reddito più basse e al 35% per fasce di reddito più alte, fruibili prima dell'inizio del pagamento dell'assegno parentale, che consentano loro di prepararsi adeguatamente al parto e predisporre la formula migliore di cura dei nascituri. La medesima indennità spetta a ciascun genitore per i primi 16 giorni del congedo parentale.

Ai sensi del riformato *Employment Contracts Act*, il datore di lavoro non è tenuto a pagare gli stipendi durante i congedi familiari. Tuttavia, molti contratti collettivi hanno previsto il pagamento dei salari per determinati periodi di congedo familiare. Un datore di lavoro che paga ai dipendenti in congedo salari e/o indennità di ferie può richiedere un indennizzo all'Istituto di previdenza sociale finlandese. Inoltre, i genitori hanno diritto a vari sussidi pagati dall'Istituto dopo la nascita di un bambino e durante la sua crescita.

Oltre a ripartire equamente tra i genitori i diritti ai congedi e a migliorare il sistema di conciliazione vita-lavoro, la riforma mira a ridurre il divario retributivo di genere basato sul salario annuale medio percepito da donne e uomini, acuito dai lunghi periodi di congedo di maternità.

Il precedente sistema prevedeva 105 giorni lavorativi di congedo per maternità con una indennità variabile in base alla retribuzione percepita, mentre al padre venivano offerti 54 giorni di congedo di paternità pagati al 70% della retribuzione percepita, non trasferibili e fruibili solo per un massimo di 18 giorni durante il periodo di congedo della madre, che riceveva una indennità di maternità o parentale; i congedi parentali, di circa 158 giorni per figlio con una indennità di circa il 70-75% della retribuzione percepita fruibile a decorrere dal termine dell'indennità di maternità, previsti sia nel settore pubblico sia in quello privato, erano trasferibili ma non potevano essere usati contemporaneamente dai genitori. Il sistema non riduceva il divario di genere in quanto se i padri erano spinti a fruire di qualche settimana di congedo di paternità dopo il parto, di contro solo una minoranza di lavoratori padri era stimolata a ricorrere al congedo parentale che, in quanto trasferibile, riversava tendenzialmente sulle donne la responsabilità delle azioni di cura e assistenza dei figli.

(14) Per una disamina dei contenuti si consulti il portale del Ministry of Economic Affairs and Employment of Finland (<https://tem.fi/en/family-leave>).

Anche in Germania e in Francia sono stati predisposti sistemi volti ad incentivare l'acquisizione da parte dei padri del congedo parentale, spesso poco utilizzato perché non sufficientemente retribuito: la Germania in particolare ha adottato una riforma del congedo parentale pari a 12 mesi che diventano 14 se ne beneficia anche il padre per almeno due mesi, con una retribuzione pari a circa il 67% dello stipendio; tuttavia, diversamente dai Paesi nordici dove frequente è il ricorso al congedo parentale da parte paterna, in Germania sono pochi i padri che decidono di usufruirne. Ciò malgrado la Germania, insieme a Olanda, Spagna e Francia, sia tra i Paesi che si propongono di ridurre la disparità di genere nella fruibilità dei congedi prevedendo un congedo parentale non trasferibile da un genitore all'altro, in una logica di *take it or lose it*: la trasferibilità del congedo espone le madri al rischio che siano più spesso loro ad usufruirne rispetto ai padri; purtuttavia, la possibilità di rinunciare al complessivo periodo di congedo e di usufruirne contemporaneamente alla madre attenua la responsabilità genitoriale dei padri e, a fronte di una politica conciliativa innovativa, ostacola una trasformazione delle "pratiche" genitoriali di genere ⁽¹⁵⁾.

Interventi migliorativi in tal senso, sulla scia dei Paesi scandinavi, si registrano in Spagna dove dal 1° gennaio 2021 i giorni di congedo sono equivalenti per entrambi i genitori. Sia le madri che i padri hanno diritto a 16 settimane di congedo, non trasferibile e pagate al 100%; di queste, le prime 6 sono obbligatorie subito dopo la nascita del bambino, mentre le successive 10 sono facoltative e i genitori potranno scegliere se utilizzarle a tempo pieno o part-time.

Infine, giova citare l'esperienza britannica, che costituisce un *unicum* nel panorama europeo ⁽¹⁶⁾ in quanto dal 2015 la madre lavoratrice ha il diritto di trasferire il suo congedo di maternità al padre per un totale di 50 settimane, ferme restando le due settimane delle quali è chiamata a beneficiarne obbligatoriamente. Si tratta di una forma di congedo parentale condiviso (*Shared Parental leave*) ⁽¹⁷⁾, che consente ai genitori di condividere un periodo di permesso pari a 50 settimane a seguito della nascita o adozione di un figlio e la corrispondente indennità per le prime 37 settimane, entro il primo anno di vita dello stesso. Tuttavia, c'è da dire che le percentuali di ricorso a questo congedo sono basse, stimate tra il 2% e l'8%, segno del fatto che non sono sufficienti questi interventi se le politiche non vengono accompagnate da un cambiamento culturale e informativo. Il sistema di congedi britannico prevede anche un congedo di paternità di 1 o 2 settimane, fruibili entro 56 giorni dalla nascita del bambino, con una indennità pari al 90% della retribuzione media settimanale, nonché un congedo parentale di 18 settimane per ciascun genitore, non trasferibile e senza indennità, fruibile per non più di 4 settimane per anno solare.

Dall'analisi delle più significative esperienze europee si evince, in primo luogo, che al fine di normare il sistema dei congedi è necessario muovere dal presupposto che,

⁽¹⁵⁾ Esemplificativo è il caso tedesco di cui in T. SIEVERS, *Enabled but not transformed – narratives on parental involvement among first-time mothers and fathers in Germany in the context of parental leave policy design*, in *Community, Work & Family*, 2022.

⁽¹⁶⁾ Già per ciò che concerne il congedo di maternità il sistema britannico si presenta alquanto generoso atteso che può arrivare fino a 52 settimane ed è retribuito in base al reddito percepito dalla lavoratrice madre, mentre negli altri Stati europei la media si attesta attorno alle 15-16 settimane. Cfr. ANPAL, *Conciliazione vita lavoro: sviluppo di policy. Analisi comparata internazionale*, Collana Biblioteca ANPAL, 2018 n. 9.

⁽¹⁷⁾ V. <https://www.gov.uk/shared-parental-leave-and-pay>.

anche ove il congedo parentale sia condiviso dai due genitori, tendenzialmente sono le donne a fruire di tutto il tempo a disposizione. Persino in Svezia, dove il congedo parentale condiviso è stato introdotto negli anni Settanta del secolo scorso, un numero poco significativo di padri ne ha usufruito prima che il legislatore nel 1995 introducesse una quota di congedo destinata loro per un mese. Ne deriva che prevedere congedi esclusivi per i padri senza dubbio garantisce un crescente ricorso agli stessi e che un apparato normativo a ciò preposto è passibile di innescare un effetto domino sui costumi sociali consentendo la maturazione di valori e aspettative indirizzati ad una più equa distribuzione di genere delle responsabilità di assistenza e di cura.

In secondo luogo, un fattore suscettibile di incoraggiare il ricorso ai congedi parentali è l'indennità corrisposta ai lavoratori che vi facciano ricorso: a tal proposito inutile nascondere che solo la retribuzione al 100% garantirebbe il ricorso ai congedi da parte dei padri e una conseguente parità di genere nella fruizione degli stessi.

Infine, ulteriori fattori suscettibili di agevolare la fruizione dei congedi parentali da parte dei padri sono la natura obbligatoria degli stessi e il supporto dei datori di lavoro in direzione di uno scardinamento della cultura del lavoro alquanto radicata nelle società europee che tradizionalmente assegna al genere maschile il compito di svolgere un'attività lavorativa, in presenza e secondo orari rigidi. L'obiettivo europeo di elevati standard di bilanciamento vita-lavoro richiede una profonda revisione di tale approccio culturale e una flessibilità dell'attività lavorativa che consenta a uomini e donne una collocazione equa nel mercato del lavoro e una altrettanto equa distribuzione dei compiti di assistenza e cura.

3. Il lavoro flessibile

La flessibilità lavorativa è uno dei principali strumenti di riduzione del gap di genere sul piano occupazionale contemplati dalle politiche di *work-life balance*. Purtroppo, il dato empirico dimostra che, al pari dei congedi, ad usufruirne sono soprattutto le donne, dunque rilevando una discrasia tra l'intento del legislatore e gli effetti di lungo termine del disposto normativo.

Ne offrono riscontro le esperienze di alcuni Paesi europei, come Francia, Regno Unito e Paesi Bassi, dove la flessibilità lavorativa integra un modello di welfare familistico ispirato ad una radicata tradizione di distribuzione dei ruoli di genere che identifica le donne quali principali responsabili delle cure verso i familiari⁽¹⁸⁾.

In Francia, infatti, il lavoro part-time, prerogativa femminile connessa all'esigenza di prestare assistenza e cura ai figli a carico⁽¹⁹⁾, è organizzato in diverse ipotesi: in applicazione del contratto collettivo; su decisione del datore di lavoro; su richiesta del dipendente cui spetta di diritto in caso di congedo parentale per prendersi cura di un figlio di età inferiore ai 3 anni; in caso di congedo di solidarietà familiare per assistere un congiunto in fin di vita nonché in caso di congedo per prestare assistenza ad un congiunto disabile o colpito da perdita di autonomia grave, sulla base di un accordo stipulato con il datore di lavoro. Orari flessibili di lavoro possono essere richiesti dal

⁽¹⁸⁾ Nella medesima tradizione si inserisce l'esperienza italiana. In proposito v. B. DA ROIT, S. SABATINELLI, *Il modello mediterraneo di welfare tra famiglia e mercato*, in *SM*, 2005, p. 267 ss.

⁽¹⁹⁾ M. PAK, *Le travail à temps partiel*, Synthèse, Stat, Dares, giugno 2013.

lavoratore al datore di lavoro nel quadro di una procedura prevista all'art. L3121-48 del Codice del lavoro. Inoltre, l'ordinanza n. 2017-1387 del 22 settembre 2017 ha messo ordine nella disciplina del telelavoro che può essere formale o informale, ordinario o occasionale: il Governo ha qualificato il telelavoro o lavoro a distanza come una modalità normale di lavoro cui può aver accesso il lavoratore per motivi personali mediante richiesta al datore di lavoro alle condizioni previste dall'accordo collettivo ovvero dalla Carta aziendale sul telelavoro che può essere redatta dal datore di lavoro al fine di specificare l'insieme delle regole relative al telelavoro in vigore a livello aziendale.

Inoltre, il Regno Unito e i Paesi Bassi sono gli unici due Stati europei a riconoscere ai genitori con figli fino a 12 anni nonché a coloro che abbiano familiari a carico il diritto a richiedere orari di lavoro flessibili/ridotti e il telelavoro, benché a beneficiarne siano soprattutto le donne. Nel Regno Unito il *Flexible Working Regulations 2014*, attuativo dell'*Employment Rights Act 1996*, prevede che tutti i lavoratori dipendenti, assunti da almeno 26 settimane, abbiano facoltà di richiedere annualmente al proprio datore di lavoro una soluzione di lavoro flessibile (tra telelavoro, condivisione dell'attività lavorativa con altri o *job sharing*, part-time, concentrazione in alcuni giorni delle ore di lavoro settimanali in blocchi più o meno lunghi, il sistema di ore annualizzate da distribuirsi in schemi giornalieri e settimanali in modo da seguire la parabola ascendente e discendente della domanda nei diversi periodi dell'anno, infine il sistema del *flexitime* in base al quale il lavoratore assicura di essere in servizio in alcune *core hours* ma concorda con il datore di lavoro l'orario di inizio e fine della sua giornata lavorativa ⁽²⁰⁾), richiesta che quest'ultimo può rifiutare per ragioni aziendali ovvero accogliere modificando di conseguenza il contratto di lavoro. Non stupisce che il Governo abbia presentato alle Camere di recente (dicembre 2022) un progetto di legge (*Employment Relations [Flexible Working] Bill 2022-23*) a norma del quale la richiesta di orari di lavoro flessibili possa essere formulata dal lavoratore sin dal primo giorno di lavoro, senza attendere le 26 settimane di anzianità.

Del pari, nei Paesi Bassi, dove lo sbilanciamento di genere con riguardo al tempo dedicato alle attività di cura e assistenza è molto marcato, il *Flexible Working Act 2016* disciplina il diritto dei lavoratori a richiedere flessibilità lavorativa ossia una riduzione dell'orario di lavoro ovvero il telelavoro ove gli stessi abbiano maturato almeno 26 settimane di anzianità in una azienda con minimo 10 addetti; il datore di lavoro può respingere la richiesta solo per motivate esigenze organizzative. Il disposto legislativo, volto a perfezionare il bilanciamento tra vita privata e lavoro, in verità fa fronte a esigenze ulteriori come quella di evitare distrazioni sul luogo di lavoro e fare gli straordinari ⁽²¹⁾.

Diversamente, in Finlandia, con l'entrata in vigore del *Working Hours Act* n. 872/2019 la cultura del lavoro flessibile si conferma permeante e qualifica quella finlandese come una tra le nazioni più evolute sul tema *flexible work*. La legge specifica l'orario massimo di lavoro giornaliero e settimanale, nonché gli straordinari, i periodi di riposo tra i turni e l'obbligo di tenere un registro dell'orario di lavoro. È possibile concordare orari di lavoro flessibili o un sistema di adeguamento per un periodo di tempo più

⁽²⁰⁾ Per una sintesi si consulti <https://www.gov.uk/flexible-working/types-of-flexible-working>.

⁽²¹⁾ Cfr. l'indagine di cui in ANPAL, *op. cit.*, p. 60 ss., spec. pp. 72-72.

lungo, purché le modalità concordate siano conformi alla legge sull'orario di lavoro e al contratto collettivo applicabile.

Per luogo di lavoro la legge intende non solo il posto di lavoro regolare o principale, ma anche qualsiasi luogo in cui il datore di lavoro assegni al dipendente l'esecuzione di una mansione.

I termini dell'orario di lavoro flessibile vanno definiti in un accordo scritto. L'orario di lavoro flessibile non è pensato per consentire al lavoratore di lavorare di più, ma di organizzare il proprio orario di lavoro in modo più flessibile durante ogni periodo di adattamento. Anche con un orario di lavoro flessibile, esiste ancora un numero medio massimo di ore lavorative che non può essere superato. È responsabilità del lavoratore assicurarsi che il proprio orario di lavoro non superi in media le 40 ore settimanali durante ogni periodo di quattro mesi.

L'*Employment Contracts Act* n. 55/2001 (cap. 4) prevede il diritto di un dipendente di prendere congedo, dunque assentarsi dal lavoro, per gravidanza, parto, cura di un infante o di un minore ammalato.

Un dipendente ha diritto al congedo per la cura dei figli fino al terzo anno di età. Sono considerati congedi familiari anche i congedi part-time e temporanei per la cura dei figli nonché le assenze per motivi familiari imperativi. Unicamente in limitati casi previsti dalla legge, il datore di lavoro può rifiutare di concedere un congedo part-time per la cura dei figli.

Ai sensi della legge sui contratti di lavoro, il datore di lavoro non è tenuto a pagare gli stipendi per la durata del congedo familiare o di un'assenza temporanea. Tuttavia, molti contratti collettivi specificano che la retribuzione deve continuare a essere corrisposta durante il congedo di maternità e le assenze di breve durata dovute a malattia del figlio (congedo temporaneo per la cura dei figli).

In conclusione, si può dire che la Finlandia e alcuni paesi del Nord Europa come la Germania si contraddistinguono positivamente per la loro offerta sul tema che più efficacemente dei restanti Paesi europei si combina con l'esigenza di colmare il divario occupazionale di genere. In Germania, infatti, il numero di lavoratori che usufruiscono del lavoro flessibile è più alto della media europea. Durante il congedo parentale i lavoratori possono fare richiesta di riduzione dell'orario di lavoro e al termine del congedo per tre anni, a norma della sez. 8 del *Part-Time and Fixed-Term Employment Act*, hanno diritto ad una riduzione dell'orario di lavoro per un totale di 15-30 ore settimanali; infine, ove prestino assistenza e cura ad un familiare non autosufficiente, per un biennio possono usufruire della riduzione dell'orario a 15 ore settimanali. A fronte di legislazione nazionale che non riconosce ai lavoratori il diritto di modificare il sistema degli orari di lavoro, i contratti collettivi e i contratti di lavoro, con il contributo dirimente delle associazioni dei datori di lavoro e dei lavoratori, disciplinano forme di lavoro flessibile e il telelavoro al fine di migliorare il sistema di conciliazione vita familiare-lavoro passando per la maturazione progressiva di un cambiamento nella cultura aziendale dell'organizzazione del lavoro.

4. I congedi e il lavoro precario/autonomo

Le riflessioni politiche e dottrinali in ordine alle misure di conciliazione vita familiare-lavoro manifestano un limite dato dal fatto che non prestano adeguata attenzione alla

fruibilità di tali misure da parte di lavoratori e lavoratrici precari. Il lavoro precario ricomprende tutte le forme di lavoro atipico (a termine, intermittente, a chiamata, ecc.) nonché il lavoro autonomo, cui si associa il carattere selettivo del diritto al congedo, passibile di sovrapporre alla disparità di genere forme di disegualianza che interessa le relazioni di genere e la dimensione intra-genere.

A fronte di una crescente precarizzazione nel mercato del lavoro a livello europeo, sul piano normativo fino al 2016 non è stato avviato un processo riformista concernente le condizioni di accesso ai congedi nei Paesi europei ove quest'ultimo è subordinato al possesso di requisiti attinenti alla condizione occupazionale, alla composizione del nucleo familiare e al possesso della cittadinanza. A integrazione del dibattito politico, invece, l'Istituto europeo per l'eguaglianza di genere ha pubblicato uno studio di verifica delle condizioni di ammissibilità ai congedi negli Stati europei per quantificare la percentuale di esclusione dalla loro fruizione ⁽²²⁾.

La direttiva europea 2019/1158/UE, manifestando piena consapevolezza della precarizzazione del mercato del lavoro nonché delle disparità delle condizioni per beneficiare del congedo parentale in molti Stati membri dell'UE escludenti i lavoratori autonomi, all'art. 1 ha riconosciuto espressamente che la disciplina europea di cui alla direttiva del Consiglio 2010/18/UE, cl. 2, che riconosce i congedi parentali a tutti i lavoratori e le lavoratrici con responsabilità genitoriali, che siano dipendenti a tempo indeterminato o con un contratto di lavoro atipico, «si applica a tutti i lavoratori, uomini e donne, che hanno un contratto di lavoro o un rapporto di lavoro quale definito dal diritto, dai contratti collettivi o dalle prassi in vigore in ciascuno Stato membro, tenendo conto della giurisprudenza della Corte di giustizia». Tuttavia, la direttiva, all'art. 5, § 4, prevede che «[g]li Stati membri poss[a]no subordinare il diritto al congedo parentale a una determinata anzianità lavorativa o di servizio, comunque non superiore a un anno»: considerando che alcuni Paesi, come Belgio, Francia e Irlanda, contemplano un'anzianità di 12 mesi presso lo stesso datore di lavoro, mentre pochi sono i Paesi, come il Portogallo e Lussemburgo, ove è previsto che tale anzianità possa maturare presso più datori di lavoro, è evidente che tale criterio possa risultare ostacolo rispetto all'accesso al congedo per i lavoratori precari, così come per giovani neoassunti ovvero per i migranti cui è precluso talvolta l'accesso al congedo ove a integrare quello dell'anzianità subentrino altri requisiti come il possesso della cittadinanza o la residenza. Se a ciò si aggiunge che la direttiva non fissa alcuna soglia di retribuzione del congedo parentale, limitandosi a stabilire che almeno per due mesi debba essere retribuito, si comprende quanto a fronte di Paesi come Austria, Danimarca, Finlandia, Polonia e Svezia ove è prevista una congrua remunerazione, Stati come Grecia e Irlanda che non prevedono alcun indennizzo per il congedo parentale ostacolino pesantemente la fruibilità dello stesso.

Prendendo spunto dalle riflessioni della dottrina giuslavoristica italiana concernente la normativa di casa nostra di recezione della disciplina europea di cui al d.lgs. n. 151/2001 ⁽²³⁾, non si può negare che la disciplina statale dei congedi, compresa quella

⁽²²⁾ EIGE, *Eligibility for Parental Leave in EU Member States*, 2020, disponibile all'indirizzo: https://eige.europa.eu/sites/default/files/documents/mh0219002enn_002.pdf.

⁽²³⁾ D. GOTTARDI (a cura di), *La conciliazione delle esigenze di cura, di vita e di lavoro. Il rinnovato T.U. n. 151/2001 ai sensi del d. lgs. n. 80/2015*, Giappichelli, 2016, partic. R. NUNIN, *Diritti e tutele per i genitori liberi professionisti e lavoratori autonomi*, p. 109 ss.

italiana, prevede una graduazione delle garanzie dei diritti delle lavoratrici e dei lavoratori in ragione della tipologia di contratto, confermata in periodo di emergenza sanitaria quando numerosi sono stati i congedi straordinari creati per consentire ai lavoratori di affrontare la chiusura di scuole e servizi educativi per l'infanzia nonché le misure di quarantena sanitaria, estesi in modo ondivago ai lavoratori e alle lavoratrici autonome (24).

5. Riflessioni conclusive

L'analisi delle politiche di conciliazione vita familiare-lavoro in prospettiva comparata mostra che gli Stati europei più propositivi convergono in ordine all'attuazione di interventi in materia di sostegno all'assistenza all'infanzia e alla cura di malati o disabili, congedi e organizzazione flessibile del lavoro (25).

Malgrado un condiviso indirizzo politico, il percorso di perfezionamento del *work-life balance* procede a più velocità, prima di tutto sul terreno dei servizi di cura all'infanzia dall'analisi dei quali emerge come solo in Finlandia, Paesi Bassi e Spagna un terzo dei bambini di età inferiore a 3 anni sia inserito in strutture formali di assistenza e quanto tali servizi non solo possano contribuire a ridurre il gap occupazionale di genere - considerato che le azioni di cura tradizionalmente gravano soprattutto sulle donne -, ma possano configurarsi come una valida alternativa ad una politica di divisione del lavoro in base al genere che destina le donne ai lavori domestici o di cura.

Tuttavia, per valutarne l'effettiva efficacia è necessario verificarne l'accessibilità economica e la qualità nonché la complementarietà rispetto ad altri interventi. Anche su questo fronte il panorama europeo è piuttosto diversificato: se tra i Paesi più performanti la Francia beneficia di un sistema articolato di assistenza che comprende servizi individuali domiciliari e servizi di assistenza collettivi (asili nido collettivi o gestiti da associazioni di genitori) e la Finlandia coniuga l'assistenza diurna comunale con il congedo di assistenza per i figli non retribuito e non cumulabile con il congedo per l'assistenza all'infanzia che prevede la corresponsione di un assegno per la custodia dei bambini del quale tuttavia tendenzialmente usufruiscono donne giovani disoccupate, allargando lo spettro analitico emerge che a fronte di una crescente disponibilità dei servizi di assistenza la richiesta non è sempre soddisfatta in ragione del fatto che il tasso di disoccupazione e i costi da sostenersi superano di gran lunga i vantaggi derivanti dai servizi resi fruibili dai crescenti interventi in materia.

Ciò attesta l'esigenza di sviluppare un nuovo stadio evolutivo delle politiche di bilanciamento tra attività professionale e vita familiare che non si limiti a soddisfare l'obiettivo circoscritto all'universo femminile di conciliazione della maternità ovvero delle responsabilità di assistenza e cura con l'esercizio di un'attività lavorativa, ma che

(24) In proposito, con riguardo all'esperienza italiana, v.: L. CALAFÀ, *Conciliare nell'emergenza*, in O. BONARDI, U. CARABELLI, M. D'ONGHIA, L. ZOPPOLI (a cura di), *Covid-19 e diritti dei lavoratori*, Ediesse, 2020, p. 153 ss.; E. CHIEREGATO, *Precarietà e conciliazione vita lavoro: la disparità nelle condizioni di ammissibilità ai congedi parentali*, in *Autonomie locali e servizi sociali*, 2022, n. 1, p. 7 ss., partic. p. 16 ss.

(25) Sull'importanza dell'intersezione tra interventi di natura diversa ai fini di una efficace conciliazione vita familiare-lavoro v. K. WALL, *I modelli di politiche relative ai congedi e l'articolazione lavoro/famiglia in Europa: una prospettiva comparativa*, in *Sociologia e politiche sociali*, 2008, n. 1, p. 59 ss.

sviluppi un equilibrio di genere integrato, destinato in quanto tale a interessare il pre-detto bilanciamento sul piano relazionale uomo-donna anziché sul terreno di una rivendicazione univoca femminile di spazi crescenti di temperamento di esigenze di cura e di affermazione personale in ambito lavorativo.

In questa direzione, infatti, si dispiegano le recenti politiche relative ai congedi che hanno oramai superato l'obiettivo di consentire alle donne di conciliare il ruolo di assistenza con una eventuale occupazione, mirando per lo più ad un riequilibrio di genere nell'utilizzo dei congedi.

Se il congedo di maternità ha una destinazione d'uso mirata - ovvero le legislazioni nazionali si propongono di consentire alle donne di svolgere il proprio ruolo di madri senza mortificare la parità di trattamento nel mercato del lavoro prevedendo un periodo di astensione dal lavoro obbligatorio, legato alla gravidanza e alla nascita del bambino, la cui durata è variabile da Stato a Stato, retribuito e collegato al reddito ordinariamente percepito - sono le altre tipologie di congedo che volgono a riequilibrare il rapporto uomo-donna nelle azioni di assistenza e di cura e di conseguenza a garantire un equo accesso di genere al mercato del lavoro. *In primis*, il congedo parentale, aggiuntivo rispetto a quello di maternità, fruibile dagli uomini e dalle donne, che la direttiva 2010/18/EU definiva «un diritto individuale e in linea di principio non trasferibile» (cons. 16) lasciando agli Stati un margine decisionale in ordine alla sua non trasferibilità che si è andato erodendo nel corso del tempo. Laddove il congedo parentale sia concepito come un diritto individuale non trasferibile anziché come un diritto del nucleo familiare che può decidere come disporne, la sua fruibilità da parte dei padri è maggiore, tanto più se ben retribuito. A tale ultimo proposito alcuni Paesi prevedono degli incentivi affinché entrambi i genitori, non solo le madri, usufruiscano del congedo parentale. In Germania, per esempio, sono previste due tipologie di indennità di congedo, una per soli 12 mesi pari al 65% della retribuzione, l'altra per 28 mesi ove i genitori lavorino part-time con indennità al 67% della retribuzione e i padri beneficiano di almeno due mesi di congedo, con una estensione di ulteriori due mesi di astensione dal lavoro retribuita a beneficio dei padri.

Germania e Francia sono esemplificative, inoltre, di una razionale combinazione del congedo di paternità e del congedo parentale di cui trattasi: se in Germania il sistema dei congedi non prevede un congedo di paternità ⁽²⁶⁾, ma il congedo parentale è fruibile dai padri come fosse un congedo di paternità in quanto attivabile subito dopo la nascita del bambino, in Francia al congedo di paternità dopo la nascita del bambino si aggiunge un congedo parentale come diritto individuale e non trasferibile.

Purtuttavia, l'analisi comparata dimostra la persistenza di alcune criticità che interessano per lo più l'insufficienza della retribuzione dei periodi di astensione dal lavoro, che riduce la possibilità per i padri di usufruirne, e la flessibilità dell'attività lavorativa. Assumendo a titolo esemplificativo l'esperienza tedesca, si nota che se la riforma del 2007 ha agevolato l'accesso dei padri al sistema dei congedi decresce la durata del periodo richiesto di astensione dal lavoro. La maggior parte dei lavoratori a tempo pieno (i 4/5) non supera le due mensilità di congedo che, in caso contrario, non

⁽²⁶⁾ Cfr. A. KOSLOWSKI, S. BLUM, I. DOBROTIĆ, G. KAUFMAN, P. MOSS (a cura di), *18th International Review of Leave Policies and Related Research 2022*, Research Report, August 2022, in https://www.leavenetwork.org/fileadmin/user_upload/k_leavenetwork/annual_reviews/2022/Koslowski_et_al_Leave_Policies_2022.pdf.

sarebbe retribuito. Pertanto, il bimestre viene interiorizzato come norma sociale che scandisce il tempo che i padri dovrebbero dedicare alla cura del nascituro. La stessa logica si applica alle madri: il sistema ha istituzionalizzato l'idea che i genitori dovrebbero prendersi cura dei propri figli a casa fino al loro primo compleanno; tuttavia, la tendenziale fruizione materna del congedo e l'abbandono definitivo dell'impiego da parte delle madri mortifica il diritto individuale dei padri a usufruire del congedo parentale; inoltre, la fruibilità simultanea del congedo da parte di entrambi i genitori costituisce un disincentivo per la famiglia dettato da una consistente riduzione della retribuzione suscettibile di incidere soprattutto sugli stipendi più alti ossia quelli dei padri.

Infine, l'organizzazione flessibile del lavoro è uno strumento di conciliazione vita familiare-lavoro praticato da tutti i Paesi europei e non è misura indirizzata solo alle donne ma a tutti i lavoratori e le lavoratrici dipendenti. Tra i Paesi più all'avanguardia, come Regno Unito e Francia, nel ricorso alla flessibilità oraria e al telelavoro, si nota tuttavia che a usufruirne continuano ad essere prevalentemente le donne in ragione della circostanza per la quale sono tendenzialmente queste ultime a dedicarsi alle attività di cura e assistenza in ragione di un retaggio culturale piuttosto radicato.

È di tutta evidenza che i terreni di intervento citati si propongono di superare definitivamente la stigmatizzazione del lavoro flessibile o del part-time, contestualmente favorendo la partecipazione delle donne al mercato del lavoro e la maggiore partecipazione degli uomini alle attività di assistenza e di cura. Inoltre, rispondono ad un tentativo di sistematizzazione degli interventi che tenga conto del mercato del lavoro, dell'andamento della crescita economica e demografica, e dell'evoluzione della struttura familiare mostrando altresì l'inutilità di misure occasionali ed estemporanee nonché l'esigenza di una maturazione culturale che consenta di interpretare azioni familiari di tal fatta come funzionali non tanto a ridurre il "disagio" di genere (femminile), quanto a pianificare il futuro delle economie statali ed europee. Obiettivo ancora lontano dall'essere raggiunto, se solo si considera che persino nei Paesi che prima e più degli altri hanno adottato misure di conciliazione vita familiare-lavoro in modo incrementale persistono diseguaglianze di genere sul piano retributivo.

Parte II

Modifiche al d.lgs. n. 151/2001. I congedi di paternità obbligatorio e alternativo

di Francesca Marinelli

Abstract – Il presente contributo analizza le modifiche apportate al congedo di paternità dal d.lgs. n. 105/2022, mettendo in luce le analogie e le differenze della nuova disciplina rispetto alla precedente e dando conto delle principali criticità dell'istituto.

Abstract – The essay deals with the paternity leave as modified by the Legislative Decree No. 105/2022, highlighting similarities and differences from the past as well as pointing out the main criticalities of the new rules.

Sommario: 1. Sull'importanza sistematica delle norme in commento. – 2. Il nuovo volto dell'istituto: il congedo di paternità obbligatorio e il congedo di paternità alternativo. – 3. La novità: il congedo di paternità obbligatorio. – 4. Criticità.

1. Sull'importanza sistematica delle norme in commento

Per comprendere l'importanza delle modifiche apportate dal d.lgs. n. 105/2022 al congedo di paternità occorre ripercorrere, seppur per sommi capi ⁽¹⁾, la breve ma intricata storia dell'istituto.

Il congedo di paternità “entra” per la prima volta nel nostro ordinamento solo all'inizio del nuovo millennio. Ad introdurlo è, in particolare, l'art. 13 della l. n. 53, che lo inserisce (all'interno della l. n. 903/1977 in una norma *ad hoc*, *id est* l'art. 6-bis, poi trasfuso negli artt. 2, comma 1, lett. b, e 28 del d.lgs. n. 151/2001) ⁽²⁾, come diritto *condizionato* rispetto al congedo di maternità. Esso, infatti, veniva configurato come una astensione dal lavoro a cui il padre lavoratore aveva diritto solo in caso di morte o di grave infermità della madre, ovvero di abbandono o affidamento esclusivo del bambino al padre.

⁽¹⁾ Per una compiuta ricostruzione dell'evoluzione dell'istituto nel nostro ordinamento si rinvia da ultimo a D. IZZI, *IL work-life balance al maschile: a proposito di congedi dei padri*, in LD, 2020, p. 333 ss.

⁽²⁾ Tra i primi commenti all'istituto in parola si ricordano quelli di: R. DEL PUNTA, D. GOTTARDI, *I nuovi congedi. Commento alla legge 8 marzo 2000, n. 53 aggiornato con il T.U. per la tutela della maternità e paternità*, Il Sole 24 Ore, 2001, e di R. NUNIN, *Riequilibrio dei ruoli nel lavoro di cura e ricomposizione del conflitto tra lavoro “esterno” e responsabilità familiari: le risposte della nuova normativa in materia di tutela dei genitori lavoratori*, in M. MISCIONE (a cura di), *I congedi parentali. L. n. 53/2000 (in T.U. n. 151/2001)*, Ipsoa, 2001, p. 42 ss.

A questa ipotesi, nel 2012 il legislatore decide, con l'intento di promuovere una cultura di maggiore condivisione dei compiti di cura dei figli all'interno della coppia, di affiancare un congedo di paternità per così dire *obbligatorio* del tutto autonomo rispetto al congedo di maternità. Ciò viene fatto introducendo all'interno dell'art. 4, comma 24, l. n. 92/2012 – integrato pochi mesi dopo da un decreto ministeriale ⁽³⁾ –, una previsione sperimentale (valida in origine solo per il triennio 2013-2015), che, da un lato, obbligava il padre lavoratore, entro i cinque mesi dalla nascita del figlio, ad astenersi dal lavoro per il periodo di un giorno (compensato con una indennità pari al 100 per cento della retribuzione), e, dall'altro, gli attribuiva la possibilità di richiedere altri due giorni anche continuativi di congedo per così dire *facoltativo* (previo accordo con la madre e in sua sostituzione in relazione al periodo di astensione obbligatoria spettante a quest'ultima), anch'essi compensati con una indennità giornaliera pari al 100 per cento della retribuzione ⁽⁴⁾.

Questa disposizione, assai dirompente rispetto al passato ma, al contempo, molto debole ⁽⁵⁾, vista non solo la sua natura sperimentale, ma anche la limitatezza temporale del periodo di astensione obbligatoria dal lavoro accordata al padre (come detto, un giorno solo), è stata oggetto per ben sei anni di continue proroghe ⁽⁶⁾ a cui si deve il merito, non solo di aver tenuto in vita l'istituto ma, anche, di aver allungato, fino a decuplicarlo, il periodo di fruizione del congedo obbligatorio ⁽⁷⁾. Ciò allo scopo di venire incontro, nel frattempo, alle indicazioni provenienti dall'Unione Europea a seguito del varo, nel 2019, della direttiva 1158 relativa all'equilibrio tra attività professionale e vita familiare per i genitori e i prestatori di assistenza ⁽⁸⁾.

⁽³⁾ Cfr. i primi tre articoli del d.m. 22 dicembre 2012 adottato dal Ministro del lavoro e delle politiche sociali di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze (oggi abrogati per mano dell'art. 10 del d.lgs. n. 105/2022 come si avrà modo di dire *infra*).

⁽⁴⁾ Per un commento della norma si rinvia a L. LOREA, *Sul congedo di paternità: orientamenti e prospettive*, in *DML*, 2012, p. 290 ss.

⁽⁵⁾ Non a caso V. PASQUARELLA, *Work-life balance: esiste un modello italiano di "conciliazione condivisa" dopo il jobs act?*, in *RIDL*, 2017, I, p. 54, l'ha definita una norma dalla valenza simbolica.

⁽⁶⁾ A prorogare l'istituto è stato in particolare l'art. 1, comma 354, della l. n. 232/2016 annualmente ritoccato.

⁽⁷⁾ La durata del congedo è passata a due giorni per l'anno 2017, a quattro giorni per l'anno 2018, a cinque giorni per l'anno 2019, a sette giorni per l'anno 2020 e a dieci giorni dall'anno 2021.

⁽⁸⁾ V. in particolare l'art. 4 della direttiva in parola che recita: «Gli Stati membri adottano le misure necessarie a garantire che il padre o, laddove e nella misura in cui il diritto nazionale lo riconosce, un secondo genitore equivalente abbia diritto a un congedo di paternità di dieci giorni lavorativi da fruire in occasione della nascita di un figlio del lavoratore. Gli Stati membri possono stabilire se il congedo di paternità possa essere fruito parzialmente prima della nascita del figlio o solo dopo la nascita del figlio e se possa essere fruito secondo modalità flessibili. Il diritto al congedo di paternità non è subordinato a una determinata anzianità lavorativa o di servizio. Il diritto al congedo di paternità è concesso a prescindere dallo stato civile o di famiglia del lavoratore, come definiti dal diritto nazionale» (per una analisi della normativa sovranazionale vigente in materia di congedo di paternità ci si permette di rinviare a F. MARINELLI, *Covid-19 e gender gap: l'importanza di rafforzare a livello sovranazionale il congedo di paternità per arginare la fuoriuscita delle lavoratrici madri dal mercato del lavoro*, in AA.VV., S. CIUCIOVINO, D. GAROFALO, A. SARTORI, M. TIRABOSCHI, A. TROJSI, L. ZOPPOLI (a cura di), *Flexicurity e mercati transizionali del lavoro. Una nuova stagione per il diritto del mercato del lavoro?*, ADAPT University Press, 2021, p. 472 ss. Per una prospettiva storica si rinvia a L. CALAFÀ, *Paternità, lavoro e conciliazione condivisa nel diritto europeo*, in EAD. (a cura di), *Paternità e lavoro*, Il Mulino, 2007, p. 23 ss.).

Questa precarietà del congedo obbligatorio è terminata nel 2021 quando il legislatore, sostituendo all'interno dell'art. 1, comma 354, l. n. 232/2016 la parola "2021" con l'espressione «dall'anno 2021», ha finalmente stabilizzato l'istituto nel nostro ordinamento ⁽⁹⁾.

Nondimeno, fino all'emanazione del d.lgs. n. 105/2022, il congedo di paternità ha continuato a seguire un doppio binario: nella sua forma per così dire *condizionata* all'impossibilità per la madre di fruire del congedo di maternità trovava infatti la propria disciplina, come visto, all'interno del d.lgs. n. 151/2001; nella sua forma per così dire *obbligatoria*, e, cioè, autonoma rispetto al congedo di maternità (cui poteva seguire un periodo di due giorni di congedo *facoltativo* – non autonomo in quanto fruibile solo previo accordo con la madre e solo in sua sostituzione –) trovava invece regolamentazione, come detto, in una normativa *extra ordinem*, *id est* al di fuori del testo unico in materia di tutela e sostegno della maternità e paternità ⁽¹⁰⁾.

Da qui l'importanza del d.lgs. n. 105/2022.

Esso, infatti, è intervenuto sull'istituto ponendo fine – a partire dal 13 agosto 2022 ⁽¹¹⁾ –, a questa schizofrenia normativa, introducendo nel d.lgs. n. 151/2001 (attraverso gli artt. 2, comma 1, lett. *a, c, d, e, f*) una normativa *ad hoc* ⁽¹²⁾ e, al contempo, abrogando (al suo art. 10) le norme c.d. *extra ordinem* sul congedo di paternità obbligatorio e facoltativo ⁽¹³⁾.

Una volta dato conto dell'evoluzione storica dell'istituto, non rimane che illustrare le novità introdotte dalla recente riforma del congedo di paternità (lo si farà nel §§ 2 e 3), per poi procedere con qualche considerazione critica (nel § 4).

2. Il nuovo volto dell'istituto: il congedo di paternità obbligatorio e il congedo di paternità alternativo

Grazie all'intervento di razionalizzazione messo in atto dal d.lgs. n. 105/2022 (di cui si è detto in chiusura del paragrafo precedente), il congedo di paternità trova oggi la propria regolamentazione solo all'interno del d.lgs. n. 151/2001 sotto forma di due ipotesi distinte: il congedo di paternità obbligatorio (corrispondente al vecchio congedo obbligatorio *extra ordinem*) ed il congedo di paternità alternativo (corrispondente

⁽⁹⁾ V. art. 1, comma 134, l. n. 234/2021, nonché sul punto anche il § 3 della circ. Inps 3 gennaio 2022, n. 1.

⁽¹⁰⁾ Per gli aspetti operativi dell'istituto si rinvia alle circ. Inps 14 marzo 2013, n. 40; 11 marzo 2021, n. 42, e n. 1/2022, cit.

⁽¹¹⁾ Come specificato nel § 2.6 della circ. Inps 27 ottobre 2022, n. 122 «Le nuove disposizioni normative trovano applicazione per i casi in cui la data presunta del parto o la data del parto siano successive o coincidenti con l'entrata in vigore del decreto legislativo, nonché nei casi in cui, sebbene la data effettiva del parto sia antecedente all'entrata in vigore delle nuove norme (13 agosto 2022) il lavoratore padre si trovi nelle condizioni di poter fruire di periodi di congedo di paternità obbligatorio o dei periodi residui non fruiti a titolo di congedo obbligatorio del padre di cui alla legge n. 92/2012».

⁽¹²⁾ Su cui v. *infra*.

⁽¹³⁾ L'art. 10, d.lgs. n. 105/2022, infatti recita: «dalla data di entrata in vigore del presente decreto sono abrogati: a) l'articolo 1, comma 354 della legge 11 dicembre 2016, n. 232; b) l'articolo 1, comma 134 della legge 30 dicembre 2021, n. 234; gli articoli 1, 2 e 3 del decreto del Ministero del lavoro e delle politiche sociali del 22 dicembre 2012».

al vecchio congedo di paternità per così dire condizionato). Non trova invece più posto nel nostro ordinamento il congedo di paternità facoltativo.

Da qui la necessità del legislatore di intervenire sul d.lgs. n. 151/2001, sia nella sua parte definitoria e, cioè, sull'art. 2 (che oggi presenta, dunque, una lettera nuova – la lettera *a-bis* ⁽¹⁴⁾ – nonché una nuova formulazione della lettera *b* ⁽¹⁵⁾), sia sulla parte regolatoria del d.lgs. n. 151/2001 e, cioè, sul capo IV (attraverso l'introduzione di un nuovo articolo – l'art. 27-*bis* ⁽¹⁶⁾ – e la modifica della rubrica dell'art. 28 ⁽¹⁷⁾, nonché degli artt. 29 ⁽¹⁸⁾ e 30 ⁽¹⁹⁾).

Poiché, tuttavia, gli interventi appena menzionati sono tutti funzionali a dare spazio al congedo di paternità obbligatorio all'interno del d.lgs. n. 151/2001 – tanto che, a parte il nome, il vecchio congedo di paternità condizionato (oggi alternativo) continua ad avere sia formalmente che sostanzialmente la stessa disciplina del passato ⁽²⁰⁾ –, nel prosieguo ci si concentrerà solo sul primo tipo di congedo.

3. La novità: il congedo di paternità obbligatorio

Come detto, il d.lgs. n. 105/2022, da un lato, ha abrogato il vecchio congedo di paternità facoltativo e, dall'altro, ha riscritto la disciplina del congedo di paternità obbligatorio (che trova ora una propria regolamentazione negli artt. 2, 27-*bis*, 29 e 30 del d.lgs. n. 151/2001).

Trattasi, a ben guardare, di una disciplina innovativa solo in parte rispetto al passato, come si cercherà ora di mettere in luce.

⁽¹⁴⁾ Cfr. l'art. 2, comma 1, lett. *a*, d.lgs. n. 105/2022, che recita: «Al decreto legislativo 26 marzo 2001, n. 151, sono apportate le seguenti modificazioni: a) all'articolo 2, comma 1 [...] dopo la lettera a) è inserita la seguente: «*a-bis*) per 'congedo di paternità' si intende l'astensione dal lavoro del lavoratore, che ne fruisce in via autonoma ai sensi dell'art. 27-*bis* del presente decreto».

⁽¹⁵⁾ Cfr. sempre l'art. 2, comma 1, lett. *a*, d.lgs. n. 105/2022 laddove prevede che: «Al decreto legislativo 26 marzo 2001, n. 151, sono apportate le seguenti modificazioni: all'articolo 2, comma 1 [...] la lettera b) è sostituita dalla seguente: b) per 'congedo di paternità alternativo' si intende l'astensione dal lavoro del lavoratore, in alternativa al congedo di maternità nei casi previsti dall'articolo 28 del presente decreto».

⁽¹⁶⁾ Cfr. l'art. 2, comma 1, lett. *c*, d.lgs. n. 105/2022, che introduce in un articolo *ad hoc* all'interno del d.lgs. n. 151/2001 la figura del congedo di paternità obbligatorio, di cui si dirà nel § 3.

⁽¹⁷⁾ Cfr. l'art. 2, comma 1, lett. *d*, d.lgs. n. 105/2022, che aggiunge al vecchio congedo di paternità condizionato (che il d.lgs. n. 151/2001 pre-riforma definiva solo come “congedo di paternità”) l'aggettivo “alternativo” al fine di distinguerlo dal vecchio congedo di paternità obbligatorio *extra ordinem* che nella nuova versione del d.lgs. n. 151/2001 (di cui si dirà nel § 3) viene chiamato dal legislatore semplicemente “congedo di paternità”.

⁽¹⁸⁾ Cfr. l'art. 2, comma 1, lett. *e*, d.lgs. n. 105/2022, che si preoccupa di disciplinare il trattamento economico e normativo del congedo di paternità obbligatorio, di cui si dirà nel § 3.

⁽¹⁹⁾ Cfr. l'art. 2, comma 1, lett. *f*, d.lgs. n. 105/2022 che si preoccupa di disciplinare il trattamento previdenziale del congedo di paternità obbligatorio, di cui si dirà nel § 3.

⁽²⁰⁾ Le norme del d.lgs. n. 151/2001 che disciplinano l'istituto in parola sono rimaste infatti le stesse e, cioè: l'art. 2, comma 1, lett. *b*, e gli artt. 28, 29 e 30 (per una analisi si rinvia da ultimo allo studio di M.L. VALLAURI, *Genitorialità e lavoro. Interessi protetti e tecniche di tutela*, Giappichelli, 2020, p. 68 ss.).

È una novità, seppur del tutto formale, quella di voler differenziare il congedo in parola da quello alternativo, specificando nell'art. 2, comma 1, lett. *a-bis* del d.lgs. n. 151/2001 che si tratta di una «astensione dal lavoro [...] in via autonoma» ⁽²¹⁾.

Non innovativo appare invece l'ambito di applicazione dell'istituto. Sebbene infatti la norma oggi attribuisca tale diritto genericamente al “padre lavoratore” ⁽²²⁾ e non più al “padre lavoratore dipendente” – come invece faceva il legislatore con riferimento al vecchio congedo di paternità obbligatorio ⁽²³⁾ – l'istituto trova nondimeno applicazione, oggi, come per il passato ⁽²⁴⁾, solo per i lavoratori dipendenti (sia del settore privato che di quello pubblico ⁽²⁵⁾ ⁽²⁶⁾).

Al contrario, appare una novità (e di rilievo) quella riguardante il periodo in cui è possibile fruire del congedo: non più, come previsto nella disciplina previgente, entro i cinque mesi dalla nascita del figlio, bensì dai due mesi precedenti la data presunta del parto fino ai cinque mesi successivi ⁽²⁷⁾.

Del tutto simile invece a quanto già previsto in passato è l'art. 27 *bis* del d.lgs. n. 151/2001 laddove prevede che il congedo di paternità debba essere: i) fruibile solo nelle giornate lavorative ⁽²⁸⁾; ii) utilizzabile anche in via non continuativa – ma non

⁽²¹⁾ È interessante notare che, nell'art. 2 del d.lgs. n. 151/2001, il congedo di paternità obbligatorio viene definito solo come “congedo di paternità” senza ulteriori aggettivi, contrariamente a quanto avviene nella rubrica dell'art. 27-*bis*, d.lgs. n. 151/2001, in cui il congedo in parola viene espressamente definito come “congedo di paternità obbligatorio”.

⁽²²⁾ Cfr. il nuovo art. 27-*bis*, comma 1.

⁽²³⁾ Cfr. l'art. 4, comma 24, lett. *a*, l. n. 92/2012.

⁽²⁴⁾ Sulla problematicità della applicazione del vecchio congedo di paternità obbligatorio al pubblico impiego si rinvia a D. IZZI, *op. cit.*, p. 340 in particolare alla nota 14.

⁽²⁵⁾ V. sul punto, sia l'art. 1, comma 2, d.lgs. n. 105/2022 laddove prevede che: «nell'ottica della piena equiparazione dei diritti alla genitorialità [...] i congedi [...] salvo che non sia diversamente specificato, sono direttamente applicabili anche ai dipendenti delle pubbliche amministrazioni», sia la circ. Inps n. 122/2022, cit. laddove afferma che «tali disposizioni si applicano, per esplicita previsione normativa, anche ai dipendenti delle pubbliche Amministrazioni, ferme restando le eventuali indicazioni operative fornite dal competente Dipartimento della Funzione pubblica».

⁽²⁶⁾ Sul punto la circ. Inps n. 122/2022, cit., specifica che «il congedo di paternità obbligatorio è riconosciuto a tutti i lavoratori dipendenti, compresi: i lavoratori domestici, per i quali non è prevista la sussistenza del requisito contributivo necessario per fruire del congedo di maternità o del congedo di paternità alternativo di cui all'articolo 28 del T.U.; i lavoratori agricoli a tempo determinato, per i quali non deve sussistere il requisito contributivo. Per entrambe le categorie è, tuttavia, necessaria la sussistenza di un rapporto di lavoro in essere al momento della fruizione del congedo. Per gli altri lavoratori dipendenti, invece, il diritto al congedo di paternità obbligatorio può essere riconosciuto anche in caso di cessazione o sospensione del rapporto di lavoro, purché sussistano le condizioni di cui all'articolo 24 del T.U.» mentre «non spetta né ai padri lavoratori iscritti alla Gestione separata di cui all'articolo 2, comma 26, della legge 8 agosto 1995, n. 335, né ai padri lavoratori autonomi di cui al Capo XI del T.U., compresi i lavoratori che abbiano un rapporto di lavoro autonomo dello spettacolo».

⁽²⁷⁾ Cfr. il nuovo art. 27-*bis*, comma 1. In proposito la circ. Inps n. 122/2022, cit., specifica che nel caso di parto prematuro (e cioè che avvenga nei due mesi antecedenti la data presunta del parto) o fortemente prematuro (e cioè che si verifichi prima dei due mesi antecedenti la data presunta del parto) vi sarà la fisiologica riduzione dell'arco temporale di fruizione del congedo di paternità obbligatorio prima del parto, rimanendo, comunque, invariato l'arco temporale dei cinque mesi successivi al parto entro cui fruire del congedo.

⁽²⁸⁾ Cfr. l'art. 27-*bis*, comma 1, d.lgs. n. 151/2001. Non si tratta di una novità posto che già nel suo § 1 la circ. Inps n. 42/2021, cit. specificava che dovessero essere computate e indennizzate le sole giornate lavorative. In proposito, la circ. Inps n. 122/2022, cit., specifica che in caso di sospensione

frazionabile in ore ⁽²⁹⁾ –; iii) fruibile dal padre anche durante il congedo di maternità della madre lavoratrice ⁽³⁰⁾; iv) ammissibile anche nei confronti del padre che fruisce del congedo di paternità alternativo, sebbene non nelle stesse giornate ⁽³¹⁾; v) fruibile, entro lo stesso arco temporale, anche in caso di morte perinatale del figlio ⁽³²⁾; vi) applicabile anche al padre adottivo o affidatario ⁽³³⁾; vii) accompagnato da un'indennità giornaliera pari al 100 per cento della retribuzione media globale giornaliera, come individuata dall'art. 23 TU (corrisposta con le stesse modalità previste per l'erogazione

o cessazione del rapporto di lavoro, in presenza delle condizioni di cui all'art. 24 TU, l'Istituto provvederà a pagare le giornate di calendario richieste dal lavoratore padre.

⁽²⁹⁾ Cfr. l'art. 27-*bis*, comma 1, d.lgs. n. 151/2001. Anche questo non rappresenta una novità posto che, da un lato, già l'art. 1, comma 354, l. n. 232/2016, prevedeva che il congedo fosse utilizzabile anche in via non continuativa e che, dall'altro, già la circ. Inps n. 40/2013, cit., nel suo § 4, espressamente sanciva che i congedi non potessero essere frazionati in ore.

⁽³⁰⁾ Cfr. l'art. 27-*bis*, comma 3, d.lgs. n. 151/2001. Anche questa non rappresenta una novità rispetto al passato (v. l'art. 1, comma 2, d.m. 22 dicembre 2012).

⁽³¹⁾ Cfr. l'art. 27-*bis*, comma 5, d.lgs. n. 151/2001. Anche questa non costituisce una novità (v. § 2.1. della circ. Inps n. 40/2013, cit.). Riguardo alla nuova normativa il § 2.3 della circ. Inps n. 122/2022, cit. specifica che «nel caso di sovrapposizione dei periodi, prevale la fruizione del congedo di paternità alternativo. In tali casi, infatti, il congedo di paternità obbligatorio deve essere fruito dopo il congedo di paternità alternativo e, nel solo caso in cui la fruizione di quest'ultimo si protragga fino o oltre i 5 mesi dalla nascita, il congedo di paternità obbligatorio deve essere fruito, senza soluzione di continuità con quello alternativo, per un numero di giorni lavorativi pari al numero di giornate non ancora fruito».

⁽³²⁾ Cfr. l'art. 27-*bis*, comma 1, d.lgs. n. 151/2001. Tale disposizione era già presente nel vecchio testo dell'art. 4, comma 24, della l. n. 92/2012 grazie all'intervento correttivo posto in essere dall'art. 1, comma 25, l. n. 178/2020. Oggi, in proposito, la circ. Inps n. 122/2022 cit., specifica che il congedo sia fruibile anche in caso di figlio nato morto dal primo giorno della 28^o settimana di gestazione (il periodo di cinque mesi entro cui fruire dei giorni di congedo decorre dalla nascita del figlio che in queste situazioni coincide anche con la data di decesso) o nel caso di decesso del figlio nei primi ventotto giorni di vita dello stesso (compreso il giorno della nascita). In quest'ultimo caso il periodo di cinque mesi entro cui fruire dei giorni di congedo decorre comunque dalla nascita del figlio e non dalla data di decesso. Per quanto riguarda l'ipotesi della morte perinatale di minore adottato o affidato v. la nota successiva.

⁽³³⁾ Cfr. l'art. 27-*bis*, comma 4, d.lgs. n. 151/2001. Anche questa non rappresenta una novità rispetto al passato (v. l'art. 1, comma 5, d.m. 22 dicembre 2012). Sul punto la circ. Inps n. 122/2022 cit. oggi specifica che «in caso di adozione nazionale, i periodi di astensione dal lavoro possono essere fruiti dopo l'ingresso in famiglia del minore ed entro i cinque mesi successivi. Nel caso di adozione internazionale, invece, i predetti periodi possono essere fruiti dal padre anche prima dell'ingresso in Italia del minore, analogamente a quanto previsto per il congedo di maternità, durante il periodo di permanenza all'estero richiesto per l'incontro con il minore e gli adempimenti relativi alla procedura adottiva, purché l'Ente autorizzato che ha ricevuto l'incarico di curare la procedura di adozione certifichi la durata del periodo di permanenza all'estero del lavoratore padre. In caso di affidamento o di collocamento temporaneo del minore, il padre affidatario o collocatario si astiene dal lavoro a titolo di congedo di paternità obbligatorio entro i 5 mesi successivi l'affidamento o il collocamento. Per il caso di morte perinatale di minore adottato o affidato, il diritto al congedo di paternità obbligatorio sussiste se il decesso avviene nei ventotto giorni dalla nascita del minore e non dall'ingresso in famiglia o in Italia».

dell'indennità di maternità)⁽³⁴⁾, nonché coperto da contribuzione figurativa indipendentemente dalla anzianità pregressa⁽³⁵⁾.

In particolare, per quanto riguarda il periodo di congedo, esso, come in passato deve essere: computato nell'anzianità di servizio a tutti gli effetti, compresi quelli relativi alla tredicesima mensilità o alla gratifica natalizia e alle ferie; fruito non contemporaneamente alle ferie o alle assenze eventualmente spettanti al lavoratore ad altro titolo; considerato, ai fini della progressione nella carriera, come attività lavorativa, quando i contratti collettivi non richiedano a tale scopo particolari requisiti; non computabile ai fini del raggiungimento dei limiti di permanenza nelle liste di mobilità di cui all'art. 7 l. n. 223/1991 (fermi restando i limiti temporali di fruizione dell'indennità di mobilità); computato ai fini del raggiungimento del limite minimo di sei mesi di lavoro effettivamente prestato per poter beneficiare dell'indennità di mobilità; considerato una "esimente", consentendo al lavoratore di non venire cancellato dalla lista di mobilità ai sensi dell'art. 9 l. 223/1991 qualora, durante tale periodo, rifiuti l'offerta di lavoro, di impiego in opere o servizi di pubblica utilità, ovvero l'avviamento a corsi di formazione professionale.

Nuova appare, invece, la previsione di una durata doppia del periodo di congedo in caso di parto plurimo⁽³⁶⁾, così come il termine di preavviso minimo entro cui il lavoratore deve comunicare al datore di lavoro (in forma scritta o utilizzando il sistema informativo aziendale per la richiesta e la gestione delle assenze⁽³⁷⁾) i giorni in cui intende fruire del congedo. Esso, infatti, è stato diminuito: appena cinque giorni⁽³⁸⁾, (non più quindici come in passato⁽³⁹⁾), in relazione alla nascita sulla base della data presunta del parto, salvo condizioni di miglior favore previste dalla contrattazione collettiva⁽⁴⁰⁾.

4. Criticità

Sebbene, come detto nel § 1, si debba riconoscere al d.lgs. n. 105/2022 il merito di aver finalmente razionalizzato nel nostro ordinamento il congedo di paternità obbligatorio, ciò non di meno non si può sottacere il fatto che, per essere un istituto in grado di dare realmente attuazione sia al principio dell'eguaglianza di genere,

⁽³⁴⁾ Sulla falsariga di quanto già previsto dall'art. 2 del d.m. 22 dicembre 2012, il d.lgs. n. 105/2022, riformulando l'art. 29 del d.lgs. n. 151/2001, specifica infatti che il trattamento economico e normativo sia determinato ai sensi dell'art. 22, commi da 2 a 7 e dall'art. 23 dello stesso d.lgs. n. 151/2001. Sul punto v. le specificazioni contenute nel § 2.4 circ. Inps n. 122/2022 cit.

⁽³⁵⁾ Sulla falsariga di quanto già previsto dall'art. 2 del d.m. 22 dicembre 2012, il d.lgs. n. 105/2022, riformulando l'art. 30 del d.lgs. n. 151/2001, specifica che il trattamento previdenziale sia determinato ai sensi dell'art. 25 dello stesso d.lgs. n. 151/2001.

⁽³⁶⁾ Dunque, nel caso di parto plurimo al padre lavoratore dipendente spettano 20 giorni di congedo di paternità obbligatorio, a prescindere dal numero di figli nati (cfr. l'art. 27-*bis*, comma 2, d.lgs. n. 151/2001). Questa è una vera e propria novità posto che la circ. Inps n. 40/2013, cit. nel suo § 2, espressamente sanciva che la durata del congedo obbligatorio e del congedo facoltativo del padre non subisse variazioni in caso di parto plurimo.

⁽³⁷⁾ Sulla forma nello stesso senso si esprimeva anche l'art. 3 del d.m. 22 dicembre 2012.

⁽³⁸⁾ Termine previsto dall'art. 27 *bis* comma 6 del d.lgs. n. 151/2001.

⁽³⁹⁾ Termine previsto dall'art. 3 del d.m. 22 dicembre 2012.

⁽⁴⁰⁾ Sul punto v. le specificazioni contenute nel § 2.5 della circ. Inps n. 122/2022 cit.

specificamente sancito nella nostra Costituzione agli artt. 3 e 37 Cost. ⁽⁴¹⁾, sia, tra gli altri ⁽⁴²⁾, al dovere-diritto dei genitori di mantenere, istruire ed educare i figli di cui all'art. 30 Cost. ⁽⁴³⁾, il congedo di paternità dovrebbe avere almeno due caratteristiche: una durata in grado di assicurare una effettiva co-responsabilizzazione del padre, nonché un apparato protettivo/sanzionatorio capace di garantire ai padri lavoratori l'utilizzo dell'istituto.

Per quanto riguarda questo secondo aspetto pare opportuno rinviare alla sezione I, parte II, tomo II, del presente volume (laddove analizza sia la nuova formulazione dell'art. 54 ⁽⁴⁴⁾, sia il nuovo art. 31-*bis* ⁽⁴⁵⁾ del d.lgs. n. 151/2001), limitandosi qui a condividere l'osservazione per cui sebbene il d.lgs. n. 104/2022 obblighi i datori di lavoro sia pubblici che privati a comunicare al lavoratore «la durata [...] dei] congedi retribuiti cui ha diritto» ⁽⁴⁶⁾, cionondimeno la gestione del congedo di paternità obbligatorio potrebbe presentare alcune difficoltà «in quanto il lavoratore padre, a

⁽⁴¹⁾ Cfr. S. RENGA, *Protezione sociale e istituti della riconciliazione*, in *LD*, 2009, p. 233. Del resto, nell'art. 37 Cost. l'attributo “essenziale” riferito alla funzione familiare della donna – come giustamente ricordato da T. TREU, *Lavoro femminile e uguaglianza*, De Donato editore, 1977, p. 35 s. già più di quarant'anni fa – significa non che la funzione della donna nella famiglia sia esclusiva né più essenziale di quella dell'uomo, ma solo la piena compatibilità delle due situazioni: familiare e di lavoro sollevando la donna «dal dilemma di dover sacrificare il posto di lavoro per salvaguardare la propria libertà di dar vita ad una nuova famiglia o, viceversa, di dover rinunciare a questo suo fondamentale diritto per evitare la disoccupazione». Sull'art. 37 Cost. v. M.V. BALLESTRERO, *Parità e oltre. Donne lavoro e pari opportunità*, Ediesse, 1985, p. 31 ss.

⁽⁴²⁾ V. anche gli artt. 29 e 31 Cost.

⁽⁴³⁾ Del resto, la norma in parola viene tradizionalmente interpretata nel senso di «escludere che l'impegno dei genitori possa limitarsi al concorso delle spese necessarie per provvedere economicamente al mantenimento, istruzione ed educazione dei figli, essendo invece indiscutibile che il loro *officium* esige da ognuno un individuale contributo di affetto e di esperienza in ogni momento del processo di formazione della personalità del minore» (M. BESSONE, *Art. 29-30-31*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione. Rapporti etico sociali*, Zanichelli-II Foro italiano, 1976, p. 98). Nello stesso senso v. E. ALES, *Maternità e congedi parentali*, in *ED – Annali*, 2016, IX, p. 531).

⁽⁴⁴⁾ Il comma 7 dell'art. 54 del d.lgs. n. 151/2001, come modificato dall'art. 2, comma 1, lett. *r*, del d.lgs. n. 105/2022, statuisce per la durata del congedo e fino al compimento di un anno di età del bambino, il divieto sia di licenziare il lavoratore (salvo che per colpa grave, cessazione dell'attività, esito negativo della prova, ultimazione della prestazione per la quale il lavoratore è stato assunto o scadenza del termine), sia di sospenderlo o collocarlo in mobilità (salvo rispettivamente i casi di sospensione e cessazione dell'intera attività della azienda). Il comma 8 dell'art. 54 del d.lgs. n. 151/2001 come modificato dall'art. 2, comma 1, lett. *r*, del d.lgs. n. 105/2022, punisce l'inosservanza di tale divieto con una sanzione amministrativa da 1032 a 2582 euro e, ove rilevata nei due anni antecedenti alla richiesta della certificazione della parità di genere di cui all'art. 46-*bis* d.lgs. n. 198/2006 o di analoghe certificazioni previste dalle regioni e dalle province autonome nei rispettivi ordinamenti, l'impossibilità per il datore di lavoro di conseguire le suddette certificazioni (v. sul punto P. RAUSEI, *Tutele dei genitori lavoratori*, in *DPL*, 2023, n. 3, p. 160 ss.).

⁽⁴⁵⁾ L'art. 31-*bis* del d.lgs. n. 151/2001, inserito dall'art. 2, comma 1, lett. *g*, del d.lgs. 105/2022, prevede, in caso di rifiuto, opposizione o ostacolo alla fruizione del congedo obbligatorio di paternità di cui all'art. 27-*bis*, una sanzione amministrativa da 516 a 2.582 euro cui si aggiunge, ove tali condotte siano rilevate nei due anni antecedenti alla richiesta della certificazione della parità di genere di cui all'art. 46-*bis*, d.lgs. n. 198/2006 o di analoghe certificazioni previste dalle regioni e dalle province autonome nei rispettivi ordinamenti, l'impossibilità per il datore di lavoro di conseguire le suddette certificazioni (v. sul punto P. RAUSEI, *op. cit.*, p. 158 ss.).

⁽⁴⁶⁾ Cfr. l'art. 4, comma 1, lett. *l*, d.lgs. n. 104/2022.

differenza della lavoratrice madre, non è tenuto a comunicare al datore di lavoro di essere diventato genitore o di stare per diventarlo»⁽⁴⁷⁾.

Quanto alla durata congrua, occorre chiedersi se i dieci giorni lavorativi di congedo di paternità obbligatorio riconosciuti dal nostro ordinamento siano realmente sufficienti ad incentivare una ridefinizione dei ruoli nei compiti di cura genitoriale tale da contrastare il fenomeno del *gender gap* nella partecipazione al mercato del lavoro (tuttora molto presente nel nostro Paese⁽⁴⁸⁾). A ben guardare, sul punto la dottrina appare scettica⁽⁴⁹⁾ e a ragione, se solo si pensa che ad oggi alla madre lavoratrice spetta, salvo casi eccezionali⁽⁵⁰⁾, un periodo di congedo maggiore di più di dieci volte rispetto a quello del padre lavoratore⁽⁵¹⁾, nonostante, come messo in luce da qualcuno, «tutte le attività di cura del neonato risult[ino] [...] asessuate, consentendo la piena fungibilità dei genitori, anche se con qualche accorgimento pratico legato all'allattamento al seno»⁽⁵²⁾.

Alla luce di quanto sopra esposto, sarebbe dunque auspicabile un nuovo intervento legislativo che ponesse rimedio alla suddetta criticità; ma in che termini? Per chi scrive la soluzione – già proposta altrove⁽⁵³⁾ –, potrebbe essere quella di ricalibrare il congedo di maternità *post partum* (affidamento o adozione) diminuendolo di un mese e allungando, contemporaneamente, quello obbligatorio di paternità dello stesso periodo (con conseguente spostamento della indennità dell'80% della retribuzione a carico dell'Inps in capo al padre). Facendo infatti leva su uno studio molto noto, secondo il quale l'uomo impiega ventuno giorni per trasformare una azione in abitudine⁽⁵⁴⁾, forse un periodo di tal fatta potrebbe essere sufficiente per permettere al padre di instaurare un rapporto diretto con il figlio e, così, innescare un circuito virtuoso in grado, forse, nel lungo periodo, di scardinare gli stereotipi di genere su cui, come noto, il *gender gap* trova, nel nostro Paese, terreno fertile⁽⁵⁵⁾.

⁽⁴⁷⁾ E. MASSI, *Congedo obbligatorio di paternità*, in DPL, 2022, n. 39, p. 2379.

⁽⁴⁸⁾ Sul punto si rinvia a D. GAROFALO, *Gli interventi sul mercato del lavoro nel prisma del PNRR*, in DRI, 2022, p. 138.

⁽⁴⁹⁾ Cfr. sul punto M. BROLLO, *Il lavoro agile tra emergenza pandemica e riemersione della questione femminile*, in *Labor*, 2020, p. 515.

⁽⁵⁰⁾ Come visto il generoso congedo di maternità si applica infatti al padre lavoratore solo in limitate ipotesi espressamente sancite all'art. 28 del d.lgs. n. 151/2001.

⁽⁵¹⁾ Il d.lgs. n. 151/2001 riconosce alla madre un congedo di cinque mesi di astensione obbligatoria dal lavoro in caso di parto (v. art. 16 ss. del d.lgs. n. 151/2001) o adozione o affidamento (v. art. 26, d.lgs. n. 151/2001) compensati con una indennità giornaliera pari all'80% della retribuzione (cfr. art. 22, d.lgs. n. 151/2001).

⁽⁵²⁾ E. ALES, *op. cit.*, p. 532.

⁽⁵³⁾ Cfr. sul punto F. MARINELLI, *op. cit.*, p. 80 ss.

⁽⁵⁴⁾ Cfr. M. MALTZ, *Psicocibernetica*, Astrolabio, 1978.

⁽⁵⁵⁾ ISTAT, *Gli stereotipi sui ruoli di genere e l'immagine sociale della violenza sessuale (anno 2018)*, 25 novembre 2019.

I congedi parentali nel d.lgs. n. 105/2022

di Rosa Casillo

Abstract – Il contributo analizza le modifiche che il d.lgs. n. 105/2022 ha introdotto in tema di titolarità e trattamento economico e normativo dei congedi parentali per i lavoratori dipendenti, verificandone gli effetti sull'effettività del diritto alla conciliazione e alla conciliazione condivisa, e cogliendo i vuoti colmati rispetto alla regolazione precedente, quelli che ancora permangono e i vuoti che le nuove regole fanno emergere.

Abstract – The contribution examines some interventions of the legislative decree n. 105/2022 on parental leave in the private sector, highlighting the effects on the individual right to work-life balance, and highlighting the problems resolved with respect to the previous legislation as well as those that remain open.

Sommario: 1. I congedi parentali e il d.lgs. n. 105/2022. – 2. La titolarità del diritto e il caso del genitore solo. – 3. Il trattamento economico: durata, ripartizione, misura. – 4. Il trattamento normativo.

1. I congedi parentali e il d.lgs. 105/2022

È un dato acquisito, oramai, che il riequilibrio in senso paritario delle responsabilità genitoriali (almeno) negli anni più delicati per lo sviluppo della personalità dei minori abbia un'importanza strategica per la soluzione dei temi del *gender gap* nel lavoro.

Certo, come si sa, non è stata rapida la maturazione dell'idea che l'estensione ai padri dei diritti di sospensione del lavoro per ragioni di cura (meglio, accudimento) dei figli, attribuiti alle madri dalla l. n. 1204/1971 e, poi, dalla l. n. 903/1977 (le astensioni facoltative), non dovesse essere limitata ai casi di impossibilità a vario titolo della madre di fruirne. Ci sono voluti circa quindici anni affinché quest'idea si affermasse presso il legislatore; non a caso proprio mentre si consolidava il passaggio dalla parità di trattamento alla parità di opportunità, avvenuto con la l. n. 125/1991 ⁽¹⁾. E mentre si affermava, anche, la libertà di scelta circa l'articolazione del tempo di vita tra lavoro e non lavoro quale prerogativa fondamentale della persona ⁽²⁾, da veicolare, nel lavoro

⁽¹⁾ V. D. GOTTARDI, *I congedi parentali nell'ordinamento italiano*, in LD, 1999, p. 498 ss.; E. ALES, *Maternità e congedi parentali* (voce), in *Enc. Dir.*, annali, 2016, IX.

⁽²⁾ A partire dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (2000), artt. 7 e 8, dalla CEDU, art. 8, e dagli artt. 2 e 13 Cost. (C. cost. 15 dicembre 2008, n. 438). Sul diritto alla vita privata v. P. CARETTI, G. BARBIERI, *I diritti fondamentali. Libertà e diritti sociali*, Giappichelli, 2017, p. 320 ss.

subordinato, con diritti opponibili al datore senza effetti negativi sul rapporto ⁽³⁾. Soprattutto se l'interesse al non lavoro si lega alla cura dei figli, dando alla conciliazione/genitorialità la configurazione o di diritto, o di dovere, o di responsabilità sociale ⁽⁴⁾.

Come è sempre accaduto con riferimento ai temi della parità e dell'eguaglianza, l'*input* in questa direzione è arrivato dall'Unione europea: con la direttiva n. 34/1996, per la cui attuazione, con la l. 53/2000, il diritto all'astensione facoltativa della madre è stato sostituito dal congedo parentale, diritto di cui ciascun genitore è titolare *iure proprio*.

La prima versione dell'istituto, che l'anno dopo la sua introduzione ha trovato collocazione nel d.lgs. n. 151/2001, migliorava molto le previsioni minime della direttiva per tanti aspetti significativi.

La durata dell'astensione, per esempio: definita in 10 mesi totali invece che 3, con un meccanismo – l'elevazione a 11 mesi nell'ipotesi di congedo fruito dal padre per almeno 3 mesi – che, in modo decisamente più chiaro di quanto non facesse la direttiva del 1996, lo attraeva nell'alveo degli strumenti di condivisione della genitorialità, invece che tra quelli di sola conciliazione tra tempo di lavoro e non lavoro per ambo i sessi ⁽⁵⁾. Ancora, il periodo utile alla fruizione dell'astensione: stabilito nei primi 8 anni di vita del bambino, che nella direttiva figuravano limite massimo.

Nondimeno, diversi profili della disciplina del 2001 sono stati giudicati inadeguati. Primi fra tutti, ma limitando il richiamo a ciò che qui interessa, il trattamento economico e i potenziali destinatari ⁽⁶⁾.

A distanza di circa dieci anni, modifiche anche di questi profili sono state apportate dalla l. n. 228/2012, ancora una volta in recepimento di una direttiva UE – la n. 18/2010, che ha sostituito la precedente direttiva n. 34/1996 – nonché dal d.lgs. n. 80/2015, il quale, tra l'altro, ha esteso la prerogativa ai dipendenti pubblici e ha aumentato a 12 anni l'età del figlio entro cui il congedo può essere attivato ⁽⁷⁾.

È in questo quadro che interviene, oggi, il d.lgs. n. 105/2022, esso pure attuazione del diritto derivato dell'UE. Si tratta, come si sa, della direttiva n. 1158/2019, la quale,

⁽³⁾ Per il lavoro autonomo anche di specie coordinata, invece, la fisionomia dei diritti di maternità e di genitorialità (ove previsti: v. F. MARINELLI, N. DE LEONARDIS, P. STOLFA, L. TASCHINI, in questo volume) ha sempre risentito dell'equilibrio degli interessi nel contratto (art. 2222 c.c.), riducendosi essenzialmente nel riconoscimento di una indennità con salvezza dell'interesse del creditore alla continuazione del rapporto dopo l'astensione, anche nel caso di maternità (l. n. 81/2017, art. 14).

⁽⁴⁾ Anche quando connessa alla funzione genitoriale, la conciliazione si configura anzitutto come diritto di libertà, di cui sono titolari sia il padre sia la madre. Se il protagonista è il padre lavoratore, si configura anche come dovere, ove realizza l'interesse del minore all'accudimento paterno insieme a quello materno (e qui lo strumento è il congedo di paternità obbligatorio: art. 27-bis, d.lgs. n. 151/2001). Si configura, invece, come necessità sociale quando è funzionale al riequilibrio in senso paritario delle responsabilità di cura dei figli. Ciò che non rende la conciliazione paterna un dovere giuridico – perché l'interesse sociale non è sovraordinato alla libertà di vita privata, come invece è l'interesse del neonato – ma senz'altro autorizza l'impiego di strumenti incentivanti – proprio come quelli previsti per il congedo parentale (v. § 2).

⁽⁵⁾ Per recenti critiche alla politica dell'Unione su questo profilo: R. ZUCARO, *Conciliazione vita-lavoro e gender gap nella cura. L'evoluzione legislativa nel prisma del quadro europeo*, in *RGL*, 2022, n. 2, p. 320 ss.; D. IZZI, *Il work-life balance al maschile: a proposito dei congedi dei padri*, in *LD*, 2020, n. 2, p. 333 ss.

⁽⁶⁾ Per commenti a questa prima disciplina v., tra gli altri: R. DEL PUNTA, D. GOTTARDI (a cura di), *I nuovi congedi*, Il Sole 24 Ore, 2011.

⁽⁷⁾ Per questa disciplina v., tra gli altri, D. GOTTARDI (a cura di), *La conciliazione delle esigenze di cura, di vita e di lavoro*, Giappichelli, 2016.

nell'ampia prospettiva di favorire l'equilibrio tra attività professionale e vita familiare per i genitori e i prestatori di assistenza, abroga la precedente direttiva n. 18/2010 e innova, o solo ribadisce, i caratteri necessari agli strumenti di effettività della conciliazione sia per ragioni genitoriali – i congedi di paternità e parentali e le modalità di lavoro flessibile – sia per ragioni di cura familiare in senso allargato – l'innovativo congedo per i prestatori di assistenza ⁽⁸⁾.

Le modifiche che ne sono derivate al congedo parentale *ex* d.lgs. n. 151/2001 sono diverse, applicabili a partire dall'entrata in vigore del d.lgs. n. 105/2022 ⁽⁹⁾.

In queste brevi note si osserveranno quelle disposte dall'art. 2, comma 1, lett. *b*, *i*, e *l*, d.lgs. n. 105/2022, a cui si deve la riscrittura, nel d.lgs. n. 151/2001, dell'art. 32, comma 1, lett. *c*, riferito alla costruzione e alla titolarità del diritto; dell'art. 34, commi 1, 2, 5 e (parzialmente) 3, relativo al trattamento economico e normativo dell'astensione; dell'art. 36, comma 3, relativo al congedo in caso di adozione e affidamento. Tutte norme che riguardano i lavoratori dipendenti, privati e anche pubblici (*ex* art. 1, comma 2, d.lgs. n. 105/2022).

La riflessione sarà orientata dalla prospettiva di effettività del congedo in rapporto anzitutto al diritto individuale di conciliazione e, poi, in rapporto alla conciliazione condivisa, provando a cogliere i vuoti colmati rispetto alla regolazione precedente e quelli che ancora permangono, o, anche, i vuoti che le nuove regole fanno emergere. Due considerazioni di carattere generale, però, si possono subito formulare.

La prima è che le innovazioni non paiono cogliere appieno le potenzialità offerte dalla direttiva ⁽¹⁰⁾, che peraltro, come osservano tutti i commentatori, nella versione sopravvissuta all'*iter* di approvazione è addirittura meno incisiva di quella originaria ⁽¹¹⁾. La seconda è che se il recepimento della direttiva non avesse anticipato (tramite l. n. 53/2021) quella riscrittura del congedo parentale che, insieme a una revisione degli altri istituti di conciliazione per finalità sia genitoriali sia di cura *tout court*, era già *in itinere* nel nostro ordinamento come da delega *ex* all'art. 3, l. n. 32/2022 (il c.d. *Family Act*) ⁽¹²⁾, probabilmente il risultato sarebbe stato un po' diverso.

I criteri a cui il decreto delegato avrebbe dovuto attenersi, infatti, ricalcano, sì, e in termini sostanzialmente analoghi, le previsioni della direttiva che il d.lgs. n. 105/2022 ha fatto proprie ⁽¹³⁾; riguardano, però, anche, e con un elevato grado di specificazione,

⁽⁸⁾ V. C. MURENA, in questo volume.

⁽⁹⁾ Cioè regolano i congedi richiesti dopo tale data e, anche, la prosecuzione di quelli richiesti prima, con una delicata disciplina transitoria chiarita molto bene dalla circ. Inps. n. 102/2022.

⁽¹⁰⁾ Il che difficilmente può essere giustificato da una (in sé ragionevole) mancanza di risorse, potendo contare oggi il nostro paese sulle risorse del *Next Generation Eu*: G. CENTAMORE, *Approfittare dei fondi straordinari nel Next Generation EU per investire sui congedi parentali e di paternità: se non ora quando?*, in L. GAETA (a cura di), *La famiglia nel prisma giuslavoristico: valori, rapporti, tutele*, 2022, ESI, p. 91 ss.

⁽¹¹⁾ V. INGRAVALLO, in questo volume; E. CHEREGATO, *Conciliazione vita-lavoro: la nuova direttiva UE sull'equilibrio tra attività professionale e vita familiare*, in *LG*, 2022, p. 125 ss.

⁽¹²⁾ V. A. RICCOBONO, *I congedi genitoriali nella prospettiva del Family Act*, in *DML*, 2021, n. 2, p. 391 ss.

⁽¹³⁾ Ci si riferisce all'ampliamento dei titolari del diritto (considerando 17), nei quali la lett. *f*, art. 3, l. n. 32/2022 comprende i padri lavoratori autonomi (anche iscritti alle più antiche gestioni speciali Inps: artigiani, commercianti, coltivatori diretti, coloni, mezzadri, imprenditori agricoli) e liberi professionisti, ai quali il congedo è oggi esteso (art. 2, comma 1, lett. *u*, d.lgs. n. 105/2022). Per i padri iscritti alla quarta gestione speciale (la c.d. gestione separata Inps: art. 2, comma 26, l. n. 335/1995) lo era già (art. 1, comma 788, l. n. 296/2006; art. 8, commi 4 e 5, l. n. 81/2017: P. STOLFA, L. TASCINI, in questo volume). Poi, alla previsione di un periodo di congedo non cedibile, previsto sia

aspetti pure ribaditi della direttiva ma ai quali il d.lgs. n. 105/2022 non ha dato seguito. Ma che probabilmente, con un maggior tempo di maturazione, lo avrebbero avuto in attuazione delle delega *ex l. n. 53/2021* ⁽¹⁴⁾.

2. La titolarità del diritto e il caso del genitore solo

La prima del gruppo di disposizioni che il d.lgs. n. 105/2022 dedica ai congedi parentali modifica in più parti la norma di apertura della regolazione dell'istituto, che lo descrive e ne identifica i destinatari: l'art. 32, d.lgs. n. 151/2001.

Nulla cambia, rispetto alla disciplina previgente, nella costruzione del diritto ⁽¹⁵⁾.

Esso ha ad oggetto un'astensione dal lavoro finalizzata all'accudimento del bambino nei suoi primi 12 anni di vita, e compete, dice la norma, alla madre lavoratrice, che può goderne, dopo il congedo di maternità, per un periodo di 6 mesi, in modo continuativo o frazionato. Compete anche al padre, che può goderne, a partire dalla nascita del figlio, in modo continuativo o frazionato per 6 mesi, che diventano 7 se egli decide di goderne per almeno tre mesi.

Rimane perciò confermato che i genitori possono fruire, complessivamente, al massimo di 10 mesi di congedo parentale, elevabili a 11, per ogni figlio entro i primi 12 anni dalla nascita - o dall'adozione o affidamento (art. 36) – del figlio.

La novità qui è la maggiore attenzione riservata al caso del genitore c.d. solo; o, meglio ancora, alla famiglia monogenitoriale.

Con l'aggiunta della lett. *c* all'art.32, anzitutto gli si riconoscono tutti gli 11 mesi di congedo previsti per la coppia genitoriale, non solo i 10 mesi previsti prima.

Poi, risultano ampliate le condizioni al verificarsi delle quali sussiste questa condizione. Non più solo la morte o grave infermità dell'altro genitore e l'abbandono o mancato riconoscimento del minore; casi a cui tradizionalmente questa ipotesi è stata riferita ⁽¹⁶⁾. Il legislatore precisa, oggi, che titolare del congedo parentale è anche il genitore affidatario esclusivo, ancorché per disposizione giudiziaria *ex art. 337-quater c.c.* Ipotesi in cui l'altro genitore perde il diritto al congedo o, se ne ha già fruito, alla parte residua.

È facile rilevare, qui, la conferma che il congedo parentale si pone, sì, come strumento che consente, a colui che lavora, di recidere l'alternativa tra lavoro e accudimento del figlio, in attuazione del diritto/interesse individuale alla conciliazione; non a caso, spetta a un genitore anche quando l'altro non ne ha diritto perché, ad esempio, non lavora (art. 32, comma 4) o perché rientra tra le categorie di lavoratori alle quali il congedo non è esteso. Ma è anche uno strumento che, di riflesso, soddisfa l'interesse

nella direttiva (art. 2, comma 5) sia nella legge delega (art. 3, comma 1, lett. *e*, l. n. 32/2022), e che il d.lgs. n. 105/2022 introduce (v. il paragrafo successivo).

⁽¹⁴⁾ Ci si riferisce alla premialità in caso di equa distribuzione dei congedi tra i genitori nelle forme ulteriori a quella già prevista, che nella l. n. 32/2022 (art. 3, comma 2, lett. *e*) risulta un espresso criterio di delega. Poi, alla fruizione flessibile del congedo, ribadita dalla direttiva (considerando 41; art. 5, comma 6) e rinnovata dalla l. n. 32/2022 (art. 3, comma 2, lett. *b*) con attenzione alle specificità dei nuclei familiari monogenitoriali.

⁽¹⁵⁾ Qui il mutamento importante si è avuto con il d.lgs. n. 80/2015: R. NUNIN, *Il congedo parentale: nuovi limiti temporali dopo il d.lgs. n. 80/2015*, in D. GOTTARDI (a cura di), *op. cit.*, p. 63 ss.

⁽¹⁶⁾ Sono le ipotesi per il congedo di paternità (oggi chiamato) alternativo: art. 28, d.lgs. n. 151/2001.

del minore ad un ambiente familiare sano ⁽¹⁷⁾, alla cui realizzazione non può contribuire il genitore considerato pericoloso, perciò escluso dal congedo ⁽¹⁸⁾.

Oltre questa previsione, in tema di titolarità del diritto al congedo, per quanto attiene al lavoro subordinato, il d.lgs. n. 105/2022 non si spinge, disattendendo spunti in questo senso contenuti nella direttiva.

Tra questi, il condizionamento della fruizione a un requisito minimo di anzianità lavorativa (art. 5, comma 4, direttiva n. 1158/2022). Neanche stavolta il legislatore accoglie il suggerimento dell'Unione, e la scelta è pienamente condivisibile. Declinata come anzianità di lavoro presso lo stesso datore oppure come anzianità di lavoro *tour court*, testimoniata da un'anzianità contributiva minima, la circostanza, infatti, è irrilevante rispetto alla titolarità del diritto individuale all'accudimento dei figli “nonostante” il lavoro – non costituisce elemento di fatto che incide sulla fisionomia dell'interesse alla conciliazione, tale da giustificare una differenza di trattamento.

Si giustificerebbe, semmai, una tale condizione, solo nella forma di anzianità contributiva minima ed esclusivamente per l'accesso all'indennità – come peraltro è previsto per gli iscritti alla gestione separata Inps.

Ciò si può affermare in base a due rilievi.

Il primo è la natura in senso lato previdenziale dell'indennità da congedo (ma di tutte le sospensioni connesse alla genitorialità). Rappresentando, essa, il costo dell'attuazione di due pretese (il diritto alla vita privata per esigenze di genitorialità insieme al diritto al lavoro) che il lavoratore vanta nei confronti dello Stato, che ne ha la responsabilità, è sulla comunità sociale che il legislatore legittimamente lo fa ricadere. Ma lo fa ricadere, nell'esercizio della sua discrezionalità, non sulla comunità tutta esponendo la fiscalità generale, bensì sulla sola comunità dei lavoratori e datori di lavoro: quella previdenziale, appunto ⁽¹⁹⁾. Proprio per questo carattere previdenziale in senso lato dell'indennità, visibile nella sua fonte di finanziamento, non si esporrebbe a critica la previsione di un'anzianità contributiva minima per l'accesso alla medesima; anzianità che, al contrario, si legittimerebbe come condizione per la socializzazione del costo della cura dei figli. Come condizione, cioè, per la ricorrenza della qualità di lavoratore al fine dell'accesso alla solidarietà previdenziale, in assenza della quale non già il diritto all'astensione, bensì il diritto all'indennità sarebbe precluso al genitore ⁽²⁰⁾.

⁽¹⁷⁾ V., per questo spunto, L. D'ARCANGELO, *Cambio d'appalto, modifica dell'orario di lavoro e discriminazione indiretta delle lavoratrici madri*, in *LG*, 2022, n. 10, p. 970 ss., qui p. 973.

⁽¹⁸⁾ Si ricorda che, ai sensi dell'art. 337-*quater* c.c., «Il giudice può disporre l'affidamento dei figli ad uno solo dei genitori qualora ritenga con provvedimento motivato che l'affidamento all'altro sia contrario all'interesse del minore».

⁽¹⁹⁾ Sicché, pur se la genitorialità (accudimento dei figli) non figura tra gli eventi previdenziali *ex art.* 38, comma 2, né è possibile ricondurla in quell'elenco tipizzato che pur non è chiuso (*infra* in testo), il sostegno al reddito che, in uno con la garanzia di sospensione del rapporto, consente il pieno godimento di questo diritto, assume il carattere previdenziale in senso lato. Si ricorda, peraltro, che all'erogazione dell'indennità provvedono le gestioni a cui il lavoratore è iscritto ai fini dell'assicurazione IVS.

⁽²⁰⁾ Come accade, ad esempio, con il requisito contributivo minimo ai fini pensionistici (5 anni di contribuzione all'età di 71 anni), in assenza del quale la persona, pur se è stato lavoratore (ad esempio per 4 anni), non accede alla pensione ma non è privato della tutela di vecchiaia nelle forme assistenziali (se ne ricorrono i presupposti). Si osserva, peraltro, che non tutti paesi europei prevedono per il congedo parentale l'indennità sostitutiva della retribuzione: R. ZUCARO, *op. cit.*, p. 314, nota 30.

Non vale a sostenere l'illegittimità di una condizione simile il rilievo che ne risulterebbe (e sicuramente) ridotta l'effettività del diritto al congedo e, con esso, del diritto alla conciliazione. Come ben si sa, tutte le prerogative individuali, di libertà e sociali, hanno in sé la tensione verso la massima attuazione, la quale, però, avviene secondo la gradualità definita dal legislatore. Sempreché, in linea con razionalità e ragionevolezza, il pregiudizio sostanziale alla piena effettività del diritto ricada nella sola limitazione, non invece nell'annullamento del medesimo. Annullamento, del diritto alla conciliazione/genitorialità, che si può escludere se la prerogativa di astensione rimane, pur privata di indennità ⁽²¹⁾ – e questo è il secondo rilievo.

La copertura economica del congedo parentale, infatti, come di tutte le sospensioni del lavoro subordinato connesse alla genitorialità, non può essere considerata elemento costitutivo del diritto. Può essere considerata tale per le sospensioni connesse alla maternità, per le quali la conservazione del rapporto *ex* all'art. 2110 c.c. si accompagna alla copertura indennitaria a carico dello Stato per disposizione costituzionale *ex* art. 38, comma 2, Cost., in ragione della configurabilità della gravidanza e del puerperio quali eventi che integrano l'evento previdenziale malattia: pur non morbosi come la malattia comune, infatti, determinano essi pure un pregiudizio all'integrità psico-fisica, (qui) della lavoratrice, che impedisce temporaneamente il lavoro ⁽²²⁾. Ma per le sospensioni connesse alla genitorialità analoga ricostruzione non sembra possibile, perché l'accudimento dei figli, che non coincide con la gravidanza e puerperio (maternità), non è configurabile quale espressione particolare dell'evento previdenziale (malattia, ossia) pregiudizio all'integrità psico-fisica, né di altri eventi tipizzati dalla disposizione costituzionale ⁽²³⁾. Sicché la previsione dell'indennità rimane nella discrezionalità legislativa senza effetti sulla vitalità (essenziale) del diritto – per il lavoro subordinato ⁽²⁴⁾.

⁽²¹⁾ Per il lavoro subordinato. Per il lavoro autonomo, le considerazioni sono diverse: v. nota 24.

⁽²²⁾ Si osserva che la necessità costituzionale di tutela sociale per la maternità vale anche per le lavoratrici autonome – destinatarie a pieno titolo del sistema di sicurezza sociale *ex* art. 38 Cost. – ancorché per esse l'indennità oggi sia condizionata. Alle lavoratrici iscritte alla gestione separata Inps, per esempio, si richiede, sì, una mensilità a contribuzione piena nel 12 mesi precedenti l'inizio dell'astensione (d.l. n. 101/2019, conv. con l. n. 128/2019); ma opera il principio di automaticità a fronte dell'omissione del committente (art. 64, d.lgs. n. 151/2001), tale che la copertura economica si può dire certa.

⁽²³⁾ Lo è, ad esempio, oltre la maternità, l'evento di temporanea mancanza di occupazione per ragioni d'impresa, che è espressione particolare dell'evento disoccupazione involontaria – e dà luogo alla tutela del reddito in costanza di rapporto (la CIG). Ma, come si è detto ora nel testo, l'accudimento dei figli (genitorialità) è un evento diverso dalla gravidanza e puerperio (maternità).

⁽²⁴⁾ Per il lavoro autonomo, anche di specie coordinata, le cose stanno diversamente. Qui non esiste la garanzia di sospensione del rapporto, che sopravvive solo se permane l'interesse del creditore a ricevere la prestazione - il che, se nel primo caso si giustifica in ragione dell'assetto di interessi nel contratto (la consegna dell'opera/servizio in un tempo convenuto), nel secondo si giustifica un po' meno, dato il carattere di continuità della prestazione (coordinata e continuativa). Sicché l'effettività della conciliazione per genitorialità è tutta riposta nella garanzia dell'indennità. Ad oggi, il problema si pone per i lavoratori iscritti alla gestione separata Inps. Mentre per gli altri autonomi l'indennità è condizionata alla sola regolarità contributiva relativa al mese precedente la richiesta, per i primi si richiede l'accredito di almeno una mensilità di contribuzione con aliquota piena nei 12 mesi precedenti l'inizio di ogni periodo indennizzabile (art. 8, commi 4 e 5, l. n. 81/2017), con esclusione dell'automaticità delle prestazioni *ex* art. 64-ter, d.lgs. n. 151/2001. Tale che, nel caso di omissione contributiva del committente che, in più, non ha interesse alla continuazione del rapporto dopo la

Né la conclusione cambia richiamando l'art. 2110 c.c., alle cui sospensioni quelle connesse genitorialità possono in linea di principio essere accostate. La lettura costituzionalmente orientata di questa disposizione – che, si ricorda, precede la Costituzione – ci impedisce di affermare che, in assenza di «forme equivalenti di previdenza», l'astensione sia coperta da retribuzione a carico del datore di lavoro, perché questi non è il debitore della garanzia costituzionale – si dirà meglio alla fine. Torniamo, ora, alle previsioni in tema di destinatari del congedo, contenute nella nuova direttiva, che il d.lgs. n. 105/2022 non accoglie.

A dispetto del ripetuto richiamo che la direttiva compie alla figura del «genitore equivalente», sia pure limitatamente al congedo di paternità (art. 1, direttiva n. 1158/2022), permane ignorata dal legislatore nazionale l'istanza dei genitori nelle unioni civili. Essa risulta ancora affidata alla sensibilità dei giudici, i quali, condivisibilmente, tendono a dare un'interpretazione ampia alla figura di padre lavoratore ricomprendendovi la genitrice «sociale» e «intenzionale»⁽²⁵⁾.

In effetti, se è vero che il congedo dà concretezza al diritto alla vita privata per l'accudimento del figlio insieme al diritto al lavoro, non rileva, per la sua titolarità, il carattere non eterosessuale della coppia genitoriale come lo stesso rapporto genitoriale, giuridicamente legittimo perché riconosciuto (*ex l.* n. 76/2016).

La disparità di trattamento tra genitori, che così sussiste, sembra avere tutte le sembianze di una discriminazione in ragione dell'orientamento sessuale, decisamente non giustificata in rapporto al godimento del diritto della persona (alla conciliazione) – e nemmeno in rapporto all'interesse del minore⁽²⁶⁾. Tanto più che l'equiparazione tra i coniugi e le parti dell'unione civile, e finanche delle coppie di fatto, oggi è dichiarata nella disposizione sul congedo c.d. straordinario (art. 42, comma 5, d.lgs. n. 151/2001) e sui permessi (art. 33, comma 3, l. n. 104/1992) per l'assistenza a disabili gravi, entrambi estesi ai lavoratori e alle lavoratrici omosessuali per l'assistenza all'unito civilmente e, secondo la condivisibile interpretazione dell'Inps (circ. n. 36/2022), anche a persone parenti dell'altra parte dell'unione.

Si osserva infine, ancora sulla titolarità del diritto nell'ambito del lavoro subordinato, che né la direttiva, né il d.lgs. n. 105/2022 sembrano contenere previsioni in pregiudizio dei lavoratori e lavoratrici con contratti di lavoro atipico. Con riferimento al contratto a termine, in particolare, non pare una limitazione la circostanza che il congedo sia fruibile solamente nei casi di «contratto attivo» e, dunque, non anche quando il contratto di lavoro (a termine) è cessato⁽²⁷⁾. Il congedo, si ricorda, nasce proprio

sospensione per congedo (necessaria, per ottenere l'indennità), l'effettiva del medesimo, per questi lavoratori, è, nei fatti, annullata. E, si osserva, il problema non sarebbe poi così difficile da eliminare, con l'estensione, anche in questi casi, dell'automaticità delle prestazioni; ma il tema è assai controverso (da ultimo, Cass. 30 aprile 2021, n. 11430). Sulla genitorialità dei lavoratori autonomi v., di recente: I. ZOPPOLI, *Il "genitore lavoratore non subordinato" ai tempi del coronavirus*, in B. GUASTAFERRO, L. TEBANO (a cura di), *Cura, lavoro, diritti. L'Unione europea e le sfide della contemporaneità*, Quaderni di DLM, 2022, n. 12, p. 229.

⁽²⁵⁾ Da ultimo Trib. Milano 12 novembre 2020, ord.; App. Milano 17 marzo 2021, sulle quali G. CENTAMORE, *op. cit.*, p. 98 s.

⁽²⁶⁾ V. B. DE FILIPPIS, R. BAIOTTO, A. BUSACCA, *Unioni civili e genitorialità: le nuove frontiere della giurisprudenza. Interesse del minore e genitorialità same sex*, Cedam, 2018.

⁽²⁷⁾ Così, se ben si intende, E. CHEREGATO, *Precarietà e conciliazione vita-lavoro: la disparità nelle condizioni di ammissibilità ai congedi parentali*, in *Autonomie locali e servizi sociali*, 2022, n. 2, p. 16.

per opporre, al datore, il diritto all'accudimento del figlio, e nel contratto di lavoro trova il suo presupposto oggettivo ⁽²⁸⁾. E, per la stessa ragione, si deve ritenere che il congedo non spetti ai lavoratori disoccupati o in CIG ⁽²⁹⁾.

Rimane però sempre difficile da giustificare l'esclusione dal congedo dei padri e madri lavoratori domestici, ammessi solo al congedo di maternità e paternità (art. 62, d.lgs. n. 151/2001). Come pure dei lavoratori a domicilio (art. 61) e di quelli impegnati in lavori socialmente utili (art. 65). Per questi ultimi probabilmente una spiegazione della perdurante esclusione, ma non anche una giustificazione, si rinviene nel fatto che, per essi, il versamento contributivo non è effettivo ma solo figurativo (l. n. 223/1991), tale che l'indennità del congedo sarebbe a totale carico delle casse dello Stato.

3. Il trattamento economico: durata, ripartizione, misura

Con la riscrittura dei commi 1, 2 e, in parte, del comma 3, art. 34, d.lgs. n. 151/2001, le nuove disposizioni modificano il principale strumento di effettività del diritto al congedo: l'indennità con la quale l'astensione dal lavoro è tenuta al riparto dalla mancanza di retribuzione ⁽³⁰⁾. La disciplina che ne risulta è migliorata per diversi aspetti. Il primo è il profilo temporale del godimento dell'indennità.

È stato ampliato l'arco temporale in cui è possibile fruire del congedo indennizzabile: la copertura non è più limitata ai congedi fruiti entro il 6° anno del figlio, ma si estende a quelli fruiti fino il 12° anno. E ciò anche nel caso di adozione o affidamento (art. 36, comma 3, nuova versione), casi che, così, risultano sempre più allineati alla filiazione biologica ⁽³¹⁾.

È stata ampliata, poi, la durata dell'astensione coperta dal beneficio.

Su un tempo complessivo di congedo pari a 10/11 mesi, 9 mesi, non più solo 6, sono indennizzabili (secondo le regole che tra poco si richiameranno).

Per i residui 2 mesi, il beneficio, come nella disposizione previgente, è condizionato alla prova di mezzi: spetta solo se il lavoratore ha un reddito individuale inferiore a 2,5 volte l'importo del minimo di pensione Inps (art. 34, comma 2).

Si noti che il requisito reddituale è riferito al genitore richiedente l'astensione, non invece al nucleo familiare. Ciò appare in linea con l'essere, il congedo, un diritto che soddisfa un interesse appunto individuale, quello alla vita privata insieme al lavoro, non invece un interesse della coppia genitoriale, quello all'equilibrio familiare per la

⁽²⁸⁾ Peraltro, proprio perché il congedo può essere fruito nei limiti della durata del contratto, spesso i contratti collettivi ne prevedono una proroga ove esso abbia una durata inferiore congedo (così il CCNL Servizi assistenziali-Agidae, 2017).

⁽²⁹⁾ Non si condivide perciò il recente diverso orientamento di C. giust. 25 febbraio 2021, C-121/19.

⁽³⁰⁾ Ma l'effettività del diritto, come noto, dipende anche da altro: dal grado di tutela sia della conservazione del rapporto (art. 54, d.lgs. n. 151/2001) sia della posizione professionale del dipendente, da mantenere per il periodo dell'assenza dal lavoro (art. 32, comma 4-*bis*); come pure dalla tutela a fronte reazioni del datore di lavoro (art. 38). Il quadro legislativo attuale su questi temi non è cambiato rispetto alla versione precedente al d.lgs. n. 105/2022 (sulla quale v. M.L. VALLAURI, *Genitorialità e lavoro*, Giappichelli, 2020, p. 128 ss.), se non per quanto attiene alle sanzioni nel caso di condotte ostative del datore alla fruizione del congedo (e non solo), arricchite da conseguenze circa le certificazioni della parità di genere *ex art. 46-bis*, d.lgs. n. 198/2006: Picco, in questo volume).

⁽³¹⁾ Ma il processo in questo senso è stato lungo, e tutt'ora non è completo: M.L. VALLAURI, *La lunga marcia dei genitori adottivi e affidatari verso la parità*, in D. GOTTARDI, *op. cit.*, p. 85 ss.

crescita del minore. Quest'ultimo è senz'altro parte della cultura che ruota intorno alle previsioni in favore della genitorialità, ma è soltanto una ricaduta del congedo parentale; ricaduta che ha, sì, rilevanza nella disciplina di alcuni profili (v. il paragrafo che precede), ma non è lo scopo per il quale esso è stato introdotto.

Infine, il nuovo comma 1, art. 34, d.lgs. n. 151/2001, introduce una suddivisione inderogabile del periodo di congedo indennizzabile tra i genitori.

La regola è inedita nel nostro ordinamento, e dà corso alla previsione della direttiva del 2022 (migliorandola) circa meccanismo del c.d. *"take it or lose it"*: oggi, ciascun genitore ha diritto a titolo individuale a 3 mesi (non 2, come dice la direttiva) di congedo indennizzabile che non può essere trasferito all'altro genitore. Il che, come riconoscono tutti i commentati, è una innovazione importante, perché introduce uno strumento molto efficace per stimolare l'utilizzo del congedo da parte del padre – se il padre (o anche l'altro genitore) non ne usufruisce, l'indennità si perde.

Oltre i 3 mesi di congedo indennizzato non trasferibile, ciascun genitore ha poi diritto alla copertura indennitaria del congedo per altri 3 mesi, ma stavolta solamente in alternativa all'altro genitore.

Sicché, come anticipato, il totale dei periodi di congedo indennizzabile per la coppia genitoriale passa da 6 a 9 mesi, di cui 3 non trasferibili da un genitore all'altro e 3 mesi fruibili in alternativa; mentre l'indennità per i mesi residui (rispetto ai 10/11) è condizionata al limite reddituale.

Resta confermata, però, l'eccezione costituita dal prolungamento del congedo (oltre i 10/11 mesi) nel caso di minore con handicap in situazione di gravità accertata non ospedalizzato; prolungamento che, per tutto il periodo (che può arrivare sino a 2 anni), è coperto da indennità pari del 30% della retribuzione e, oggi, senza più il limite reddituale (nuovo comma 2, art. 34).

Il secondo aspetto dell'indennità oggetto di modifica con il d.lgs. n. 105/2022 è la sua misura, che risulta ampliata, seppure di poco, dal momento che, pur rimasta pari al 30% della retribuzione, ne è stata in parte rivista la base di calcolo (art. 34, comma 1). La retribuzione media globale giornaliera su cui l'indennità è calcolata coincide, oggi, con quella del congedo di maternità *ex* art. 23, d.lgs. n. 151/2001, perciò comprensiva del rateo giornaliero relativo alla gratifica natalizia o alla tredicesima mensilità e degli eventuali premi o mensilità o trattamenti accessori, prima esclusi.

Non è tanto; anzi, è decisamente poco. Né di più ha suggerito la direttiva, che è stata anzi molto prudente nell'interferire in un ambito, quello della sicurezza/protezione sociale e sua sostenibilità, rispetto al quale grandi differenze si rilevano tra i Paesi membri, e nel quale l'Unione può fare poco in punto di armonizzazione.

Per il profilo strettamente giuridico, la differenza che il legislatore così stabilisce tra questa indennità, riferita al diritto del genitore all'accudimento del figlio, e l'indennità riferita al diritto che tutela la salute del neonato e della madre (astensione obbligatoria di maternità) o che consente al padre di sostituirla in questa cura (congedo di paternità alternativo), entrambe pari all'80% della retribuzione (art. 22; art. 29, comma 2), appare giustificabile. E ciò perché, anche a non voler costruire una graduatoria tra diritti, non sembra si possa dubitare che solamente la salute psico-fisica della madre e/o del minore, non anche la libertà di vita privata, richiedano un'effettività senza compromessi (o quasi).

Rimane però, per il congedo parentale, il dato della limitatezza dell'indennità. E qui si apre lo spazio alla contrattazione collettiva, che, come oramai accade quasi sempre circa il trattamento di maternità, già in alcuni casi dispone un'integrazione dell'indennità a carico del datore di lavoro, talvolta sino al 100% della retribuzione⁽³²⁾.

Si segnala, infine, l'intervento della legge di bilancio per il 2023 (l. n. 197/2022, art. 1, comma 359), che, modificando il primo periodo del comma 1 dell'art. 34, d.lgs. n. 151/2001, ha aumentato dal 30 all'80% l'indennità per la parte non cedibile riferita a un mese di astensione, fruibile però in alternativa dal padre o dalla madre e limitatamente ai primi 6 anni del figlio. La previsione, da ritenere applicabile ai lavoratori dipendenti, riguarda le lavoratrici che terminano il periodo di congedo di maternità dopo il 31 dicembre 2022 e i lavoratori che fruiscono del congedo di paternità obbligatorio dopo il 31 dicembre 2022. Si tratta di una previsione senz'altro positiva, ma riesce difficile collocarla nell'attuale assetto dell'istituto. Meglio sarebbe stato riservare tale aumento all'astensione del padre, in linea con la tradizionale tecnica di incentivo.

4. Il trattamento normativo

Al pari dell'indennità, anche il trattamento normativo riservato al periodo di astensione incide sull'effettività del diritto al congedo, perché contribuisce esso pure a definire, per il lavoratore, il costo dell'accudimento del figlio. Costo, qui, indiretto, dato non dalla differenza tra retribuzione (persa) e indennità (ricevuta), bensì dalla misura in cui l'astensione viene considerata puro e semplice "non lavoro" agli effetti del godimento di diritti connessi al rapporto di lavoro.

Per quest'aspetto il d.lgs. n. 105/2022 interviene in un modo abbastanza *soft*, che lascia trasparire il difficile equilibrio tra il soddisfacimento dell'istanza del lavoratore (al congedo) e la tutela dell'interesse dell'organizzazione datoriale.

Nel dettaglio, il nuovo comma 5, art. 34, d.lgs. n. 151/2001 riafferma l'irrelevanza dell'astensione rispetto all'anzianità di servizio, in base alla quale, come si sa, si commisurano tante prerogative e tutele del lavoratore: nello svolgimento del rapporto di lavoro – si pensi agli incrementi retributivi anche solo ordinari, all'avanzamento di carriera, al trasferimento ad altra sede – e nella fase di estinzione – ne è esempio l'individuazione dei lavoratori da coinvolgere nelle procedure di riduzione del personale (art. 5, l. n. 223/1991).

In più, stavolta il legislatore richiama espressamente la computabilità dei periodi di congedo agli effetti di istituti prima esclusi. Agli effetti, anzitutto, del trattamento retributivo per la parte che attiene alla tredicesima mensilità o gratifica natalizia, ad esclusione – e la specificazione sembra inappuntabile – degli emolumenti accessori connessi all'effettiva presenza in servizio. Agli effetti, poi, delle ferie e dei riposi, che, perciò, non risentono dell'astensione per congedo parentale in quanto a maturazione, né si sovrappongono ad esso, nel senso che, come accade per l'astensione in caso di malattia, il congedo non esclude le ferie.

⁽³²⁾ È il caso, tra gli altri, del CCNL Comparto scuola, art. 12, comma 4, ora parte del CCNL Istruzione e Ricerca per i dipendenti di Scuola, Enti di ricerca, Università, Accademie e Conservatori, secondo cui primi 30 giorni di congedo parentale sono sempre retribuiti al 100%.

Sin qui, la previsione è innovativa, perché, rispetto a quella precedente, recide l'alternativa, per il lavoratore, tra ferie, riposi, mensilità aggiuntive e accudimento dei figli mediante congedo parentale, accollandone il costo al datore di lavoro.

Il fatto è che la regola, secondo l'ultima parte della disposizione, è derogabile dalla contrattazione collettiva, abilitata dal legislatore a una previsione diversa. E, proprio in quanto diversa, la regola collettiva può solo essere (limitatamente agli istituti considerati) nel segno della non computabilità dell'astensione: cioè solo peggiorativa, mantenendo ferma la regolazione a cui talvolta, vigente la più restrittiva disposizione, i contratti collettivi hanno dato luogo ⁽³³⁾.

È chiaro il segno sfavorevole della norma per il lavoratore.

La critica, però, può solo indirizzarsi verso la scelta, di politica sociale, di non includere nella "socializzazione" anche questo costo del congedo. Non può indirizzarsi, invece, verso la scelta rinviare alla contrattazione collettiva la decisione di non gravare di questo costo il datore di lavoro.

L'apertura all'intervento *in peius* delle parti sociali, infatti, una razionalità giuridica la ha. Ed è ben visibile se si considera che, in ragione del rapporto tra Stato e cittadini costruito nel 1948 e sintetizzato nel principio di protezione sociale ⁽³⁴⁾, il costo del congedo può ricadere solo su chi ha la responsabilità dell'attuazione della prerogativa fondamentale che il congedo medesimo realizza. E non è il datore di lavoro, ma è lo Stato, per la funzione sociale che per Costituzione egli stesso si attribuisce.

Più precisamente. La prerogativa di conciliazione tra lavoro e accudimento dei figli, poiché diretta espressione del diritto (di libertà) alla vita privata, è pretesa individuale verso lo Stato, su cui grava, come per ogni altra prerogativa della persona, un dovere di effettività. Il che, per la fisionomia stessa del diritto, senz'altro richiede la garanzia che il legittimo interesse del creditore, a ottenere la prestazione di lavoro, arretri a fronte del godimento del diritto della persona, con salvezza del vincolo contrattuale. Ma non richiede affatto che sulla stessa iniziativa economica gravi il sacrificio richiesto dalla scelta, del legislatore, di sottrarre il lavoratore dal pregiudizio che deriva dall'astensione. A questo sacrificio, nella specie di riconoscimento di tutti i diritti connessi al rapporto di lavoro nonostante la mancata prestazione, che ha sempre risvolti economici, può essere chiamata solo (tutta o in parte) la comunità, per il suo impegno, costituzionale, alla protezione sociale. Non vi può essere chiamato il singolo datore di lavoro. A meno che egli non scelga di farlo, singolarmente o collettivamente: da qui, il rimando della decisione alla negoziazione tra le parti sociali.

⁽³³⁾ È il caso, ad esempio, del vigente CCNL del commercio, che all'art. 198 esclude il computo dei periodi di congedo agli effetti relativi alle ferie e alle mensilità supplementari.

⁽³⁴⁾ Per la costruzione di questo principio, si rinvia a R. CASILLO, *Reddito di inclusione e figure affini: una prospettiva di diritto della sicurezza sociale*, in *DLM*, 2018, n. 3, p. 501 ss.

Il congedo straordinario per i cc.dd. caregiver di portatori di handicap gravi (art. 42, comma 5, del d.lgs. n. 151 del 2001)

di Claudia Murena

Abstract - L'A. annota le modifiche apportate dal d.lgs. n. 105/2022 (in particolare, dall'art. 2, comma 1, lett. *n*) al quinto comma dell'art. 42 del d.lgs. n. 151/2001 in materia di congedo straordinario indennizzato a beneficio dei cc.dd. *caregiver* di portatori di handicap gravi. Il commento alla novella legislativa è preceduto da una premessa sulla figura del *caregiver*, protagonista dell'istituto in esame, le cui tutele sono racchiuse in disposizioni normative sparse, in assenza, tutt'ora, di un pieno riconoscimento all'interno del nostro ordinamento. La disamina delle novità legislative è seguita da alcune riflessioni su due punti-chiave del congedo straordinario, ovvero la convivenza e la durata del beneficio, e da alcune considerazioni finali sulla necessità di un intervento organico dedicato per l'appunto alla figura del *caregiver*.

Abstract - The Author focuses on the amendments made by Legislative Decree no. 105/2022 (in particular, by article 2, paragraph 1, letter *n*) to the fifth paragraph of Article 42 of Legislative Decree no. 151/2001, concerning extraordinary paid leave for the so-called "caregivers" of severely disabled persons. The remarks on the legislative novelty are preceded by an introduction about the caregiver, the key-subject of the mentioned regulation, whose protections are enclosed in scattered provisions, in the absence, as yet, of a full recognition within our legal system, and they are followed by a focus concerning two key-points, i.e. the cohabitation and the duration of the extraordinary leave concerned. The last paragraph contains a reflection concerning the need for an organic intervention dedicated to caregivers.

Sommario: 1. La figura del *caregiver* familiare e la frammentarietà del quadro normativo di riferimento. – 2. I congedi straordinari di cui all'art. 42, comma 5, del d.lgs. n. 151/2001 e le novità apportate dal d.lgs. n. 105/2022. – 3. Alcune annotazioni: a) sulla convivenza. – 3.1. b) sulla durata del congedo. – 4. Verso il (pieno) riconoscimento del *caregiver* familiare?

1. La figura del caregiver familiare e la frammentarietà del quadro normativo di riferimento

Il d.lgs. n. 105/2022, nel dare attuazione alla direttiva (UE) 2019/1158 col fine di promuovere, fra l'altro, la parità di genere in ambito lavorativo e familiare agevolando misure di *work-life balance* per una più equa condivisione, tra lavoratori e lavoratrici, delle responsabilità familiari e di cura, interviene, con modifiche ed integrazioni – fra l'altro – sul d.lgs. 26 marzo 2001, n. 151, introducendo importanti novità, per quel che qui ci riguarda, nel comma 5 dell'art. 42, in relazione al congedo straordinario di due anni riconosciuto ai lavoratori dipendenti conviventi di soggetti disabili in situazione di gravità accertata.

Prima di entrare nel vivo della disciplina, appare doverosa una breve premessa volta ad inquadrare il *caregiver* familiare e ad evidenziare la frammentarietà delle tutele accordate a tale figura dal nostro ordinamento. Il lavoro di cura, caratterizzato da una intensa dedizione collegata, nella maggior parte dei casi, a necessità contingenti, ha un rilievo preminente, in ambito familiare, e conta grandi numeri ⁽¹⁾: sebbene non esistano dati ufficiali attuali, in Italia, su quanti prestano assistenza a familiari anziani o non autosufficienti, in un'indagine dell'Istat di pochi anni fa, pubblicata il 18 Novembre del 2019 ⁽²⁾ ed avente ad oggetto un approfondimento tematico sulla conciliazione tra lavoro e famiglia realizzato sulla base dei dati del modulo europeo *Reconciliation between work and family life* inserito nella Rilevazione sulle forze di Lavoro nel 2018, emergeva che nell'UE circa 106 milioni di persone di età compresa tra i 18 e i 64 anni avevano dichiarato di avere responsabilità di cura; in Italia, il numero complessivo di persone (sempre nel *range* di età 18-64 anni) impegnate in attività di cura era pari a 12 milioni 746 mila (il 34,6% della popolazione), con un'età compresa tra i 45 e i 64 anni ed in prevalenza donne, per la maggior parte non occupate e con un livello di scolarizzazione medio-basso: nel numero complessivo erano peraltro compresi quanti si occupavano di minori di 15 anni, mentre le persone che assistevano ultra quindicenni non autosufficienti era pari a 2,8 milioni; circa 646.000 persone risultavano assistere sia figli che familiari non autosufficienti. La quota di *caregiver* risultava maggiore nella fascia di età compresa tra i 35 e i 44 anni (59,9%) e tra gli occupati (33,7%). Più di recente, a livello internazionale, il Rapporto dell'OCSE *Supporting informal carers of older people: Policies to leave no carer behind*, pubblicato lo scorso Maggio ⁽³⁾, evidenzia come in 23 Paesi circa il 13% degli ultracinquantenni riferisca di offrire cure informali settimanali ⁽⁴⁾ e conferma come i soggetti principalmente coinvolti nel lavoro di cura siano le donne, con ripercussioni negative sulla partecipazione al mercato del lavoro, anche in termini di retribuzioni e pensioni. Un simile quadro è legato «anche a stereotipi di genere, concentrati principalmente sugli aspetti legati alla maternità e le cui radici superano i confini del mercato del lavoro, segno di una difficoltà culturale, confermata da tutti gli indicatori strutturali sull'utilizzo del tempo e che osta rispetto all'impostazione di rapporti di coppia realmente paritari rispetto alle attività di cura» ⁽⁵⁾. Un'altra

(1) Si v., per citare solo alcuni contributi sul tema, S. BORELLI, *Who cares? Il lavoro nell'ambito dei servizi di cura alla persona*, Jovene, 2020; L. CASANO (a cura di), *Verso un mercato del lavoro di cura: questioni giuridiche e nodi istituzionali*, ADAPT University Press, 2022; A. CHARALAMBOUS (a cura di), *Informal Caregivers: From Hidden Heroes to Integral Part of Care*, Springer, 2023, nonché il rapporto ILO, *Care work and care jobs for the future of decent work*, 2018, consultabile in www.ilo.org.

(2) ISTAT, *Conciliazione tra lavoro e famiglia. Anno 2018, 2019*, p. 1 ss., consultabile in www.istat.it.

(3) Consultabile in www.oecd-ilibrary.org.

(4) Nell'UE si stima che la percentuale dedicata all'attività di cura informale ad adulti disabili o ad anziani, su base settimanale o giornaliera, coinvolga tra il 12 e il 18% della popolazione adulta: Commissione Europea, Direzione Generale Occupazione, Affari sociali e Inclusione, *Study on exploring the incidence and costs of informal long-term care in the EU*, 2021, p. 65, consultabile in <https://op.europa.eu/>.

(5) A. ZILLI, *Donne che curano: il lavoro delle caregivers in Italia*, in V. FILÌ (a cura di), *Quale sostenibilità per la longevità? Ragionando degli effetti dell'invecchiamento della popolazione sulla società, sul mercato del lavoro e sul welfare*, ADAPT Labour Studies, e-Book series n. 95/2022, p. 122. Il dato viene evidenziato anche nei recenti rapporti Istat 2020 e 2021 sul *Bes. Il benessere equo e sostenibile in Italia*: «Il lavoro domestico e di cura all'interno della famiglia non è ancora equamente distribuito tra uomini e donne e richiede a queste ultime di modulare le attività extradomestiche in funzione del lavoro di cura. L'indice di asimmetria – che misura quanta parte del tempo dedicato da entrambi i partner al lavoro domestico è

faccia della medaglia riguarda l'impatto negativo sul Pil legato alla perdita di entrate derivanti dai contributi sociali e dalle tasse: nell'UE la stima di tali perdite si attestava allo 0,76% del Pil, nel 2019, soprattutto a causa della diminuzione dell'occupazione femminile tra i 45 e i 64 anni ⁽⁶⁾.

Nonostante il rilievo del lavoro di cura, in ambito familiare, e la sua onerosità, da un punto di vista fisico e mentale, con serie ripercussioni, non di rado, sulla salute del *caregiver* ⁽⁷⁾, l'Italia è, ad oggi, uno dei pochi Paesi in Europa che stenta ad arrivare ad un riconoscimento pieno ed effettivo di tale figura, a livello istituzionale. Oltre all'approvazione di alcune leggi regionali ⁽⁸⁾, stupisce il numero di progetti di legge (chi scrive ne ha contati ben 34) presentati tra la XVII, la XVIII e la XIX legislatura, volti al riconoscimento ed al sostegno della figura del *caregiver* e, dunque, dell'attività di cura ed assistenza familiare, nessuno dei quali ha mai effettivamente iniziato o proseguito fino in fondo l'iter di approvazione ⁽⁹⁾. Peraltro, una definizione di *caregiver*, a livello normativo, è rinvenibile nella legge 27 dicembre 2017, n. 205 (Legge di Bilancio per il 2018) che, all'art. 1, comma 255, definisce la figura in esame come quella «persona che assiste e si prende cura del coniuge, dell'altra parte dell'unione civile tra persone dello stesso sesso o del convivente di fatto ai sensi della legge 20 maggio 2016, n. 76, di un familiare o di un affine entro il secondo grado, ovvero, nei soli casi indicati dall'articolo 33, comma 3, della legge 5 febbraio 1992, n. 104, di un familiare entro il terzo grado che, a causa di malattia, infermità o disabilità, anche croniche o degenerative, non sia autosufficiente e in grado di prendersi cura di se, sia riconosciuto invalido in quanto bisognoso di assistenza globale e continua di lunga durata ai sensi dell'articolo 3, comma 3, della citata legge n. 104 del 1992, o sia titolare di indennità di accompagnamento ai sensi della legge 11 febbraio 1980, n. 18». Con il comma 254 dell'articolo 1 della stessa legge è stato istituito presso il Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali un apposito Fondo destinato alla copertura finanziaria di interventi legislativi finalizzati al sostegno del ruolo di cura e di assistenza del *caregiver* familiare, con una dotazione iniziale di 20 milioni di euro per ciascuno degli anni 2018, 2019 e 2020. Tale Fondo è stato incrementato di ulteriori 5 milioni di euro grazie all'intervento della successiva legge di Bilancio 2019 (l. n. 145 del 30 dicembre 2018, art. 1,

svolto dalle donne – raggiunge il 62,6% (media 2020/21) se calcolato per le donne tra i 25 e i 44 anni in coppie in cui entrambi i partner sono occupati» (p. 83 di entrambi i Rapporti).

⁽⁶⁾ Commissione Europea, Direttorato Generale Occupazione, Affari sociali e Inclusione, *op. cit.*, p. 148. La disoccupazione femminile rientra peraltro tra i fattori che incidono negativamente, insieme ad altri, sulla tenuta del sistema pensionistico: in argomento cfr. V. FILÌ, *La sostenibilità del sistema pensionistico italiano tra equilibri ed equilibrismi*, in MGL, 2018, p. 25 ss.

⁽⁷⁾ Si rinvia, per una documentazione più recente, al Rapporto *Study on exploring*, cit., sp. p. 84 ss.; v. anche il Rapporto Ocse *Supporting informal carers*, cit., p. 17.

⁽⁸⁾ Su cui si veda F. PESARESI, *Le leggi regionali sui caregiver*, in ID. (a cura di), *Gli approfondimenti di Nna. Il manuale dei caregiver familiari. Aiutare chi aiuta*, Maggioli, 2021, p. 93 ss.

⁽⁹⁾ Nello specifico, procedendo in ordine cronologico, nella XVII legislatura: C.2253, C.3114 (qui vedi art. 5), C.3290 (qui cfr. art. 3), C.3414, C.3527, C.4061, C.4392, S.2128, S.2266 ⁽⁹⁾; nella XVIII legislatura: S.7, S.55, C.803, S.281, S.555, C.465, C.1228, C.1241, S.698, S.853, S.890, S.1461, disegno di legge unitario che sintetizza e aggiorna proposte pregresse, C.1975, S. 1717, C.2382, C.2776, C.2831 ⁽¹⁷⁾; a questi si aggiunge il ddl S. 868, presentato al Senato il 16 ottobre 2018, che non riguarda direttamente i *caregiver*, ma intende stabilire che le prestazioni non professionali, assicurate al domicilio, rientrano a pieno titolo nei LEA (livelli essenziali di assistenza) delle attività sanitarie e sociosanitarie; nella XIX legislatura: S.24, S.134, C.114, C.152, C.159, C.307, C.344, C.443 ⁽⁸⁾.

comma 483) per ciascuno degli anni 2019, 2020 e 2021. Da ultimo, la legge di Bilancio 2021 (l. 30 dicembre 2020, n. 178) ha istituito un nuovo Fondo, con una dotazione di 25 milioni di euro per ognuno degli anni 2021, 2022 e 2023. Proprio a tale Fondo si appoggiano alcuni interventi a sostegno dei *caregiver*, come quelli collegati al progetto HCP dell’Inps, di cui si dirà a breve.

In assenza, a tutt’oggi, di un articolato normativo omogeneo di riferimento, il quadro delle tutele e dei benefici cui possono ricorrere i *caregiver* appare complesso e frastagliato, dovendosi ricavare da frammenti sparsi in diverse disposizioni legislative. Non è questa la sede per una accurata disamina di tali tutele; tuttavia, volendo offrirne una panoramica generale, si ricordano:

a) in relazione al rapporto di lavoro, le norme in materia di: scelta del luogo di lavoro e trasferimento (l. 5 febbraio 1992, n. 104, art. 33, comma 5); esonero dal lavoro notturno (cfr. l. 9 dicembre 1977, n. 903, art. 5, comma 2, lett. c; d.lgs. 26 marzo 2001, n. 151, art. 53, comma 3; d.lgs. 8 aprile 2003, n. 66, art. 11, comma 2, lett. c); agevolazioni legate al *part-time*, sia in termini di priorità nella trasformazione del rapporto di lavoro da tempo pieno a tempo parziale (cfr. d.lgs. 15 giugno 2015, n. 81, art. 8, comma 4) che di diritto di precedenza nelle assunzioni con contratto a tempo pieno (d.lgs. n. 81/2015, art. 8, comma 6) che, ancora, con riguardo alla possibilità di richiedere, entro i limiti di legge, il passaggio dal tempo pieno al *part-time* in luogo del congedo parentale (d.lgs. n. 81/2015, art. 8, comma 7); congedi e permessi; nello specifico: permessi retribuiti di tre giorni lavorativi al mese (l. n. 104/1992, art. 33, comma 3; d.lgs. n. 151/2001, art. 42, co. 2), prolungamento del congedo parentale (d.lgs. n. 151/2001, art. 33) e permessi orari giornalieri retribuiti alternativi (d.lgs. n. 151/2001, art. 42, comma 1; l. n. 104/1992, art. 33, comma 2), congedo biennale non retribuito (l. 8 marzo 2000, n. 53, art. 4, comma 2; v. anche d.m. 21 luglio 2000, n. 278, art. 2), congedo straordinario indennizzato biennale (d.lgs. n. 151/2001, art. 42, commi da 5 a 5-*quinquies*; l. n. 53/2000, art. 4, comma 2).

b) In materia previdenziale si segnalano innanzitutto, come misure specificamente rivolte – anche – ai *caregiver*, le opzioni di uscita anticipata dal lavoro, nel rispetto dei requisiti di legge, ed in particolare: l’“Ape sociale”, introdotta dalla Legge di Stabilità 2017 (l. 11 dicembre 2016, n. 232), che prevede, per le categorie indicate dalla legge, al raggiungimento del requisito anagrafico di 63 anni, accompagnato da una anzianità contributiva di 30 anni⁽¹⁰⁾, l’erogazione, da parte dell’Inps, di un’indennità sino al raggiungimento dell’età prevista per la pensione di vecchiaia; tale misura, più volte prorogata – da ultimo, dall’art. 1, comma 91, l. 30 dicembre 2021, n. 234, sino al 31 dicembre 2022 – è stata confermata per il 2023 dalla l. 29 dicembre 2022, n. 197 (art. 1, comma 288); l’opzione di pensionamento anticipato c.d. “Quota 41 precoci”, anch’essa introdotta dalla Legge di Stabilità 2017 per i soggetti, appartenenti alle categorie indicate dalla legge, che abbiano maturato almeno 12 mesi di contribuzione per periodi di lavoro effettivo entro il 19° anno di età⁽¹¹⁾. Su un altro versante, si ricorda

⁽¹⁰⁾ Per la precisione, l’anzianità contributiva richiesta varia tra i 30, i 32 ed i 36 anni (i *caregiver* rientrano nella prima fascia). Per le madri, il requisito contributivo resta ridotto di un anno per ogni figlio entro un massimo di due anni.

⁽¹¹⁾ Per un commento, fra le altre, alle misure menzionate, si rinvia a R. CASILLO, *Coerenza ed equità nella manutenzione del sistema pensionistico dopo la legge 22 dicembre 2011, n. 214*, in *MGL*, n. 4, 2019, p. 745 ss.; G. CANAVESI, *Il futuro non c’è, il presente guarda al passato. Le misure di pensionamento anticipato nel decreto*

L'obbligo di assicurazione contro gli infortuni domestici introdotto dalla l. n. 493/1999, rivolta a quanti, in età compresa tra i 18 e i 67 anni, svolgano a titolo gratuito e senza vincolo di subordinazione, in modo abituale ed esclusivo, un'attività rivolta alla cura dei componenti della famiglia e dell'ambiente domestico.

c) Da ultimo, sul fronte fiscale e di incentivi economici si segnalano, in particolare, le agevolazioni fiscali spettanti al *caregiver* laddove il familiare assistito risulti a suo carico⁽¹²⁾ ed il progetto HCP (*Home Care Premium*) dell'Inps, che ha introdotto, per i *caregiver* di soggetti beneficiari della legge 104 ed affetti da una delle patologie indicate dall'Inps, in presenza di determinati requisiti, il c.d. "bonus *caregiver*", consistente in un sussidio di tipo economico, sotto forma di rimborso, di importo variabile parametrato principalmente al reddito Isee ed alla gravità della disabilità, ed in una serie di prestazioni integrative socio-assistenziali a supporto del nucleo familiare.

2. I congedi straordinari di cui all'art. 42, comma 5, del d.lgs. n. 151/2001 e le novità apportate dal d.lgs. n. 105/2022

L'istituto in parola, attualmente regolato dall'art. 42 del d.lgs. n. 151/2001 (commi 5-5 *quinquies*), deriva dal congedo di cui all'art. 4, comma 2, l. n. 53/2000, ai sensi del quale in presenza di «gravi e documentati motivi familiari» viene riconosciuta al lavoratore dipendente la facoltà di astenersi dal lavoro per un periodo massimo di due anni, anche frazionati, con diritto alla conservazione del posto, tuttavia non alla retribuzione né al computo del periodo ai fini previdenziali e dell'anzianità di servizio. Successivamente, la l. 23 dicembre 2000, n. 388 (art. 80, comma 2), introducendo all'art. 4 della l. n. 53/2000 il comma 4-*bis*, ha riconosciuto ai lavoratori dipendenti genitori, anche adottivi (o, a seguito della loro scomparsa, ai fratelli o sorelle conviventi) di un «soggetto con handicap in situazione di gravità⁽¹³⁾» (definita ai sensi dell'art. 3, comma 3, l. n. 104/1992) il diritto ad avvalersi di tale congedo con il riconoscimento sia di un'indennità corrispondente all'ultima retribuzione sia dell'accredito della contribuzione figurativa ai fini pensionistici, nella misura e con gli effetti previsti dalla normativa. Tale ultimo comma è stato abrogato dall'art. 86, comma 2, lett. *t*, del d.lgs. 26 marzo 2001, n. 151, che, all'art. 42, ha regolamentato "Riposi e permessi per i figli con handicap grave": una norma, quest'ultima, che ha subito un'importante evoluzione (come si dirà di qui a breve) grazie, in particolare, a numerosi interventi della Corte costituzionale.

Il requisito soggettivo in presenza del quale i legittimati (v. *infra*) possono richiedere il congedo straordinario⁽¹⁴⁾ è lo *status* di lavoratore dipendente – privato o pubblico –

legge 28 gennaio 2019, n. 4, in MGL, 2019, n. 3, p. 493 ss.; S. GIUBBONI-P. SANDULLI, *Ape e misure correlate*, in *Il Libro dell'anno del diritto*, 2018, in www.treccani.it.

(12) Con un reddito complessivo annuo, cioè, non superiore a 2.840,51 euro: cfr. www.agenziaentrate.gov.it.

(13) Un passaggio importante è consistito, lo si ricorda, nell'eliminazione, a partire dal 1° gennaio 2004, del vincolo dei cinque anni di riconoscimento della situazione di gravità del soggetto con handicap, decorrenti dalla data del rilascio della prevista certificazione (cfr. l. 24 dicembre 2003, n. 350, art. 3, comma 106).

(14) Che, lo si ricorda, non produce effetti per la maturazione delle ferie, del trattamento di fine rapporto, della tredicesima mensilità (art. 42, comma 5-*quinquies*), come anche non rileva ai fini della

anche in regime di *part-time* ⁽¹⁵⁾. Dal punto di vista oggettivo, è necessaria innanzitutto la sussistenza di una situazione di *disabilità grave* del familiare da assistere (ai sensi dell'art. 3, comma 3, l. n. 104/1992) certificata dagli organi competenti (art. 4, comma 1, l. n. 104/1992), unitamente alla mancanza di ricovero dell'assistito a tempo pieno (cioè per le 24 ore) presso strutture ospedaliere, sia pubbliche che private, con assistenza sanitaria continuativa ⁽¹⁶⁾. L'Inps ha elencato, in via esemplificativa, alcune eccezioni al requisito da ultimo menzionato, in particolare: l'«interruzione del ricovero a tempo pieno per necessità del disabile in situazione di gravità di recarsi al di fuori della struttura che lo ospita per effettuare visite e terapie appositamente certificate»; il «ricovero a tempo pieno di un disabile in situazione di gravità in stato vegetativo persistente e/o con prognosi infausta a breve termine»; il «ricovero a tempo pieno di un soggetto disabile in situazione di gravità per il quale risulti documentato dai sanitari della struttura il bisogno di assistenza da parte di un genitore o di un familiare», ipotesi già prevista per i bambini fino a tre anni di età ⁽¹⁷⁾.

Passando ora alla disamina dei soggetti che possono usufruire del congedo in parola, è doveroso sottolineare – in linea con quanto si è anticipato – come, grazie a numerose pronunce della Corte Costituzionale, si sia assistito ad un “mutamento valoriale” dell'istituto, che, attraverso una progressiva estensione della platea dei beneficiari, è passato dall'essere «originariamente concepito come strumento di tutela rafforzata della maternità in caso di figli portatori di handicap grave» ⁽¹⁸⁾ a strumento «di politica socio-assistenziale, basato sia sul riconoscimento della cura prestata dai congiunti sia sulla valorizzazione delle relazioni di solidarietà interpersonale e intergenerazionale, di cui la famiglia costituisce esperienza primaria, in attuazione degli artt. 2, 3, 29, 32 e 118, quarto comma, Cost.» ⁽¹⁹⁾. Al riguardo, dai soli genitori si è passati all'inclusione

progressione di carriera, che viene ritardata in misura corrispondente alla durata del congedo (v. circolare Inps n. 6 del 16 gennaio 2014, punto 17). Al riguardo, si propongono alcune brevi osservazioni: a) il Tribunale di Roma, con sentenza del 6 giugno 2022, consultabile, fra l'altro, nella banca dati *Leggi d'Italia*, ha chiarito che l'indennità cui hanno diritto i lavoratori non ricomprende i ratei di tredicesima e quattordicesima mensilità, poiché «appare verosimile che se i ratei di 13^a e 14^a mensilità non maturano durante il periodo di congedo, essi non possano, altresì, essere presi in considerazione per la determinazione della relativa indennità»; b) per il personale delle Forze di Polizia l'art. 45, comma 16, del d.lgs. 29 maggio 2017, n. 95, emanato in attuazione della l. 7 agosto 2015, n. 124, ha previsto espressamente, diversamente dal regime generale, la computabilità del congedo straordinario per la progressione di carriera (cfr. Circolare Min. Interno, Dip. Pubblica Sicurezza, 22 settembre 2017, N. 333.A/9806.G.3.1/7192-2017). Su un altro fronte, nel Contratto Collettivo Nazionale Integrativo concernente la mobilità del personale docente si precisa che la fruizione del congedo biennale in parola non interrompe la maturazione del punteggio della continuità del servizio (CCNI mobilità 2022-2025, nota 5 alla tabella di valutazione dei titoli, p. 87).

⁽¹⁵⁾ Con la precisazione che il congedo non spetta ai lavoratori con contratto *part-time* verticale durante i periodi non lavorati (cfr. nota Dip. FP del 12 settembre 2012, p. 2; Circolare Dip. FP n. 1/2012, p. 6). Nel d.lgs. n. 81/2015, come noto, viene eliminata la differenziazione del *part-time* in verticale, orizzontale o misto, pur permanendo, in concreto, la distinzione tra i sottotipi.

⁽¹⁶⁾ Vedi la Circ. Inps 3 dicembre 2010, n. 155, punto 3.

⁽¹⁷⁾ Cfr. art. 42, comma 5-*bis*, d.lgs. n. 151/2001. V. le Circ. Inps 3 Dicembre 2010, n. 155, punto 3; 6 Marzo 2012, n. 32, punto 6, ed i precedenti ivi richiamati.

⁽¹⁸⁾ C. cost. 18 luglio 2013 n. 203, punto 3.4 *Cons. in dir.*, in *GCost.*, 2013, n. 4, p. 2853, con nota di E. LONGO, *La rilettura dei diritti sociali passa per il congedo straordinario a tutela di un parente disabile*. Tutte le sentenze della Corte sono consultabili nel sito www.cortecostituzionale.it.

⁽¹⁹⁾ *Ivi*.

dei fratelli/delle sorelle conviventi con il soggetto portatore di handicap in situazione di gravità accertata, anche laddove i genitori, pur non “scomparsi”, siano impossibilitati a provvedere all’assistenza del figlio handicappato, perché totalmente inabili⁽²⁰⁾; poi del coniuge convivente⁽²¹⁾; infine, in assenza di altri soggetti idonei a prendersi cura della persona in situazione di disabilità grave, del figlio convivente⁽²²⁾ e del parente o dell’affine entro il terzo grado, convivente⁽²³⁾. Come evidenziato dalla stessa Corte, «L’estensione dei beneficiari del congedo straordinario risponde all’esigenza di garantire la cura del disabile nell’ambito della famiglia e della comunità di vita cui appartiene, allo scopo di tutelarne nel modo più efficace la salute, di preservarne la continuità delle relazioni e di promuoverne una piena integrazione»⁽²⁴⁾. A seguito dell’entrata in vigore della legge Cirinnà (l. 20 maggio 2016, n. 76) ed in forza della pronuncia della Corte Cost. del 5 luglio 2016, n. 213, si sono aggiunte all’elenco anche le parti delle unioni civili, quali soggetti equiparati ai coniugi⁽²⁵⁾.

Passando, sul punto, alla riscrittura del comma 5 dell’art. 42 del d.lgs. n. 151 ad opera dell’art. 2, comma 1, lett. *n*, del d.lgs. n. 105/2022, si segnala l’ingresso, tra i soggetti individuati prioritariamente dal legislatore ai fini della concessione del congedo in parola, dei *conviventi di fatto* di cui all’art. 1, comma 36, l. n. 76/2016, in via alternativa ed al pari del coniuge e della parte dell’unione civile; di talché, a far data dal 13 Agosto 2022, l’ordine dei beneficiari è il seguente:

1. coniuge convivente/parte dell’unione civile convivente/convivente di fatto della persona disabile in situazione di gravità;
2. padre o madre, anche adottivi o affidatari, in caso di mancanza, decesso, o in presenza di patologie invalidanti dei soggetti appartenenti alle categorie di cui al punto 1;
3. uno dei figli conviventi, in caso di mancanza, decesso o patologie invalidanti dei soggetti appartenenti alle categorie di cui al punto 1 e di entrambi i genitori;
4. un fratello o una sorella convivente, in caso di mancanza, decesso o patologie invalidanti dei soggetti appartenenti alle categorie di cui al punto 1, di entrambi i genitori della persona disabile in situazione di gravità e dei figli conviventi;
5. un parente o un affine entro il terzo grado convivente, in caso di mancanza, decesso o patologie invalidanti dei soggetti appartenenti a tutte le categorie elencate ai punti precedenti.

Si ricorda che in base al principio del “referente unico” il congedo in parola non può essere riconosciuto a più di un lavoratore per l’assistenza alla stessa persona disabile, fatta eccezione per i genitori, che potranno alternarsi nella fruizione del congedo in favore del figlio disabile; negli stessi giorni non sarà comunque possibile, per l’altro genitore, fruire dei permessi retribuiti di cui all’art. 33, commi 2 e 3, l. n. 104/92, né

⁽²⁰⁾ Cfr. C. Cost. 16 giugno 2005 n. 233.

⁽²¹⁾ Cfr. C. Cost. 8 maggio 2007 n. 158.

⁽²²⁾ C. Cost. 30 gennaio 2009 n. 19; si veda la rimodulazione del comma 5 dell’art. 42 ad opera del d.lgs. n. 119/2011.

⁽²³⁾ C. Cost. n. 203/2013.

⁽²⁴⁾ C. Cost. 13 luglio 2018 n. 158, punto 7.2 *Cons. in dir.*

⁽²⁵⁾ Cfr. Circ. Inps n. 38 del 27 febbraio 2017 e n. 36 del 7 marzo 2022.

del prolungamento del congedo parentale di cui all'art. 33, comma 1, del d.lgs. n. 151/2001 ⁽²⁶⁾ (art. 42, comma 5-*bis*).

Ancora, in relazione al requisito della “mancanza” di uno dei soggetti indicati dalla norma al fine di poter scorrere la graduatoria dei legittimati, si evidenzia che tanto l'Inps quanto il Dipartimento della Funzione Pubblica hanno precisato (nello specifico, in riferimento ai permessi *ex lege* 104) come essa debba ricomprendere «non solo l'assenza naturale e giuridica (celibato o stato di figlio naturale non riconosciuto), ma anche ogni altra condizione ad essa giuridicamente assimilabile, continuativa e debitamente certificata dall'autorità giudiziaria o da altra pubblica autorità, quale: divorzio, separazione legale o abbandono» ⁽²⁷⁾.

Al di là del profilo soggettivo, ulteriori novità sono rappresentate dalla riduzione – da 60 a 30 giorni – del termine per l'inizio della fruizione del congedo da parte dei lavoratori interessati, decorrente dalla richiesta, nonché dalla previsione della possibilità che la convivenza, presupposto imprescindibile per la concessione del congedo, possa essere instaurata *anche successivamente alla presentazione della domanda*, purché sia garantita per tutta la fruizione del congedo ⁽²⁸⁾.

3. Alcune annotazioni: a) sulla convivenza

1) La convivenza è un elemento imprescindibile per poter usufruire del congedo in parola ⁽²⁹⁾, rinvenendosi la *ratio* dell'istituto nell'esigenza di garantire una «continuità dell'assistenza» al soggetto portatore di grave handicap che «presuppone la prossimità del beneficiario al familiare disabile» ⁽³⁰⁾. Tale requisito viene provato attraverso dichiarazioni sostitutive rese ai sensi degli artt. 46 e 47 d.P.R. 28 dicembre 2000, n. 445, dalle quali risulti la concomitanza della residenza anagrafica e della coabitazione (art. 4 del d.P.R. 30 maggio 1989, n. 223, recante l'approvazione del nuovo regolamento anagrafico della popolazione residente). Sul punto, può osservarsi come grazie alla prassi ed all'apporto della giurisprudenza si sia assistito ad una progressiva estensione della portata della convivenza, negli anni: basti pensare che la Suprema Corte ha precisato come “convivenza” non sia sinonimo di “coabitazione”, giacché, in assenza di quest'ultima, «quel che rileva è, comunque, la prestazione di un'assistenza assidua e

⁽²⁶⁾ Si rinvia ai contributi di R. Casillo (parte II, sez. I) ed E. Dagnino (parte II, sez. II) per un commento alla novella legislativa in materia di congedi parentali e dei permessi di cui all'art. 33 l. n. 104/1992.

⁽²⁷⁾ «In tale ipotesi il richiedente dovrà indicare gli elementi necessari per l'individuazione dei provvedimenti, ovvero produrre la dichiarazione sostitutiva di certificazione ai sensi dell'art. 46 del D.P.R. n. 445/2000»: Circ. Inps n. 32 del 6 marzo 2012, punto 3.1; Circolare Dip. FP n. 13 del 6 dicembre 2010, punto 2.

⁽²⁸⁾ Come ben chiarito anche nel Messaggio Inps n. 3096 del 5 agosto 2022.

⁽²⁹⁾ Eccezione fatta per i genitori, anche adottivi o affidatari, dei figli con disabilità grave (comma 5 dell'art. 42, in seguito alle modifiche apportate dal d.lgs. 18 luglio 2011, n. 119, art. 4, comma 1).

⁽³⁰⁾ C. Cost. n. 232/2018. Il congedo straordinario poteva essere concesso, secondo quanto chiarito nel 2007 dall'Inps, anche senza dimostrare «l'impossibilità di prestare assistenza da parte di altri familiari conviventi, stante l'esclusiva riconducibilità all'autonomia privata e familiare della scelta su chi, all'interno della famiglia del portatore di handicap, debba prestargli assistenza» (Circ. Inps n. 90/2007, punto 2; v. anche Circ. n. 112 del 3 Agosto 2007). Durante il congedo, lo si ricorda, non è possibile svolgere alcun tipo di attività lavorativa, pena il licenziamento (vedi, di recente, Cass. civ., sez. lav., 8 luglio 2022, n. 21773).

continuativa [al soggetto portatore] di handicap»⁽³¹⁾. Tale continuità, secondo un orientamento dell'Inps del 2009, veniva assicurata riferendo la convivenza, in via esclusiva, alla residenza, «luogo in cui la persona ha la *dimora abituale*, ai sensi dell'art. 43 cod. civ.» (mio il corsivo), ritenendo inconciliabile, con la garanzia di una assistenza continuativa, «la condizione di domicilio», come anche «la mera elezione di domicilio speciale previsto per determinati atti o affari dall'art. 47 c.c.»⁽³²⁾. Intervenendo sulla portata del concetto di *residenza*, il Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali⁽³³⁾ ha precisato come, «al fine di addivenire ad una interpretazione del concetto di convivenza che faccia salvi i diritti del disabile e del soggetto che lo assiste», sia opportuno ricondurre al concetto di convivenza anche quelle ipotesi in cui sia il disabile che il soggetto che lo assiste abbiano la residenza nello stesso Comune, al medesimo indirizzo (identità di stabile e numero civico), pur in interni diversi, orientamento recepito anche dallo stesso ente previdenziale⁽³⁴⁾. Per altro verso, lo stesso Inps ha ritenuto, poco dopo l'orientamento indicato – ed in seguito alla pronuncia della Corte Costituzionale n. 19/2009 – che il requisito della convivenza possa ritenersi soddisfatto anche in ipotesi di *dimora temporanea* risultante dall'iscrizione nello schedario di cui all'art. 32 del d.P.R. n. 223/1989. Secondo l'Ente, infatti, «Al fine di agevolare l'assistenza della persona disabile, il requisito della convivenza, richiesto per la fruizione del congedo straordinario, sarà accertato d'ufficio previa indicazione da parte dell'interessato degli elementi indispensabili per il reperimento dei dati inerenti alla residenza anagrafica, ovvero l'eventuale dimora temporanea [...] ove diversa dalla dimora abituale (residenza) del dipendente o del disabile. In alternativa all'indicazione degli elementi di cui sopra, l'interessato ha facoltà di produrre una dichiarazione sostitutiva ai sensi del D.P.R. 445/2000»⁽³⁵⁾. È dunque necessario che la dimora temporanea sia richiesta precedentemente alla domanda di congedo straordinario.

2) Come si è visto, la novella legislativa ha introdotto la possibilità (per *tutti* gli aventi diritto) di beneficiare del congedo in parola anche nel caso in cui la convivenza con il disabile sia stata instaurata *successivamente alla presentazione della domanda*, purché la stessa venga garantita per tutta la fruizione del congedo stesso⁽³⁶⁾. Si tratta di una novità di rilievo, poiché, sino ad ora, tale possibilità era stata riconosciuta al solo figlio non convivente per assistere il genitore disabile, a condizione che il primo, dopo aver conseguito il congedo straordinario, instaurasse una convivenza «che garantis[se] al genitore disabile un'assistenza permanente e continuativa» e purché non ci fossero altri soggetti legittimati: essenziale, al riguardo, è stata la pronuncia della Corte Costituzionale n. 232 del 2018⁽³⁷⁾, che ha riconosciuto l'illegittimità costituzionale dell'articolo

⁽³¹⁾ Cass. pen., sez. II, 16 febbraio 2017 n. 24470, in, fra le altre, *D&G*, 2017, 18 maggio.

⁽³²⁾ Cfr. Messaggio n. 19583 del 2 settembre 2009, emanato alla luce della pronuncia della Corte Cost. n. 19/2009, che ha incluso, come si è visto, il figlio convivente tra i possibili fruitori del congedo.

⁽³³⁾ Si veda la Lett. Circ. del 18 febbraio 2010 n. 3884.

⁽³⁴⁾ Messaggio Inps n. 6512 del 4 marzo 2010.

⁽³⁵⁾ Cfr. Circ. n. 32 del 6 Marzo 2012, punto 6; Circ. n. 159 del 15 Novembre 2013, punto 3; in tal senso v. anche, per i lavoratori del settore pubblico, la Circolare Dip. FP n. 1 del 3 febbraio 2012, punto 5.

⁽³⁶⁾ Al riguardo, cfr. Mess. Inps n. 3096 del 5 agosto 2022.

⁽³⁷⁾ Per un commento alla pronuncia in esame si rinvia ad A. CANDIDO, *Congedo straordinario e tutela del disabile nell'interpretazione evolutiva della Corte costituzionale*, in *AIC. Osservatorio Costituzionale*, 2019, n. 1-2, p. 106 ss.

42, comma 5, del d.lgs. n. 151/2001, nella parte in cui non consentiva al figlio, alle condizioni previste dalla legge, di richiedere l'accesso al beneficio in parola qualora, al momento della presentazione della richiesta del congedo, ancora non convivesse con il genitore in situazione di disabilità grave. La pronuncia in oggetto è espressione di una lettura della disabilità in una prospettiva che si innesta, fra l'altro, nei doveri di solidarietà sociale di cui all'art. 2 Cost.: la disabilità, infatti, «è il risultato di una interazione (negativa) tra individuo e ambiente circostante, a causa di una serie variabile di barriere che si frappongono tra la persona in condizioni di fragilità e il mondo circostante»⁽³⁸⁾. Proprio in virtù di tali barriere la preclusione normativa è stata ritenuta «in contrasto con gli artt. 2, 3, 29 e 32 Cost.» poiché «sacrifica[va] in maniera irragionevole e sproporzionata l'effettività dell'assistenza e dell'integrazione del disabile nell'ambito della famiglia, tutelata dal legislatore mediante una disciplina ispirata a presupposti rigorosi e contraddistinta da obblighi stringenti»⁽³⁹⁾; detto in altri termini, a detta della Corte, ancorare l'istituto del congedo straordinario esclusivamente al criterio della convivenza *ex ante* finiva «con il vanificare la finalità del congedo straordinario», poiché, se è vero che tale requisito, quale criterio prioritario per l'identificazione dei beneficiari del congedo, si rivela «idoneo a garantire in linea tendenziale il miglior interesse del disabile, [esso] non può considerarsi criterio indefettibile ed esclusivo, così da precludere al figlio, che intende convivere *ex post*, di adempiere in via sussidiaria e residuale i doveri di cura e di assistenza anche quando nessun altro familiare convivente, pur di grado più lontano, possa farsene carico»⁽⁴⁰⁾.

Tornando alla novella legislativa, nel caso di convivenza normativamente prevista *ma non ancora instaurata* l'Inps precisa che il richiedente è tenuto ad allegare alla domanda una dichiarazione sostitutiva di certificazione, ai sensi dell'articolo 46 del d.P.R. 28 dicembre 2000, n. 445, dalla quale risulti che provvederà a instaurare la convivenza con il familiare disabile in situazione di gravità entro l'inizio del periodo di congedo richiesto e a mantenerla per tutta la durata dello stesso⁽⁴¹⁾.

3.1. b) Sulla durata del congedo

Con l'intervento del d.lgs. n. 119/2011 sull'art. 42 del d.lgs. n. 151, e dell'introduzione, al suo interno, del comma 5-*bis* (cfr. art. 4, comma 1, lett. *b*), il legislatore ha chiarito che il congedo in esame non può superare la durata complessiva di 2 anni *per ciascuna persona portatrice di handicap e nell'arco della vita lavorativa*. La Suprema Corte ha avuto modo di soffermarsi, anche in tempi recenti, sul punto, in particolare con riferimento alla versione antecedente della norma (ed alle formule contemplate nell'art. 4, comma 2, l. n. 53/2000, nonché nell'art. 2 d.m. n. 278/2000) per chiarirne nuovamente la

⁽³⁸⁾ L. BUSATTA, *L'universo delle disabilità: per una definizione unitaria di un diritto diseguale*, in F. CORTESE, M. TOMASI (a cura di), *Le definizioni nel diritto*. Atti delle giornate di studio 30-31 ottobre 2015, Esi, 2016, p. 347.

⁽³⁹⁾ Punto 6.1 *Cons. in dir.*

⁽⁴⁰⁾ *Ivi.*

⁽⁴¹⁾ Cfr. Messaggio n. 3096/2022. A far data dall'entrata in vigore del d.lgs. n. 105/2022, ossia dal 13 agosto 2022, ed «In attesa dei necessari aggiornamenti informatici» l'Ente precisa che è possibile richiedere il congedo in oggetto presentando domanda attraverso i consueti canali (sito web, contact center integrato o Istituti di Patronato).

ratio: i giudici hanno evidenziato come il limite biennale del congedo in parola non potesse essere inteso come un limite complessivo usufruibile nell'arco della vita lavorativa, ma come, alla luce di una interpretazione costituzionalmente orientata della norma ai sensi degli artt. 2, 3 e 32 Cost., esso dovesse riferirsi a ciascun familiare da assistere, «in modo da non lasciarne alcuno privo della necessaria assistenza che la legge è protesa ad assicurare», dal momento che «il destinatario della tutela realizzata mediante le agevolazioni previste dalla legge non è il nucleo familiare in sé, ovvero il lavoratore onerato dell'assistenza, bensì la persona portatrice di handicap» (42).

4. Verso il (pieno) riconoscimento del caregiver familiare?

La progressiva estensione della platea dei beneficiari del congedo in parola – fino alla novella legislativa in oggetto e grazie, soprattutto, all'apporto decisivo della Corte Costituzionale – e, più in generale, gli interventi che hanno riguardato punti cruciali dell'istituto, come la portata della nozione stessa di convivenza e l'interpretazione del limite biennale del congedo, testimoniano l'incedere di una civiltà in cammino. L'inclusione, tra i possibili fruitori del congedo indennizzato, dei *conviventi di fatto*, in via alternativa e sullo stesso piano del coniuge e della parte dell'unione civile, appare in linea con la necessità prioritaria di tutelare il diritto alla salute psico-fisica del disabile, «ricomprensivo dell'assistenza e della socializzazione», «sia come singolo che in quanto facente parte di una formazione sociale per la quale, ai sensi dell'articolo 2 Cost., deve intendersi “ogni forma di comunità, semplice o complessa, idonea a consentire e favorire il libero sviluppo della persona nella vita di relazione, nel contesto della valorizzazione del modello pluralistico” (43) D'altra parte, ove così non fosse, il diritto, costituzionalmente presidiato, del portatore di handicap di ricevere assistenza nell'ambito della sua comunità di vita, verrebbe ad essere irragionevolmente compresso, non in ragione di una obiettiva carenza di soggetti portatori di un rapporto qualificato sul piano affettivo, ma in funzione di un dato “normativo” rappresentato dal mero rapporto di parentela o di coniugio» (44). Del resto, la Suprema Corte ha negli anni delineato il perimetro della famiglia di fatto tutelabile in riferimento alla presenza di uno «stabile legame tra due persone connotato da durata e significativa comunanza di vita e di affetti» (45), evidenziando come nel mutato contesto sociale non abbia più senso «lasciare fuori dai margini della tutela» ogni altra relazione che

(42) Cass. 23 novembre 2020 n. 26605, in *De Jure*, che affronta, nello specifico, il caso di un genitore di due figli affetti da grave disabilità. Tale pronuncia si pone in continuità con quanto già espresso nelle sentenze n. 11031 del 5 maggio 2017 e n. 11126 del 19 aprile 2019; lo stesso principio era stato espresso da Cass. n. 4623 del 25 febbraio 2010, in materia di fruizione dei permessi di cui al comma 1 dell'art. 42, nel caso di genitore di più figli affetti da handicap grave.

(43) C. Cost. n. 138/2010.

(44) È, questo, un passaggio molto significativo di una recente sentenza del Trib. di Pavia, del 10 maggio 2022, che, prima dell'entrata in vigore della novella legislativa di cui ci si occupa, aveva ritenuto doveroso, alla luce di una interpretazione costituzionalmente orientata all'art. 42, comma 5, del d.lgs. n. 151/2001, estendere il congedo straordinario ai conviventi *more uxorio*, in linea con quanto affermato dalla sentenza della Corte Costituzionale n. 213/2016 in materia di permessi giornalieri retribuiti *ex lege* 104/92, che evidenziava l'irragionevolezza (e l'illegittimità costituzionale) in tale ambito di una disparità di trattamento tra coppie sposate e conviventi di fatto.

(45) V. per tutte Cass. 21 marzo 2013 n. 7128, in *De Jure*.

«pur [...] stabile sia affettivamente sia sotto il profilo della reciproca assunzione di un impegno di assistenza e di collaborazione all'adempimento degli obblighi economici, [...] sia dotata di un assetto organizzativo della vita familiare diverso da quello tradizionale»⁽⁴⁶⁾.

Al di là di tali considerazioni positive, tuttavia, la frammentarietà normativa che caratterizza le tutele di cui si è detto nel primo paragrafo, parallelamente alla “giacenza” delle tante proposte di legge sui *caregiver*, mostra come il nostro Paese stenti ancora ad assumere una posizione decisiva e decisa nei confronti di quanti, giorno dopo giorno, si dedicano assiduamente alla cura dei familiari più fragili. Si fa sempre più pressante la richiesta di un provvedimento *ad hoc* che consideri a tutto campo i molteplici aspetti che ruotano intorno alla difficile gestione quotidiana dell'assistenza a familiari con gravi disabilità: dalle agevolazioni legate alla fruizione dei canali di assistenza a misure di sostegno psicologico, anche attraverso reti solidali, con l'obiettivo di ridurre il possibile isolamento sociale del *caregiver* familiare, senza naturalmente trascurare il profilo economico e previdenziale. È alto, infatti, come si è visto, il tasso di persone, soprattutto donne, che si vedono costrette a ridurre drasticamente, se non proprio ad abbandonare, il lavoro⁽⁴⁷⁾, con conseguenze drammatiche in termini di retribuzione – nel solco, fra l'altro, di un *gender pay gap* ancora troppo ampio⁽⁴⁸⁾ – e di rispondenza a requisiti pensionistici difficili da raggiungere, in molti casi, proprio in virtù di quella discontinuità delle carriere lavorative che «affonda le sue radici in epoche ben più remote di quella attuale»⁽⁴⁹⁾. A ciò si aggiunga l'impatto negativo che deriva alla tenuta del sistema pensionistico – ed in termini di Pil – dalle ingenti perdite di entrate nelle casse dello Stato⁽⁵⁰⁾. Su un altro fronte, emerge il rilievo non certo trascurabile che il regime dei permessi e, in particolare, dei congedi di cui si è detto, che rappresenta il tratto maggiormente caratterizzante degli interventi a sostegno dei *caregiver* familiari, opera solo in favore dei lavoratori dipendenti, escludendo la platea degli autonomi, per i quali si auspica «il prima possibile un bonus sostitutivo di alcuni dei benefici più importanti della legge 104»⁽⁵¹⁾. I molti “effetti penalizzanti”, in termini lavoristici, ruotano intorno ad una incoerenza di fondo: pur essendo considerato, il lavoro di cura prestato in maniera assidua e continuativa, tra quelle *mansioni gravose* che danno

⁽⁴⁶⁾ Cass. 13 aprile 2018 n. 9178, *ivi*. Alla luce di tali considerazioni, chi scrive si è espresso criticamente sulla mancata inclusione dei conviventi di fatto tra i *familiari* del lavoratore, possibili destinatari, nell'ambito del *welfare* aziendale, delle prestazioni/opere/servizi di cui all'art. 51 del TUIR: sia consentito il rinvio a C. MURENA, *Il welfare aziendale come strumento di sostenibilità*, in AA. VV., *Il diritto del lavoro per una ripresa sostenibile*. Atti del XX Congresso nazionale AIDLASS, Taranto 28-29-30 ottobre 2021, La Tribuna, 2022, pp. 508-509.

⁽⁴⁷⁾ Senza dimenticare chi non vi ha mai potuto accedere: sono, in particolare, le donne con almeno un figlio, la cui percentuale è stata calcolata dall'Istat nel valore dell'11,1%, decisamente superiore alla media europea, 3,7%: v. il Report *Conciliazione tra lavoro e famiglia. Anno 2018*, cit.

⁽⁴⁸⁾ Cfr. P. CAPOFERRO, *Gender gap: timidi segnali positivi, ma c'è ancora molto da fare* (articolo del 22 novembre 2022), in www.peoplechange360.it. In argomento cfr. anche A. M. BATTISTI, *Donne (in)visibili e disparità retributiva*, in *MGL*, 2019, n. 3, p. 459 ss. L'argomento è oggetto di attenzione anche da parte del PNRR: cfr. L. ZAPPALÀ, *La parità di genere al tempo del PNRR: tra trasparenza, certificazione e misure premiali*, in *LDE*, n. 3/2022.

⁽⁴⁹⁾ A. M. BATTISTI, *Working carers. Misure di conciliazione vita-lavoro*, in *MGL*, 2019, n. 1, p. 79.

⁽⁵⁰⁾ Cfr. nota 6.

⁽⁵¹⁾ R. SCURTO, *Lavoro autonomo, come sostenere neogenitori e caregiver*, in *Econopoly. IlSole24Ore*, 5 Settembre 2022.

diritto ad un'uscita anticipata dal lavoro attraverso l'Ape sociale, e nella consapevolezza di un modello di *welfare* «largamente basato su una diffusa cultura familistica»⁽⁵²⁾, le statistiche ufficiali «fanno coincidere il concetto di lavoro (*work*) con quello di lavoro retribuito (*employment*), e di conseguenza valutano la situazione economica dei Paesi contabilizzando nei sistemi dei conti economici nazionali (Sna) quasi esclusivamente il valore dei beni e dei servizi prodotti e scambiati sul mercato, escludendo dal calcolo della produzione nazionale il valore dei servizi prodotti dalle famiglie per uso proprio»⁽⁵³⁾. Una circostanza, questa, che ha spinto l'Oil ad adottare una nuova e più ampia definizione di *lavoro*, alla stregua di «qualsiasi attività svolta da persone di ogni sesso ed età per la produzione di beni o servizi ad uso proprio o di altri»⁽⁵⁴⁾, proprio per far emergere il valore del lavoro svolto a titolo gratuito, in termini di volontariato o entro le mura domestiche, «poiché contribuisce in maniera determinante alla qualità della vita delle famiglie»⁽⁵⁵⁾.

Il 3 Ottobre 2022 il *Comitato per i diritti delle persone con disabilità delle Nazioni Unite* ha accolto un ricorso presentato nel 2017 dal Coordinamento nazionale famiglie con disabilità (Confad) che denunciava il vuoto normativo che impedisce il pieno riconoscimento, e sostegno, del *caregiver* familiare, richiedendone una istituzionalizzazione. L'Onu ha accertato la violazione degli obblighi internazionali assunti dall'Italia con la ratifica della Convenzione sui Diritti delle Persone con Disabilità del 2006 ed ha invitato le Istituzioni a formalizzare al più presto la figura in questione, al fine di promuovere l'adeguato inserimento in un quadro normativo di tutela ed assistenza. Il Comitato ha evidenziato, tra l'altro, la necessità di implementare i sostegni economici, assicurando una compensazione adeguata ai *caregiver*, come anche di rendere i servizi di assistenza economicamente accessibili; per altro verso ha puntato sul riconoscimento dello *status* di *caregiver* familiare nel sistema pensionistico italiano⁽⁵⁶⁾. Poco prima, lo scorso Settembre, la Commissione Europea ha presentato la *Strategia europea per l'assistenza* (*European Care Strategy*) – che richiama anche la *Strategia sui Diritti delle Persone con Disabilità 2021-2030* – articolata in 3 documenti, fra i quali una Proposta di Raccomandazione al Consiglio sulla *Long-Term Care*⁽⁵⁷⁾ affinché gli Stati Membri ne implementino la qualità sotto molteplici punti di vista, anche in termini di sostegno ai

⁽⁵²⁾ U. ASCOLI, *Le caratteristiche fondamentali del Welfare State italiano*, consultabile in <https://www.sissco.it/articoli/cittadinanza-1075/le-caratteristiche-fondamentali-del-welfare-state-italiano-1086/>.

Lo scritto è contenuto nel volume, curato da C. Sorba, *Cittadinanza. Individui, diritti sociali, collettività nella storia contemporanea*. Atti del convegno annuale SISCO, Padova, 2-3 dicembre 1999, che fa parte della collana *Quaderni della Rassegna degli Archivi di Stato*.

⁽⁵³⁾ ISTAT, *I tempi della vita quotidiana. Lavoro, conciliazione, parità di genere e benessere soggettivo*, 2019, p. 13. In argomento cfr. anche A. ZILLI, *Donne che curano: il lavoro delle caregivers in Italia*, in V. FILÌ (a cura di), *Quale sostenibilità per la longevità? Ragionando degli effetti dell'invecchiamento della popolazione sulla società, sul mercato del lavoro e sul welfare*, ADAPT Labour studies, e-Book series n. 95/2022, p. 122.

⁽⁵⁴⁾ Nel testo originale «any activity performed by persons of any sex and age to produce goods or to provide services for use by others or for own use»: ILO, *Resolution concerning statistics of work, employment and labour underutilization*, 2013, consultabile in www.ilo.org, p. 2.

⁽⁵⁵⁾ ISTAT, *I tempi della vita quotidiana*, cit., p. 13.

⁽⁵⁶⁾ La decisione del Comitato, [Italy: Lack of financial and social support to family of people with disabilities amounted to human rights violation](#)

⁽⁵⁷⁾ Che arriva mentre nel nostro Paese è in discussione una sua riforma strutturale, inserita tra gli impegni presi con il PNRR, nell'ambito della Missione 5, *Inclusione e Coesione*.

caregiver attraverso la formazione, la consulenza ed il sostegno psicologico e finanziario ⁽⁵⁸⁾.

La strada da percorrere è dunque ancora lunga, gli obiettivi da realizzare sono tanti e non di semplice attuazione, dal momento che implicano un indubbio aggravio della spesa pubblica ⁽⁵⁹⁾ ma, prima di tutto, una *rivoluzione culturale* nel modo di concepire quel «welfare invisibile» che procede incessante, inevitabilmente risentendo «della fragilità e discontinuità dell'attuale struttura familiare» ⁽⁶⁰⁾ e che pertanto necessita di un'articolata rete di sostegno frutto della responsabilizzazione dei diversi attori in gioco.

⁽⁵⁸⁾ Per una panoramica completa sulla *European Care Strategy for caregivers and care receivers* cfr. <https://ec.europa.eu/>.

⁽⁵⁹⁾ Di grande rilievo è stata la scelta di istituire, e prorogare, almeno sin qui, gli specifici Fondi destinati proprio al sostegno dei *caregiver* familiari.

⁽⁶⁰⁾ R. MICELI, *Il "welfare invisibile" dei caregiver familiari*, La Stampa, 5 gennaio 2018.

L'estensione della tutela per maternità delle lavoratrici autonome

di Nicola Deleonardis

Abstract – Il contributo si concentra sulla novità introdotta dall'art. 2, comma 1, lett. t), d.lgs. n. 30 giugno 2022 n. 105 relativa alla protezione della maternità delle lavoratrici autonome. Particolare attenzione è dedicata al profilo interpretativo del provvedimento e alle esclusioni, che rilevano una progressiva parificazione della disciplina della maternità prevista per le lavoratrici autonome e le lavoratrici subordinate.

Abstract – The paper focuses on the innovation introduced by art. 2, paragraph 1, letter t), Legislative Decree no. 105/2022 about the maternity protection for self-employed. Particular attention is paid to the interpretative profile of the measure and to the exclusions, which lead to notice a progressive equalization between the maternity's rules for self-employed and subordinate workers.

Sommario: 1. Una panoramica sulla protezione sociale dei lavoratori autonomi e della maternità nell'ordinamento europeo. – 2. L'ampliamento della tutela delle lavoratrici autonome madri. – 3. Alcune riflessioni sulla nuova indennità. – 4. Le esclusioni. – 5. Conclusioni: verso la protezione della maternità intesa come "proprietà sociale".

1. Una panoramica sulla protezione sociale dei lavoratori autonomi e della maternità nell'ordinamento europeo

L'art. 2, comma 1, lett. t), d.lgs. 30 giugno 2022 n. 105 in commento aggiunge un ulteriore tassello alla protezione della maternità delle lavoratrici autonome ⁽¹⁾.

⁽¹⁾ È doverosa un'annotazione di carattere metodologico. Il Capo XI, d.lgs. n. 26 marzo 2001, n. 151 (Testo Unico delle disposizioni legislative in materia di tutela e sostegno della maternità e della paternità), sul quale agisce la novella che ci si appresta a commentare, è rubricato «Lavoratori autonomi». Tuttavia, non è marginale precisare che il Capo XI riguarda più le piccole imprenditrici, di cui all'art. 2083 c.c., che le lavoratrici autonome, *ex* art. 2222 ss. c.c. (v. l'ambito di applicazione soggettivo previsto dall'art. 66 del TU). Tale precisazione – conseguente alla travagliata difficoltà di pervenire ad una soluzione giuridicamente esaustiva e condivisa sia nell'ordinamento italiano, sia nell'ordinamento europeo, che distingue il lavoro autonomo dal piccolo imprenditore – è il frutto di alcune riflessioni. In primo luogo, il Capo XI riprende la precedente normativa della maternità per le lavoratrici autonome, l. n. 29 dicembre 1987, n. 546, nonostante anch'essa si riferisse alle piccole imprenditrici di cui all'art. 2083 c.c. (si vedano, tra l'altro, i numerosi esempi di leggi regionali a protezione della maternità delle piccole imprenditrici citati nella *Relazione introduttiva alla proposta di legge presentata il 3 agosto 1987*, poi approvata come l. n. 546/1987). *In secundis*, guardando alle recenti evoluzioni del mercato, le figure professionali tipicamente riconducibili al c.d. lavoro autonomo di prima generazione (ossia "artigiani

Preliminarmente è fondamentale delineare il quadro dell'Unione Europea all'interno del quale si inserisce il provvedimento, emanato in attuazione della direttiva 2019/1158/UE, relativa all'equilibrio tra attività professionale e vita familiare per i genitori e i prestatori di assistenza, che a sua volta ha abrogato la direttiva 2010/18/UE. Ciò impone di ricostruire per sommi capi l'evoluzione della normativa

che lavorano esclusivamente in proprio, privi di organizzazione tecnica aziendale, ma dotati di pochi elementari strumenti indispensabili per compiere il lavoro”) stanno scomparendo. Sul punto v. già A. NAVARRA, *Corso di diritto del lavoro. Teorie generali*, v. I, Napoli, Pironti, 1953, p.11; C. LEGA, *Il contratto d'opera*, in U. BORSI, F. PERDOLESI (a cura di), *Trattato di diritto del lavoro*, I, Cedam, 1960, p. 479 ss., spec. p. 569-570. D'altronde, la figura dell'artigiano, come declinata dalla l. 8 agosto 1985 n. 443 – la c.d. legge-quadro per l'artigianato – fa “riferimento all'art. 2082 e specialmente all'art. 2083 del Codice Civile”. (cfr. *Relazione della XII Commissione permanente nella seduta del 31 maggio 1984*, p.7). La norma configura l'artigiano come un piccolo imprenditore, seppur la valorizzazione della prevalenza del lavoro, anche manuale, da parte dello stesso titolare del processo produttivo (art. 2) funga da elemento di distinzione qualitativa tra attività artigiana ed attività piccolo industriale.

Altra dottrina – e qui siamo al terzo punto - suddivideva i lavoratori autonomi in: 1) categorie soggette a versamento di contributi previdenziali (artigiani, coltivatori diretti, esercenti attività commerciali); 2) quelli che prestano l'opera ai sensi degli artt. 2222-2228 c.c., definiti “clandestini”; 3) professionisti e artisti ex art. 2229 ss. c.c. Cfr. L. BONARETTI, *Il lavoro autonomo: analisi della sua fisionomia moderna*, Giuffrè, 1982, p. 35-36. Pur accettando quest'ultima scansione tipologica, per quei “lavoratori autonomi manuali” non inquadrabili tra i piccoli imprenditori e non iscritti ad altre forme obbligatorie previdenziali (ad esempio, i massaggiatori, già citati da Navarra), il legislatore ha previsto, come noto, l'iscrizione alla Gestione separata, a seguito della quale deriva una distinta protezione nel caso di maternità (v. art. 64, d.lgs. n. 151/2001).

Nonostante la distinzione tra lavoro autonomo e piccolo imprenditore sia più sfumata con riguardo alla protezione dell'evento della maternità, ne deriva la scelta di metodo di utilizzare – oculatamente – entrambi i due termini, in alcuni casi per rinviare ad una fattispecie generale di lavoratrice autonoma *latu sensu* e in opposizione alla lavoratrice subordinata, in altri casi per evidenziare le caratteristiche tipiche del piccolo imprenditore in relazione alla novella introdotta dall'articolo in commento. La letteratura che si è occupata della distinzione tra lavoratore autonomo e piccolo imprenditore è ampia: favorevoli alla sovrapposibilità tra le due fattispecie, cfr. W. BIGIAMI, *La piccola impresa*, Giuffrè, 1947, p. 94 ss., 102; G. GHEZZI, *Del contratto di agenzia: art. 1742-1753*, Zanichelli, Soc. ed. del Foro italiano, 1970, p. 16 ss., il quale rileva nella professionalità (e non occasionalità) un tratto tipico del lavoro autonomo, da cui ne deriva una certa organizzazione dei mezzi e del lavoro equivalente a quella della piccola impresa. V. anche, G. MAZZONI, A. GRECHI, *Corso di diritto del lavoro*, Zuffi, 1946, pp. 73-74 e 205; A. DALMARTELLO, *La nuova legge sull'impresa artigiana e la nozione di piccola impresa*, in *Jus*, 1957, p. 518 ss. *Contra* L. RIVA SANSEVERINO, *Lavoro autonomo*, in A. SCIALOJA, G. BRANCA (a cura di), *Commentario del Codice civile*, Zanichelli e Soc. Ed. del Foro Italiano, 1963, p. 151 ss.; T. ASCARELLI, *Lezioni di diritto commerciale*, Giuffrè, 1955, p. 188. In tema, v. anche A. PERULLI, *Il lavoro autonomo: contratto d'opera e prestazioni intellettuali*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, XXVII, t. 1, Giuffrè, 1996, pp. 41-42. Ancora oggi la questione è oggetto d'analisi della dottrina, che sposta il *focus* dell'attenzione non propriamente sull'organizzazione del capitale e dei mezzi di produzione, quanto sull'apporto prevalentemente personale del lavoratore al risultato dedotto in contratto, ex art. 2222 c.c. e art. 409 n.3 c.p.c.: la prevalenza si declina ora verso il lavoro autonomo, ora verso il piccolo imprenditore, a seconda che l'apporto prevalentemente personale del soggetto sia diretto rispettivamente a produrre l'opera stessa oppure ad organizzare e governare il processo produttivo. V. G. SANTORO PASSARELLI, *Il lavoro autonomo non imprenditoriale, il lavoro agile e il telelavoro*, in *RIDL*, 2017, 3, p. 369 ss.; conforme D. GAROFALO, *La tutela del lavoro autonomo non imprenditoriale*, in D. GAROFALO (a cura di), *La nuova frontiera del lavoro: autonomo-agile-occasionale*, ADAPT University Press, 2018, p. 117 ss.; *contra*, O. RAZZOLINI, *Perché avviare una riflessione su piccolo imprenditore e lavoro prevalentemente personale*, in *DRI*, 2013, 4, p. 1080 ss., la quale ritiene possibile la sovrapposibilità degli artt. 2083 e 2222 c.c. rilevando nel lavoro prevalentemente personale un profilo a cui il legislatore del Codice aveva inteso guardare secondo la duplice prospettiva del contratto e dell'organizzazione economica dell'attività.

unionale europea rispetto alla protezione della maternità, da un lato, e quella dei lavoratori autonomi, dall'altro ⁽²⁾; binari che convergono nel Pilastro europeo dei diritti sociali del 2017, ancorché quest'ultimo sia privo di efficacia vincolante ⁽³⁾.

La protezione sociale dei lavoratori autonomi si radica già nel Rapporto Supiot ⁽⁴⁾, che prospetta un modello di tutela centrato sulla persona e sullo *status* professionale. La necessità di erigere un apparato protettivo anche per il lavoratore autonomo emerge soprattutto nella risoluzione sulla protezione sociale del 2013 ⁽⁵⁾, che invoca l'adozione di una direttiva a sostegno della «parità di trattamento fra gli uomini e le donne che esercitano un'attività autonoma, al fine di garantire standard più elevati anche in materia di diritti al congedo minimo di maternità, paternità, adozione, filiale e di assistenza» e «l'attuazione di misure volte a promuovere il miglioramento della sicurezza e della salute sul lavoro delle lavoratrici gestanti, puerpere o in periodo di allattamento» ⁽⁶⁾. Per quanto priva di carattere precettivo, la risoluzione auspica, sulla base di un'evidente disparità di trattamento tra lavoratrici subordinate e autonome ⁽⁷⁾, che la protezione della maternità sia estesa a tutte le donne lavoratrici a prescindere dalla tipologia contrattuale, al fine di evitare che la gravidanza produca un ulteriore aggravio dello stato di bisogno. Il parere è stato successivamente reiterato con la raccomandazione del Consiglio dell'8 novembre 2019 sull'accesso alla protezione sociale per i lavoratori subordinati e autonomi, che promuove l'armonizzazione del sistema

⁽²⁾ Coerentemente, dunque, sia alla premessa metodologica in nota 1, sia alla storica equiparazione funzionalista tra attività di lavoro autonomo e attività imprenditoriale, *ex art.* 57 TFUE. Per una ricostruzione del concetto di servizio (erogato sia dal lavoratore autonomo, sia dal piccolo imprenditore) nell'Unione Europea, v. già C. LEGA, *Le libere professioni e la libertà di prestazione dei servizi nella CEE*, in *RDL*, 1972, 1, p. 107 ss. La prospettiva che qui si intende assumere è corroborata, inoltre, dalla tesi secondo cui il lavoro autonomo e l'attività piccolo-imprenditoriale siano oggi parimenti portatori non solo di interessi economici, ma anche di veri e propri bisogni esistenziali. Cfr. A. PERULLI, *Un Jobs Act per il lavoro autonomo: verso una nuova disciplina della dipendenza economica?*, in *DRI*, 2015, 1, p. 109 ss.

⁽³⁾ V. S. GIUBBONI, *L'insostenibile leggerezza del Pilastro europeo dei diritti sociali*, in *PD*, 2018, p. 557 ss.

⁽⁴⁾ Si veda A. SUPIOT (a cura di), *Il futuro del lavoro: trasformazioni dell'occupazione e prospettive della regolazione del lavoro in Europa. Rapporto redatto per la Commissione europea*, Carocci, 2003, quale «architrova di un garantismo pluralista» nella regolamentazione dei diversi rapporti di lavoro - come è stato definito da G. Bronzini - accomunati da un sistema di tutele minime da concedere nel mercato e in materia di welfare. V. G. BRONZINI, *Il futuro (giuridico) del lavoro autonomo nell'era della share-economy*, in *RIDL*, 2016, 1, p. 75 ss., spec. p. 80. Sul punto v. anche M. G. GAROFALO, *Lavoro e diritto del lavoro. Una ricerca controcorrente (A proposito di Alain Supiot, Au delà de l'emploi)*, in M. BARBIERI, R. VOZA (a cura di), *Gianni Garofalo. Il pane del sapere*, Ediesse, 2011, p. 91 ss. Invero, nonostante il Rapporto Supiot rappresenti una tappa fondamentale per la protezione del lavoratore autonomo, essa è già contemplata nel regolamento (CEE) n. 1390 del 12 maggio 1981 - che estende ai lavoratori non salariati e ai loro familiari il regolamento (CEE) n. 1408/1971 relativo all'applicazione dei regimi di sicurezza sociale ai lavoratori subordinati e ai loro familiari che si spostano all'interno dell'Unione Europea - avviando così l'armonizzazione unionale europea dei lavoratori indipendenti e subordinati, proseguita con la Carta dei diritti sociali fondamentali dei lavoratori del 1989.

⁽⁵⁾ Si veda V. BLINKEVIČIŪT, *Relazione sulla protezione sociale per tutti, compresi i lavoratori autonomi (2013/2111(INI))*, 12 dicembre 2013.

⁽⁶⁾ V. i considerando F, G, H e i par. nn. 13, 32 e 33.

⁽⁷⁾ Relazione della Commissione "Fighting Discrimination on the Grounds of Pregnancy, Maternity and Parenthood", Commissione europea, DG Giustizia, 2012; EUROFOUND, *Self-employed workers: industrial relations and working conditions*, Eurofound, 2009.

di protezione sociale tra tutti i lavoratori e in tutti i Paesi membri anche riguardo alle prestazioni di maternità e paternità ⁽⁸⁾.

Per quanto riguarda la tutela della maternità, invece, occorre sottolineare come sia ancora in vigore la direttiva 92/85/CEE ⁽⁹⁾, non avendo trovato attuazione la successiva proposta di modifica da parte della Commissione Europea ⁽¹⁰⁾. Il progetto di correzione della direttiva 92/85 – che, giova evidenziare, non estendeva la platea dei beneficiari oltre la subordinazione ⁽¹¹⁾ – è stata successivamente assorbito dall’iniziativa di più ampio respiro in tema di conciliazione vita-lavoro. Così, nell’ambito del *Social Pillar*, che dedica all’equilibrio tra attività professionale e vita familiare uno dei suoi venti principi (punto 9), così come ai lavoratori autonomi il diritto ad «un’adeguata protezione sociale» (punto 12), la Commissione ha proposto una riforma della disciplina, adottata due anni dopo e confluita nella direttiva 2019/1158/UE.

Non è oggetto del presente contributo rilevare tutte le novità introdotte dalla direttiva ⁽¹²⁾; ciò che si ritiene utile evidenziare rispetto al profilo del presente commento è il rapporto tra la stessa e il decreto d’attuazione in Italia n. 105/2022.

Ed infatti, nell’ambito della Roadmap della Commissione Europea “*NewStart to address the Challenges of Work-life Balance faced by Working Parents*” del 2015, il miglioramento delle normative nazionali relative alla protezione della maternità rappresentava uno dei profili di un programma di riforma più ampio, mentre il lavoro autonomo veniva menzionato solo al fine di rafforzare la parità di trattamento tra uomini e donne prevista dalla direttiva 2010/41/UE.

Nonostante, come sembra, il lavoro autonomo non sia contemplato dalla direttiva 2019/1158 ⁽¹³⁾, il legislatore italiano ha agito ben oltre le soglie minime d’intervento

⁽⁸⁾ La raccomandazione incoraggia l’estensione anche delle prestazioni di maternità e di paternità ai lavoratori subordinati e autonomi, comprese le persone che si trovano in entrambe le condizioni lavorative o che sono in transizione tra l’una e l’altra, come pure alle persone che hanno interrotto l’attività lavorativa a causa del verificarsi di uno dei rischi coperti dalla protezione sociale (punto 3.2, lett. c).

⁽⁹⁾ Direttiva 92/85/CEE del Consiglio del 19 ottobre 1992, concernente l’attuazione di misure volte a promuovere il miglioramento della sicurezza e della salute sul lavoro delle lavoratrici gestanti, puerpere o in periodo di allattamento.

⁽¹⁰⁾ Per il testo della proposta di direttiva, si veda COMMISSIONE EUROPEA, *Proposta di direttiva del Parlamento Europeo e del Consiglio recante modifica della Dir. n. 92/85/CEE del Consiglio concernente l’attuazione di misure volte a promuovere il miglioramento della sicurezza e della salute sul lavoro delle lavoratrici gestanti, puerpere o in periodo di allattamento*, COM/2008/0637 def. Sul punto E. CHERIEGATO, *Conciliazione vita-lavoro: la nuova Direttiva UE sull’equilibrio tra attività professionale e vita familiare*, in *LG*, 2020, 2, p. 105 ss.; R. ZUCARO, *L’indirizzo europeo sul congedo di maternità supplementare*, in *LG*, 2021, 4, p. 369 ss.

⁽¹¹⁾ Essa proponeva l’aumento della durata del congedo di maternità da quattordici a diciotto settimane e disponeva che l’indennità corrisposta durante il congedo di maternità dovesse essere almeno equivalente all’importo dell’indennità di malattia. Il testo è stato successivamente emendato dal Parlamento Europeo, che ha proposto un’ulteriore estensione del periodo di congedo a venti settimane e l’introduzione di due settimane di congedo di paternità.

⁽¹²⁾ Per le quali si rimanda all’intero Volume e più nello specifico alla Parte II, Sezione I.

⁽¹³⁾ V. l’art. 2, secondo cui “*la presente direttiva si applica a tutti i lavoratori che hanno un contratto di lavoro o un altro rapporto di lavoro [...] tenendo conto della giurisprudenza della Corte di giustizia dell’Unione Europea*”. D’altronde tale esclusione trova conferme nell’art. 18, comma 2 della stessa direttiva, nel quale si prevede che la relazione della Commissione Europea, di cui al comma 1, debba essere accompagnata da «uno studio sui diritti al congedo per motivi familiari concessi ai lavoratori autonomi».

imposte dalla stessa, in applicazione degli artt. 16 e 20 che non precludono agli stati membri la possibilità di introdurre «disposizioni più favorevoli».

Nel solco di questa opportunità si inserisce il provvedimento in commento.

2. L'ampliamento della tutela delle lavoratrici autonome madri.

L'art. 2, comma 1, lett. t), d.lgs. n. 105/2022, interviene sul d.lgs. n. 151/2001⁽¹⁴⁾, introducendo all'art. 68 il comma 2 *ter*. Non si tratta di grossi stravolgimenti, ma solo di integrazioni che pur hanno un proprio rilievo.

L'art. 68 prevede che sia corrisposta a favore delle coltivatrici dirette, colone e mezzadre e delle imprenditrici agricole (comma 1), nonché delle lavoratrici autonome, artigiane ed esercenti attività commerciali (comma 2) e delle pescatrici autonome della piccola pesca marittima (comma 2 *bis*)⁽¹⁵⁾, regolarmente iscritte presso le relative gestioni previdenziali e dotate di copertura contributiva del periodo indennizzabile⁽¹⁶⁾, un'indennità giornaliera – pari all'80 per cento del salario convenzionale stabilito per ogni categoria professionale – nei due mesi precedenti e nei tre mesi successivi alla data presunta del parto ⁽¹⁷⁾. Con il nuovo art. 68, comma 2 *ter*, introdotto dal d.lgs. n. 105/2022, l'indennità può decorrere dal periodo – da stabilirsi di volta in volta – che precede gli ordinari cinque mesi previsti dai commi 1 e 2 qualora venga certificata alla lavoratrice autonoma la presenza di gravi complicanze o di persistenti forme morbose che ne mettono a rischio la gravidanza, come prescritto già per le lavoratrici subordinate ai sensi dell'art.17, comma 2, lett. a), d.lgs. n. 151/2001. A seguito dell'accertamento medico dell'Azienda sanitaria locale, *ex art.* 17, comma 3, dunque, l'Inps corrisponde l'indennità per il periodo stabilito.

La corresponsione dell'indennità viene esclusa, invece, nelle ipotesi previste dalle lett. b) e c), comma 2, art. 17 del TU n. 151/2001, ossia quando le condizioni di lavoro o ambientali siano ritenute pregiudizievoli alla salute della donna e del bambino e quando la lavoratrice non possa essere adibita ad altre mansioni (*infra*, § 4).

⁽¹⁴⁾ Sul TU n. 151/2001 la letteratura è vasta: v. L. CALAFÀ, *Congedi e rapporto di lavoro*, Cedam, 2004; E. MINALE COSTA, *Il Testo Unico sui congedi parentali*, in *DRJ*, 2002, 1, p. 63; R. VOZA, *Le misure di conciliazione vita-lavoro nel Jobs Act*, in *LG*, 2015, 1, 13 ss.; V. LAMONACA, *Le novità in materia di congedi genitoriali*, in D. GAROFALO, E. GHERA (a cura di), *Contratti di lavoro, mansioni e misure di conciliazione vita-lavoro nel Jobs Act 2*, Cacucci, 2015, p. 489 ss.

⁽¹⁵⁾ Introdotto dall'art. 1, comma 336, lettera b), l. n. 24 dicembre 2012, n. 228.

⁽¹⁶⁾ V. circ. Inps 6 aprile 1988 n. 71; circ. Inps 11 agosto 1994, n. 245; circ. Inps 26 luglio 2002, n. 136. Sul punto, v. anche Cass. 6 marzo 2003, n. 3364, che si è pronunciata negativamente in merito al riconoscimento del diritto della coltivatrice diretta a percepire l'indennità di maternità per il periodo antecedente a quello dell'effettiva iscrizione presso gli elenchi anagrafici dei lavoratori agricoli.

⁽¹⁷⁾ V. la circ. Inps n.136/2002. Per un'ampia disamina, D. LANZALONGA, *Lavoro non subordinato e tutela della genitorialità*, in D. GAROFALO, E. GHERA (a cura di), *Contratti di lavoro, mansioni e misure di conciliazione*, cit., 557 ss.; J. TSCHOLL, R. ZUCARO, A. BOSCO (a cura di), *Maternità e paternità. La conciliazione vita-lavoro dopo il d.lgs. 15 giugno 2015 n. 80*, Il Sole 24 Ore, Milano, 2015. Occorre sottolineare, inoltre, che, ai sensi dell'art.1, comma 239, l. n. 30 dicembre 2021, n. 234, l'indennità di maternità può estendersi per ulteriori tre mesi a decorrere dalla fine del periodo ordinario di maternità qualora la lavoratrice autonoma abbia dichiarato nell'anno precedente l'evento protetto un reddito inferiore a 8.145 euro. Sul punto, v. la circ. Inps 3 gennaio 2022, n. 1.

La tutela dell'evento della maternità si estende, così, oltre il periodo ordinario di cinque mesi, rinvenendosi i fondamenti costituzionali nell'art. 31 Cost., che protegge la maternità in quanto tale, e nell'art. 32 Cost., per lo specifico profilo della salute della madre e del bambino.

Il provvedimento interviene a sanare una *quaestio* sorta circa trent'anni fa, quando la Corte costituzionale, con sentenza n. 181/1993, aveva ritenuto legittima la disparità di trattamento tra lavoratrici autonome e subordinate rispetto all'evento della maternità, proprio nel caso in cui gravi complicanze o persistenti forme morbose pregiudichino il regolare prosieguo della gravidanza o possano aggravare la salute della gestante⁽¹⁸⁾.

Per ricostruire la vicenda, oggetto di giudizio da parte della Consulta, è essenziale rammentare che, precedentemente al TU, la disciplina della tutela delle lavoratrici subordinate in maternità era prevista dalla l. 30 dicembre 1971 n. 1204, mentre la protezione della maternità per le lavoratrici autonome era regolata dalla l. n. 546/1987 cit.; provvedimenti successivamente confluiti nel d.lgs. n. 151/2001, rispettivamente negli artt. 16 ss. e artt. 66 ss.

Nel caso *de quo*, il Pretore di Bologna aveva sollevato questione di illegittimità costituzionale, in relazione agli artt. 3, 32, 37 Cost., dell'art. 4 della l. n. 546/1987, nella parte in cui riconosceva alle lavoratrici autonome un'indennità giornaliera pari all'80 per cento del salario minimo giornaliero limitatamente al periodo compreso tra i due mesi antecedenti e i tre mesi successivi alla data effettiva del parto, ma non anche a periodi precedenti di astensione obbligatoria disposta dall'Ispettorato del lavoro, come invece prescritto per le lavoratrici subordinate ai sensi dell'art. 5 della l. n. 1204/1971.

La Consulta, nel rilevare preliminarmente l'ambito soggettivo di applicazione dell'art. 37 Cost. alle sole lavoratrici dipendenti, legittimava la disparità di trattamento ribadendo⁽¹⁹⁾ che la differenziazione del trattamento previdenziale tra lavoratrici autonome e subordinate trovasse giustificazione non solo nella maggior contribuzione versata da parte di queste ultime, ma anche nell'impossibilità oggettiva di verificare che i tre elementi potenzialmente lesivi della salute della gestante, *ex* art. 5 della allora vigente l. n. 1024/1971 oggi trasfusi nelle lett. a), b) e c), comma 2, art. 17, cit., fossero concretamente applicabili anche alle prime in stato di gravidanza.

Tuttavia, rilevava ancora la Corte, la primazia della tutela del nascituro dovrebbe indurre il legislatore ad intervenire al fine di scoraggiare la lavoratrice autonoma «a tenere lo stesso ritmo di lavoro in presenza di complicanze o altre forme morbose nel periodo di gravidanza». Secondo la Consulta, dunque, la tutela delle maternità e del bambino non può essere disciplinata da un suo intervento additivo, ma impegna la discrezionalità del legislatore che, anche mediante provvidenze economiche, può condurre ad una progressiva parificazione dell'evento protetto nel caso in cui riguardi sia le lavoratrici subordinate, sia le autonome.

⁽¹⁸⁾ V. Corte cost. 21 aprile 1993, n. 181, in *RGL*, 1993, II, p. 395 ss.

⁽¹⁹⁾ Come già aveva sostenuto con la sentenza del 5 febbraio 1986 n. 31. In quel caso la Corte aveva dichiarato non fondata la questione di legittimità costituzionale, in riferimento agli artt. 3 e 38 Cost., degli artt. 2 e 9 della l. 3 giugno 1975 n. 160 (Norme per il miglioramento dei trattamenti pensionistici e per il collegamento alla dinamica salariale), nella parte in cui prevedevano un diverso trattamento minimo di pensione per i lavoratori autonomi rispetto ai lavoratori dipendenti.

Il legislatore, a distanza di trent'anni, accoglie l'invito della Corte ed estende (parzialmente) la disciplina della maternità prevista per le lavoratrici subordinate anche alle lavoratrici autonome.

Tale estensione viene giustificata soprattutto se si considera che, rispetto al passato, l'interesse del bambino viene affiancato – se non anteposto – alla tutela della donna gestante ⁽²⁰⁾.

La tutela della maternità delle lavoratrici non subordinate – che rientra in una strategia complessiva di matrice europea ⁽²¹⁾, votata alla parità di trattamento tra uomini e donne, alla tutela antidiscriminatoria delle donne nel rapporto di lavoro ⁽²²⁾ e ad incentivarne la partecipazione nel mercato del lavoro ⁽²³⁾, anche in qualità di imprenditrici ⁽²⁴⁾ – ha trovato soprattutto a partire dall'alba del nuovo secolo una protezione da parte del legislatore, in cui ha svolto una funzione fondamentale la Corte costituzionale.

⁽²⁰⁾ Sul punto Corte cost. 19 novembre 2012 n. 257, con nota di R. PESSI, *Alcuni aggiustamenti della Consulta sul riconoscimento dell'indennità di maternità «piena» alle lavoratrici autonome*, in *GCost.*, 2013, 1, p. 490 ss., spec. p. 494; P. SALAZAR, *Tutela della maternità e paternità*, Officina lavoro e sicurezza, 2013, p. 44; R. DEL PUNTA, *La nuova disciplina, dei congedi parentali, familiari e formativi*, in *RIDL*, 2000, 2, p. 149 ss.; v. anche, mess. Inps 8 gennaio 2013 n. 371.

⁽²¹⁾ V. COMMISSIONE EUROPEA, *Verso un'Unione dell'uguaglianza. La strategia per la parità di genere, 2020-2025*, 2020; COMMISSIONE EUROPEA, *Comunicazione della Commissione al Parlamento Europeo, al Consiglio, al Comitato Economico e Sociale Europeo e al comitato delle regioni. Un'Unione dell'uguaglianza: la strategia per la parità di genere 2020-2025*, 2020; F. MALZANI, *Politiche di conciliazione e partecipazione delle donne al mercato del lavoro*, in *WP CSDLLE "Massimo D'Antona".IT – 238/2015*.

⁽²²⁾ V. FILÌ, *Le difficili libertà delle donne tra gender wage gap, soffitti di cristallo e bassa fecondità*, in *LDE*, 2021, 2; I. C. MAGGIO, *Il divieto di discriminazione delle lavoratrici madri. Una rassegna della più recente giurisprudenza*, in *RCP*, 2021, 4, p. 966 ss.; M. L. VALLAURI, *Fatica ad affermarsi il divieto di discriminazione per maternità*, in *RIDL*, 2021, 1, p. 168 ss.

⁽²³⁾ Le donne, infatti, sono spesso assunte con contratti di lavoro precari. V. INAPP, *Gender policies report*, 2021; F. MARINELLI, *Gender gap e mercato del lavoro alla luce della pandemia: il punctum dolens è la ripartizione tra i generi dei compiti di cura genitoriale*, in *RIDL*, 2021, 1, p. 65 ss.; M. BROLLO, *Misure per l'occupazione femminile tra tutele e incentivi*, in *LG*, 2013, 2, p. 113 ss. Proprio a causa della precarietà che contraddistingue il lavoro femminile, la dottrina ha proposto l'introduzione di un "reddito minimo di maternità" a favore delle lavoratrici, a prescindere dalla tipologia contrattuale (subordinata, autonoma, atipica) e nel periodo che intercorre dalla nascita del bambino fino al compimento del dodicesimo anno d'età. Cfr. V. FILÌ, *Un reddito minimo di natalità come antidoto alle discriminazioni e alla bassa natalità*, in O. BONARDI, *Eguaglianza e divieti di discriminazione nell'era del diritto del lavoro derogabile*, Ediesse, 2017, p. 319 ss.

⁽²⁴⁾ Nella recente riforma della Politica Agricola Comune (PAC) 2023-2027 viene affrontata la questione delle discriminazioni di genere (e dello sfruttamento della manodopera femminile). Rispetto ai profili qui analizzati, l'Unione Europea auspica che i Piani strategici degli Stati membri, beneficiari dei finanziamenti europei, introducano misure volte a raggiungere obiettivi specifici, tra i quali figura "la promozione, la crescita, la parità di genere (...)" (v. art. 6, lett. h) e la "partecipazione delle donne allo sviluppo socioeconomico delle zone rurali, prestando particolare attenzione all'agricoltura, tramite il sostegno al ruolo fondamentale delle donne" (Considerando 33). Cfr. *Regolamento (UE) 2021/2115 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 2 dicembre 2021 recante norme sul sostegno ai piani strategici che gli Stati membri devono redigere nell'ambito della politica agricola comune (piani strategici della PAC) e finanziati dal Fondo europeo agricolo di garanzia (FEAGA) e dal Fondo europeo agricolo per lo sviluppo rurale (FEASR) e che abroga i regolamenti (UE) n. 1305/2013 e (UE) n. 1307/2013*.

Se sino al tramonto del XX secolo la disparità di trattamento tra lavoratrici autonome e subordinate era costituzionalmente fondata ⁽²⁵⁾, diversamente può dirsi nell'ultimo ventennio. È il caso dell'estensione alle lavoratrici autonome madri dell'indennità per tutti i cinque mesi (due di *ante-partum* e tre di *post-partum*), previsti dall'art. 4, l. n. 546/1987 ⁽²⁶⁾, anche qualora la data effettiva del parto sia precedente rispetto a quella fissata, recuperando così nel periodo successivo al parto l'indennità persa a seguito della nascita prematura del bambino ⁽²⁷⁾. La rotta intrapresa può dirsi confermata anche con l'estensione a cinque mesi – e non più limitata a tre mesi – dell'indennità di maternità delle lavoratrici autonome iscritte alla Gestione separata nel caso di adozione (art. 64, comma 2 del TU), come avviene per le lavoratrici subordinate ⁽²⁸⁾.

Le due sentenze della Consulta appena citate si inseriscono nel rinnovato orientamento giurisprudenziale incline a garantire l'effettività delle tutele previste dal nostro ordinamento per la lavoratrice gestante e madre – e, più in generale, per i genitori lavoratori – suggerendo la condivisibile via di un'interpretazione adeguatrice del dato normativo, che consente di operare un'agevole estensione delle tutele pur senza arrivare ad una pronunzia di incostituzionalità delle norme. Rispetto alla sentenza n. 181/1993, infatti, la Consulta è intervenuta con delle pronunzie di tipo additivo e manipolativo che hanno contribuito a ricalibrare l'assetto delle tutele sulla base della parità di trattamento e con l'obiettivo della protezione dell'evento della maternità.

3. Alcune riflessioni sulla nuova indennità

Nella dilatazione del periodo indennizzabile, il comma 2 *ter*, art. 68, rinvia all'art. 17 del TU, che attiene specificatamente alla maternità della lavoratrice subordinata. La nuova disposizione intende estendere solamente la corresponsione dell'indennità, mediante la procedura di certificazione dello stato di complicità o morbosità di cui all'art. 17, comma 3, escludendo invece che possa trattarsi di un'interdizione dal lavoro, come previsto dagli art. 16 ss. per le lavoratrici subordinate, nel solco della diversificazione dei trattamenti già tracciata dal TU.

È noto, infatti, che per la lavoratrice autonome non vale il divieto di adibizione al lavoro, come previsto dall'art. 16 del TU per le subordinate. Tale differenziazione, oltre a trovare conferme nel dato normativo ⁽²⁹⁾, è peculiare alla tipicità delle fattispecie. La lavoratrice subordinata è obbligata a conformare l'attività di lavoro alle esigenze del datore di lavoro, il quale organizza i fattori produttivi (capitale e lavoro) in

⁽²⁵⁾ A titolo esemplificativo, v. Corte cost. 14 aprile 1994 n. 150. La questione di illegittimità, dichiarata infondata dalla Consulta, riguardava, in riferimento agli artt. 3, 29 c. 2, 30, 31 c. 2, e 37 Cost., l'art. 7 della l. 9 dicembre 1977 n.903 (Parità di trattamento tra uomini e donne in materia di lavoro), nella parte in cui riconosceva al padre lavoratore il diritto all'astensione facoltativa dal lavoro per sei mesi nel primo anno di vita del bambino soltanto nell'ipotesi in cui la madre fosse lavoratrice subordinata e non anche nel caso in cui fosse lavoratrice autonoma.

⁽²⁶⁾ Successivamente confluiti nell'art. 67, comma 1 del TU.

⁽²⁷⁾ V. Corte cost., 28 novembre 2002, n. 495, con nota di R. NUNIN, *Parto prematuro e congedo post partum: la Consulta a tutela delle lavoratrici autonome*, in *Famiglia e Diritto*, 2003, 2, p. 113.

⁽²⁸⁾ Corte cost. 22 novembre 2012, n. 257, con nota di R. PESSI, *Op. cit.*

⁽²⁹⁾ L'art. 66 del TU ricorre al termine indennità, come già previsto dalla l. n. 546/1987, in luogo di quello di divieto al lavoro. Sul punto, v. anche circ. Inps 26 luglio 2002, n. 136; J. TSCHOLL, R. ZUCARO, A. BOSCO, (a cura di), *Op. cit.*

funzione dell'attività imprenditoriale. Se ne deduce che l'interdizione dal lavoro delle lavoratrici subordinate in gravidanza si pone l'obiettivo di evitare che la prestazione lavorativa possa arrecare danno alla maternità, a cui consegue un'indennità che compensa la perdita di retribuzione derivante dall'astensione⁽³⁰⁾.

Nel caso delle lavoratrici autonome, con specifico riguardo ai soggetti tutelati dagli artt. 66 ss. del TU, il legislatore esclude l'obbligo di astensione dal lavoro poiché essi non solo apportano il proprio contributo lavorativo manuale⁽³¹⁾, ma soprattutto organizzano l'attività imprenditoriale – intesa come scelta e utilizzazione complessa di una varietà di mezzi o strumenti o fattori della produzione⁽³²⁾. Ne consegue che la coltivatrice diretta, o l'artigiana, possono discrezionalmente scegliere le tempistiche e le modalità della propria attività lavorativa manuale, sino a optare eventualmente per un'astensione totale dal lavoro durante il periodo della maternità.

Tale disparità di trattamento trova conferme nella pronuncia della Corte costituzionale n. 3/1998⁽³³⁾. In questa decisione, il giudice delle leggi aveva sostenuto che

⁽³⁰⁾ P. BOZZAO, *La protezione sociale della famiglia*, in *LD*, 2001, 1, p. 76; C. SARACENO, *Politiche del lavoro e politiche della famiglia: un'alleanza lunga e problematica*, in *LD*, 2001, 1, p. 44.

⁽³¹⁾ Si veda, ad esempio, nel caso del coltivatore diretto, l'art. 6, l. 3 maggio 1982 n. 203, secondo cui si considera coltivatore diretto chi coltiva “il fondo con il lavoro proprio e della propria famiglia, sempreché tale forza lavorativa costituisca almeno un terzo di quella occorrente per le normali necessità di coltivazione del fondo, tenuto conto, agli effetti del computo delle giornate necessarie per la coltivazione del fondo stesso, anche dell'impiego delle macchine agricole”. Sul punto, L. V. MOSCARINI, *La nozione di «coltivatore diretto», «proprietario diretto coltivatore» e «imprenditore agricolo a titolo principale» nella disciplina dell'indennità espropriativa*, in *RTDCP*, 2000, 2, p.357 ss. Sul punto, cfr. anche Cass. 15 maggio 2008 n. 12306 che, in tema di espropriazione di suoli agricoli, afferma che l'art. 17, l. 22 ottobre 1971 n. 865, nel riconoscere il diritto alla cosiddetta indennità aggiuntiva in favore dei soggetti che traggono i propri mezzi di sussistenza dalla coltivazione del suolo (fittavolo, mezzadro, colono, partecipante, proprietario coltivatore diretto), condiziona la concreta erogazione del beneficio all'utilizzazione diretta agraria del terreno, con conseguente esclusione, dal novero dei soggetti aventi diritto, dell'imprenditore agricolo (di colui che eserciti, cioè, la coltivazione e produzione agricola con prevalenza del fattore capitale sul fattore lavoro e con impegno prevalente di manodopera subordinata).

V. inoltre, la già citata legge-quadro per l'artigianato (l. n. 443/1985), che valorizza la prevalenza del lavoro, anche manuale, da parte dello stesso titolare del processo produttivo (art. 2) rispetto all'attività piccolo industriale. Proprio dalla figura dell'imprenditore artigiano si desume quella dell'impresa artigiana: la qualifica di impresa artigiana viene attribuita a quell'attività imprenditoriale svolta, anche manualmente, dal titolare e che sia prevalente rispetto a quella dipendente. Sul punto, v. anche L. NOGLER, *Lavoro a domicilio e artigiano senza dipendenti*, in *Giur. comm.*, 4, 2000, p. 524 ss. L'A., infatti, mette in rilievo come la realtà fenomenica sia molto più mobile di quella binaria assunta dal legislatore, in un *continuum* tra lavoro a domicilio e lavoro artigiano che fa leva sul *discrimen* previdenziale, ex art. 9, l. n. 18 dicembre 1973 n. 877 (Nuove norme per la tutela del lavoro a domicilio), che sfuma di fronte all'inevitabile tendenza dei “lavoratori a domicilio di seconda generazione” a strutturare il proprio lavoro avvalendosi di macchinari (e quindi di un'organizzazione dei mezzi) sempre più avanzati. Ciò evidenzia che, in ogni caso, la produttività del piccolo imprenditore artigiano è il frutto anche del lavoro individuale, seppur si avvalga dell'apporto fornito dai mezzi di produzione e dai familiari e collaboratori.

⁽³²⁾ Sull'art. 2083 c.c. cfr. A. PERULLI, *Il lavoro autonomo: contratto d'opera, cit.*, pp. 40-48

⁽³³⁾ Corte cost. 29 gennaio 1998, n. 3, in *LG*, 1998, 6, p. 505 ss., con nota critica di L. GRAZIANI, *Indennità di maternità per le libere professioniste*; in tema, v. anche R. NUNIN, *L'indennità di maternità per le professioniste: le ricadute della sentenza Corte Cost. n. 3/1998*, in *LG*, 2000, 2, p. 148 ss.; M. MISCIONE, *La maternità per le «donne professioniste»*, in *LG*, 1998, 6, p. 465. La Consulta ha ritenuto non fondata la questione di costituzionalità dell'art. 1, l. 11 dicembre 1990, n. 379, nella parte in cui prevede il diritto

L'indennità di maternità da erogare alle libere professioniste dovesse essere corrisposta a prescindere dall'effettiva astensione dal lavoro, in considerazione delle tipiche modalità di svolgimento di tale attività - rimesse alla determinazione della donna - e del possibile pregiudizio ad essa derivante (non solo sul piano professionale, ma anche sotto il profilo della serenità necessaria al benessere di madre e figlio) da una forzata astensione. Al trattamento economico viene così attribuita la duplice funzione di tutelare la salute della madre e del bambino e di evitare che alla maternità si ricolleghi uno stato di bisogno o, comunque, un peggioramento del tenore di vita. In sostanza, secondo la Corte, l'indennità di maternità avrebbe il potere di influenzare (limitatamente) la scelta della lavoratrice autonoma, non solo allo scopo di fornire un aiuto economico alle gestanti, ma essenzialmente di assegnare un'efficace protezione al valore della maternità, tutelato dalla Carta costituzionale.

Tuttavia, bisogna rilevare che, nel caso dell'art. 68 comma 2 *ter*, ci si trova dinanzi ad una situazione straordinaria, che vede la salute del nascituro minata da fattori di rischio o la gravidanza acuire delle problematiche di salute della gestante; situazioni che trovano protezione nei valori costituzionali (soprattutto *ex art. 32 Cost.*) L'indennità, in questo caso, dovrebbe compensare economicamente un'attività lavorativa che presumibilmente non potrà essere svolta, poiché la gestante si trova in condizioni fisiche tali da poter compromettere l'effettivo prosieguo della maternità - e, dunque, la vita del nascituro - o la propria salute.

Se si volesse propendere per un'interpretazione analogica, come per la lavoratrice subordinata, anche per i soggetti protetti dall'art. 68, comma 2 *ter*, cit., dovrebbe prevedersi l'obbligo di astensione totale dall'attività professionale. Tale opzione interpretativa deriverebbe dalle circostanze straordinarie che potrebbero condizionare negativamente l'evento protetto (la maternità), sul quale insiste l'interesse preminente della protezione del minore e della madre: la condizione di rischio non consentirebbe di svolgere la propria attività. In sostanza, l'eccezionalità del caso giustificerebbe il medesimo trattamento.

Questa interpretazione non appare corretta, non solo perché si pone in contraddizione con la pronuncia della Corte costituzionale n. 3/1998.

Si rammenta che, nel caso dei soggetti tutelati dagli artt. 66 ss. del TU, all'attività tecnica (dunque manuale) ai fini di produzione si affianca il prevalente coordinamento e controllo del processo produttivo⁽³⁴⁾. Si tratta di due attività che, ancorché entrambe funzionali al raggiungimento degli obiettivi economici della piccola impresa, sono scomponibili. Tale aspetto non è di secondaria importanza se si considera che è la prestazione manuale svolta della piccola imprenditrice - diversamente dalla prestazione di carattere intellettuale, *ex art. 2229 ss. c.c.*, che difficilmente può arrecare danno se comodamente svolta, ad esempio, davanti ad un pc - a poter minare il prosieguo della gravidanza e non anche l'organizzazione dei fattori produttivi (si pensi, ad esempio, all'esercizio professionale di una coltivatrice diretta, scindibile in una prestazione di lavoro manuale e in un'attività di organizzazione dei fattori produttivi).

delle libere professioniste all'indennità di maternità indipendentemente dall'effettiva astensione dal lavoro.

(34) D. GAROFALO, *La tutela del lavoro autonomo non imprenditoriale*, cit., p. 130.

In conclusione, fermo restando che si tratti di un'indennità di natura incentivante ⁽³⁵⁾, e data le caratteristiche tipiche dei soggetti professionali tutelati dal Capo XI, d.lgs. n. 151/2001, la disciplina della maternità, *ex art. 68 comma 2 ter*, avrebbe anche potuto prevedere una sospensione temporanea del solo apporto lavorativo manuale della gestante sino all'evento del parto, lasciandone impregiudicata la facoltà discrezionale di organizzare l'attività professionale – mediante l'esercizio del proprio potere direttivo e di controllo, delegando quindi la propria prestazione di lavoro manuale ai collaboratori familiari o ai dipendenti ⁽³⁶⁾ – poiché l'indennità stessa non sarebbe corrisposta qualora non fosse stato accertato il rischio a cui la maternità è esposta, che è il valore preminente da proteggere. D'altronde, ancorché in via eventuale, già la Corte costituzionale aveva ammesso, in questo specifico caso, un potenziale controllo “anomalo” da parte degli enti preposti ⁽³⁷⁾.

4. Le esclusioni

Le modifiche apportate dall'art. 2, comma 1, lett. t) cit. all'art. 68, escludono che l'indennità sia erogata negli altri due casi stabiliti dall'art. 17, comma 2, d.lgs. n. 151/2001, ossia: 1) quando le condizioni di lavoro o ambientali siano ritenute pregiudizievoli alla salute della donna e del bambino (lett. b); 2) quando la lavoratrice non possa essere adibita ad altre mansioni (lett. c).

È opportuno precisare che se in passato i tre casi di divieto agivano in maniera concorrente ⁽³⁸⁾, con il nuovo art. 17 del TU essi operano in maniera disgiunta ⁽³⁹⁾.

Non appare necessario indulgiare sull'ipotesi prevista dalla lett. c), riguardando una casistica che, per sua natura, attiene al rapporto di lavoro subordinato. Alcune riflessioni suscita, invece, la mancata inclusione della lett. b) nelle provvidenze introdotte al nuovo art. 68, comma 2 *ter*.

Al pari delle gravi complicanze della gravidanza o delle persistenti forme morbose, anche le condizioni di lavoro o ambientali possono produrre effetti negativi sulla gravidanza. La lett. a) riguarda condizioni proprie della donna che possano minacciare il naturale prosieguo della gestazione; la lett. b), invece, attiene a situazioni esterne, cioè riferite alle condizioni e all'ambiente di lavoro, che possono produrre riflessi negativi sulla sua salute e su quella del bambino. In sostanza, le lettere a) e b), comma 2, art. 17, si compensano a vicenda. Entrambe proteggono la salute del nascituro e della gestante alla luce di condizioni soggettive e oggettive che possono incidere negativamente sulla gravidanza.

⁽³⁵⁾ V. anche Circ. Inps del 27 ottobre n. 122.

⁽³⁶⁾ Valorizzando così l'apporto prevalentemente personale del soggetto dato non a produrre l'opera stessa (tipico della prestazione d'opera *ex art. 2222 c.c.*), ma ad organizzare e governare il processo produttivo (*ex art. 2083 c.c.*). V. la dottrina già richiamata in nota 1.

⁽³⁷⁾ V. Corte cost. n. 181/1993, cit.

⁽³⁸⁾ Si veda Corte cost. n. 181/1993, cit. Ed infatti, si ricorda che, proprio secondo l'art. 5, l. n. 1204/1971, spettava solo all'Ispettorato del lavoro la possibilità di disporre, sulla base dell'accertamento medico, l'interdizione dal lavoro delle gestanti subordinate.

⁽³⁹⁾ L'astensione di cui alla lett. a), comma 2, è disposta dall'Asl (v. art. 17, comma 3); l'astensione dal lavoro di cui alle lettere b) e c), comma 2, è disposta dalla Direzione territoriale del lavoro.

Si potrebbe legittimamente replicare che le lett. b) e c) continuano ad operare in maniera concorrente ⁽⁴⁰⁾, motivo per cui risulterebbe impropria una scomposizione delle due casistiche, il cui accertamento spetta al medesimo ente. Tale obiezione potrebbe essere superata considerando che, come la Consulta ha evidenziato a più riprese che situazioni diseguali meritano trattamenti specifici e differenziati ⁽⁴¹⁾, allo stesso tempo il legislatore potrebbe estendere la protezione anche alla sola lett. b), omettendo ragionevolmente il rinvio alla lett. c).

Inoltre, un'altra obiezione potrebbe sottolineare che, a differenza della lavoratrice subordinata, spetta alla lavoratrice autonoma organizzare la propria prestazione di lavoro e i fattori di produzione ⁽⁴²⁾, nel caso specifico della piccola imprenditrice, anche la prestazione di lavoro altrui. Dunque, anche l'ambiente di lavoro, in cui tale prestazione si inserisce, è oggetto di organizzazione e "manutenzione" da parte della piccola imprenditrice, la quale ha l'obbligo di renderla sicura e salubre non solo per se stessa, ma anche per i suoi collaboratori (art. 2087 c.c.). Rispetto a questa riserva il discorso merita una maggior attenzione.

L'ambiente o le condizioni di lavoro possono essere pregiudizievoli anche in ragione di motivazioni di carattere oggettivo che derivano dalla tipologia di attività esercitata o dal periodo della gestazione. Si pensi, ad esempio, al settore agricolo, dove l'attività produttiva, soggetta al ciclo della natura, e l'ambiente di lavoro sono potenzialmente pericolosi o dannosi per la gestante (v. l'utilizzo di fitofarmaci o, in generale, di agenti chimici); si pensi, inoltre, al settore della pesca, sul quale impattano fortemente le condizioni meteorologiche.

D'altronde, il legislatore ha disciplinato i lavori faticosi, pericolosi e insalubri ⁽⁴³⁾ e l'utilizzo di agenti nocivi e dannosi ⁽⁴⁴⁾ che impongono il divieto di astensione dal lavoro nel caso di gravidanza della lavoratrice subordinata. Tali attività, nel loro concreto esercizio e a prescindere dalla fattispecie di riferimento, non differiscono dall'attività manuale svolta da alcune figure professionali richiamate dall'art. 66 del TU ⁽⁴⁵⁾. L'estensione della lett. b), comma 2, art. 17, d.lgs. n. 151/2001 ai soggetti tutelati dagli artt. 66 ss. del TU sarebbe stata plausibile anche secondo una prospettiva costituzionalmente orientata. È noto, infatti, che l'iniziativa economica privata sancita dall'art. 41, comma 1 Cost., trova dei limiti nel comma 2, quali la salute, l'ambiente, la sicurezza, la libertà e la dignità umana ⁽⁴⁶⁾. La libertà di intrapresa economica non si configura come un diritto inviolabile, proprio al fine di limitare che essa leda i valori enucleati nel comma 2. Nell'art. 41 Cost., dunque, emergono due soggetti protetti,

⁽⁴⁰⁾ Sebbene riguardi il profilo della concessione dell'indennità oltre il termine del rapporto lavorativo, il Consiglio di Stato, con parere n. 460/2003, aveva rilevato che l'interdizione di cui alla lett. b) opera qualora non sia possibile spostare la lavoratrice ad altre mansioni, di cui alla lett. c).

⁽⁴¹⁾ È proprio il caso dell'interdizione dal lavoro nel caso delle lavoratrici subordinate e dell'astensione discrezionale dal lavoro per le lavoratrici autonome. V. la sentenza della Corte cost. n. 3/1998, cit.

⁽⁴²⁾ Come è stato rilevato dalla dottrina, anche il lavoratore autonomo si serve di fattori di produzione, seppur definiti "inespressivi", cioè inadatti a configurare una produttività eccedente il lavoro individuale. Sul punto, O. RAZZOLINI, *Perché avviare una riflessione su piccolo imprenditore*, cit.

⁽⁴³⁾ V. Allegato A del TU n. 151/2001.

⁽⁴⁴⁾ V. Allegato B e Allegato C del TU n. 151/2001.

⁽⁴⁵⁾ A titolo esemplificativo, v. la lett. m) dell'Allegato A, che annovera tra i lavori pericolosi "i lavori agricoli che implicano la manipolazione e l'uso di sostanze tossiche o altrimenti nocive nella concimazione del terreno e nella cura del bestiame".

⁽⁴⁶⁾ Come recentemente modificato dall'art. 2, comma 1, lett. a), l. cost. 11 febbraio 2022, n. 1.

destinatari dell'enunciato costituzionale: nel comma 1 si tutela la libertà dell'imprenditore; nel secondo, invece, i valori della persona ⁽⁴⁷⁾. Nel caso di specie, la piccola imprenditrice è protetta dal principio costituzionale nella sua doppia natura, rappresentando, da un lato, l'operatrice economica che agisce liberamente sul mercato e, dall'altro, la cittadina che richiede protezione sociale. I limiti sanciti dal comma 2, art. 41 Cost., trovano ulteriore rafforzamento se letti in combinato disposto con gli artt. 31 e 32 della Carta costituzionale: l'evento della maternità e la salute dell'individuo sono in posizione preminente non solo secondo una lettura sistematica dell'impalcatura costituzionale, ma anche teleologica ⁽⁴⁸⁾. In sostanza, nel concreto apprezzamento degli interessi in gioco, il diritto soggettivo ad un ambiente di lavoro salubre e sicuro limita la libertà di intrapresa economica - soprattutto qualora il rischio non sia imputabile alla stessa piccola imprenditrice ed esuli dagli obblighi di cui all'art. 21, d.lgs. 9 aprile 2008 n. 81 - configurandosi come un diritto sociale, inteso come diritto del privato cittadino «ad un'attività positiva della Pubblica Amministrazione a favore della salute sia in via preventiva che in via recuperatoria» ⁽⁴⁹⁾.

Si ripropone, dunque, il noto dilemma dell'estensione della protezione della maternità oltre il "tipo sociale" della lavoratrice subordinata ⁽⁵⁰⁾, che impone di rivalutare la natura dei diritti primari connessi alla gestazione, quale condizione personale costituzionalmente tutelata a prescindere dalle fattispecie di riferimento. Non si tratterebbe di mutare la natura dell'indennità trasformandola in un sussidio ⁽⁵¹⁾, ma di dare concreta realizzazione al diritto alla salute come diritto superindividuale ⁽⁵²⁾, dunque anche a protezione di chi esercita un'attività professionale organizzata "prevalentemente con il lavoro proprio" (e dei componenti della famiglia). Si intende dire che la tutela della maternità, e la corresponsione dell'indennità, in quanto evento preminente da proteggere, potrebbe estendersi, per quanto compatibile e secondo modalità applicative differenziate, a tutte quelle attività che abbiano come minimo comune denominatore il ricorso - anche residuale - alla propria forza-lavoro, proprio perché quest'ultima, in determinati contesti e a determinate condizioni, potrebbe diventare fattore di rischio. D'altronde, ciò è quanto ipotizzava la stessa Corte costituzionale nella sentenza n.150/1994 cit., in cui auspicava che «il futuro legislatore perfezioni in modo che riterrà opportuno la normativa vigente nel senso di una maggiore protezione del valore della maternità anche a favore delle lavoratrici autonome».

⁽⁴⁷⁾ C. ZOLI, *Commento all'art. 41*, in R. DE LUCA TAMAJO, O. MAZZOTTA (a cura di), *Commentario breve alle leggi sul lavoro*, Cedam, 2018, p. 128 ss.

⁽⁴⁸⁾ G. MAMMONE, *Commento all'art. 32 Cost.*, in R. DE LUCA TAMAJO, O. MAZZOTTA (a cura di), *Op. cit.*, 27 ss.

⁽⁴⁹⁾ Cass. civ. sez. un., 6 ottobre 1979, n. 5172.

⁽⁵⁰⁾ Che trova numerosi precedenti storici. Esempio calzante è l'esclusione dalla l. 26 agosto 1950, n. 860 (Tutela fisica ed economica delle lavoratrici madri) delle lavoratrici a domicilio (art. 2), solo successivamente sanata. Il problema, come noto, si è riproposto anche in seguito, costituendo un fenomeno che è stato denunciato come una concausa del «dualismo» del mercato del lavoro. V. S. SCARPONI, *Il lavoro delle donne fra produzione e riproduzione: profili costituzionali e "citizenship"*, in *LD*, 2001, 1, p. 97 ss., spec. p. 103.

⁽⁵¹⁾ «Se così fosse non sarebbe giustificabile l'esclusione del beneficio delle donne non lavoratrici». V. Corte cost. 29 marzo 1991, n. 132, in *MGL*, 1992, 2-3, p. 132.

⁽⁵²⁾ Cioè riguardante non il singolo lavoratore, ma tutti i lavoratori che operano nello stesso ambiente di lavoro. V. G. MAMMONE, *Commento all'art. 32 Cost.*, *cit.*, p. 30.

Alla luce delle considerazioni esposte, l'estensione dell'indennità anche al caso di cui alla lett. b), comma 2, art. 17 del TU, avrebbe potuto indurre la piccola imprenditrice a limitarsi all'organizzazione dei fattori produttivi dell'attività piccolo-imprenditoriale, evitando così di offrire il proprio apporto lavorativo manuale in determinate circostanze della propria attività.

5. Conclusioni: la maternità come “proprietà sociale”

Lo stato di maternità è peculiare alla donna poiché biologicamente connesso ad una condizione di genere. Ciò implica che la sua protezione debba essere tarata non più sul piano oggettivo della relazione contrattuale, ma su quello soggettivo della persona che ricorre alla propria forza-lavoro. D'altronde, pur se con i limiti evidenziati, che indubbiamente risentono degli ormai ben noti vincoli di sostenibilità economica, proprio il d.lgs. n. 105/2022 si orienta in questa direzione, approntando una serie di tutele che aprono a nuovi modelli di sicurezza sociale.

Nello specifico, la valorizzazione del “lavoro prevalentemente proprio” fornito dalla piccola imprenditrice rispetto al possesso del capitale produttivo, corrobora l'idea di un modello di protezione di ascendenza “marshalliana”⁽⁵³⁾, secondo cui la cittadinanza debba fondarsi sulla formalizzazione di diritti sociali completamente sganciati dal diritto di proprietà (modello tipico della visione liberale).

In questo senso, dunque, la previsione introdotta dal nuovo art. 68, comma 2 *ter*, cit., potrebbe essere intesa come un ulteriore passo avanti volto ad intendere il sistema di sicurezza sociale come una “proprietà sociale”, ossia come la «produzione di una serie di equivalenti sociali delle protezioni che erano prima fornite solo dalla proprietà privata»⁽⁵⁴⁾.

⁽⁵³⁾ T. H. MARSHALL, *Citizenship and social class and other essay*, Cambridge at the University Press, 1950, spec. 46 ss.

⁽⁵⁴⁾ R. CASTEL, *L'insicurezza sociale. Che significa essere protetti?*, Einaudi, 2004, p.30.

Il congedo parentale per lavoratrici e lavoratori autonomi (art. 2, comma 1, lett. U, d.lgs. n. 105/2022)

di Paolo Stolfa

Abstract – L'art. 2, comma 1, lett. U, del d.lgs. n. 105/2022 estende l'ambito di applicazione soggettivo della disciplina dei congedi parentali, colmando un precedente vuoto di tutela ed inserendo la possibilità anche per i padri lavoratori autonomi di beneficiare di tale istituto per un periodo di 3 mesi aggiuntivi rispetto a quelli già previsti per la madre, da usufruire esclusivamente entro il primo anno di vita del figlio, con diritto alla corresponsione di un'indennità pari al 30 per cento della retribuzione convenzionale giornaliera stabilita annualmente, a seconda della categoria professionale di appartenenza.

Abstract – The art. 2, paragraph 1, lett. U of Legislative Decree 105/2022 extends the subjective scope of the regulation of parental leave, filling a previous gap in protection and including the possibility also for self-employed fathers to benefit from this institution for a period of 3 additional months compared to those already provided for the mother, to be used exclusively within the first year of the child's life, with the right to the payment of an indemnity equal to 30 per cent of the conventional daily wage established annually, according to the professional category to which they belong.

Sommario: 1. La progressiva estensione di tutele alle lavoratrici ed ai lavoratori autonomi. Le modifiche introdotte dal d.lgs. n. 105/2022. – 2. Misura e condizioni del trattamento. Le differenze con il lavoro subordinato. – 3. I persistenti deficit di tutela.

1. La progressiva estensione di tutele alle lavoratrici ed ai lavoratori autonomi. Le modifiche introdotte dal d.lgs. n. 105/2022

La norma in commento – art. 2, comma 1, lett. U, d.lgs. n. 105/2022 – interviene sulla disciplina dei congedi parentali ⁽¹⁾ riconosciuti in favore dei lavoratori autonomi, modificando l'art. 69, comma 1, del d.lgs. 26 marzo 2001, n. 151, ed estendendo le misure originariamente previste per le sole madri lavoratrici autonome anche ai padri lavoratori autonomi.

L'intervento, seppur poco articolato, rappresenta un notevole passo avanti nel processo di estensione delle tutele previste dal nostro ordinamento a salvaguardia della

⁽¹⁾ Per un approfondimento sulle modifiche alla disciplina dei congedi parentali ad opera del d.lgs. n. 105/2022, si rimanda a I. DE CESARE, *Una prima lettura del d.lgs. n. 105/2022 sul riordino dei congedi parentali*, in *Federalismi.it*, 2022, n. 29. Sull'evoluzione normativa, invece, delle misure per il sostegno della genitorialità in favore dei lavoratori autonomi, v. R. NUNIN, *La tutela della gravidanza e la sospensione in ipotesi di maternità, malattia e infortunio*, in G. ZILIO GRANDI, M. BIASI (a cura di), *Commentario breve allo statuto del lavoro autonomo e del lavoro agile*, Cedam-Wolters Kluwer, 2018, p. 409 ss.

genitorialità oltre i confini classici del rapporto di lavoro subordinato, volto all'inclusione delle lavoratrici e dei lavoratori autonomi nell'alveo dei beneficiari. La norma in commento, dunque, opera sulla disciplina dei congedi parentali, espressamente definiti dall'art. 2 del d.lgs. n. 151/2001 come «l'astensione facoltativa della lavoratrice o del lavoratore».

Si tratta, quindi, di un istituto anch'esso ricollegabile al generale sostegno alla genitorialità previsto dalla nostra Carta costituzionale agli artt. 29, 30 e 31, che persegue la ratio di incoraggiare una gestione paritaria e condivisa di compiti genitoriali, con una corresponsabilizzazione anche del padre lavoratore (2).

Il recente intervento del legislatore nazionale, a questo riguardo, sembra muoversi col precipuo fine di perseguire un'equiparazione di tutele, oltre che fra padre e madre, anche fra diverse categorie di lavoratori. È indubbio, infatti, che l'esclusione dei padri lavoratori autonomi dai beneficiari dei congedi parentali fosse del tutto ingiustificata (3), anche con riferimento alla normativa europea con la quale il legislatore nazionale deve necessariamente confrontarsi.

La medesima direttiva UE 2019/1158 (4) non sembra operare alcuna distinzione tra lavoratori autonomi e lavoratori subordinati ai fini dell'applicazione delle tutele ivi previste. L'art. 2, infatti, utilizza una formulazione estremamente generica ed inclusiva, specificando che l'intera normativa si applica «a tutti i lavoratori, uomini e donne, che hanno un contratto di lavoro o un rapporto di lavoro quale definito dal diritto». Il successivo art. 5, invece, recante la disciplina specifica del congedo parentale, si riferisce sempre in maniera generica alla categoria dei lavoratori, senza mai precisare la natura del loro rapporto di lavoro.

Pare lecito ritenere, pertanto, in assenza di una limitazione specifica dell'ambito di applicazione, che l'obiettivo imposto dal legislatore europeo ricomprenda l'estensione delle misure di sostegno e tutela ad ogni categoria di lavoratori, ivi compresi i lavoratori autonomi. La direttiva, peraltro, rientra nel più ampio progetto del Pilastro europeo dei diritti sociali, che in più occasioni ha inserito esplicitamente anche i lavoratori autonomi fra i beneficiari delle varie misure (5). Con riferimento all'attuazione della direttiva nello specifico contesto normativo italiano, tuttavia, permangono tutti i dubbi in merito alla possibilità di ricomprendere fra i beneficiari anche tutte le categorie di rapporto di lavoro non direttamente riconducibili alle categorie del lavoro autonomo o subordinato.

(2) Così M.T. VALLAURI, *Il congedo parentale*, in R. DEL PUNTA, D. GOTTARDI (a cura di), *I nuovi congedi*, Il Sole 24 Ore, 2001. Sul punto v. anche L. CALAFÀ (a cura di), *Paternità e lavoro*, Il Mulino, 2007.

(3) R. NUNIN, *I congedi parentali dopo il d.lgs. 15 giugno 2015*, n. 80, in *LG*, 2016, n. 1, p. 14 ss.

(4) Fra i più recenti contributi ad essa relativi, anche con riferimento all'analisi dell'attuale panorama normativo italiano, si rimanda a C. ALESSI, O. BONARDI, L. CALAFÀ, M. D'ONGHIA, *Per una trasposizione responsabile della direttiva n. 2019/1158, relativa all'equilibrio tra attività professionale e vita familiare per i genitori e i prestatori di assistenza*, in *RGL*, 2022, n. 1, p. 111.

V. anche A. MURATORIO, *L'Unione Europea sui congedi parentali tra legislazione ed orientamenti giurisprudenziali*, in *LG*, 2011, n. 9, p. 939.

(5) Ad es. la proposta di raccomandazione del Consiglio sull'accesso alla protezione sociale per i lavoratori subordinati e autonomi, COM (2018) 132 final. Sul punto si rimanda a E. CHEREGATO, *Conciliazione vita-lavoro: la nuova Direttiva UE sull'equilibrio tra attività professionale e vita familiare*, in *LG*, 2020, n. 2, p. 125.

Il Testo Unico in materia di tutela e sostegno della maternità e della paternità (d.lgs. n. 151/2001), invece, nella sua formulazione originaria si limitava a prevedere per le sole lavoratrici autonome una specifica indennità di maternità, disciplinata dal successivo art. 68, e l'applicabilità, ai sensi dell'art. 69, dei congedi parentali di cui all'art. 32, in misura tuttavia ridotta. L'ambito di applicazione soggettivo della tutela era rimasto pressoché invariato anche a seguito delle modifiche introdotte dal *Jobs Act* ⁽⁶⁾ nel 2015, che si erano limitate ad intervenire sulle indennità di maternità, estendendole anche al padre nei casi di morte o grave infermità della madre ovvero di abbandono, nonché in caso di affidamento esclusivo del bambino.

Tali modifiche, peraltro, erano intervenute sulla scia di una serie di interventi della Corte costituzionale, che aveva più volte indirizzato l'intervento del legislatore verso una progressiva estensione delle misure a tutela della maternità e della paternità anche in favore dei lavoratori autonomi ⁽⁷⁾.

Le misure a sostegno dei lavoratori autonomi, infine, non hanno subito alcun ampliamento neppure a seguito della legislazione emergenziale pandemica ⁽⁸⁾, che si è rivolta esclusivamente ai rapporti di lavoro subordinato.

Va riconosciuto, quindi, che, quantomeno sotto il profilo soggettivo specifico dei congedi parentali, il d.lgs. n. 105/2022 sembra aver sanato un vulnus ingiustificato presente nella normativa precedente, includendo nel novero dei beneficiari anche i padri lavoratori autonomi.

L'attuale dato normativo, quindi, prevede che, a partire dal 13 agosto 2022, il diritto al congedo parentale di cui all'art. 32 del Testo Unico spetti non solo alle lavoratrici ma anche ai lavoratori «di cui al presente capo». La norma, dunque, rimanda alla definizione di lavoratori autonomi di cui al precedente art. 66, introduttivo del capo XI, rubricato appunto *Lavoratori autonomi*. Quest'ultima categoria non è presente nella lista di definizioni di cui all'art. 2, ma si ricava direttamente dalla lettura del citato art. 66, il quale include lavoratrici autonome, coltivatrici dirette, mezzadre e colone, artigiane ed esercenti attività commerciali, le imprenditrici agricole a titolo principale, nonché le pescatrici autonome della piccola pesca marittima e delle acque interne ⁽⁹⁾.

⁽⁶⁾ D.lgs. 15 giugno 2015, n. 80, *Misure per la conciliazione delle esigenze di cura, di vita e di lavoro, in attuazione dell'articolo 1, commi 8 e 9, della legge 10 dicembre 2014, n. 183*. Per un'analisi delle principali modifiche introdotte, si rimanda a R. NUNIN, *I congedi parentali dopo il d.lgs. 15 giugno 2015, n. 80*, cit.

⁽⁷⁾ In particolare, C. cost. 14 ottobre 2005, n. 385, con nota di L. CALAFÀ, in *RGL*, 2009, n. 1, p. 147. La sentenza ha dichiarato l'illegittimità costituzionale degli artt. 70 e 72 del d.lgs. 26 marzo 2001, n. 151, nella parte in cui non prevedevano il diritto del padre di percepire, in alternativa alla madre, l'indennità di maternità, attribuita solo a quest'ultima. Non è, tuttavia, il primo caso di intervento in materia da parte della Corte costituzionale: si segnalano, fra le altre, anche C. cost. 19 gennaio 1987, n. 1, in *RGL*, 1987; C. cost. 24 marzo 1988, n. 332, in *FI*, 1989; C. cost. 15 luglio 1991 n. 341, in *GI*, 1991, n. 12; C. cost. 21 aprile 1993, n. 179, in *GI*, 1993, n. 9; C. cost. 1° aprile 2003, n. 104, in *Studium Iuris*, 2003, n. 10, con nota di L. CALAFÀ.

⁽⁸⁾ Art. 2 del d.l. n. 30/2021 e, successivamente, art. 9, comma 1, del d.l. n. 146/2021 (conv. in l. n. 215/2021), poi modificato dal d.l. n. 221/2021.

⁽⁹⁾ La norma rimanda alle disposizioni contenute nella l. 26 ottobre 1957, n. 1047, per quanto attiene alle categorie di coltivatori diretti, mezzadri e coloni, definiti come coloro «che abitualmente si dedicano alla manuale coltivazione dei fondi o all'allevamento ed al governo del bestiame, nonché gli appartenenti ai rispettivi nuclei familiari i quali esercitano le medesime attività sui medesimi fondi»; alla l. 4 luglio 1959, n. 463 per quanto riguarda la categoria degli artigiani, intesi come titolari di imprese artigiane; alla l. 22 luglio 1966, n. 613, per gli esercenti piccole imprese commerciali, ai loro

L'intervento del legislatore, quindi, estende il congedo parentale anche ai padri lavoratori appartenenti alle suddette categorie.

Restano, dunque, esclusi i lavoratori iscritti alla gestione separata di cui all'art. 2, comma 26, della l. n. 335/1995, per i quali la normativa applicabile rimane quella di cui all'art. 8 del d.lgs. n. 81/2017, anch'essa modificata dal d.lgs. n. 105/2022 ⁽¹⁰⁾.

2. Misura e condizioni del trattamento. Le differenze con il lavoro subordinato

Venendo alla disciplina specifica del trattamento, come detto, la norma estende anche alle citate categorie di lavoratori autonomi il congedo parentale di cui all'art. 32 – nella diversa misura che verrà ora descritta – con espressa applicabilità anche del trattamento economico e previdenziale di cui all'art. 35.

Per quanto attiene, dunque, al diritto di astensione dal lavoro, la norma contiene due limitazioni ⁽¹¹⁾ rispetto al trattamento previsto per i lavoratori subordinati: in primo luogo, il periodo massimo di fruizione del congedo è di 3 mesi complessivi per ciascun genitore (per i lavoratori subordinati, invece, il periodo complessivo è di 10 mesi, eventualmente elevabile a 11); i periodi di congedo, infine, possono essere utilizzati esclusivamente entro il primo anno di vita del figlio/a (per i lavoratori subordinati, invece, possono essere utilizzati entro i primi 12 anni di vita del figlio/a).

Il trattamento economico e previdenziale, invece, è identico a quello previsto per i lavoratori dipendenti, in quanto la norma si limita ad estendere l'intera disciplina di cui all'art. 35 del Testo Unico relativo al trattamento previdenziale, il quale a sua volta rimanda al trattamento economico di cui al precedente art. 34.

Alle lavoratrici ed ai lavoratori autonomi che ne facciano richiesta, pertanto, spetterà un'indennità pari al 30 per cento della retribuzione, per tale intendendosi – in base alle indicazioni fornite dall'Inps – la retribuzione convenzionale giornaliera stabilita annualmente ⁽¹²⁾, a seconda della categoria professionale di appartenenza.

A seguito di tale modifica legislativa, è intervenuto l'Inps a fornire una serie di chiarimenti, il primo dei quali avvenuto ancor prima dell'entrata in vigore del d.lgs. n. 105/2022 con il messaggio n. 3066 del 4 agosto 2022 ⁽¹³⁾ e, successivamente, con la circ. n. 122 del 27 ottobre 2022.

L'Inps, in particolare, ha in primo luogo precisato che il periodo di un anno entro il quale poter usufruire del congedo parentale decorre, per la madre, dalla fine del

ausiliari e familiari coadiutori; infine, alla l. 13 marzo 1958, n. 250 per quanto attiene ai pescatori della piccola pesca marittima e delle acque interne.

⁽¹⁰⁾ Il comma 4 del citato d.lgs. n. 81/2017, in particolare, riconosce loro il diritto ad «un trattamento economico per congedo parentale per un periodo pari a tre mesi ciascuno entro i primi dodici anni di vita del bambino. Entro lo stesso termine, i genitori hanno diritto, in alternativa tra loro, ad ulteriori tre mesi di congedo. I trattamenti economici per congedo parentale, ancorché fruiti in altra gestione o cassa di previdenza, non possono complessivamente superare tra entrambi i genitori il limite complessivo di nove mesi».

⁽¹¹⁾ Alle quali si aggiungeva, almeno per i primi anni di vigenza della norma, anche la limitazione per i figli nati a decorrere dal 1° gennaio 2000 (requisito, invece, mai richiesto per i lavoratori subordinati).

⁽¹²⁾ Per il 2023, v. circ. Inps 1° febbraio 2023, n. 11.

⁽¹³⁾ Il quale, in realtà, non fornisce alcun elemento aggiuntivo rispetto al testo di legge.

periodo indennizzabile di maternità e, per il padre, dalla nascita o dall'ingresso in famiglia del minore.

Il presupposto essenziale per il riconoscimento del congedo e la corresponsione dell'indennità è l'effettiva astensione dall'attività lavorativa. È necessario, quindi, che il periodo di congedo venga utilizzato per svolgere attività necessariamente diverse da quella lavorativa, finalizzate a soddisfare esigenze familiari. Tale requisito, peraltro, è stato interpretato in maniera restrittiva da parte della giurisprudenza, che ha escluso la possibilità di utilizzo dei congedi per altri tipi di attività, diverse da quelle strettamente correlate ai bisogni familiari, non assumendo rilievo neanche che tali tipi di attività possano potenzialmente contribuire ad una migliore organizzazione della famiglia ⁽¹⁴⁾. Si tratta di una interpretazione teleologica della normativa, simile a quella già utilizzata in tema di permessi *ex l. n. 104/1992* ⁽¹⁵⁾, in base alla quale la legittimità dell'utilizzo del congedo rimane strettamente correlata al reale perseguimento della finalità prevista dal legislatore. Un utilizzo diverso, non direttamente ricollegabile a tale finalità – in questo caso, l'assistenza familiare – configura un abuso del diritto, con conseguente facoltà di revoca del trattamento da parte dell'Inps e possibili risvolti anche penalistici.

Come confermato anche dall'Inps nella citata circ. n. 122, l'astensione dal lavoro comporta anche la sospensione dell'obbligo contributivo, con l'unica precisazione che tale sospensione potrà riguardare esclusivamente mesi solari interi, attesa la periodicità e l'indivisibilità del contributo obbligatorio ⁽¹⁶⁾.

Il requisito contributivo per il riconoscimento del congedo è rappresentato dal pagamento dei contributi relativi al mese precedente a quello dell'inizio del congedo, ovvero del medesimo mese in cui inizia il congedo. L'unica eccezione a riguardo è costituita dai padri lavoratori autonomi nel settore dello spettacolo, i quali possono usufruire del congedo parentale anche durante lo svolgimento di un rapporto di lavoro dello spettacolo, senza alcun requisito contributivo ⁽¹⁷⁾.

⁽¹⁴⁾ *Ex plurimis*, Cass. 11 gennaio 2018, n. 509, con nota di C. GAROFALO, *I congedi per l'assistenza ai figli e per la cura dei disabili: la funzionalizzazione dei diritti*, in *LG*, 2018, n. 8-9, p. 811, nella quale la Corte, seppur con riferimento alla fattispecie del lavoro subordinato, ha riscontrato un abuso del diritto per sviamento dalla funzione propria dello stesso, in presenza di un lavoratore che aveva utilizzato il congedo parentale per prestare attività lavorativa nella pizzeria di proprietà di sua moglie, asserendo che ciò avrebbe comunque contribuito ad una migliore organizzazione della famiglia. Su questo tema v. anche V. GRANAGLIA, *Brevi note sulla funzione del congedo parentale*, in *GI*, luglio 2016, p. 1687.

⁽¹⁵⁾ Laddove la Corte, con un orientamento costante, ha sempre ribadito che tali tipi di congedi devono essere utilizzati esclusivamente per la finalità preposta alla norma, ovvero prestare assistenza al parente affetto da disabilità, non anche con funzione meramente compensativa. V., da ultimo, Cass. 24 agosto 2022, n. 25290, ovvero Cass. 13 settembre 2016, n. 17968, con nota di A. MINERVINI, in *LG*, 2016, n. 11.

⁽¹⁶⁾ Punto 3.3 della circolare, ove si specifica che, a titolo esemplificativo, per un periodo di congedo parentale temporalmente collocato dal 20 settembre al 19 dicembre, sarà consentito sospendere il versamento del contributo obbligatorio IVS per i soli mesi di ottobre e novembre. Si rimanda, a riguardo, alla precedente circ. Inps n. 136/2002.

⁽¹⁷⁾ La circolare, a riguardo, rimanda all'art. 59-*bis*, comma 2, del TU, ovvero all'art. 6, comma 15, del d.l. n. 536/1987 (conv. in l. n. 48/1988), nonché alla circ. Inps n. 182/2021, ai fini del calcolo dell'indennità.

Quanto, infine, alla compatibilità del trattamento con gli ulteriori congedi familiari previsti dalla legge, l'Istituto precisa che il congedo è compatibile sia con la contemporanea fruizione dei periodi indennizzabili di maternità della madre (anche se lavoratrice dipendente ovvero iscritta alla Gestione Separata), sia con la contemporanea fruizione del congedo parentale da parte della madre, anche con riferimento al medesimo figlio.

Per quanto attiene, infine, alla presentazione della domanda, la circolare precisa che i lavoratori autonomi che intendono fruire del congedo possono già astenersi dal lavoro, presentando la relativa domanda, attraverso i canali tradizionali (sito Inps, Contact center integrato, ovvero Patronati). Da ultimo, con messaggio rilasciato in data 8 novembre 2022, n. 4025, l'Istituto ha comunicato il completamento degli aggiornamenti procedurali relativi alla presentazione telematica della domanda di congedo parentale delle lavoratrici e dei lavoratori dipendenti del settore privato e degli iscritti alla Gestione separata. Tali domande, peraltro, potranno riguardare anche periodi di astensione precedenti alla data di presentazione della domanda stessa, purché relativi a periodi di astensione fruiti tra il 13 agosto 2022 (data di entrata in vigore del d.lgs. n. 105/2022) e la data di pubblicazione del messaggio.

3. I persistenti deficit di tutela

Come già accennato, quindi, l'estensione dell'ambito di applicazione operata dal d.lgs. n. 105/2022 rappresenta un passo avanti decisivo nella parificazione delle misure di sostegno alla genitorialità per tutte le categorie di lavoratori. Non si può non rilevare, tuttavia, come esso sia intervenuto con colpevole ed ingiustificato ritardo rispetto ai precedenti interventi normativi, lasciando peraltro delle persistenti carenze di tutela nei confronti di altre categorie di lavoratori. Si è fatto riferimento, ad esempio, ai rapporti di lavoro estremamente precari, quali i lavoratori occasionali o fortemente discontinui, ovvero alle categorie estranee alle definizioni classiche di autonomia e subordinazione, quali gli stage o i tirocini⁽¹⁸⁾.

Sono ormai molteplici le voci in dottrina che evidenziano le criticità dell'attuale formulazione del Testo Unico, definito come l'esito di un'infinita sequenza di correzioni, priva un disegno complessivo finalizzato a dare una risposta chiara e coerente, pieno di ridicole forzature tecniche, oltre che di evidenti vuoti di tutela⁽¹⁹⁾. Sotto questo profilo, allora, le misure a sostegno della genitorialità nei confronti dei lavoratori autonomi ne sono la riprova.

Per un'attuazione concreta ed effettiva della direttiva UE 2019/1158, quindi, appare auspicabile un mutamento di tendenza da parte del legislatore italiano che, in linea con quanto già fatto dal legislatore europeo, si apra ad una equiparazione di tutele nei confronti di tutti i lavoratori, adeguata ad un mercato del lavoro in continuo mutamento ed ormai ben lontano dalle logiche classiche di autonomia e subordinazione⁽²⁰⁾.

⁽¹⁸⁾ Così ancora R. NUNIN, *I congedi parentali dopo il d.lgs. 15 giugno 2015, n. 80*, cit.

⁽¹⁹⁾ Così C. ALESSI, O. BONARDI, L. CALAFÀ, M. D'ONGHIA, *op. cit.*, p. 113.

⁽²⁰⁾ Così anche I. DE CESARE, *op. cit.*

In un siffatto contesto, infatti, non può rinvenirsi alcuna valida giustificazione a supporto delle persistenti disparità di trattamento tra le diverse categorie di lavoratori, con particolare riferimento ai diversi limiti rispettivamente imposti, che mal si conciliano con le esigenze di tutela generalizzata ed effettiva ⁽²¹⁾ voluta ed imposta dal legislatore europeo. Particolare perplessità desta la durata inferiore di tale congedo parentale, sia con riferimento al limitato periodo di utilizzo, sia con riferimento ai limiti complessivi di fruizione. L'effettività della misura, peraltro, sembra compromessa dall'entità in molti casi irrisoria del trattamento economico, di fatto inidoneo a consentire un'effettiva e totale astensione lavorativa per la maggior parte dei lavoratori autonomi. Sotto diverso profilo, infine, sarebbe forse stato opportuno prevedere specifiche e più incisive misure sanzionatorie, alla luce delle possibili – e facilmente ipotizzabili – forme di abusi.

⁽²¹⁾ Non possono che condividersi, a riguardo, le considerazioni di F. MARINELLI, *Covid-19 e gender gap: l'importanza di rafforzare a livello sovranazionale il congedo di paternità per arginare la fuoriuscita delle lavoratrici madri dal mercato del lavoro*, in S. CIUCCIOVINO, D. GAROFALO, A. SARTORI, M. TIRABOSCHI, A. TROJSI, L. ZOPPOLI (a cura di), *Flexicurity e mercati transizionali del lavoro*, ADAPT University Press, 2021, p. 469.

L'indennità di maternità per le libere professioniste (art. 2, comma 1, lett. v, d.lgs. n. 105/2022)

di Lisa Taschini

Abstract – Il contributo prende in esame la disciplina della tutela della maternità delle libere professioniste rileggendola alla luce dei fondamentali principi costituzionali e antidiscriminatori. L'attenzione sarà focalizzata prioritariamente sulla nuova disposizione, introdotta dal d.lgs. n. 105/2022, che per la prima volta ha riconosciuto, in favore delle professioniste iscritte ad una cassa di previdenza obbligatoria categoriale, il diritto alla tutela indennitaria anticipata per gravidanza a rischio per la salute della donna e/o del figlio, per fatti sopravvenuti e relativi alla gestazione ovvero per patologie preesistenti che rischiano di esserne aggravate. L'analisi del quadro normativo generale entro cui si iscrive la riforma recente consentirà di evidenziare come il legislatore abbia colmato una lacuna rimasta per troppo tempo scoperta, anche se la strada per la parità di genere e per il riconoscimento positivo del valore e del significato della maternità nella vita della madre, in quanto donna e in quanto lavoratrice, soprattutto se libera professionista, è ancora lunga.

Abstract – The essay examines the female self-employed workers maternity protection's discipline in the light of the fundamental constitutional and anti-discrimination principles. The attention will be focused primarily on the new provision, introduced by Legislative Decree no. 105 of 2022, which for the first time recognised, in favor of professionals enrolled in a compulsory category pension fund, the right to early indemnity protection for pregnancy at risk for the health of the woman and/or child, due to supervening and relating to pregnancy or for pre-existing pathologies that are likely to be aggravated. The analysis of the general regulatory framework within which the recent reform is inscribed will make it possible to highlight how the legislator has filled a gap that has remained uncovered for too long, even if the road to gender equality and the positive recognition of the value and meaning of motherhood in the mother's life, as a woman and as a worker, especially if a freelancer, is still long.

Sommario: 1. Introduzione. – 2. Il nuovo art. 70 del Testo unico della maternità e paternità. – 3. La maternità a rischio e la tutela accordata alle lavoratrici. – 4. Libere professioniste e maternità. – 4.1. L'astensione lavorativa per maternità e le libere professioniste. – 5. Spigolature tra le discriminazioni per maternità sofferte dalle libere professioniste. Considerazioni di sintesi.

1. Introduzione

Il congedo di maternità, da garanzia inviolabile e fondamentale a tutela della donna lavoratrice subordinata gestante e puerpera, in seguito all'introduzione della facoltà di astenersi dal lavoro esclusivamente dopo l'evento del parto, entro i cinque mesi

successivi allo stesso ⁽¹⁾, è diventato un istituto flessibile e «gestibile» dalla donna stessa in ragione della propria libertà di organizzazione sul lavoro e autodeterminazione ⁽²⁾, anche, forse, a scapito della sua funzione primigenia.

In apparente controtendenza e colmando una lacuna rimasta irrisolta per troppo tempo nell'ordinamento, il legislatore con l'art. 2, comma 1, lett. *v*, del d.lgs. n. 105 del 30 giugno 2022, attuativo della direttiva (UE) n. 2019/1158 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 20 giugno 2019 (abrogativa della precedente direttiva in materia) ⁽³⁾, ha esteso alle libere professioniste la tutela economica per la c.d. maternità aggravata, cioè in ogni caso di gravi complicanze della gestazione o di preesistenza di forme morbose che possano essere peggiorate dallo stato di gravidanza.

La novella contribuisce a promuovere una cultura giuridica di libertà in cui la (libera) scelta della donna rappresenta il perno su cui ruotano e si costruiscono le specifiche discipline particolari e il valore fondamentale da garantire e proteggere.

2. Il nuovo art. 70 del Testo unico della maternità e paternità

L'art. 2, comma 1, lett. *v*, d.lgs. n. 105/2022, entrato in vigore il successivo 13 agosto, in attuazione della direttiva (UE) n. 2019/1158 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 20 giugno 2019, relativa all'equilibrio tra attività professionale e vita familiare per i genitori e i prestatori di assistenza, qui in commento, interviene dopo trentadue anni dal riconoscimento della tutela previdenziale categoriale per la maternità delle libere professioniste e, modificando l'art. 70, d.lgs. n. 151/2001, Testo unico delle disposizioni legislative in materia di tutela e sostegno della maternità e della paternità (d'ora in poi TU), accorda protezione all'ipotesi della c.d. maternità aggravata e colma una lacuna rimasta finora irrisolta.

Il comma di apertura dell'art. 70 del TU, infatti, ora si compone di due periodi che tutelano eventi diversi: con il primo si riconosce il diritto all'indennità ordinaria di maternità per i due mesi antecedenti e i tre mesi successivi alla data del parto, con il secondo si istituisce il diritto all'estensione della stessa indennità anche per i periodi antecedenti i due mesi prima del parto «nel caso di gravi complicanze della gravidanza

⁽¹⁾ Si fa riferimento, in particolare, alla novella operata dall'art. 1, comma 485, l. n. 145/2018 (c.d. legge di bilancio 2019) all'art. 16, d.lgs. n. 151/2001, che, aggiungendo il comma 1.1, ha riconosciuto alle lavoratrici subordinate, in alternativa a quanto disposto dal primo comma del citato art. 16, la facoltà di astenersi dal lavoro esclusivamente dopo l'evento del parto, entro i cinque mesi successivi allo stesso, a condizione che il medico specialista del Servizio sanitario nazionale o con esso convenzionato e il medico competente ai fini della prevenzione e tutela della salute nei luoghi di lavoro attestino che tale opzione non arrechi pregiudizio alla salute della gestante e del nascituro. La disposizione è entrata in vigore il 1° gennaio 2019 e le relative modalità applicative sono state chiarite con la [circolare Inps 12 dicembre 2019](#), n. 148. Si rinvia, per un commento al tema, a L. SCUDIERI, *Libere di lavorare sino al parto? Note a margine del c.d. congedo post partum*, in *Ragion pratica*, 2021, n. 1, pp. 303 ss.

⁽²⁾ A. FACCHI, O. GIOLO, *Libera scelta e libera condizione. Un punto di vista femminista su libertà e diritto*, Il Mulino, 2020, nel senso qui indicato, pp. 41 e 93.

⁽³⁾ Direttiva n. 2010/18/UE del Consiglio dell'8 marzo 2010, abrogata dalla direttiva (UE) n. 2019/1158 del Parlamento europeo e del Consiglio del 20 giugno 2019.

o di persistenti forme morbose che si presume possano essere aggravate dallo stato di gravidanza, sulla base degli accertamenti medici di cui all'art. 17, comma 3» (4).

La novella normativa introduce così la possibilità, in favore delle libere professioniste, di ricevere l'indennità anche per periodi antecedenti i due mesi prima del parto, nel caso di gravidanza a rischio (5). L'unico requisito richiesto dalla legge riguarda gli accertamenti medici che devono sorreggere la domanda: con il testuale riferimento alle disposizioni dell'art. 17, comma 3, TU, si richiede, infatti, che la lavoratrice autonoma, in senso lato, debba produrre alla cassa previdenziale cui è iscritta l'accertamento medico della Asl che individua il periodo indennizzabile per i casi di gravi complicanze della gravidanza o di persistenti forme morbose che si presume possano essere aggravate dallo stato di gravidanza (6).

Quanto agli eventi e ai rischi indennizzabili, il legislatore ha esteso alle libere professioniste le ipotesi riportate alla lett. *a* del secondo comma dell'art. 17, TU, la norma base dell'estensione del congedo di maternità per fattispecie a rischio per le lavoratrici subordinate, escludendo l'applicazione delle altre due casistiche di indennità per mansioni, di cui alle successive lettere *b* e *c* (7), poiché in quei casi si fa riferimento e si sottintende l'esistenza di un rapporto di lavoro subordinato, trattandosi di esercizio di *ius variandi* e *repêchage* ed essendo etero determinati il luogo e le condizioni di lavoro ritenute pregiudizievoli (8).

La disciplina di nuova introduzione non regola in modo dettagliato la prestazione, limitandosi, come si è visto, ad istituire il diritto alla indennizzabilità della maternità a rischio e ad imporre, anche per le libere professioniste, come condizione e requisito per la presentazione della relativa domanda amministrativa, l'accertamento medico della Asl territorialmente competente.

Nulla dice, ad esempio, per il caso di concorrenza tra indennità ordinaria ed estesa, o aggravata, che potrebbe verificarsi allorché il periodo tutelato dall'accertamento medico della Asl ricadesse parzialmente o totalmente nel consueto periodo ordinario di

(4) Il nuovo primo comma dell'art. 70, d.lgs. n. 151/2001, rubricato *Indennità di maternità per le libere professioniste*, come modificato dall'art. 2, d.lgs. 30 giugno 2022, n. 105, in vigore dal 13 agosto 2022, pertanto, così dispone: «Alle libere professioniste, iscritte ad un ente che gestisce forme obbligatorie di previdenza di cui alla tabella D allegata al presente testo unico, è corrisposta un'indennità di maternità per i due mesi antecedenti la data del parto e i tre mesi successivi alla stessa. Nel caso di gravi complicanze della gravidanza o di persistenti forme morbose che si presume possano essere aggravate dallo stato di gravidanza, sulla base degli accertamenti medici di cui all'articolo 17, comma 3, l'indennità di maternità è corrisposta anche per i periodi antecedenti i due mesi prima del parto».

(5) La stessa disposizione è prevista anche per le lavoratrici autonome: l'art. 2, comma 1, lett. *t*, d.lgs. n. 105/2022, ha introdotto il comma 2-ter all'art. 68 del TU, per la cui analisi si rinvia al contributo di N. DELEONARDIS, in questo volume, tomo II, parte I, sez. I.

(6) Si precisa che possono essere indennizzati a titolo di maternità anticipata i soli periodi successivi all'entrata in vigore del d.lgs. n. 105/2022 e quindi al 13 agosto 2022.

(7) In particolare, non è stata estesa l'applicabilità alle libere professioniste dell'indennizzo per periodi anteriori ai due mesi ante partum per i seguenti motivi: «b) quando le condizioni di lavoro o ambientali siano ritenute pregiudizievoli alla salute della donna e del bambino; c) quando la lavoratrice non possa essere spostata ad altre mansioni, secondo quanto previsto dagli articoli 7 e 12». Testualmente, art. 17, comma 2, d.lgs. n. 151/2001.

(8) Per una analisi completa della disciplina che trova applicazione per le lavoratrici dipendenti, si rinvia a V. DI GAETANO, *L'estensione del divieto di adibizione al lavoro in maternità: questioni controverse*, in *Il diritto di famiglia e delle persone*, parte prima, 2018, n. 4, pp. 1606-1640 e parte seconda, 2019, n. 1, pp. 373-414.

maternità, ovvero nei due mesi prima e nei tre mesi dopo il parto. Considerato, per vero, che i due mesi antecedenti la data del parto sono definibili solo dopo la nascita del figlio, ben potrebbe accadere che, pure se l'accertamento medico della Asl abbia disposto un periodo di riposo precedente rispetto ai due mesi ordinari, il parto avvenga in data anteriore rispetto a quella ginecologicamente prevista. In casi del genere, quindi, verrebbe ricalcolato il *dies a quo* della tutela ordinaria con il rischio di una parziale sovrapposizione di periodi indennizzabili.

Con una motivazione suscettibile di essere applicata analogicamente anche per le libere professioniste, con la circolare del 27 ottobre 2022, n. 122, l'Inps ha chiarito che qualora il periodo indennizzabile tutelato dall'accertamento medico della Asl dovesse ricadere parzialmente o totalmente nell'ordinario periodo indennizzabile di maternità, la nuova tutela della maternità aggravata sarebbe assorbita in quella classica ⁽⁹⁾.

Sotto altro profilo, nulla viene spiegato con riferimento ai requisiti contributivi necessari per fruire della nuova tutela. Come noto, la giurisprudenza ha chiarito che rispetto alla maternità ordinaria per le libere professioniste è sufficiente che la professionista sia iscritta alla cassa categoriale di previdenza, abbia presentato apposita domanda, accolta dall'ente stesso. È pertanto ragionevole ritenere che la stessa condizione venga richiesta anche per l'erogazione dell'indennità di maternità anticipata.

Non viene esplicitato ulteriormente, ma anche per tali periodi antecedenti di maternità non è richiesta, e non potrebbe essere altrimenti, l'astensione dall'attività lavorativa e si deve ritenere che la relativa indennità venga calcolata ed erogata con le stesse modalità previste per i consueti periodi di tutela della maternità ordinaria delle libere professioniste. Del resto, è lo stesso comma 2 dell'art. 70 del TU che si riferisce alle prestazioni di maternità di cui al primo comma genericamente intese, per tali dovendosi quindi intendere sia la maternità ordinaria sia quella anticipata ⁽¹⁰⁾.

Nel silenzio della novella, da ultimo, deve ritenersi che anche all'indennità di maternità di nuova introduzione si applichino gli stessi limiti, minimo e massimo, dettati per l'importo dell'indennità ordinaria ⁽¹¹⁾. È la stessa formulazione testuale dell'art. 70 che induce, infatti, a concludere così. Il terzo comma, invero, quando prescrive che «in ogni caso l'indennità di cui al comma 1 non può essere inferiore a cinque mensilità di retribuzione calcolata nella misura pari all'80 per cento del salario minimo giornaliero stabilito dall'articolo 1 del decreto-legge 29 luglio 1981, n. 402, convertito, con modificazioni, dalla legge 26 settembre 1981, n. 537, e successive modificazioni, nella misura risultante, per la qualifica di impiegato, dalla tabella A e dai successivi decreti ministeriali di cui al secondo comma del medesimo articolo (articolo 1, comma 3, legge n. 379/1990)» ⁽¹²⁾ si riferisce esplicitamente all'indennità istituita nel primo

⁽⁹⁾ Nella citata circolare, l'Istituto pone anche un esempio: nel caso di accertamento medico della Asl che dispone un periodo di riposo dal 20 settembre 2022 al 20 novembre 2022, e il parto avvenga in data 10 dicembre 2022, il periodo indennizzabile di maternità ordinario andrebbe dal 10 ottobre 2022 al 10 marzo 2023 e, pertanto, sarebbero indennizzabili a titolo di periodo antecedente di maternità i soli giorni dal 20 settembre 2022 al 9 ottobre 2022, poiché i giorni successivi sarebbero già protetti dall'indennità di maternità.

⁽¹⁰⁾ Per un primo approfondimento si rinvia alle considerazioni di cui al successivo § 4.

⁽¹¹⁾ Per cui si veda *postea*.

⁽¹²⁾ La misura minima garantita dell'indennità di maternità viene, in altri termini, proporzionata alla retribuzione minima imponibile ai fini contributivi dell'impiegato degli studi professionali. L. CARBONE, *La tutela della maternità della libera professionista*, in *FI*, 2006, n. 10, p. 2913 ss., qui p. 2917.

comma, per tale dovendosi intendere, quindi, tanto quella ordinaria quanto quella anticipata. Ugualmente, il comma 3-*bis*, specifica che «l'indennità di cui al comma 1» non può essere superiore a cinque volte l'importo minimo dell'indennità di maternità – secondo la previsione del precedente comma terzo – ⁽¹³⁾, ferma restando la potestà per ogni singola cassa professionale di elevare l'importo massimo in relazione alle capacità reddituali e contributive della categoria professionale e compatibilmente con gli equilibri finanziari dell'ente stesso. Ciò significa che, salve disposizioni migliorative dettate dalle specifiche casse professionali, qualora la libera professionista abbia diritto a percepire il trattamento previdenziale anche per i mesi precedenti il periodo ordinario – e quindi fino al settimo mese di gravidanza – e, in ipotesi, anche per l'intera durata della gravidanza – come ben potrebbe verificarsi nel caso di sussistenza di «persistenti forme morbose che si presume possano essere aggravate dallo stato di gravidanza», l'indennità mensile cui avrebbe diritto non potrebbe superare, nel massimo, la somma corrispondente a cinque volte l'importo minimo dell'indennità di maternità.

3. La maternità a rischio e la tutela accordata alle lavoratrici

Fino all'introduzione della disciplina in commento, per vero, le libere professioniste non avevano diritto ad alcuna tutela nel caso di maternità a rischio per gravi complicanze della gravidanza o di rischi di aggravamento di preesistenti forme morbose. Un vuoto di tutela importante che ha determinato una (illegittima) disparità di trattamento delle lavoratrici autonome in senso ampio rispetto alle lavoratrici subordinate.

La Corte costituzionale, nella sentenza n. 181 del 21 aprile 1993, legittimava tale differenza di trattamento ritenendo come la disciplina applicabile alle dipendenti, e che consente loro di astenersi dal lavoro e di percepire la relativa indennità per il periodo antecedente agli ultimi due mesi di gravidanza, fino ad arrivare a coprire in ipotesi anche l'intera durata gestazionale, e successivo ai tre mesi *post partum*, ove ne ricorrano le condizioni di legge, sia costruita sulle peculiarità proprie del rapporto di lavoro subordinato e non sia perciò esportabile ai rapporti di lavoro autonomo.

In particolare, la Corte rilevava che l'art. 17 del TU prevede l'astensione obbligatoria dal lavoro, anche per uno o più periodi anteriori agli ultimi due mesi di gravidanza, in tre fattispecie: quando la lavoratrice dipendente sia occupata in lavori che, in relazione all'avanzato stato di gravidanza, siano da ritenersi gravosi o pregiudizievoli; quando vi siano gravi complicanze della gestazione o forme morbose preesistenti che si presume possano essere aggravate dallo stato di gravidanza; quando le condizioni di lavoro o ambientali si ritengano pregiudizievoli per la salute della donna e del bambino e la lavoratrice non possa essere adibita ad altre mansioni ⁽¹⁴⁾. Tutti gli accertamenti previsti sono demandati all'Ispettorato del lavoro territorialmente competente e «non

⁽¹³⁾ L'aver introdotto un tetto massimo all'indennità di maternità erogabile per ciascuna professionista si è rivelato necessario per evitare che, per la particolare dinamica dei redditi professionali, il trattamento previdenziale in discorso potesse essere eccessivamente sperequato, alimentandosi il fenomeno della c.d. maternità d'oro.

⁽¹⁴⁾ Cfr. art. 17, d.lgs. n. 151/2001. Per un approfondimento sulla materia, si rinvia a V. DI GAETANO, *op. cit.*

possono essere compiuti nei riguardi delle lavoratrici autonome, nonostante un (teoricamente ipotizzabile) intervento anomalo dell'Ispezzato»⁽¹⁵⁾.

In forza, pertanto, di un argomento pratico organizzativo, la Consulta ha, sì, ritenuto ragionevolmente giustificata una tale disparità di trattamento, ma con una importante precisazione. Il rischio che le lavoratrici autonome, per la mancanza di un'astensione obbligatoria dal lavoro e per fronteggiare il bisogno di personali esigenze economiche, siano indotte a proseguire l'impegno lavorativo anche nel periodo anteriore agli ultimi due mesi di gravidanza, pur in presenza di complicanze o di altre forme morbose, «deve far riflettere seriamente circa il terzo profilo della denunciata illegittimità costituzionale, quello del contrasto della norma con l'articolo 32 della Costituzione»⁽¹⁶⁾.

Proprio alla luce della articolata e composita finalità della tutela previdenziale della maternità, che mira non solo a fornire un aiuto economico alle lavoratrici in stato di gravidanza, ma anche a proteggere e garantire il valore fondamentale della maternità, sul legislatore grava l'onere costituzionale di apprestare norme e risorse necessarie ad evitare tutto ciò che possa compromettere la salute della donna e lo sviluppo della vita del bambino, un obiettivo che la disciplina vigente fino al d.lgs. n. 105/2022 non era in grado di assicurare per le libere professioniste con complicanze gestazionali o forme morbose preesistenti a rischio di aggravamento.

Se è vero che, come descritto dalla Corte costituzionale nella citata sentenza n. 181, tra le lavoratrici subordinate e quelle autonome vi sono indubbie differenze, «non trovandosi queste ultime sotto la pressione (con effetti anche psicologici) di direttive, di programmi, di orari, di attività obbligatorie e fisse, ma potendo distribuire più elasticamente tempo e modalità di lavoro, e sopperendo così in qualche misura alle difficoltà derivanti dalla temporanea incapacità fisica a prestare la normale attività lavorativa»⁽¹⁷⁾, è anche vero che il legislatore deve farsi carico della difficoltà in cui si trovano le lavoratrici.

L'esigenza primaria di tutelare il valore della vita nascente, della salute della donna e del neonato, nonché quello della professionalità e del lavoro della professionista dovrebbe indurre il legislatore «quanto meno a disincentivare, anche mediante provvidenze economiche, l'interesse della lavoratrice autonoma a tenere lo stesso ritmo di lavoro in presenza di complicanze o altre forme morbose nel periodo di gravidanza»⁽¹⁸⁾.

⁽¹⁵⁾ Così C. cost. 21 aprile 1993, sentenza n. 181, al punto 4. del Considerato in diritto.

⁽¹⁶⁾ Testualmente, la citata sentenza C. cost. n. 181/1993, punto 5. del Considerato in diritto.

⁽¹⁷⁾ Ivi, § terzo del punto 5. del Considerato in diritto.

⁽¹⁸⁾ Questo, letteralmente l'invito formulato dalla Corte costituzionale ad estendere alle lavoratrici autonome la tutela per la c.d. maternità aggravata, quanto meno esitante in una provvidenza di natura economica prolungata. Cfr. C. cost. n. 181/1993, punto 5. del Considerato in diritto. Conclude, però, la pronuncia con un invito al legislatore: tale migliore disciplina «non può essere data dalla stessa Corte costituzionale, mediante estensione in via additiva di norme previste per ipotesi diverse, dovendosi invece necessariamente modulare le normative alla differente situazione delle lavoratrici autonome rispetto a quelle dipendenti. Il tipo di tutela adeguato alle caratteristiche del diverso lavoro, le condizioni cui subordinare la tutela stessa, le modalità di controllo, le conseguenze economiche, la gradualità del processo di parificazione delle forme di tutela ed altri aspetti esigono un intervento articolato che, per sua natura, impegna la discrezionalità del legislatore, con l'eventuale coinvolgimento degli organismi previdenziali e sindacali». *Ibidem*.

4. Libere professioniste e maternità

Fino alla novella introdotta con il d.lgs. n. 105 in commento era proprio la dimensione più personale della tutela della maternità, quella che la riconnette con la protezione della salute di madre e figlio, ad essere eccessivamente ed illegittimamente sacrificata. La tutela accordata alla lavoratrice gestante e madre mira, infatti, prioritariamente a salvaguardare la salute fisica e psichica della donna e del bambino, unitamente al complesso rapporto che si instaura tra madre e figlio fin da prima della nascita e nei primi mesi di vita ⁽¹⁹⁾, e ad impedire che possano, dalla maternità e dagli impegni connessi alla cura del figlio, derivare conseguenze negative e discriminatorie per la lavoratrice ⁽²⁰⁾.

La disciplina, infatti, spiega la Corte costituzionale ⁽²¹⁾, protegge i diritti di entrambi e di entrambi tutela la personalità e la salute: vuole garantire al bambino il suo diritto all'assistenza materna e a ricevere le attenzioni e le cure affettive di cui necessita; vuole al contempo assicurare alla madre lavoratrice la possibilità di vivere questa fase della sua esistenza in salute e senza una radicale riduzione del tenore di vita che il suo lavoro le ha consentito di raggiungere e ad evitare, quindi, che alla maternità si ricollegli uno stato di bisogno economico ⁽²²⁾. In altri termini, la preoccupazione essenziale che orienta il legislatore nella scrittura della normativa in materia è consentire alla donna di vivere questo delicato momento in piena serenità, così che non vengano a frapporsi «né ostacoli, né remore, alla gravidanza e alla cura del bambino nel periodo di puerperio» ⁽²³⁾.

È del resto lo stesso primo comma dell'art. 37 Cost. a chiarire con una mirabile sintesi che «le condizioni di lavoro devono consentire» alla donna lavoratrice «l'adempimento della sua essenziale funzione familiare e assicurare alla madre e al bambino una speciale adeguata protezione».

Se questi sono, insieme, i presupposti e i fini costituzionali cui ogni regolamentazione dell'istituto della maternità deve tendere e ai quali deve essere orientata, ne discende che ogni lavoratrice deve vedersi riconosciuto il diritto di vivere la gestazione e la nascita del figlio senza turbamenti legati alla propria occupazione e alla propria situazione economica a prescindere dal tipo di contratto di lavoro di cui è parte, autonomo o subordinato che sia; ciononostante, il diritto alla tutela della maternità riservato alle lavoratrici libere professioniste ha una storia relativamente recente.

⁽¹⁹⁾ Si veda C. cost. 13 luglio 2019, sentenza n. 158, che richiama i suoi precedenti di cui alle sentenze n. 61/1991, punto 4 del Considerato in diritto, e n. 1/1987, punto 6 del Considerato in diritto, in cui si evidenzia come durante il periodo di congedo obbligatorio sia la stessa normativa a mostrare sensibilità per le «esigenze di carattere relazionale ed affettivo che sono collegate allo sviluppo della personalità del bambino» e alla cura della donna che si trova in una fase delicata della sua vita.

⁽²⁰⁾ Si veda C. cost. 12 settembre 1995, sentenza n. 423, punto 4. del Considerato in diritto.

⁽²¹⁾ Spec. C. cost. 5 gennaio 1993, sentenza n. 3.

⁽²²⁾ Tali indicazioni, sostanzialmente riprese nelle sentenze C. cost. n. 276/1988, n. 332/1988, n. 61/1991 e n. 132/1991, hanno trovato un'ulteriore esplicitazione nella sentenza n. 3/1993, cit., che si esprime nei termini sopra ricostruiti.

⁽²³⁾ Così C. cost. n. 423/1995, cit.

Solo nel 1987, infatti, con la l. 29 dicembre 1987, n. 546 ⁽²⁴⁾, si è pervenuti al riconoscimento dell'indennità di maternità per le lavoratrici autonome, intendendosi per tali, però, unicamente le coltivatrici dirette, le mezzadre e le colone, le artigiane e le esercenti attività commerciali.

Tre anni più tardi lo stesso diritto è stato attribuito anche alle libere professioniste con la l. 11 dicembre 1990, n. 379, che ha riconosciuto la tutela normativa ed economica per l'intero evento della maternità, inteso come complesso di accadimenti, dalla gravidanza al puerperio, accordando ad ogni iscritta ad una cassa di previdenza e assistenza per i liberi professionisti (indicata nella tabella allegata alla legge) ⁽²⁵⁾, per gli ordinari cinque mesi comprensivi della data del parto e costituenti, per le lavoratrici dipendenti, il periodo minimo di astensione obbligatoria dal lavoro ⁽²⁶⁾.

Il d.lgs. n. 151/2001 è poi intervenuto recependo, tra le altre, la legge del 1990 appena citata ⁽²⁷⁾.

A tredici anni dalla sua introduzione, la l. 15 ottobre 2003, n. 289, ha corretto la disciplina della maternità per le libere professioniste riformando sotto un duplice profilo il criterio di calcolo dell'indennità. Il secondo comma dell'art. 70 del TU, novellato, prevede che la provvidenza in parola «viene corrisposta in misura pari all'80 per cento di cinque dodicesimi del solo reddito professionale percepito e denunciato ai fini fiscali come reddito da lavoro autonomo dalla libera professionista nel secondo anno precedente» a quello dell'evento del parto ⁽²⁸⁾. Con la modalità di calcolo prevista nella legge del 2003 e ancora vigente ⁽²⁹⁾, il legislatore ha voluto impedire che rientrassero

⁽²⁴⁾ La citata l. n. 546/1987 è stata adottata in attuazione delle disposizioni fondamentali di cui agli artt. 31 e 37 Cost., e a completamento del sistema già costituito dalla l. n. 860/1950, poi sostituita dalla successiva l. n. 1204/1971.

⁽²⁵⁾ Come noto, per beneficiare dell'indennità di maternità occorre l'iscrizione della professionista ad una cassa previdenziale categoriale. Agli effetti della corresponsione del trattamento, si considerano iscritte le professioniste che abbiano fatto pervenire, alla stessa cassa, regolare domanda di iscrizione a condizione, però, che la domanda venga accolta.

⁽²⁶⁾ La medesima tutela si applica anche in caso di adozione, affidamento preadottivo e aborto, spontaneo o terapeutico, verificatosi dopo il terzo mese gestazionale (in questo caso l'indennità viene, però, corrisposta in misura ridotta).

⁽²⁷⁾ La disciplina dedicata alla maternità delle libere professioniste è confluita nel capo XII del Testo unico, agli artt. 70, 71, 72 e 73, d.lgs. n. 151/2001.

⁽²⁸⁾ Sul punto, si segnala la sentenza Cass. 9 settembre 2008, n. 23090, che precisa come vada «preso in esame soltanto il reddito professionale “percepito e denunciato a fini fiscali” nel secondo anno precedente a quello della domanda, corrispondente all'utile derivato dall'esercizio dell'attività professionale, e non i soli compensi percepiti, dovendosi ritenere una diversa interpretazione, oltre che in contrasto con il chiaro tenore letterale della norma, illogica, atteso che, ove le spese fossero superiori ai compensi, non vi sarebbe reddito da assoggettare a imposta».

⁽²⁹⁾ Si tenga presente che, con riferimento alle modalità di svolgimento dell'attività ed all'incidenza che questa ha sul diritto maturato, la Suprema Corte, con orientamento ormai consolidato, ritiene che sussista un duplice regime per il computo dell'indennità di maternità delle libere professioniste, l'uno per il tempo in cui era vigente la l. n. 379/1990, l'altro, viceversa, per il tempo successivo all'entrata in vigore della l. n. 289/2003. Nella vigenza della prima legge, e fino al 29 ottobre 2003, data di entrata in vigore della seconda, ai fini della determinazione dell'indennità di maternità spettante alle libere professioniste, occorre riferirsi al reddito percepito e denunciato ai fini fiscali dalla libera professionista nel secondo anno precedente a quello della domanda a prescindere dalla forma in cui in concreto sia esercitata l'attività professionale e anche quando il reddito conseguito abbia natura mista, professionale e di impresa. A far data dall'entrata in vigore della l. n. 289/2003, invece, si deve considerare

nella base di calcolo redditi diversi da quelli derivanti da lavoro autonomo professionale maturati, ora, nel secondo anno precedente la data del parto e non più nel secondo anno precedente a quello della domanda. La rideterminazione del *dies a quo* per l'individuazione del periodo utile al calcolo reddituale è funzionale a rendere più oggettivo ed eguale il criterio di determinazione del periodo stesso evitando la possibilità che lo si possa essere modificare discrezionalmente e singolarmente scegliendo quando presentare la domanda così da aumentare i parametri reddituali ⁽³⁰⁾.

Dall'applicazione della normativa menzionata sono scaturite questioni interpretative poi chiarite dalla giurisprudenza, anche costituzionale, di significativo rilievo pratico la cui analisi appare utile al fine di compiutamente delineare lo sfondo su cui si è inserita la novella apportata dal d.lgs. n. 105/2022 e correttamente interpretarne i confini applicativi ⁽³¹⁾.

soltanto il reddito professionale denunciato ai fini fiscali come reddito da lavoro autonomo, a prescindere dall'eventuale concomitante attività in ambito d'impresa.

In particolare, con la sentenza Cass. 10 giugno 2005, n. 12260, la Corte di Cassazione ha affermato, muovendo dal criterio di cui all'art. 1 della l. 289/2003, che per stabilire l'ammontare dell'indennità la base di calcolo comprende il solo reddito derivante dall'attività autonoma (di farmacista, nel caso specifico) e non quello eventuale di natura diversa, qual è quello derivante dall'esercizio di attività d'impresa in ambito societario. Cfr. Cass. 7 novembre 2014, sentenza n. 23809, nonché i suoi precedenti n. 11935/2008; n. 17652/2009; n. 12528/2009; n. 13725/2010 e n. 29069/2011.

⁽³⁰⁾ Il problema posto dalla formulazione della disposizione nel testo vigente prima del 2003 è bene evidenziato da un caso deciso dalla sentenza di Cass. civ., n. 22023 del 28.10.2010, nel quale è stata riconosciuta un'indennità di maternità di più di 855.000 euro ad una professionista che aveva fatto domanda alla Cassa forense nel 2001, avendo dichiarato due anni prima un reddito di quasi cinque miliardi di lire. La Cassa aveva corrisposto all'avvocato circa 23.500 euro, utilizzando un criterio di computo assai restrittivo, ma la Cassazione ha statuito che «Il testo della norma applicabile al caso in esame *ratione temporis* è infatti chiaro e inequivoco: il riferimento al reddito percepito e denunciato a fini IRPEF (quindi a qualunque reddito e non solo a quello strettamente professionale [...]) nonché l'assenza di qualunque ulteriore limitazione (oltre l'abbattimento del 20% del reddito di riferimento) non lascia adito ad alcun dubbio al riguardo», tanto più che il legislatore «è libero di modulare diversamente nel tempo e a seconda delle categorie di lavoratrici madri il livello di tutela della maternità con misure di sostegno legate a fattori di variabilità incidenti ora sulla salvaguardia dei livelli di reddito delle fruitrici dell'indennità, ora ad esigenze di bilancio, tenuto conto dell'incidenza quantitativa delle erogazioni, che, per quanto riguarda la professione legale, è mutata rispetto ai primi anni di applicazione della legge». L'obiettivo della riforma del metodo di calcolo del parametro su cui applicare il tasso dell'80 per cento al fine della determinazione dell'indennità di maternità, pertanto, era quello di evitare abusi, impedire la possibilità di determinare artatamente un livello reddituale più alto per ottenere un sussidio di importo più elevato di quello cui si avrebbe diritto ed evitare, in ogni caso, il rischio di erogazioni di indennità eccessivamente alte, non facilmente sostenibili per le casse previdenziali professionali, anche a tutela della *ratio* assistenziale di tale beneficio economico. Per un approfondimento sul punto si rinvia a L. CARBONE, *op. cit.*

⁽³¹⁾ Ulteriori rispetto a quelli che saranno trattati nella presente ricostruzione, ma comunque di preminente rilievo cui, qui, si può solamente fare cenno sono, innanzitutto, il tema della possibilità per il padre di fruire dell'indennità di maternità alternativamente alla madre. La Corte costituzionale, con la sentenza 14 ottobre 2005, n. 385, ha sancito l'illegittimità degli artt. 70 e 72 del d.lgs. n. 151/2001 nella parte in cui non disponevano che al padre libero professionista spettasse il diritto di fruire dell'indennità di maternità in alternativa alla madre, professionista anch'essa. Nella sentenza, la Consulta ha rilevato che le disposizioni citate riconoscevano, sì, in alternativa alla madre, il diritto all'indennità per il padre, ma solo per quello dipendente e non per quello dedito ad attività libero professionale. La discriminazione in parola, secondo la Corte, ledeva il principio di parità di trattamento tra i genitori e tra lavoratori dipendenti e autonomi e pregiudicava sia la protezione della famiglia sia la

Uno dei temi principali, relativo all'ipotesi in cui la professionista, quanto meno per una parte del periodo potenzialmente coperto dall'indennità, non risulti iscritta a nessuna cassa previdenziale di categoria, è stato deciso dalla Suprema Corte di Cassazione che, con orientamento ormai consolidato, ha precisato che l'indennità possa essere frazionata, e così ridotta, in ragione dei mesi effettivi di copertura contributiva ⁽³²⁾ e lo stesso principio è stato espresso in altre occasioni anche rispetto alla circostanza che il periodo di copertura fosse in parte precedente all'entrata in vigore della l. n. 379/1990 ⁽³³⁾.

Altra questione discussa è stata quella relativa al cumulo delle indennità di maternità provenienti da diversi enti previdenziali, soprattutto quando la libera professionista sia titolare anche di un rapporto di lavoro a tempo definito. L'art. 71 del TU dispone semplicemente che la domanda sia corredata da una dichiarazione della professionista attestante l'inesistenza del diritto all'indennità ad altro titolo e la Corte di Cassazione ha chiarito come la formulazione letterale della disposizione non consenta alla Cassa professionale previdenziale «di erogare il trattamento di maternità allorché la lavoratrice abbia già goduto per lo stesso titolo di un trattamento a carico di altro ente», avendo già ottenuto la provvidenza in parola in virtù di un rapporto di lavoro ulteriore e diverso ⁽³⁴⁾. La stessa Corte precisa che il concetto di «tenore di vita», al cui mantenimento la libera professionista ha diritto anche nel periodo di maternità secondo la giurisprudenza costituzionale citata, «non è sovrapponibile a quello di livello retributivo goduto in senso stretto, essendo valutabile nel suo complesso e tenuto conto di plurimi criteri di giudizio», posto anche che la giurisprudenza che ha applicato e interpretato la disposizione si è formata, in gran parte, su prestazioni di maternità godute in relazione ad una singola professione o ad un singolo rapporto di lavoro autonomo o subordinato e non sia, per ciò, automaticamente estensibile ai casi in discussione in cui, invece, la lavoratrice è titolare di due diversi rapporti di lavoro ⁽³⁵⁾.

tutela del minore. Sotto altro aspetto, la Consulta ha avuto modo di affrontare anche lo specifico tema del riconoscimento dell'indennità di maternità alle libere professioniste in occasione dell'adozione, o affido, internazionale di un minore: con sentenza 23 dicembre 2003, n. 371, infatti, ha dichiarato l'illegittimità dell'art. 72, d.lgs. n. 151/2001, nella parte in cui non prevedeva che l'indennità spettasse anche nel caso di ingresso in famiglia del minore con un'età superiore ai sei anni. La giurisprudenza di merito ha poi interpretato estensivamente lo stesso art. 72 prevedendo il diritto a percepire l'indennità da parte della professionista anche nel caso di mero affidamento provvisorio del minore (cfr. Trib. Pistoia, sentenza del 12 marzo 2007).

⁽³²⁾ Cass. 22 novembre 2001, sentenza n. 14814.

⁽³³⁾ Cass., sez. un., 1° settembre 1999, n. 612 e Cass. 19 maggio 2003, n.7857, in cui si precisa che la tutela non è indirizzata all'evento del parto, ma alla maternità e al puerperio. Per un approfondimento, si rinvia a L. CARBONE, *op. cit.*, spec. pp. 2915-2917.

⁽³⁴⁾ Si fa riferimento a Cass. 17 giugno 2013, sentenza n. 15072, con la quale ha negato la corresponsione dell'indennità di maternità da parte della Cassa forense ad un avvocato che, essendo anche insegnante *part-time* di ruolo nel comparto scuola, aveva già rivolto la richiesta d'indennità all'Inpdap, a nulla rilevando, ormai, i versamenti effettuati alla Cassa professionale di appartenenza.

⁽³⁵⁾ Cfr., la già citata decisione Cass. n. 15072/2013, che richiama sul punto la sentenza C. cost. n. 3/1998, già ricordata. Per completezza, preme rilevare come, a breve distanza di tempo, il Ministero del Lavoro sia pervenuto a conclusioni diverse nella risposta all'interpello n. 22 del 4 luglio 2013. La fattispecie era differente e aveva ad oggetto la domanda di maternità di una psicologa iscritta all'EN-PAP, che svolgeva anche attività convenzionata con il Servizio Sanitario Nazionale a tempo parziale. Il regolamento dell'ente in parola per la corresponsione dell'indennità di maternità specificava che «ove si svolga un lavoro *part-time*, l'Ente integra la prestazione percepita [...] sino alla concorrenza

4.1. L'astensione lavorativa per maternità e le libere professioniste

Altra e primaria questione, posta dalla normativa in commento, che ha suscitato un serio dibattito dottrinale investendo anche la Corte costituzionale e che merita un approfondimento a parte, coinvolgendo anche la novella introdotta dalla disciplina del d.lgs. n. 105/2022, attiene, poi, all'obbligo dell'astensione dall'attività lavorativa per la libera professionista che percepisca l'indennità di maternità.

Sul punto, la sentenza, già citata, n. 3/1998 della Corte costituzionale ha precisato che la disciplina normativa consente alla libera professionista di scegliere liberamente modalità di lavoro compatibili con il prevalente interesse del figlio, il che non confligge con il diritto all'indennità e, pertanto, non lo fa venir meno ⁽³⁶⁾.

Mentre infatti, per le lavoratrici dipendenti, soggette alla etero-direzione della loro attività, la legge ha dovuto imporre ai datori il divieto di impiegare le gestanti negli ultimi due mesi di gravidanza e nei tre mesi successivi al parto, il diverso sistema di autogestione dell'attività consente alle donne professioniste di scegliere liberamente modalità di lavoro tali da conciliare le esigenze professionali con il prevalente interesse del figlio ⁽³⁷⁾.

I dubbi sulla legittimità costituzionale dell'art. 1, l. n. 379/1990, nella parte in cui non prevede, per l'appunto, l'obbligo per la libera professionista di astenersi dall'attività professionale nel periodo di copertura indennitaria, sollevati dalla Cassa previdenziale del Notariato in riferimento agli artt. 3, 32 e 37 della Carta, sono stati fugati a chiare lettere dalla Consulta. In quella sentenza si spiega, infatti, come «per assolvere in modo adeguato alla funzione materna la libera professionista non deve essere turbata da alcun pregiudizio alla sua attività professionale. Ciò può avvenire lasciando che la lavoratrice svolga detta funzione familiare conciliandola con la contemporanea cura degli interessi professionali non confliggenti col felice avvio della nuova vita umana. La probabile diminuzione del reddito a motivo della sospensione o riduzione dell'attività lavorativa non incide, comunque, sulla predetta necessaria serenità se compensata dal sostegno economico proveniente dalla solidarietà della categoria cui la donna appartiene» ⁽³⁸⁾.

della misura minima prevista dall'ENPAP stesso». Da tale previsione il Ministero ha dedotto che il principio d'incumulabilità si applichi per il periodo di quattordici settimane già coperte dall'Inps in forza di specifico accordo collettivo nazionale, ma non in relazione al restante periodo di maternità obbligatoria, che quindi deve essere coperto dall'ENPAP.

⁽³⁶⁾ Sulla base di quella fondamentale pronuncia costituzionale n. 3/1998, la Suprema Corte di Cassazione ha reso, tra le altre, le note sentenze Cass. 26 marzo 2002, n. 4344, e 9 settembre 2008, n. 23090, entrambe relative al caso di una professionista iscritta all'albo dei notai.

⁽³⁷⁾ Cfr. C. cost. n. 3/1998.

⁽³⁸⁾ Così, *ivi*, penultimo capoverso del Considerato in diritto. La cassa del notariato aveva rivendicato che la tutela della salute di neonato e puerpera richiedesse, durante il periodo coperto dall'indennità di maternità, l'interdizione dal lavoro della lavoratrice, sia essa autonoma sia essa subordinata. Corte, però, ha chiarito che la norma impugnata «non determinando oggettivi ostacoli allo svolgimento del ruolo materno, non urta con il precetto dell'articolo 32 della Costituzione. La tutela costituzionale del diritto alla salute della donna e del bambino, infatti, non è vulnerata dalla esistenza di una norma che per una particolare categoria di lavoratrici stabilisce una protezione complessivamente adeguata alle

In una precedente occasione, relativa proprio alla normativa sulla maternità c.d. aggravata – il cui diritto è stato solo oggi, con il d.lgs. n. 105/2022, attribuito alla libera professionista – la Corte si era espressa con la sentenza del 2-21 aprile 1993, n. 181 sulla legittimità della previsione di trattamenti normativi e previdenziali diversi per diverse categorie di percettori sulla base della migliore adeguatezza alle esigenze dei lavoratori stessi, ritenendo che il legislatore possa discrezionalmente valutare le esigenze di vita da tutelare. Tale diseguaglianza «può giustificarsi anche nel trattamento normativo ed economico delle lavoratrici subordinate e di quelle autonome, ancorché in relazione al medesimo evento della gravidanza, se si considerano le diversità relative alle due situazioni» ⁽³⁹⁾. Ed invero, «solo per le lavoratrici subordinate gestanti la legge ha potuto prevedere, oltre alcuni effetti economici, anzitutto il “divieto di adibirle al lavoro” (art. 4 legge n. 1204 del 1971) e “l’interdizione dal lavoro” per ordine dell’Ispettorato (art. 5)», ciò che «evidentemente non poteva disporsi» per le lavoratrici autonome e, quindi, anche per le libere professioniste, alle quali viene corrisposta, invece e solamente, un’indennità per un eguale periodo e in una misura sostanzialmente di pari entità ⁽⁴⁰⁾.

In altri termini, di fronte all’identico evento della maternità, ed in presenza della comune finalità sociale di supplire al mancato reddito durante il periodo di gravidanza cui tende l’indennità in questione, la legge riserva alle lavoratrici autonome un trattamento diverso da quello accordato alle dipendenti, che non può essere considerato “irragionevolmente deteriore” rispetto al secondo poiché vi sono «ragionevoli margini per una certa differenziazione del trattamento a motivo delle diverse situazioni in cui si trovano ad operare le lavoratrici autonome e subordinate, nonché per i differenti rispettivi sistemi contributivi» ⁽⁴¹⁾.

Anche la giurisprudenza della Corte di Cassazione si è espressa in termini analoghi chiarendo come l’indennità spetti alla libera professionista che nei cinque mesi di c.d. astensione obbligatoria abbia proseguito a svolgere la sua prestazione, in considerazione del fatto che il diritto sorge in funzione della sola iscrizione alla cassa previdenziale, senza collegarlo o condizionarlo a determinate modalità di svolgimento dell’attività di lavoro nonché della finalità di speciale tutela perseguita dalla legge che ha voluto che la professionista, per assolvere in modo adeguato alla funzione materna, non sia turbata da alcun pregiudizio alla sua professione, precisando che ciò può avvenire solo consentendole di conciliare detta funzione familiare con la contemporanea cura degli interessi professionali non confliggenti con l’avvio sereno della nuova vita umana ⁽⁴²⁾.

Le parole, riprese anche dalla giurisprudenza di merito e di Cassazione appena ricordate, con cui la Corte costituzionale ha chiarito come non si possa imporre alle lavoratrici autonome in senso lato, e alle libere professioniste in particolare, l’astensione dal lavoro mentre percepiscono l’indennità di maternità ha esplicitato l’ovvio: se la

peculiari caratteristiche della categoria medesima». Cfr., *ivi*, ultimo capoverso del Considerato in diritto.

⁽³⁹⁾ C. cost. 21 aprile 1993, sentenza n. 181.

⁽⁴⁰⁾ C. cost. n. 181/1993, *cit.*

⁽⁴¹⁾ *Ivi*, punto 4. del Considerato in diritto.

⁽⁴²⁾ Cfr. Cass. 26 marzo 2002, sentenza n. 4344; Cass. 21 novembre 1998, sentenza n. 11817; Cass. 22 gennaio 1999, sentenza n. 612; Cass. 13 luglio 1999, sentenza n. 7447. Si rinvia a L. CARBONE, *op. cit.*, spec. 2919 ss.

professionista, per ricevere l'indennità di maternità, venisse costretta a non prestare la propria attività nei due mesi anteriori alla data presunta del parto e nei tre successivi allo stesso, verrebbe doppiamente discriminata: *in primis*, rispetto alle lavoratrici subordinate perché, mentre per queste l'obbligo di astensione dal lavoro si configura come primaria garanzia, rafforzata dal divieto di licenziamento fino al compimento del primo anno del figlio (*ex art. 54 TU*) e dal diritto a tornare a ricoprire il proprio posto senza alcuna modificazione appena terminato il periodo di congedo obbligatorio, per la libera professionista sarebbe l'esatto opposto. Per definizione, infatti, se non le si consente di lavorare, sia pure nella misura e con le modalità che ella sola ritiene congrue rispetto alla propria vita personale e familiare e alle proprie condizioni di salute, la libera professionista esce dal mercato, rischiando di perdere, alla fine dei cinque mesi, il suo avviamento professionale e, quindi, il tenore di vita raggiunto, il livello reddituale e la fiducia e credibilità ottenuta durante lo svolgimento della carriera professionale prima all'evento maternità. Un obbligo di legge di tal fatta rischierebbe di mutare pericolosamente le stesse caratteristiche del rapporto di lavoro autonomo e libero professionale, per natura auto-determinato e libero da imposizioni esterne di sorta, così che la lavoratrice si ritroverebbe ad essere trattata come una dipendente, pur senza averne le tutele, con indubbie ricadute gravemente negative sulla maternità stessa e sul tasso di natalità ⁽⁴³⁾.

Non solo, si perpetrerebbe una discriminazione per ragioni di sesso anche rispetto ai colleghi uomini che, non vivendo questa situazione, ben potrebbero giovare dell'impedita astensione dal lavoro delle colleghe per farsi spazio nel mercato del lavoro e colmare gli spazi lasciati vuoti dalla maternità delle donne, così da aggravare ancora il *gender gap* e il *gender wage gap* ⁽⁴⁴⁾.

La libera professionista in maternità, pertanto, deve poter ricevere il trattamento economico previdenziale di solidarietà dalla propria cassa categoriale di appartenenza, deve poter lavorare conciliando i propri impegni personali e familiari con quelli di natura lavorativa, deve, però e allo stesso tempo, anche poter scegliere di non mantenere lo stesso ritmo di lavoro per vivere in serenità e benessere quel delicato periodo, per la sua vita e quella del figlio, nascituro e nato, che è la maternità, tanto più se si devono affrontare situazioni critiche dal punto di vista medico.

⁽⁴³⁾ Nel momento storico in atto il discorso sulla natalità zero o sulla denatalità, sulle donne, sulla discriminazione professionale e reddituale che subiscono, sulla loro necessaria valorizzazione e sull'occupazione di maggiori spazi pubblici, anche apicali, occupano un posto di primario rilievo nel dibattito politico e culturale e si muovono di pari passo. Non è questa la sede per affrontarli, per cui si rinvia, *ex plurimis*, a A. MINELLO, *Non è un Paese per madri*, Laterza, 2022, che ricostruisce la questione femminile, analizzandola nella sua complessa interezza e raccordando, in un unico ragionamento, discipline scientifiche diverse, dando perfettamente conto anche dei più recenti rapporti statistici nazionali e internazionali; G. PRIULLA, *La difficile libertà delle donne. Ragionando di corpi e di poteri*, Settenove, 2016; O. BONARDI (cura di), *Eguaglianza e divieti di discriminazione nell'era del diritto del lavoro derogabile*, Ediesse, 2017; E. ROSCI, *Mamme acrobate. In equilibrio sul filo della vita senza rinunciare alla felicità*, Rizzoli, 2007.

⁽⁴⁴⁾ V. FILÌ, [Le difficili libertà delle donne tra gender wage gap, soffitti di cristallo e bassa fecondità](#), in *LDE*, 2021, n. 2.

5. Spigolature tra le discriminazioni per maternità sofferte dalle libere professioniste. Considerazioni di sintesi

L'invito mosso dalla Corte costituzionale al legislatore, con la citata sentenza numero 181 del 1993, è stato accolto solamente nel 2022 con l'art. 2, comma 1, lett. *ν*, del d.lgs. n. 105, in commento.

Quella manchevole disciplina della tutela della maternità delle libere professioniste, che “dimenticava” di proteggere la lavoratrice ogni volta che, per motivi preesistenti o sopravvenuti, vi fosse il rischio di compromissione della salute propria o del figlio così costringendo le donne a dolorose e spesso non libere scelte, è stata finalmente completata con la previsione del diritto alla maternità anticipata c.d. a rischio.

Nonostante la sintesi della previsione di legge ⁽⁴⁵⁾, che sarà integrata dagli atti amministrativi che ciascuna cassa di previdenza categoriale adotterà, la nuova normativa rappresenta un indubbio passo in avanti rispetto alla promozione e alla protezione della maternità, alla lotta contro la discriminazione di genere, al rafforzamento delle tutele per le lavoratrici autonome, nel confronto con le subordinate. Un indubbio passo in avanti, cioè, per affermare nei fatti una cultura giuridica di libertà, con l'obiettivo di garantire la libera autodeterminazione della persona.

Purtroppo, però, l'eguaglianza sostanziale nella prospettiva di genere è lontana dall'essere raggiunta: la segregazione occupazionale e la differenziazione per genere dei livelli retributivi contraggono le libertà individuali, riducono i livelli di tutela e protezione sociale, pregiudicando la stessa società, con indubbie ricadute negative sia a livello individuale, sulla vita delle persone, sia a livello sistemico, sulla crescita dei Paesi (senza andare lontano anche solo europei), poiché ⁽⁴⁶⁾.

Molti sono ancor i nodi irrisolti della disciplina della maternità, in generale, e, in particolare, per le lavoratrici autonome e le libere professioniste. Qualche dato aggiornato può aiutare nella corretta analisi del fenomeno in discussione.

L'ultimo rapporto Adepp ⁽⁴⁷⁾ ha dedicato diversi passaggi all'analisi di genere nel mondo delle Casse dei Professionisti e il primo dato di assoluto impatto riguarda la crescita vertiginosa del numero delle professioniste rispetto alla componente maschile, «facendo emergere un processo di “femminilizzazione” non riscontrabile in altri settori» ⁽⁴⁸⁾. Le donne sono passate dal 30% degli iscritti ad oltre il 41% degli iscritti in 14 anni, dando così luogo ad un *trend* di crescita che nessuna altra categoria

⁽⁴⁵⁾ Nella sentenza 181/1993 cit., la Consulta riteneva di non potere, essa stessa, sopperire alla lacuna normativa attraverso una pronuncia additiva che estendesse alle lavoratrici autonome norme previste per ipotesi diverse, dovendosi invece necessariamente modulare le normative alla differente situazione delle lavoratrici autonome rispetto a quelle dipendenti. In quel monito, la Corte costituzionale enucleava una serie di aspetti che riteneva di necessaria trattazione legislativa che, però, vista la sintetica previsione approvata, non sono stati completamente affrontati dalla nuova previsione in commento. Il tipo di tutela adeguato alle caratteristiche del diverso lavoro, le condizioni cui subordinare la tutela stessa, le modalità di controllo, le conseguenze economiche, la gradualità del processo di parificazione delle forme di tutela: sono solo alcuni degli aspetti che la Corte elencava e che riteneva esigessero un intervento articolato del legislatore.

⁽⁴⁶⁾ V. FILÌ, *op. cit.*, che richiama anche la risoluzione del Parlamento UE del 13 settembre 2016, [P8_TA\(2016\)0338](#).

⁽⁴⁷⁾ Associazione degli Enti Previdenziali Privati, [XI Rapporto sulla previdenza privata](#). Si precisa che nel computo di Adepp rientrano anche i professionisti con albo e con contratto di lavoro dipendente.

⁽⁴⁸⁾ [XI Rapporto Adepp](#), *Focus sulle donne*.

lavorativa ha vissuto, in cui piuttosto la componente femminile è rimasta pressoché costante negli anni, come nel caso delle lavoratrici dipendenti, ovvero ha fatto registrare modesti incrementi percentuali, ed è questo il caso delle libere professioniste non ordinistiche e delle altre lavoratrici autonome.

Particolarmente significativa è l'analisi della distribuzione per sesso e per età dei professionisti: le donne sono mediamente più giovani degli uomini, l'età media delle prime è, infatti, di circa 45 anni, contro i 50 degli uomini; le donne sotto i trenta anni rappresentano circa il 55% del totale contro il 45% degli uomini ⁽⁴⁹⁾.

Quanto, poi, all'analisi dei dati reddituali, è confermato chiaramente il c.d. il *gender pay gap* tra i liberi professionisti iscritti ad enti previdenziali privati categoriali.

Nel complesso, il reddito medio dei professionisti e delle professioniste è calato negli ultimi 15 anni. Se si includono gli effetti dell'inflazione sui redditi, si osserva che questi sono scesi, in termini reali, del 12% dal 2005. Le cause di tale decrescita vengono imputate, dagli analisti, alla crisi del settore professionale, ma anche e proprio alla c.d. femminilizzazione delle libere professioni. «In particolare, oltre all'effetto riforme, la diminuzione dei redditi è anche dovuta alla crescente quota di donne nelle professioni che, come vedremo nelle analisi successive, hanno mediamente redditi inferiori a quelli dei colleghi uomini e quindi l'aumento percentuale della componente femminile tra i professionisti contribuisce a ridurre il reddito medio complessivo» ⁽⁵⁰⁾.

Nel 2020 la differenza di reddito fra professionisti e professioniste è stata pari a circa il 55%, che significa che ponendo a 100 il reddito degli uomini, quello delle donne è stato di 45.

Una differenza di reddito persistente per tutte le fasce d'età incluse le giovanissime. Fra gli iscritti aventi tra i venti e trenta anni, le donne hanno dichiarato in media 13.074 euro annui, gli uomini 15.278 euro: un dato questo che, se da una parte esprime la difficoltà dei giovani professionisti, uomini e donne, a crearsi un reddito che permetta loro di essere indipendenti, dall'altra parte denuncia la ancora più acuta problematicità per le donne che, pur laureandosi prima e con una media più alta rispetto ai colleghi maschi, iscrivendosi prima agli ordini professionali e prima entrando nel mondo del lavoro, raggiungono livelli reddituali più bassi dei colleghi uomini ⁽⁵¹⁾.

Analizzando i dati appena riportati, si può desumere che, mentre all'avvio dell'attività professionale la differenza percentuale è poco percettibile, il che farebbe supporre una irrilevanza di una pregiudiziale di genere, con il passare degli anni la stessa tenda ad aumentare, spiegandosi probabilmente – per non dire indubbiamente – con una difficoltà di conciliazione tra famiglia e lavoro ⁽⁵²⁾.

Ancora più interessante, infatti, si rivela il *gap* tra professioniste e professionisti in c.d. età genitoriale: fra i 30 e i 40 anni le donne dichiarano 18 mila euro annui, gli uomini

⁽⁴⁹⁾ Questi dati trovano ragione nella composizione dei nuovi iscritti agli enti previdenziali categoriali e ordinistici, che vedono maggioritaria la presenza femminile. Anche per l'anno 2020, infatti, confermando il *trend* degli anni precedenti, questi hanno in gran parte età sotto i 40 anni (85,9% delle donne e 76,1% degli uomini), ma con differenze rilevanti tra uomini e donne. Infatti, mentre l'età media delle nuove professioniste si aggira intorno ai 31 anni, quella dei colleghi uomini è pari a circa 34 anni. Ivi.

⁽⁵⁰⁾ Testualmente, [XI Rapporto Adepp](#), spec. p. 58.

⁽⁵¹⁾ Cfr. [Rapporto AlmaLaurea 2022 sul profilo e sulla condizione occupazionale dei laureati](#).

⁽⁵²⁾ Così, XI Rapporto Adepp, *Focus sulle donne*, alle pp. 4 e 5.

28 mila. Fra i 40 e i 50 anni, le donne 26 mila e gli uomini 44 mila. Fra i 50 e i 60 anni le donne 34 mila e gli uomini 58 mila ⁽⁵³⁾.

Ancora. Nonostante il reddito medio delle libere professioniste sia circa 24 mila euro, la metà di loro ha un reddito inferiore ai 16.500 euro. Per contro, la metà degli uomini ha un reddito inferiore ai 26.000 euro.

Fra 16 mila e 26 mila euro annui, la differenza è la possibilità di essere indipendenti (!).

Sotto altro aspetto, la fascia d'età con reddito massimo risulta essere quella dei professionisti uomini con età compresa tra i cinquanta ed i sessanta anni e i professionisti sotto i trenta anni dichiarano circa un quarto dei loro colleghi con età compresa tra i cinquanta e i sessanta anni ⁽⁵⁴⁾.

Se infine si analizza, per le diverse fasce d'età e per i due generi, il rapporto tra reddito e fatturato, si rilevano due aspetti interessanti: il rapporto tende a scendere con l'aumento dell'età del libero professionista ed esiste una maggiore differenza tra reddito e fatturato nei professionisti uomini rispetto alle colleghe donne. Probabilmente tali aspetti possono trovare una giustificazione nel fatto che «in molti casi (probabilmente ancor più per le donne e nei primi anni di attività), l'attività professionale sia in realtà una attività svolta in favore di altri professionisti (rendendola più simile a quella di lavoro dipendente/collaboratore) e ciò comporta che il fatturato coincida quasi completamente con il reddito, ovvero che il genere femminile tenda a privilegiare specializzazioni professionali caratterizzate fortemente dal proprio lavoro individuale (e quindi con pochi costi di struttura) anche al fine di poter meglio conciliare vita familiare e attività professionale» ⁽⁵⁵⁾.

I dati riportati mostrano plasticamente come la componente femminile nel mercato del lavoro libero professionale sia in aumento, comunque già quantitativamente significativa e qualitativamente di livello elevato.

La libera professione, per definizione, comporta una partenza lenta in termini di fiducia, conoscenza e, quindi, reddito e fatturato, in una prospettiva di crescita che dovrebbe garantire al lavoratore margini di lavoro e profitto più elevati, soprattutto per le professioni ordinistiche.

A parte la crisi che dal 2008 ad oggi ha coinvolto e modificato le dinamiche, anche reddituali, del settore libero professionale del mercato del lavoro ⁽⁵⁶⁾, aggravata poi

⁽⁵³⁾ Dati reperiti dall' XI Rapporto Adepp, citato. È da notare che la differenza di reddito tra uomini e donne risulta essere una costante a prescindere dalla regione di riferimento seppure con evidenti differenze da regione a regione

⁽⁵⁴⁾ Per confronto, il rapporto mostra anche i redditi dei professionisti rientranti nelle categorie delle professioni non ordinistiche differenziate per settore di attività. Si può notare come i redditi, in media, siano minori di quelli prodotti dai professionisti iscritti ad un ordine professionale. In particolare, l'area di attività a maggior reddito risulta essere quella della consulenza gestionale (tra gli altri: consulenti d'impresa, amministrativo-gestionali e pianificazione aziendale) con un reddito medio di 25.394 euro annui. Altre categorie come il *counselling*, il supporto a strutture di accoglienza o i servizi di formazione, non superano i 10 mila euro di reddito annuo.

⁽⁵⁵⁾ Così, XI Rapporto Adepp, *Focus sulle donne*, cit., pp. 6 e 7.

⁽⁵⁶⁾ Si vedano i dati dell'Osservatorio del Consiglio e della Fondazione Nazionale dei Commercialisti sugli occupati per profilo professionale tra gli anni 2007 e 2019 pubblicati dal Consiglio Nazionale dei Dottori Commercialisti e degli Esperti Contabili. Si veda, CNDCEC e FNC, [Osservatorio liberi professionisti](#), 3 giugno 2020. Si veda altresì il [Rapporto regionale sulle libere professioni di](#)

negli anni della pandemia da Covid-19, quello che i dati dimostrano è la persistenza marcata del fenomeno della segregazione occupazionale e, soprattutto, della differenziazione di genere dei livelli retributivi e reddituali, la cui causa viene su più punti del citato rapporto individuata nella esigenza tutta femminile di «poter meglio conciliare vita familiare e attività professionale»⁽⁵⁷⁾, che incide anche sulla tipologia di occupazione libero professionale che le donne prediligono rispetto agli uomini, ovvero nella «difficoltà di conciliazione famiglia/lavoro», da cui discenderebbe un pregiudizio di genere sulle donne che, con l'aumentare dell'età, vedono sempre più crescere il differenziale retributivo rispetto ai colleghi.

Le libere professioniste nella fascia d'età tra i trenta e i quaranta anni, invero, si trovano nel periodo della svolta non solo lavorativa, poiché nella maggior parte dei casi – come accade regolarmente ai colleghi maschi – dovrebbero iniziare a vedere i frutti dell'aver avviato l'attività professionale anni prima e guadagnare progressivamente di più, ma anche familiare, poiché è in questo momento che frequentemente sorge il desiderio di stabilità affettiva e di maternità. I due aspetti, però, rischiano di rivelarsi incompatibili e di porre, di fatto, la donna dinanzi ad una scelta⁽⁵⁸⁾.

L'effetto è che la libera professionista che decida di non rinunciare né al lavoro né alla famiglia, si ritrova ad essere discriminata rispetto ai propri colleghi uomini dal punto di vista della fiducia del mercato rispetto alla sua attività e della capacità reddituale e di profitto, e rischia di essere discriminata anche rispetto alle donne che abbiano scelto percorsi lavorativi differenti, perché si ritrova priva di alcune fondamentali tutele.

La disciplina in commento, quindi, ha fornito un contributo nel senso di rafforzare le garanzie estendendo anche alle libere professioniste le indennità per la maternità a rischio. Un piccolo passo su una strada ancora lunga da percorrere per il riconoscimento normativo del valore e del significato della maternità nella vita della madre, in quanto donna e in quanto lavoratrice, soprattutto se libera professionista.

Confprofessioni. Per gli effetti determinati dalla pandemia, si veda il VII [Rapporto sulle libere professioni in Italia](#) di Confprofessioni, presentato il 15 dicembre 2022.

⁽⁵⁷⁾ Sulla influenza della componente culturale e tradizionale, oltre che di quella strutturale, che insinua sulle donne la schiavitù del modello sociale dell'essere unica depositaria dei compiti di cura, madre perfetta e perfezionista, e sugli uomini il peso dell'essere i c.d. *breadwinner*, si rinvia al recente saggio di A. MINELLO, *op. cit.*, per la cui lettura si consenta anche il rinvio a L. TASCHINI, *Non è un Paese per madri. Essere donna in Italia oggi*, in *RDS*, 2022, n. 3, p. 511 ss.

⁽⁵⁸⁾ A mancare non è il poco desiderio di genitorialità, quanto la sua non realizzazione: il 41 per cento di chi ha già un primo figlio, infatti, dichiara di desiderare di averne un altro, ma sono pochi coloro che vi riescono. Dal punto di vista demografico, il concetto principale per affrontare la questione della bassa fecondità viene individuato proprio nel c.d. *fertility gap*, ovvero nella differenza tra il numero di figli desiderati e la fecondità realizzata. Sulla base delle interviste Istat, infatti, risulta che le donne che hanno un figlio solo spesso ne avrebbero desiderati o ne desidererebbero più; in una quota significativa, le donne che non hanno figli avrebbero desiderati o desidererebbero averli. Le donne si ritrovano nei fatti a dover rinunciare, ritardare e (inevitabilmente) ridimensionare i loro progetti riproduttivi per non essere marginalizzate nel mercato del lavoro. Cfr., per tali analisi, A. MINELLO, *op. cit.*

**Divieto di discriminazione
(art. 3, comma 1, lett. a, d.lgs. n. 105/2022)**

di Mario Cerbone

Abstract – Il saggio intende analizzare l’impatto del divieto di discriminazione introdotto dal d.lgs. n. 105/2022 per alcune ipotesi di cui alla l. n. 104/1992, operando in via interpretativa una separazione concettuale delle fattispecie normative ivi previste: da un lato, i benefici richiesti dai lavoratori e dalle lavoratrici per fronteggiare situazioni soggettive che risultano sganciate da ogni valutazione sull’esercizio del potere gestionale del datore di lavoro; dall’altro lato, le ipotesi che invece connettono le richieste dei lavoratori e delle lavoratrici all’esercizio di specifiche prerogative datoriali. L’istanza di protezione recepita dal legislatore viene scandagliata altresì dal lato della tutela processuale, per la quale il nuovo assetto normativo (segnatamente con l’introduzione del rito semplificato) sembrerebbe aprire delicate questioni interpretative, in grado potenzialmente di scardinare l’effettività della tutela antidiscriminatoria.

Abstract – Prohibition of discrimination [art. 3, paragraph 1, lett. a, Legislative Decree no. 105/2022] The contribution focuses on the prohibition of discrimination introduced by Legislative Decree no. 105/2022 for some hypotheses referred to l. no. 104/1992, operating in an interpretative way a conceptual separation of the foreseen normative cases: on the one hand, the benefits required by male and female workers to deal with subjective situations that are detached from any evaluation on the exercise of the managerial power of the employer; on the other hand, the hypotheses that instead connect the requests of male and female workers to the exercise of specific employer prerogatives. The request for protection implemented by the legislator is also investigated from the point of view of procedural protection, for which the new regulatory framework (especially with the introduction of the simplified procedure) would seem to open up delicate questions of interpretation, potentially capable of undermining the effectiveness of the protection antidiscrimination.

Sommario: 1. Struttura del divieto di discriminazione di cui all’art. 2-*bis* della l. 5 febbraio 1992, n. 104. – 2. Le fattispecie protette. – 2.1. Divieto di discriminazione a tutela della disabilità. – 2.1.2. Divieto di discriminazione nel difficile bilanciamento tra istanze della conciliazione vita/lavoro ed esercizio del potere gestionale del datore di lavoro: ricorso al lavoro agile (art. 18, comma 3-*bis* della l. n. 81/2017) e richiesta di trasformazione del rapporto di lavoro *ex* art. 8 del d.lgs. n. 81/2015. – 3. La tutela processuale. – 3.1. Dubbi applicativi sulla compatibilità tra rito semplificato e rito del lavoro per l’accertamento della discriminazione. – 4. Rilievi conclusivi “fuori e dentro al processo”: necessità di recuperare lo spirito della tutela antidiscriminatoria di genere.

1. Struttura del divieto di discriminazione di cui all'art. 2-bis della l. 5 febbraio 1992, n. 104

Il presente contributo si concentra sulle novità introdotte dal d.lgs. 30 giugno 2022, n. 105 con riguardo alla tutela antidiscriminatoria nei luoghi di lavoro. Il dato normativo da tenere a riferimento è quello del *Divieto di discriminazione* introdotto, nel testo della l. n. 104/1992 (con il nuovo art. 2-*bis*), dall'art. 3, comma 1, lett. *a*, del d.lgs. n. 105/2022.

La disposizione normativa in commento presenta specifiche caratteristiche strutturali meritevoli di attenzione sul piano della tecnica giuridica adoperata.

Anzitutto, essa pone in apertura il divieto assoluto di discriminazione, quale tecnica rigida e selettiva prescelta al fine di “sanzionare” specifici comportamenti, tassativamente elencati. Il divieto assoluto implica, quale immediata conseguenza sul piano giuridico, la previsione della nullità radicale degli atti e/o degli effetti dei comportamenti adottati in violazione del divieto medesimo.

Il legislatore non si limita tuttavia a prevedere il meccanismo giuridico del divieto di discriminazione ma si spinge ad ampliare il novero dei fattori di discriminazione, svolgendo una tipizzazione normativa che finisce per ridondare – ed è questa un'implicazione teorica di rilievo – sulla stessa delimitazione nozionale di discriminazione, intesa ora anche nella forma del mero «trattamento meno favorevole» riservato a lavoratori. In ciò mostra sintonia con un precedente (e recente) intervento normativo che ha ridisegnato la nozione di discriminazione di genere, in rapporto a nuovi elementi, come emerge dalla novellazione dell'art. 25 del d.lgs. 11 aprile 2006, n. 198, introdotta dalla l. 5 novembre 2021, n. 162, che ha inserito il comma 2-*bis*. Il comma 2-*bis* dell'art. 25 va a precisare i confini della nozione di discriminazione in ambito lavorativo (con l'espreso richiamo al Titolo riguardante *Pari opportunità nel lavoro*, si intende), che consiste in «ogni trattamento o modifica dell'organizzazione delle condizioni e dei tempi di lavoro che, in ragione del sesso, dell'età anagrafica, delle esigenze di cura personale o familiare, dello stato di gravidanza nonché di maternità o paternità, anche adottive, ovvero in ragione della titolarità e dell'esercizio dei relativi diritti, pone o può porre il lavoratore in almeno una delle seguenti condizioni: a) posizione di svantaggio rispetto alla generalità degli altri lavoratori; b) limitazione delle opportunità di partecipazione alla vita o alle scelte aziendali; c) limitazione dell'accesso ai meccanismi di avanzamento e di progressione nella carriera».

Orbene, la nuova formulazione dell'art. 2-*bis* della l. n. 104/1992 (alla luce proprio del d.lgs. n. 105/2022) sembra ricalcare lo schema prescelto dal legislatore per l'ambito della tutela antidiscriminatoria di genere. Quest'ultima conferma così una sua intrinseca funzione “anticipatoria” dello schema regolativo esteso poi, in via generale, a tutti gli altri fattori della discriminazione.

La norma si può definire strutturalmente aperta quanto alla platea soggettiva, sia degli autori della discriminazione (dei possibili autori, si intende) sia delle vittime. Sicché essa si estende tanto ai datori di lavoro pubblici quanto a quelli privati, a prescindere dalla forma organizzativa assunta dal datore di lavoro, mostrando cioè assoluta indifferenza per le caratteristiche organizzative della figura datoriale che non vengono ritenute, in nessun caso, idonee a scalfire la necessità, normativamente radicata, di protezione, sempre e comunque, del nucleo essenziale di diritti fondamentali della persona che lavora.

La fattispecie disegnata è aperta altresì dal lato dei soggetti protetti dal divieto, rispetto ai quali il legislatore propone un inedito allargamento della griglia degli interessi ritenuti meritevoli di tutela, che non sono più soltanto quelli strettamente afferenti alla dinamica della relazione contrattuale bilaterale, tra prestatore e datore di lavoro, ma sono adesso anche quelli che si muovono nella sfera di altri soggetti, in posizione terza rispetto al contratto di lavoro, legati tuttavia da un legame con il prestatore di lavoro (che può essere affettivo e/o di assistenza). Siffatta saldatura concettuale degli interessi meritevoli di protezione implica, sul piano interpretativo, una traslazione della verifica della rispondenza finalistica delle condotte assunte dal datore di lavoro, vagliate non solo nell'ambito dell'utilità contrattuale dello scambio tra le parti ma altresì in funzione di interessi *esterni* al contratto dei quali pure occorre valutare l'integrità in rapporto all'azione datoriale.

Ciò significa che il potere organizzativo del datore di lavoro, per effetto di queste disposizioni, assume una peculiare curvatura quanto al suo esercizio che appare funzionalizzato ad interessi generali, interessi dell'intera collettività.

Appare chiara, nell'intendimento del legislatore, la finalità di protezione della sfera intangibile della dignità del lavoro, che viene a configurarsi in stretta rispondenza ai valori costituzionali scolpiti, da un lato, nell'art. 36 Cost. (nel riferimento ai parametri della retribuzione in rapporto non solo al lavoratore ma anche alla sua famiglia, per i quali va assicurata un'esistenza libera e dignitosa), dall'altro lato, nei limiti costituzionali che incontra l'iniziativa economica privata in rapporto a doveri inderogabili di solidarietà sociale (art. 2 Cost. e art. 41 Cost.).

2. Le fattispecie protette

Passando in rassegna le fattispecie individuate dalla disposizione in esame, la prima considerazione da fare concerne la portata della inserzione che il legislatore opera nel testo di una legge, la l. n. 104/1992, dedicata all'«assistenza, l'integrazione sociale e i diritti delle persone handicappate», di disposizioni varie. L'inserzione appare sistematicamente orientata alla protezione delle persone con *handicap*, per il tramite del riconoscimento giuridico-normativo di alcune (nuove) situazioni fattuali ritenute, con ogni evidenza, funzionali all'effettività della protezione medesima e dell'integrazione sociale delle persone con *handicap* nella famiglia, nella scuola, nel lavoro e nella società, in ossequio alla finalità generale della l. n. 104, scolpita nell'art. 1. E, tra queste situazioni, ora il legislatore annovera altresì quelle dei lavoratori che chiedono o usufruiscono dei benefici: a) di cui all'art. 33 della l. n. 104/1992; b) di cui agli articoli 33 e 42 del d.lgs. 26 marzo 2001, n. 151; c) di cui a all'art. 18, comma 3-*bis*, della l. 22 maggio 2017, n. 81; d) di cui all'art. 8 del d.lgs. 15 giugno 2015, n. 81.

Come accennato, siamo innanzi ad un ampliamento teleologicamente orientato dell'ambito del divieto. Non a caso il legislatore pone una formulazione di chiusura, là dove fa riferimento a «ogni altro beneficio concesso ai lavoratori medesimi in relazione alla condizione di disabilità propria o di coloro ai quali viene prestata assistenza e cura».

Il meccanismo giuridico predisposto è, nella sua struttura, identico per ognuna delle specifiche fattispecie: protezione dei diritti dei lavoratori e delle lavoratrici, operanti sia nell'impresa privata sia nelle pubbliche amministrazioni, attraverso il divieto

assoluto di discriminazione e con l'intersezione con altre situazioni di *favor* (quali, ad esempio, la priorità per il ricorso al lavoro agile); previsione di meccanismi sanzionatori a carico del datore di lavoro per le condotte oppostive ai diritti medesimi (rifiuto, opposizione o mero ostacolo); predisposizione di strumenti processuali *ad hoc* per l'azione in giudizio avverso gli atti e i comportamenti ritenuti discriminatori.

Se la logica di intervento è unica, le fattispecie presentano aspetti differenziali che conviene mettere in risalto. Si può parlare di caratteristiche di tipo quantitativo da un lato e qualitativo dall'altro.

Sul piano quantitativo, le fattispecie disegnate dal legislatore propongono una peculiare connotazione contenutistica, in quanto accordano la tutela antidiscriminatoria non solo ai disabili ma anche a specifiche istanze dei lavoratori e delle lavoratrici che, pur fuoriuscendo dal campo tracciato dalla disabilità, appaiono meritevoli di tutela in quanto funzionali a garantire la conciliazione vita/lavoro.

Sul piano qualitativo, ed in coerenza con la predetta distinzione quantitativa, le fattispecie in considerazione riguardano, in alcuni casi, posizioni soggettive dei lavoratori e delle lavoratrici meritevoli in assoluto di protezione e che pertanto si scorporano da specifiche esigenze datoriali, ritenute queste ultime con ogni evidenza (con valutazione legislativa *ex ante*) 'cedenti' rispetto alle prime; in altri casi, invece posizioni soggettive che impattano direttamente con la parte gestionale del rapporto di lavoro, imputata alla responsabilità datoriale, e che implicano per converso la ri-espansione della discrezionalità dell'esercizio dei poteri datoriali.

2.1. Divieto di discriminazione a tutela della disabilità

Muovendo da una prima classificazione delle ipotesi previste dal legislatore, conviene prendere le mosse da quelle situazioni nelle quali l'istanza protettiva del divieto di discriminazione di cui all'art. 3, comma 1, lett. *a*, del d.lgs. n. 105/2022 si rivolge principalmente alla posizione dei lavoratori e delle lavoratrici associata ad esigenze, normativamente riconosciute, di tutela della disabilità e/o di assistenza di soggetti terzi che operano in funzione dei soggetti disabili.

Più in particolare, il legislatore, operando all'interno della l. n. 104/1992, intende presidiare la posizione dei lavoratori genitori (madre o, in alternativa, padre, anche adottivi) che chiedano o usufruiscano delle agevolazioni per assistere figli minori in situazione di gravità accertata, consistenti nella fruizione di due ore di permesso giornaliero retribuito fino al compimento del terzo anno di vita del bambino (art. 33) ⁽¹⁾.

Tale agevolazione è in alternativa con il prolungamento fino a 3 anni del congedo parentale di cui all'art. 33 del d.lgs. n. 151/2001, ipotesi anch'essa coperta dalla nuova formulazione di cui all'art. 2-*bis*.

(1) Per l'inquadramento normativo dei benefici riconosciuti dalla l. n. 104/1992, soprattutto in riferimento all'emergenza epidemiologica da Covid-19, v. il contributo di V. LAMONACA, *L'estensione della durata dei permessi retribuiti ex art. 33, l. n. 104/1992, e gli altri istituti di supporto dell'assistenza ai disabili in condizione di gravità*, in V. FILÌ (a cura di), *Covid-19 e rapporto di lavoro*, in D. GAROFALO, M. TIRABOSCHI, V. FILÌ, F. SEGHEZZI (a cura di), *Welfare e lavoro nella emergenza epidemiologica. Contributo sulla nuova questione sociale*, vol. I, ADAPT University Press, 2020, p. 261 ss.

Nella stessa area rientrano le ipotesi di lavoratori che chiedano o usufruiscano dei benefici *ex artt.* 33 e 42 del d.lgs. n. 151/2001. Si tratta del prolungamento del congedo parentale, per la lavoratrice madre o, in alternativa, per il lavoratore padre, a favore del figlio minore con *handicap* grave e comunque entro il dodicesimo anno di vita del bambino. Siffatto meccanismo è posto in alternativa con la fruizione dei riposi giornalieri retribuiti di 2 ore di cui all'art. 42, comma 1, d.lgs. n. 151/2001 (meccanismo mutuato dall'art. 33, comma 2, della l. n. 104/1992) fino al compimento del terzo anno di vita.

Come detto, in questi casi, il legislatore effettua una valutazione in ordine agli interessi in gioco e individua posizioni soggettive dei lavoratori e delle lavoratrici meritevoli in assoluto di protezione, determinandone pertanto la loro totale impermeabilità rispetto alle scelte discrezionali del datore di lavoro nell'esercizio dei suoi poteri.

2.1.2. Divieto di discriminazione nel difficile bilanciamento tra istanze di conciliazione vita/lavoro ed esercizio del potere gestionale del datore di lavoro: ricorso al lavoro agile (art. 18, comma 3-bis della l. n. 81/2017) e richiesta di trasformazione del rapporto di lavoro ex art. 8 del d.lgs. n. 81/2015

Diverso il discorso invece per le altre ipotesi nelle quali il legislatore si porta fuori dal recinto *strictu sensu* di protezione dei lavoratori disabili per accordare una tutela più ampia ai lavoratori e alle lavoratrici nel momento in cui essi esercitano prerogative strumentali all'istanza di conciliazione vita/lavoro. Si tratta di situazioni che manifestano ricadute significative sulla gestione del personale in capo al datore di lavoro. Qui si pongono maggiori problemi sul piano interpretativo.

La prima fattispecie riconosce la protezione antidiscriminatoria in riferimento alle richieste formulate dai lavoratori e dalle lavoratrici di svolgimento della prestazione lavorativa in modalità agile, in presenza di determinati presupposti.

Analizzando partitamente le ipotesi, si prevede che i datori di lavoro, pubblici e privati, che stipulano accordi per l'esecuzione della prestazione di lavoro in modalità agile sono tenuti, in ogni caso, a riconoscere priorità alle richieste formulate dalle lavoratrici e dai lavoratori *con figli fino a dodici anni di età o senza alcun limite di età nel caso di figli in condizione di disabilità*. La stessa priorità è riconosciuta da parte del datore di lavoro alle richieste dei *lavoratori con disabilità in situazione di gravità accertata* o che siano *caregivers* (art. 18, comma 3-bis, l. n. 81/2017).

La quadripartizione proposta dimostra come la richiesta di lavoro agile venga intesa quale corsia preferenziale per la tutela di interessi dei lavoratori, in più direzioni: sicuramente per l'assistenza di figli con disabilità (in questo caso, senza limite di età), ma altresì per l'equilibrio tra vita professionale e vita familiare, con il limite di età di 12 anni dei figli minori. La tutela viene inoltre accordata allo stesso lavoratore richiedente, in applicazione del principio (ribadito dalla recente l.d. 22 dicembre 2021, n. 227 sulla disabilità) del lavoro agile quale misura di "accomodamento ragionevole". Anche in questa seconda ipotesi, il legislatore allarga lo spettro della protezione del lavoratore richiedente, la cui posizione viene salvaguardata anche quando egli opera

in qualità di *caregiver*, e cioè quando assiste una persona bisognosa ⁽²⁾. Si realizza, in tal guisa, una compiuta traslazione della tutela del lavoratore i cui presupposti si aggan- ciano adesso non più (soltanto) alla sua persona ma altresì a quella di un soggetto terzo che però è a lui legato da una relazione di assistenza, come scolpita dall'art. 1, comma 255, della l. 27 dicembre 2017, n. 205. Come già detto, l'allargamento dello spettro della protezione da accordare *ex lege* al lavoratore che faccia richiesta di esecu- zione della prestazione in modalità agile viene chiaramente collegato, in un rapporto di diretta strumentalità, con il fine di protezione di interessi superindividuali, che stanno oltre la relazione contrattuale di lavoro e che, proprio attraverso una prote- zione nel rapporto di lavoro, possono ridondare a vantaggio dell'intera collettività e perciò sono ritenuti egualmente meritevoli di protezione da parte del legislatore.

L'assetto normativo in esame pone alcune questioni interpretative.

Con specifico riguardo all'ipotesi del lavoratore con disabilità in situazione di gravità accertata si determina una possibile antinomia con le norme in tema di obbligo di adozione degli accomodamenti ragionevoli, fissato dalla disposizione di cui all'art. 3, comma 3-*bis*, del d.lgs. 9 luglio 2003, n. 216.

Nel nuovo testo dell'art. 18 della l. n. 81/2017, infatti, il legislatore protegge il lavora- tore con disabilità accordandogli una *mera priorità* della sua richiesta nell'ipotesi in cui il datore di lavoro intenda stipulare accordi per l'esecuzione della prestazione di lavoro in modalità agile. In altri termini, è previsto un doppio filtro con potestà in capo al datore di lavoro per far scattare la tutela: è cioè al datore di lavoro che spetta in via preliminare l'esercizio della facoltà discrezionale di scelta della modalità agile e, sol- tanto successivamente, scatta per lui il dovere di riconoscere priorità al lavoratore con disabilità che ne abbia fatto richiesta. Questi non è però nella posizione giuridica sog- gettiva piena del "diritto" al lavoro agile ma nella condizione della mera aspettativa di vedersi preferita la sua richiesta, subordinatamente però in ogni caso all'opzione ini- ziale del datore di lavoro.

Tuttavia – ed è questo l'elemento normativo da considerare per superare l'antinomia – è dal lato della tutela del disabile che provengono elementi per fissare il livello di protezione, innanzandolo ad una posizione soggettiva di vero e proprio diritto, spe- culare alla posizione obbligatoria imposta al datore di lavoro. Il datore di lavoro è infatti obbligato ad adottare misure di accomodamento ragionevole e, tra queste, fi- gura senz'altro il lavoro agile ⁽³⁾. Pertanto, la sua discrezionalità, in questo specifico caso, si restringe alla mera scelta della misura di accomodamento ragionevole da adot- tare in concreto, ovvero sul *quomodo* della misura non certo sull'*an*. Al datore di lavoro competerà l'individuazione della misura di accomodamento ragionevole da ricono- scere al lavoratore con disabilità e, in questa valutazione, potrà fare ricorso al lavoro

⁽²⁾ Si definisce *caregiver* familiare la persona che assiste e si prende cura del coniuge, dell'altra parte dell'unione civile tra persone dello stesso sesso o del convivente di fatto ai sensi della l. 20 maggio 2016, n. 76, di un familiare o di un affine entro il secondo grado, ovvero, nei soli casi indicati dall'art. 33, comma 3, della l. n. 104/1992, di un familiare entro il terzo grado che, a causa di malattia, infermità o disabilità, anche croniche o degenerative, non sia autosufficiente e in grado di prendersi cura di sé, sia riconosciuto invalido in quanto bisognoso di assistenza globale e continua di lunga durata ai sensi dell'art. 3, comma 3, della l. n. 104/1992, o sia titolare di indennità di accompagnamento ai sensi della l. 11 febbraio 1980, n. 18 (art. 1, comma 255 della l. n. 205/2017).

⁽³⁾ Cfr. il d.m. 11 marzo 2022, n. 43, recante *Linee guida in materia di collocamento mirato delle persone con disabilità*.

agile incontrando così la richiesta prioritaria del lavoratore medesimo. Alla stessa maniera il datore di lavoro potrà individuare altra misura equivalente in termini di garanzia del lavoratore disabile, diversa dal lavoro agile.

La natura giuridica degli interessi protetti dalla norma in commento, nella descritta combinazione individuale/collettivo, spiega le ragioni per le quali il legislatore ponga poi la clausola di salvaguardia a favore del lavoratore o della lavoratrice che richiede di fruire del lavoro agile, stabilendo che «non può essere sanzionato, demansionato, licenziato, trasferito o sottoposto ad altra misura organizzativa avente effetti negativi, diretti o indiretti, sulle condizioni di lavoro». Qualunque misura adottata in violazione di siffatte disposizioni «è da considerarsi ritorsiva o discriminatoria e, pertanto, nulla» (art. 18, comma 3-*bis*, l. n. 81/2017). Si tratta di una previsione specificamente rivolta alle (sole) ipotesi in cui l'esercizio della prerogativa da parte del lavoratore abbia un impatto sul potere gestionale del datore di lavoro. Analoghe considerazioni possono essere svolte con riferimento al divieto di discriminazione dei lavoratori che chiedono la trasformazione del rapporto di lavoro a tempo parziale *ex* art. 8 del d.lgs. n. 81/2015.

Il legislatore stabilisce, in questi casi, un automatismo sanzionatorio fortemente orientato a determinare una precisa curvatura dell'esercizio del potere organizzativo datoriale in stretta rispondenza a principi di responsabilità sociale ⁽⁴⁾. Come per l'accomodamento ragionevole ⁽⁵⁾, anche in questo caso il rischio che si corre tuttavia è quello di una "ingessatura" del potere gestionale del datore di lavoro a fronte della richiesta del lavoratore, tale da determinare una sorta di blindatura della posizione del lavoratore non sempre compatibile con le esigenze di flessibilità dell'organizzazione produttiva. E questo regime giuridico particolarmente rigido potrebbe nei fatti disincentivare proprio la finalità di accogliere le richieste dei lavoratori.

Nella formulazione adottata dal legislatore, il lavoro agile, come detto, è considerato strumento di inclusione dei lavoratori e delle lavoratrici in più direzioni, non soltanto quale misura di accomodamento ragionevole tipico delle prestazioni lavorative rese dai lavoratori con disabilità, ma altresì quale strumento di parità di genere, ovvero misura di conciliazione vita/lavoro. Ed infatti il comma 3-*ter* prevede, quale conseguenza della condotta datoriale *oppositiva* («il rifiuto, l'opposizione o l'ostacolo alla fruizione del lavoro agile»), rilevata nell'arco temporale del biennio antecedente alla richiesta fatta dal datore di lavoro, l'impossibilità del conseguimento della

⁽⁴⁾ Si richiama quella giurisprudenza di legittimità che fa leva sulla clausola di "ragionevolezza" applicata alle soluzioni che il datore di lavoro è tenuto ad individuare con il fine di salvaguardare il posto di lavoro del disabile «in un'attività che sia utile per l'azienda e che imponga all'imprenditore, oltre che al personale eventualmente coinvolto, un sacrificio che non ecceda i limiti di una tollerabilità considerata accettabile secondo la "comune valutazione sociale"». La ricerca degli accomodamenti ragionevoli che consentano il mantenimento del posto di lavoro si giustifica in un'ottica di ottimizzazione delle tutele in relazione all'«adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà sociale (art. 2 Cost.), tanto più pregnanti in caso di sostegno a chi versa in condizioni di svantaggio»: così Cass. 9 marzo 2021, n. 6497.

⁽⁵⁾ Secondo D. GAROFALO, *La tutela del lavoratore disabile nel prisma degli accomodamenti ragionevoli*, in *ADL*, 2019, p. 1229, «gli accomodamenti ragionevoli finiscono per incidere sull'esercizio del potere organizzativo da parte del datore di lavoro limitandolo dall'esterno, in ragione dell'obbligo di adottarli alla luce del divieto di discriminazione per *handicap*».

certificazione della parità di genere ⁽⁶⁾ («impediscono al datore di lavoro il conseguimento delle stesse certificazioni»).

Si agisce in questo caso sul piano del disinnesco in chiave sanzionatoria di specifiche premialità e benefici acquisiti dall'impresa in rapporto alla qualità delle sue *performance* organizzative con specifico riferimento al *Gender equality management* ⁽⁷⁾.

3. La tutela processuale

Quanto alla tutela in giudizio, il legislatore applica agli atti e comportamenti ritenuti discriminatori alla stregua dell'art. 2-*bis* le norme di cui all'art. 28 del d.lgs. n. 150/2011. Sennonché tale ultima disposizione è stata successivamente modificata dall'art. 15, comma 3, del d.lgs. 10 ottobre 2022, n. 149, che ha introdotto il c.d. rito semplificato di cognizione, regolato dalle norme del capo III-*quater* del Titolo I del Libro secondo del codice di procedura civile. Pertanto, in applicazione della tecnica del c.d. rinvio mobile, le tutele processuali sono ora quelle contenute nel nuovo testo normativo riformato.

Il principio di delega di cui all'art. 1, comma 5, lett. *n*, n.1 e n. 2 della l. 26 novembre 2021, n. 206 prevedeva infatti che il procedimento disciplinato dall'art. 702-*bis* ss. c.p.c. venisse collocato nel Libro II, assumendo la denominazione di «procedimento semplificato di cognizione».

Quali sono le caratteristiche principali del rito semplificato?

Il rito semplificato è una forma del rito ordinario di cognizione, caratterizzata da termini per svolgere le difese ridotti rispetto a quelli previsti per la forma ordinaria del processo di cognizione ⁽⁸⁾. Ciò significa che il rinvio al d.lgs. n. 150/2011 (art. 28) è ora indirizzato in maniera dinamica non più ad un rito sommario ma (a decorrere dal termine del 30 giugno 2023, per i procedimenti instaurati successivamente a questa data s'intende) ad un rito ordinario che presenta tuttavia termini a difesa ridotti.

Il nuovo procedimento semplificato si caratterizza per essere un procedimento pienamente alternativo a quello ordinario, in quanto a cognizione piena, ma sommario e deformalizzato per quanto riguarda l'istruttoria e l'*iter* procedimentale.

Proprio al fine di sottolinearne tali caratteristiche, la relativa disciplina è stata inserita nel Libro II, anziché nel Libro IV dedicato ai procedimenti speciali a cognizione sommaria, e ne è stato modificato il nome: non più rito sommario di cognizione, bensì rito semplificato di cognizione. Con ciò si sono voluti eliminare i dubbi

⁽⁶⁾ La certificazione della parità di genere, come noto, è stata introdotta dalla l. n. 162/2021 (art. 4), con la previsione di importanti meccanismi di incentivazione per i datori di lavoro in termini di: esonero dei contributi previdenziali; punteggi premiali per proposte progettuali ai fini della concessione di aiuti di Stato a co-finanziamento degli investimenti sostenuti; abbassamento della soglia percentuale della garanzia fideiussoria prevista negli appalti per la partecipazione alle procedure di gara. Per una ricostruzione del contesto normativo di riferimento, v. L. ZAPPALÀ, *La parità di genere al tempo del PNRR: tra trasparenza, certificazione e misure premiali*, in *LDE*, 2022, n. 3.

⁽⁷⁾ Al riguardo, v. M. BROLLO, *L'altro accesso: il patto accessorio di lavoro agile*, in A. BOSCATI, A. ZILLI (a cura di), *Il reclutamento nella P.A. Dall'emergenza alla nuova normalità*, vol. I, Wolters Kluwer-Cedam, 2022, p. 37 ss.; A. ZILLI, *La trasparenza nel lavoro subordinato. Principi e tecniche di tutela*, Pacini, 2022, p. 180 ss.

⁽⁸⁾ M. MONTANARO, *Il rito semplificato di cognizione: un'occasione mancata*, in *Questione Giustizia*, 2021, p. 77.

originariamente sorti con riferimento al procedimento *ex art. 702-bis c.p.c.*, in ordine alla sommarietà o meno della cognizione. In realtà, la giurisprudenza aveva da tempo precisato che il rito avesse natura cognitiva e non cautelare, riconoscendo che la sommarietà caratterizzante il procedimento sommario era afferente esclusivamente all'istruttoria e non già alla cognizione ⁽⁹⁾.

L'art. 281-*decies* c.p.c., inserito dal legislatore delegato, è volto a definire l'ambito di applicazione del rito semplificato.

Il primo comma indica quali caratteristiche devono avere le cause per essere obbligatoriamente trattate con il rito semplificato, facendo riferimento a quattro alternativi presupposti: a) quando i fatti di causa non sono controversi; b) quando la domanda è fondata su prova documentale; c) quando la domanda è di pronta soluzione; d) quando richiede un'istruttoria non complessa. In tali casi, trova applicazione il rito semplificato anche per le controversie rientranti nella competenza del Tribunale in composizione collegiale. Nelle cause in cui il Tribunale giudica in composizione monocratica la domanda può sempre essere proposta (si tratta, pertanto, di una scelta della parte) nelle forme del procedimento semplificato.

Dalla disposizione in esame emergono già due delle principali differenze tra il rito semplificato di cognizione ed il procedimento *ex art. 702-bis c.p.c.*

Il rito sommario di cognizione poteva essere utilizzato solo per le cause riservate alla decisione del Tribunale in composizione monocratica, mentre il nuovo rito semplificato riguarda anche le cause di competenza collegiale. Inoltre, mentre la scelta del vecchio rito sommario era, tendenzialmente, rimessa alla facoltà discrezionale della parte ricorrente (salvo per specifiche materie), il nuovo rito semplificato diventa il rito obbligatorio, anche per le cause di competenza collegiale, per tutte le controversie che presentino almeno uno dei presupposti suindicati.

Il riferimento all'istruttoria non complessa, distinto da quello della prova documentale, consente di affermare che l'istruttoria semplificata sia quella non necessariamente basata sulle sole prove documentali potendo essere articolate anche prove costituite da assumersi in modalità deformalizzata, come del resto affermato dalla Suprema Corte anche con riferimento al vecchio rito sommario ⁽¹⁰⁾.

Il procedimento del rito semplificato mantiene le caratteristiche di concentrazione e snellezza, già caratterizzanti il rito sommario, ma, a differenza di quest'ultimo, prevede termini più stringenti per disporre il mutamento del rito ⁽¹¹⁾. Sono scandite inoltre precise preclusioni assertive e probatorie, non presenti nel testo previgente e che molti dubbi interpretativi avevano sollevato.

Infine, la fase decisoria del procedimento semplificato è disciplinata dall'art. 281-*terdecies* c.p.c., prevedendo che il rito si concluda con sentenza, applicando il modulo decisorio di cui all'art. 281-*sexies* c.p.c., per le cause in cui il Tribunale giudica in composizione monocratica, e quello previsto dall'art. 275-*bis* c.p.c., per le cause in cui il Tribunale giudica in composizione collegiale.

⁽⁹⁾ Così *Relazione dell'Ufficio del Massimario e del Ruolo della Corte Suprema di Cassazione*, dicembre 2022, p. 76 ss.

⁽¹⁰⁾ V. ancora *Relazione dell'Ufficio del Massimario e del Ruolo della Corte Suprema di Cassazione*, cit., p. 77.

⁽¹¹⁾ Il mutamento del rito va disposto nella prima udienza, al verificarsi di due ipotesi: 1) quando non ricorrono i presupposti previsti dall'art. 281-*decies*, comma 1, c.p.c.; 2) quando la lite e l'istruttoria probatoria si presentino complessa.

3.1. Dubbi applicativi sulla compatibilità tra rito semplificato e rito del lavoro per l'accertamento della discriminazione

L'apparato processuale, appena tratteggiato nei suoi aspetti salienti, consegna all'interprete un quadro di difficile applicazione. Vanno fatte pertanto alcune considerazioni critiche.

Il legislatore delegato ha agito principalmente sul piano della durata dei procedimenti, abbandonando la strada di una riforma che operasse, invece, sulla centralità del Giudice nella conduzione del processo. Si è venuta così a concretizzare, con ogni probabilità, l'ennesima occasione mancata di riforma, peraltro frutto di un arretramento materializzatosi negli ultimi passaggi parlamentari rispetto alla più articolata bozza presentata dalla Commissione Luiso ⁽¹²⁾.

Con specifico riferimento al processo del lavoro teso all'accertamento della discriminazione vengono in risalto alcune distonie, eminentemente sul piano della effettività delle tecniche di contrasto individuate dal legislatore in ambito processuale.

Anzitutto, dal lato dell'acquisizione della prova in giudizio non mi pare che il nuovo rito semplificato muova nella direzione dell'effettività delle tutele. È noto che l'acquisizione dei mezzi istruttori nel processo antidiscriminatorio sia il vero *punctum dolens* dell'azione in giudizio, sicché legare il nuovo rito proprio ad ipotesi di ingresso nel processo di "prove documentali" ovvero alle sole controversie la cui istruzione non sia complessa mi sembra costituisca un ostacolo all'implementazione del rito medesimo. Difficilmente la discriminazione trova radicamento in prove documentali, risultando il più delle volte un elemento parziale di una più ampia ed articolata strategia vessatoria posta in essere dall'agente, che si ramifica anche per il tramite di condotte e/o atti in sé all'apparenza neutri ⁽¹³⁾. Ne discende che l'istruzione è sempre molto complessa, motivo per il quale sovente è la stessa strategia difensiva prescelta dal ricorrente in giudizio a rinunciare all'introduzione dell'argomento discriminatorio a motivo delle assorbenti prescrizioni in ambito probatorio: tipico è il caso del licenziamento discriminatorio, nel quale l'inversione dell'onere probatorio (a carico del datore di lavoro) stabilito per il recesso funge da elemento trainante per la prova dell'illegittimità dell'intimato licenziamento.

Il processo antidiscriminatorio, a ben vedere, è invece costruito per sua natura intorno alla centralità del giudice non solo come mero decisore ma come soggetto al quale spetta la direzione del processo, con implicazioni relevantissime se solo si pensa alla

⁽¹²⁾ Secondo M. MONTANARO, *Il rito semplificato di cognizione: un'occasione mancata*, in *Questione Giustizia*, 2021, p. 76, il testo legislativo denuncia una concezione della funzione del giudice che ha già dimostrato in passato di non essere efficace qualora si prenda a riferimento la riduzione dei tempi del processo civile o, comunque, l'aderenza delle norme processuali a ogni singolo processo: quella del giudice come mero decisore, e non come colui a cui spetti anche l'effettiva direzione del processo.

⁽¹³⁾ Per un esempio invece di discriminazione "provata" attraverso documenti, si segnala Cass. 20 ottobre 2022, n. 30971, riguardante il licenziamento di un dirigente d'azienda. La ragione del recesso viene a collocarsi, nel caso di specie, in stretta dipendenza con quanto espresso in una *mail* inviata dal Presidente del Consiglio di amministrazione al lavoratore, che, per contenuto inequivoco circa la volontà di recedere dal rapporto di lavoro a causa della condizione di salute ed *handicap* del dipendente, risultava esemplificativa delle reali ragioni (discriminatorie) sottese all'atto di licenziamento.

gestione della fase del tentativo di conciliazione, da svolgersi all'udienza *ex art.* 420 c.p.c. e che esita nella formulazione alle parti di una proposta conciliativa ⁽¹⁴⁾. La possibile 'convivenza' del rito semplificato e del rito del lavoro (alla stregua della richiamata previsione di cui al comma secondo dell'art. 281-*decies* c.p.c., infatti, nelle cause in cui il Tribunale giudica in composizione monocratica, come quelle del lavoro, la parte non è obbligata a proporre la domanda nelle forme del procedimento semplificato) determina, a mio parere, un sostanziale depotenziamento sul nascere del nuovo rito. Per le controversie di lavoro, si continuerà ad applicare il rito del lavoro, quale rito prevalente e generale mentre il rito semplificato viene relegato in posizione residuale, per le sole tassative ed eccezionali ipotesi tipizzate dal legislatore e quando sia scelto dalla parte. Si tratta, con ogni evidenza, di casi che o si collocano oltre la fisiologia dell'accertamento di per sé complesso ed articolato della natura discriminatoria della condotta e/o dell'atto datoriale o rispondono piuttosto ad una scelta contingente della difesa, chiamata a bilanciare i possibili effetti di una durata ragionevole del processo con la compressione dei tempi di articolazione della stessa posizione difensiva. Tra l'altro, a complicare ulteriormente il quadro applicativo degli strumenti processuali, mi sembra del tutto aperta la questione sulla ammissibilità del ricorso che la stessa parte, che decida di non optare per il rito semplificato, possa o meno fare alla tutela d'urgenza *ex art.* 700 c.p.c., quale ulteriore strada per abbattere i tempi del processo (in presenza naturalmente dei presupposti richiesti dal codice di procedura civile).

4. Rilievi conclusivi “fuori e dentro al processo”: necessità di recuperare lo spirito della tutela antidiscriminatoria di genere

L'impressione di fondo è che, sul piano processuale, il legislatore non abbia compiuto il necessario sforzo di razionalizzazione degli strumenti, incorrendo, tra l'altro, in un evidente errore di coordinamento sistematico con l'assetto vigente. Mi riferisco in particolare alla direzione già tracciata dal Codice delle pari opportunità che delinea, segnatamente per le discriminazioni di genere, un modello processuale *idealtipico* da seguire. Si tratta di un processo che riversa maggiore attenzione proprio sulle prove: non a caso si fa ricorso al regime delle presunzioni, alla c.d. prova statistica, all'intervento processuale *ad adiuvandum* del consigliere (o della consigliera) di parità e si accoglie una considerazione sanzionatoria del danno da discriminazione (anch'essa tale da attenuare lo sforzo probatorio in capo alla parte che agisce in giudizio) ⁽¹⁵⁾.

Stiamo parlando di un processo costruito intorno alla figura del giudice al quale l'ordinamento rimette quella delicatissima operazione di distillazione assiologica del contenuto intangibile dei diritti delle persone che lavorano. Per il tramite dell'intervento in giudizio del consigliere (o della consigliera) di parità, la fase processuale assume

⁽¹⁴⁾ Sul punto, sia consentito rinviare a M. CERBONE, *Le discriminazioni di genere nei rapporti di lavoro: tecniche processuali di tutela e contenuto intangibile dei diritti*, in www.dirittifondamentali.it, 2020, p. 1155 ss.; v. anche L. FERLUGA, *I divieti di discriminazione per motivi di genere*, in www.dirittifondamentali.it, 2021, p. 153 ss.

⁽¹⁵⁾ Sulla tutela giurisdizionale nel processo antidiscriminatorio di genere, v. A. GUARISO, M. MILITELLO, *La tutela giurisdizionale*, in M. BARBERA, A. GUARISO (a cura di), *La tutela antidiscriminatoria. Fonti, strumenti, interpreti*, Giappichelli, 2019, p. 447 ss.

inoltre una marcata proiezione verso una considerazione del fenomeno discriminatorio che opera tanto all'interno quanto all'esterno del recinto del contratto di lavoro. Siffatta contiguità tra interessi delle parti del contratto e interessi collettivi diventa, nello schema del d.lgs. n. 198/2006, un elemento strutturale della tutela processuale, radicando in tal guisa la convinzione che l'effettività del contrasto ai fenomeni discriminatori non può non implicare una presa in carico della collettività.

Orbene, gli incroci con il modello del d.lgs. n. 198/2006 avrebbero meritato, a mio avviso, maggiore attenzione.

Nel quadro vigente, l'incrocio può aversi soltanto nelle ipotesi in cui le fattispecie del nuovo art. 2-*bis* della l. n. 104/1992 finiscano per fare emergere questioni di genere: si pensi, per esempio, al diniego di concessione del lavoro agile (o meglio della priorità nell'accesso al lavoro agile) alla lavoratrice (ma lo stesso discorso può farsi per il lavoratore) che ne faccia richiesta, in presenza di uno dei requisiti di cui all'art. 18, comma 3-*bis* della l. n. 81/2017 (come introdotto dall'art. 4 del d.lgs. n. 105/2022). Paradossalmente, la questione della discriminazione di genere, in casi come questo, va a complicare l'accertamento giudiziale e, a monte, la domanda in giudizio della 'parte offesa'. Il nuovo art. 2-*bis* della l. n. 104/1992 infatti fa rientrare nella copertura del divieto di discriminazione di cui all'art. 3, comma 1, lett. *a*, del d.lgs. n. 105/2022 situazioni che non è detto che abbiano anche una connotazione discriminatoria riferita al fattore genere. Anzi, la valutazione legislativa è asetticamente formulata in riferimento a nuovi fattori che ampliano, come accennato in apertura, il catalogo dei fattori di discriminazione. La tipizzazione normativa, pertanto, svolge una funzione meramente ampliativa dei fattori da considerare, senza ovviamente poter escludere che tra i nuovi fattori e quelli preesistenti si sviluppino intersezioni e sovrapposizioni. A fronte di siffatta configurazione normativa dei fattori della discriminazione e della possibile sovrapposizione degli stessi, genera perplessità la mancata considerazione unitaria degli strumenti processuali per contrastare il fenomeno, *in primis* il rito da applicare alle relative controversie. Un momento processuale unitario avrebbe assicurato invece non soltanto una maggiore calcolabilità della durata dei processi ma anche e soprattutto effettività della tutela della persona.

Le recenti direzioni normative, su impulso del diritto dell'Unione Europea, sembrano convergere infatti verso una nuova considerazione che l'interprete è chiamato a fare del fenomeno discriminatorio. Ogni forma di discriminazione sul lavoro non è valutabile atomisticamente, essa piuttosto nasce, si sviluppa e prende forma spesso alimentandosi (o comunque fondandosi su) di una più generale condizione di vulnerabilità e/o fragilità dell'essere umano, che agisce alla base quale fattore di impulso dello svantaggio di ogni persona, assumendo nel corso del tempo poi precise e compiute connotazioni di disvalore giuridico (per effetto del genere, della disabilità o di altro fattore). Quel che tuttavia si intravede alla base dell'intervento normativo nel suo complesso, ma con un rimando all'interprete per la razionalizzazione delle misure normative previste, è la volontà di agire per la rimozione proprio di quegli ostacoli (di varia natura) ovvero di quegli elementi di vulnerabilità personale che favoriscono la discriminazione o comunque lo sprigionarsi delle condotte discriminatorie nei luoghi di lavoro ⁽¹⁶⁾. L'area della discriminazione di genere, ancora una volta, indica la

⁽¹⁶⁾ In dottrina, v. M.G. BERNARDINI, *La capacità vulnerabile*, Jovene, 2021; O. GIOLO, B. PASTORE (a cura di), *Vulnerabilità. Analisi multidisciplinare di un concetto*, Carocci, 2021.

direzione interpretativa: con la certificazione della parità di genere, con l'intervento del consigliere (o della consigliera) di parità, con l'azione dei Comitati Unici di Garanzia per i datori di lavoro pubblici (estesa al concetto più ampio di benessere dei lavoratori e delle lavoratrici) e con l'apporto delle organizzazioni sindacali si intende costruire una protezione "a rete" che punta decisamente alla qualità globale del mercato del lavoro nel quale il lavoratore o la lavoratrice si muovono. Anche perché non va trascurato un dato concreto derivante dall'esperienza applicativa: l'eventuale ricorso alla strada giuridico-processuale, quale conseguenza del fallimento (o frustrazione) dell'istanza di prevenzione del fenomeno discriminatorio, svolge un'indubbia funzione protettiva ma non è in grado di attaccare alla radice quella condizione di ontologica debolezza della vittima della discriminazione medesima e si trova pertanto a fare i conti con la questione del restringimento degli spazi per una tutela ripristinatoria in forma specifica ⁽¹⁷⁾.

⁽¹⁷⁾ Il tema è stato indagato dalla dottrina giuslavoristica soprattutto quanto alla disciplina del licenziamento e al regime giuridico sanzionatorio per le ipotesi di illegittimità. Senza alcuna pretesa di esaustività delle posizioni dottrinali, v. i contributi di V. SPEZIALE, *Situazioni delle parti e tutela in forma specifica nel rapporto di lavoro*, Working Paper CSDLE "Massimo D'Antona".IT, 2004, n. 23, anche per il riferimento alla tutela antidiscriminatoria; L. NOGLER, *(Ri)scoprire le radici giuslavoristiche del "nuovo" diritto civile*, in *Europa e Diritto Privato*, 2013, p. 959 ss.; per i profili più di carattere generale, v. inoltre D. DALFINO, *Accesso alla giustizia, principio di effettività e adeguatezza della tutela giurisdizionale*, in *RTDPC*, 2014, p. 907 ss.

Permessi e agevolazioni per i lavoratori caregivers familiari (art. 3, comma 1, lett. B, d.lgs. n. 105/2022)

di Rosa Casillo

Abstract – Il contributo analizza le modifiche che il d.lgs. 105/2022 ha apportato alle previsioni della l. 104/1992 in materia di permessi e agevolazioni ai lavoratori che svolgono assistenza a familiari non autosufficienti, con una lettura critica degli aspetti relativi ai destinatari dei benefici, al trattamento economico, previdenziale e normativo, e alle agevolazioni in materia di lavoro agile, e altre forme di flessibilità del lavoro.

Abstract – The contribution analyzes the changes that d.lgs. 105/2022 has contributed to the provisions of Law 104/1992 on permits and benefits for workers who provide assistance to non-self-sufficient family members, with a critical reading of the aspects relating to the recipients of benefits, economic, social security and regulatory treatment, and facilitations in the field of agile work, and other forms of work flexibility.

Sommario: 1. I lavoratori *caregivers* familiari nel d.lgs. n. 105/2022. – 2. I permessi: i titolari del diritto e la pluralità dei destinatari dell'assistenza. – 3. Il trattamento economico, previdenziale e normativo. – 4. Le nuove agevolazioni.

1. I lavoratori *caregivers* familiari nel d.lgs. n. 105/2022

Tra tutte le manifestazioni del non-lavoro – qui intese come attività che concorrono alla costruzione sociale in ogni sua dimensione ma sono prive di ricaduta economica per colui che le svolge ⁽¹⁾ – la cura di familiari in condizioni di impossibilità di attendere alle necessità della vita ⁽²⁾ è quella che, a tutt'oggi, più fatica ad ottenere il riconoscimento giuridico che le è dovuto secondo Costituzione (art. 4, comma 2, Cost.). Sono poche e disorganiche, infatti, e talvolta mal costruite, le garanzie di protezione sociale riservate a coloro che svolgono lavoro di cura non retribuito, ossia i prestatori di assistenza familiare (i *caregivers*, come oggi si dice) non professionali ⁽³⁾.

⁽¹⁾ Sul tema, ancora dibattuto, si rinvia all'approfondimento svolto in R. CASILLO, *Diritto al lavoro e dignità*, ESI, 2020, pp. 134-149.

⁽²⁾ La prima definizione di disabilità ai fini dell'assistenza permanente (disabilità grave) si ritrova nella l. n. 104/1992, che, all'art. 3, che la indica come l'infermità, anche legata all'età, che riduce l'autonomia personale in modo da rendere necessario un intervento assistenziale permanente, continuativo e globale nella sfera individuale o in quella di relazione.

⁽³⁾ La definizione legale più recente si trova nell'art. 1, comma 255, l. 27 dicembre 2017, n. 205.

Non ci si riferisce tanto alla mancanza di un “salario sociale”. Garanzia, questa, che, sebbene non sia configurabile per il volontariato (l'altra forma di non-lavoro) perché in contrasto col suo carattere di attività non remunerata e scelta dal singolo come tale, lo sarebbe, invece, per cura almeno quando svolta da un soggetto non lavoratore per il mercato, materializzando, in questo caso, il valore che la collettività deve attribuire a colui che, prestando assistenza a soggetti non autosufficienti, a tutti gli effetti svolge una attività che è nella responsabilità (non individuale, bensì) dello Stato sociale (della comunità tutta).

Ci si riferisce, piuttosto, alle altre forme in cui giuridicamente si esprime il riconoscimento dell'attività “socialmente utile” (conforme alla costruzione sociale: art. 1-4 Cost.). Sono le forme della solidarietà/sicurezza sociale di specie previdenziale, relative (ovviamente) ai soli eventi che non presuppongono strutturalmente l'occupazione per il mercato. L'infortunio e la vecchiaia, per esempio. In questi casi, alla mancanza di contribuzione, per l'assenza di retribuzione, dovrebbe sopperire l'esposizione della collettività mediante fiscalità generale, sulla quale, perciò, dovrebbe ricadere il costo della tutela; non dovrebbe ricadere, invece, sul singolo, come oggi accade, in attuazione di una tutela che, peraltro, ha un bassissimo grado di effettività ⁽⁴⁾.

Si vuol dire che oggi, nel nostro ordinamento, l'attività di *caregiver* non professionale ancora non attribuisce, a colui che la svolge, la titolarità di una adeguata protezione sociale dedicata, costruita cioè sulla peculiarità dell'attività e del soggetto che la svolge, nel rispetto del suo valore sociale e della rilevanza primaria che ha l'istanza di cura espressa di chi ne è il destinatario ⁽⁵⁾.

Fa ben sperare allora, nella prospettiva del mutamento, il recente disegno di legge delega in materia di politiche in favore delle persone anziane (AS 506), il quale, in linea con gli obiettivi del PNRR, riguarda, tra l'altro, la maggiore efficacia delle attività di assistenza sociale, sanitaria e sociosanitaria per le persone non autosufficienti ⁽⁶⁾.

La situazione è molto diversa, invece, per il *caregiver* che è già lavoratore.

Certo, a dispetto dell'ampiezza del fenomeno ⁽⁷⁾ neanche in questo caso esiste una regolazione organica. Nondimeno, la frammentarietà delle regole ben restituisce la rilevanza giuridica assegnata a questo lavoro di cura se e quando svolto da colui che già lavora: dai canali privilegiati di accesso alla sicurezza sociale previdenziale, per i lavoratori sia subordinati sia autonomi, agli strumenti che consentono di opporre il lavoro di cura al creditore di lavoro, qui solo subordinato, nella forma di tipi contrattuali e nelle forme che veicolano, nel contratto, l'istanza di conciliazione tra tempo di

⁽⁴⁾ Si ricorda che per la tutela di vecchiaia è previsto il Fondo c.d. casalinghe e casalinghi, ad adesione e contribuzione volontarie a carico dell'iscritto (d.lgs. 16 settembre 1996, n. 565; mess. Inps n. 2378/2022). Per l'assicurazione infortuni, invece, dispone la l. 3 dicembre 1999, n. 493, con premi sempre a carico dell'iscritto (circ. Inail 11 febbraio 2021, n. 6). Si precisa che, in entrambi i casi, la tutela è riservata a soggetti che “non sono iscritti ad altre forme di previdenza obbligatoria”, ovvero ai non lavoratori.

⁽⁵⁾ Anche in atti sovranazionali e internazionali, l'assistenza familiare non professionale è spesso intrecciata con i “diritti dei disabili”. Ne dà conto C. MURENA, in questo volume.

⁽⁶⁾ Qui si attinge dal Dossier del 1° febbraio 2023, esplicativo del disegno di legge approvato dal Governo in esame preliminare nell'ottobre del 2022.

⁽⁷⁾ Soprattutto “al femminile”: A. ZILLI, *Donne che curano: il lavoro delle caregivers in Italia*, in V. FILÌ (a cura di), *Quale sostenibilità per la longevità? Ragionando degli effetti dell'invecchiamento della popolazione sulla società, sul mercato del lavoro e sul welfare*, ADAPT University Press, ADAPT Labour Studies e-Book series, 2022, n. 95, p. 122 ss.

lavoro e di non lavoro ⁽⁸⁾. Così testimoniando, ancora una volta, che, nell'attuale grado di inveroimento della funzione di protezione sociale dello Stato, la scelta (necessità?) di assistenza a familiari non autosufficienti viene in rilievo non tanto di per sé; viene in rilievo, piuttosto, se e perché può pregiudicare il godimento di diritti e tutele sociali connesse al rapporto di lavoro.

È in questo ambito che si inseriscono le previsioni con le quali il d.lgs. n. 105/2022 interviene sulle prerogative di sospensione del rapporto di lavoro che, da tempo ormai, l'ordinamento riconosce ai lavoratori subordinati che sono *caregivers* familiari.

Ci si riferisce all'art. 2, comma 1, lett. *n*, che modifica il c.d. congedo straordinario che già la l. n. 53/2000 riservava ai lavoratori che assistono il coniuge, o assimilato, affetto da disabilità, oggi regolato all'art. 42, comma 5, d.lgs. n. 151/2001 ⁽⁹⁾.

Ci si riferisce, anche, all'art. 3, comma 1, lett. *b*, d.lgs. n. 105/2022, che interviene su diversi aspetti delle ventennali regole sui permessi e le agevolazioni ai lavoratori che assistono persone, coniugi o familiari, in condizione di disabilità grave, previste all'art. 33, l. n. 104/1992 (dai commi 3-7-*bis*, quest'ultimo aggiunto dal d.lgs. n. 105/2022).

Le pagine che seguono sono dedicate alle innovazioni richiamate da ultimo, che saranno esaminate conducendo l'approfondimento intorno a tre profili: i destinatari dei permessi, per come individuati in rapporto al legame di parentela con il soggetto da assistere (comma 2, art. 33, l. n. 104/1992); il trattamento economico, previdenziale e normativo della sospensione (comma 4); le agevolazioni nell'accesso alla modalità di lavoro agile e altre forme di lavoro flessibile (comma 6-*bis*).

Si tratta di innovazioni con le quali, come si dirà, il legislatore prosegue nell'opera di adeguamento delle regole ai mutamenti sociali e giuridici che hanno interessato la famiglia. Esse devono molto poco alla direttiva n. 1158/2019 di cui il d.lgs. n. 105/2022 è attuazione, se non per la scelta, di politica sociale, di attrarre formalmente anche l'assistenza ai familiari non autosufficienti – la direttiva la chiama «assistenza informale»: considerando n. 7 – nell'ambito delle situazioni che fanno emergere, presso il lavoratore, l'istanza di conciliazione tra tempo di lavoro e non lavoro. O, meglio ancora, situazioni che sollecitano l'effettività del diritto alla vita privata “nonostante il lavoro”, alla quale la conciliazione per esigenze di cura *tout court* è strumentale.

Né per questi permessi e agevolazioni sembra possibile trovare qualche collegamento con la l. n. 33/2022: il c.d. *Family act*, infatti, richiama la “eventuale condizione di disabilità delle persone presenti all'interno del nucleo familiare” solamente ai fini di sostegni economici (art. 1, lett. *e*).

Si deve segnalare infine, per completezza, che la lett. *b*, art. 3, d.lgs. n. 105/2022, modifica anche il comma 2 dell'art. 33, l. n. 104/1992, che non regola i permessi connessi all'assistenza bensì alla genitorialità finalizzata alla cura di minori con disabilità grave non ospedalizzati, ai quali, peraltro, dedica anche la modifica del comma 4 (dell'art. 33, l. n. 104/1992). L'intervento non sembra particolarmente significativo; appare, piuttosto, una specificazione delle precedenti regole quanto al trattamento economico e alla cumulabilità del permesso con altre sospensioni per genitorialità.

Il d.lgs. n. 105/2022, infatti, lascia immutata la struttura della sospensione: nel caso di minore con *handicap* in situazione di gravità, la madre oppure il padre hanno diritto a un permesso giornaliero di due ore, retribuito, fino al terzo anno del figlio, che si

⁽⁸⁾ Per una ricognizione delle più significative tra queste misure v. C. MURENA, in questo volume.

⁽⁹⁾ L'approfondimento di questo istituto è in C. MURENA in questo volume.

cumula col congedo parentale ma non anche col suo prolungamento, rispetto al quale resta alternativo (art. 33, commi 2 e 4, l. n. 104/1992). Solo che (ancora al comma 4) sancisce l'applicabilità degli artt. 43 e 44, d.lgs. n. 151/2011, così chiarendo che, come per i permessi per la cura dei figli entro il primo anno di vita (quelli *ex* 39 ss., d.lgs. n. 151/2001), la copertura economica, pari all'intera retribuzione, non è a carico del datore di lavoro bensì dell'ente previdenziale - in linea con la socializzazione del costo del diritto alla genitorialità ⁽¹⁰⁾.

2. I permessi: i titolari del diritto e la pluralità dei destinatari dell'assistenza

Mettendo ora a confronto la prima versione del comma 3, art. 33, d.lgs. n. 104/1992, relativo ai permessi per i *caregivers*, con quella che risulta dalla modifica del 2022, emergono due novità ⁽¹¹⁾: una attiene ai destinatari della sospensione, che rimane sempre pari a tre giorni al mese fruibili anche, ma non necessariamente, in modo continuativo; l'altra attiene ai destinatari dell'assistenza a cui il permesso è finalizzato.

Per il primo aspetto, è facile osservare che l'innovativo lungo elenco delle parentele e affinità, tra il lavoratore e la persona da assistere, che danno diritto al permesso costituisce la recezione di interpretazioni estensive della regola originaria compiute, nel tempo, dalla Corte costituzionale. Sono interpretazioni che hanno risentito molto dell'ampliamento del concetto di famiglia dovuto alla legge sulle unioni civili (l. 20 maggio 2016, n. 76) ⁽¹²⁾, e che hanno avuto ricadute anche sulla sfera di applicazione del congedo straordinario *ex* art. 42, d.lgs. n. 151/2001, oggi rivista, quanto ai destinatari, sostanzialmente nello stesso senso delle norme di cui si discute ⁽¹³⁾.

Sicché, al lavoratore dipendente da datore pubblico e privato, oggi la legge espressamente consente l'astensione dal lavoro per assistere non più solo il coniuge, ma altresì il convivente di fatto e la parte dell'unione civile ⁽¹⁴⁾, oltre che, come prima, un parente o affine entro il secondo grado. Il grado di parentela o affinità con la persona da assistere si estende poi sino al terzo grado nell'ipotesi in cui manchino, anche per decesso, i suoi genitori, il coniuge o equiparati (l'unito civilmente e convivente di fatto), oppure quando questi soggetti siano anch'essi non autosufficienti, per patologie invalidanti o per età (ultrasessantacinquenni). Peraltro, secondo una condivisibile

⁽¹⁰⁾ Per l'approfondimento sul punto si rinvia alle considerazioni già svolte, a proposito del congedo parentale, in R. CASILLO, in questo volume.

⁽¹¹⁾ Oltre l'eliminazione della previsione riguardante la cura dei figli disabili, che ora si ritrova nel più dedicato comma 1.

⁽¹²⁾ Per recenti studi dedicati, v. G. PISTORE, *Permessi e congedi per l'assistenza alle persone con disabilità. Stato dell'arte e profili critici alla luce della l. n. 76 del 2016*, Working Paper CSDLE "Massimo D'Antona".IT, 2018, n. 375/; M. TUFO, *Le "famiglie" nel diritto del lavoro e della sicurezza sociale: dalle origini ad oggi*, in L. GAETA (a cura di), *La famiglia nel prisma giuslavoristico: valori, rapporti, tutele*, ESI, 2022, p. 24 ss.

⁽¹³⁾ V. C. MURENA, in questo volume, a cui si rinvia anche per le applicazioni giurisprudenziali e le determinazioni degli Enti previdenziali su questo profilo della disciplina.

⁽¹⁴⁾ A partire da C. cost. 5 luglio 2016, n. 213, additiva del comma 3, art. 33, relativamente all'inclusione, tra i destinatari dei permessi, dei conviventi di fatto.

interpretazione dell'Inps, antecedente al d.lgs. n. 105/2022, l'affinità deve intendersi verificata anche tra l'unito civilmente e i parenti dell'altra parte dell'unione ⁽¹⁵⁾.

Si osserva, in proposito, che la stessa equiparazione tra i coniugi, le unioni civili e le convivenze di fatto, ora dichiarata nella l. n. 104/1992 per l'assistenza familiare, non si ritrova nella riscrittura delle regole sul congedo parentale, la cui fruizione, da parte della madre o del padre nell'ambito dell'unioni civili, è ancora problematica ⁽¹⁶⁾.

Ai destinatari dell'assistenza è riservata, poi, l'altra novità introdotta dal d.lgs. n. 105/2022 ⁽¹⁷⁾ – quella a cui le fonti giornalistiche danno il risalto maggiore.

Si tratta dell'eliminazione del c.d. principio del “referente unico dell'assistenza” espresso dalla precedente formulazione della norma, la quale, nel prevedere che “il diritto non può essere riconosciuto a più di un lavoratore dipendente per l'assistenza alla stessa persona in situazione di disabilità grave”, stabiliva la corrispondenza biunivoca tra il lavoratore fruitore del permesso e la persona assistita. Detto altrimenti, la persona in condizione di disabilità non poteva essere assistita da più di un lavoratore richiedente permesso ai sensi della l. n. 104/1992 – ad esclusione dei genitori.

Oggi, la riscrittura della disposizione restituisce una regola esattamente opposta: fermo il limite complessivo di tre giorni di permesso, per l'assistenza alla stessa persona il diritto può essere riconosciuto a più lavoratori tra gli aventi diritto, abilitati a fruirne, però, in alternativa tra loro. Il che, è appena il caso di osservare, è perfettamente in linea con la *ratio* dell'istituto: esso è pensato per l'assistenza “individuale” continuativa alla persona non autosufficiente, sul presupposto che, ove di qualità/quantità diversa e più intensa, l'assistenza continuativa sia prestata in struttura sanitaria ospedaliera o struttura non ospedaliera dedicata – caso, questo del ricovero a tempo pieno, che esclude il permesso ⁽¹⁸⁾.

Rimane inalterata, invece, la possibilità, per il lavoratore, di richiedere più permessi *ex* l. n. 104/1992, art. 33, riferiti, ciascuno, all'assistenza di una diversa persona. A condizione però che i soggetti da assistere siano, se così si può dire, “parenti stretti”: il coniuge, o il convivente, o l'unito civilmente o un parente o affine di primo grado. Ma anche un parente/affine di secondo grado, se in condizione di “solitudine” familiare: quando i suoi genitori o il coniuge (della persona con disabilità) mancano, sono ultrasessantacinquenni o disabili anch'essi.

Così costruita, la sospensione del rapporto, come ben si sa, è opponibile solo al datore di lavoro, non anche al committente nel lavoro autonomo.

L'esclusione non stupisce se si considera l'assetto degli equilibri del contratto *ex* art. 2222 c.c., il quale, oltre a contemplare una prestazione personale delegabile e sostituibile con mezzi sia pure parzialmente, è costruito intorno a un termine per la consegna dell'opera/servizio, non su una prestazione resa con continuità.

⁽¹⁵⁾ Circ. Inps 7 marzo 2022, n. 36. L'atto è di apprezzabile chiarezza, e ad esso si rinvia per il dettaglio tecnico delle diverse ipotesi.

⁽¹⁶⁾ Anche per questo profilo si rinvia a R. CASILLO, in questo volume.

⁽¹⁷⁾ Si ricorda che, già prima del 2022, a più riprese il legislatore è intervenuto per eliminare quelle condizioni, relative ai destinatari dell'assistenza, restrittive della fruizione dei permessi: dal requisito della convivenza a quello della continuità ed esclusività dell'assistenza: G. CARDONI, *La parabola dei permessi per assistenza a familiari disabili: aporie legislative, supplenze amministrative e una riforma che non c'è*, in *RDSS*, 2014, p. 2 ss.

⁽¹⁸⁾ Ci si riferisce, tra le altre più recenti, a Cass. 14 agosto 2019, n. 21416.

Qualche dubbio si pone, invece, per i rapporti autonomi di specie coordinata e continuativa – ma non anche per le collaborazioni etero-organizzate, se si ritiene che esse accedano *ex lege* almeno a questa parte della disciplina del lavoro subordinato (art. 2, d.lgs. n. 81/2015). Per questi lavoratori, c.d. para-subordinati, infatti, l'adempimento contrattuale, anch'esso prevalentemente (e non esclusivamente) personale, ha in sé proprio l'elemento della continuità nel tempo (predefinito), la quale continuità, in assenza di garanzia di sospensione del rapporto (nella specie qui di permesso), non si concilia con l'istanza di cura familiare.

Allo stato attuale della disciplina, per i lavoratori autonomi anche coordinati le garanzie si apprezzano sul piano della sicurezza sociale, nella forma di canali di accesso pensionistico che valorizzano, per ogni lavoratore, la condizione di *caregivers* ⁽¹⁹⁾, nonché sul piano fiscale, nella forma di detrazioni riconosciute ai fruitori di permessi *ex l.* n. 104/1992 senza distinzioni sulla natura del rapporto di lavoro ⁽²⁰⁾.

3. Il trattamento economico, previdenziale e normativo

L'intervento del d.lgs. n. 105/2022 sull'art. 33, d.lgs. n. 104/1992, ha interessato anche suo comma 4. Esso è stato totalmente riscritto, con un aggiornamento dei richiami normativi ivi contenuti, all'art. 7, l. n. 1204/1971, e agli artt. 7 e 8 della l. n. 903/1997, per regolare il trattamento economico, previdenziale e normativo della sospensione; richiami ora tutti riferiti al d.lgs. n. 151/2001, in cui sono confluite le disposizioni del 1971 e del 1977.

La combinazione dei nuovi rinvii non restituisce novità in tema di copertura economica e trattamento previdenziale.

Per la prima, il riferimento oggi è all'art. 43, d.lgs. n. 105/2001, con conseguente estensione, ai premessi per assistenza, del trattamento economico previsto per i permessi giornalieri destinati all'accudimento materno e paterno del figlio fino ad un anno di età (artt. 39 e 40) o fino a tre anni, se con handicap grave (art. 42, comma 1). Esso rimane, come prima, pari all'intero trattamento retributivo, corrisposto nella specie di indennità previdenziale: il costo dell'assistenza al familiare disabile, perciò, è attratto alla socializzazione, posto cioè a carico della comunità previdenziale, non invece del datore di lavoro.

Nulla cambia, rispetto a prima, anche quanto al trattamento previdenziale.

Il rinvio qui è all'art. 44, d.lgs. n. 151/2001, che a sua volta rinvia all'art. 35 dello stesso atto normativo, confermando l'attrazione dei permessi per l'assistenza tra quelle sospensioni coperte da contribuzione figurativa, utile ai fini delle prestazioni previdenziali secondo disposizioni di legge – si ricorda, ad esempio, che la contribuzione figurativa non vale ai fini di pensione quando si richiede contribuzione effettiva.

La novità, come si accennava, si riscontra per il trattamento normativo, ed è rinvenibile in una disposizione del d.lgs. n. 151/2001 a cui il nuovo comma 4 dell'art. 33, l.

⁽¹⁹⁾ La c.d. Ape sociale, oggi prorogata, a tutto il 2023, con l. 29 dicembre 2022, n. 197; il canale di prepensionamento (con 41 anni di contribuzione) esclusivo per i lavoratori precoci *ex* comma 199, l. n. 232/2016 e successive modifiche.

⁽²⁰⁾ Per queste misure si rinvia a C. MURENA, in questo volume.

n. 104/1992 rinvia indirettamente: si tratta dell'art. 34, comma 5 – richiamato nel già citato art. 44, d.lgs. n. 151/2001.

La disposizione (art. 34, comma 5), che è dedicata ai congedi parentali, è stata totalmente riscritta dal d.lgs. n. 105/2022, e, applicata ai permessi di cui si discute, comporta che queste sospensioni sono, come prima, computate nell'anzianità di servizio, e, in base alla specificazione oggi introdotta, lo sono anche con riferimento istituti prima espressamente esclusi: ferie, riposi, tredicesima mensilità o gratifica natalizia, ad eccezione di emolumenti accessori connessi all'effettiva presenza in servizio.

Il tratto migliorativo della nuova regola è ben evidente, ma è mitigato dalla previsione di chiusura della disposizione che fa «salvo quanto diversamente previsto dalla contrattazione collettiva». Precisazione che, tuttavia, appare armonica con la socializzazione del costo, diretto e indiretto, delle sospensioni per esigenze di cura *tout court* ⁽²¹⁾.

4. Le nuove agevolazioni

Se si esclude l'intervento sul congedo straordinario *ex art.* 42, comma 5, d.lgs. n. 151/2001, non si ritrovano, nel d.lgs. n. 105/2022, modifiche ulteriori agli istituti di conciliazione tra tempo di lavoro e non lavoro destinato all'assistenza familiare.

Si ritrovano, invece, modifiche per quanto attiene alle agevolazioni finalizzate al migliore adattamento dei modi di lavoro alle necessità di assistenza – peraltro in linea con le indicazioni della direttiva n. 1158/2019 (art. 9).

A questo fine, però, il legislatore non interviene a dare certezza giuridica all'esigenza, del *caregiver*, di prestare l'attività di lavoro nel luogo più prossimo al domicilio della persona che assiste. Rimane, infatti, immutato il comma 5, art. 33, l. n. 104/1992, secondo il quale il “diritto di scegliere il luogo di lavoro” è riconosciuto “ove possibile”, rimanendo così, tale diritto, configurabile, come dice la giurisprudenza, alla stregua di interesse legittimo, che sconta il confronto tra l'esigenza dell'organizzazione del datore e la reale necessità del *caregiver* ⁽²²⁾.

Certo, si tratta di una soluzione di compromesso. Ma la critica appare difficile, perché difficile appare sostenere che il costo (in questo caso del lavoro) connesso ai bisogni dell'assistenza a persone non autosufficienti debba ricadere sull'iniziativa economica privata, e non, invece, sulla collettività, che ne ha la responsabilità anche quando uno dei suoi membri, lavoratori, se ne fa volontariamente carico ⁽²³⁾. In questa prospettiva, l'imposizione di una scelta di gestione/organizzazione nell'interesse del lavoratore *caregiver* non contrasterebbe con alcuna delle prerogative fondamentali coinvolte (art. 4,

⁽²¹⁾ Anche su questo punto si rinvia alle osservazioni già svolte a proposito dei congedi parentali in R. CASILLO, in questo volume.

⁽²²⁾ In proposito v. M. DELFINO, *Cura dei soggetti fragili e rapporti di lavoro subordinato tra vecchi problemi e nuovi equilibri*, in B. GUASTAFERRO, L. TEBANO (a cura di), *Cura, lavoro, diritti. L'Unione europea e le sfide della contemporaneità*, in DLM, 2022, Quaderno n. 12, p. 181 ss.

⁽²³⁾ Detto altrimenti, quando il privato supplica all'azione pubblica, la quale, per l'assistenza domiciliare, segue le vie dell'azione regionale (art. 117 Cost.) che, a questo fine, attinge a fondi appositamente stanziati – che non sono dello stesso importo per tutte le regioni. Si segnala, in proposito, che solamente nel 2021, con la l. n. 234/2021 (di bilancio per il 2022), sono stati definiti i livelli essenziali delle prestazioni di sociali di assistenza per la non autosufficienza (LEPS), e ad essi espressamente si riferisce il ddl delega AS n. 506, già citato più dietro nel testo.

art. 32, art. 41, comma 1, Cost.) solamente se, in quella scelta aziendale, il datore di lavoro fosse “sostenuto”, in qualsiasi forma, dalla collettività (dallo Stato).

Per migliorare le condizioni di lavoro del *caregiver*, il legislatore interviene, piuttosto, con l’inedito comma 6-*bis* introdotto all’art. 33, che ad egli attribuisce un diritto di priorità nell’accesso alla modalità di lavoro agile e ad altre forme di lavoro flessibile.

La previsione sul lavoro agile, per la verità, riproduce, nella l. n. 104/1992, la prerogativa che lo stesso d.lgs. n. 105/2022 (all’art. 4, comma 1, lett. *b*) riconosce al *caregiver* con la riscrittura dell’art. 18, comma 3-*bis*, l. n. 81/2017 ⁽²⁴⁾.

Qui è facile osservare che la riaffermazione formale, ancorché utile, non vale ad escludere il rilievo secondo cui il diritto attribuito al *caregiver* vincola il datore alla valutazione prioritaria dell’esigenza del lavoratore, ma non già al suo accoglimento – ciò a cui dava luogo, invece, fino a tutto il 2020, l’art. 39, d.l. n. 18/2020 (convertito dalla l. n. 27/2020) ⁽²⁵⁾. Si può dire, però, che una possibile previsione in questo senso il legislatore l’abbia riservata alla contrattazione collettiva, della quale richiama come “ferme le eventuali previsioni più favorevoli”.

Né, dal punto di vista sostanziale, si può far velo sul fatto che, come oramai riconoscono tutti, l’efficacia della modalità agile ai fini del *work life balance* è, ancora oggi, tutta da costruire, specialmente per quanto attiene alle prerogative datoriali che incidono sulla separazione tra tempo del lavoro e non lavoro ⁽²⁶⁾. E nemmeno sul fatto che l’accessibilità a questa modalità di lavoro è, per sua natura, “selettiva”, dovendo fare i conti con l’organizzazione produttiva che non sempre ammette lavori/funzioni *ex art.* 2094 c.c. svolte con il più basso grado di vincolatività spaziale e temporale. Neanche col sacrificio del livello professionale.

Passando alla seconda agevolazione prevista al comma 6-*bis*, si osserva che le implicazioni del riconoscimento ai lavoratori *caregivers* di diritti di priorità nell’accesso ad “altre forme di lavoro flessibile”, ulteriori al lavoro agile, non sono così scontate; se non forse per quanto attiene all’inclusione, tra di esse, delle altre modalità di lavoro distanza: il telelavoro anzitutto, nelle sue diverse manifestazioni concrete.

Si dubita, per esempio, che il legislatore abbia voluto riferirsi ai tipi contrattuali tradizionalmente funzionali una migliore programmabilità del tempo di lavoro ⁽²⁷⁾: anzitutto il *part-time*. In questo caso, infatti, sarebbe stato lecito attendersi non un richiamo generico, come quello che si ritrova nella disposizione che si esamina, bensì una modifica espressa della regolazione del contratto. Esattamente, una modifica dell’art. 8 d.lgs. n. 81/15, il quale, per quel che ci interessa, oggi stabilisce per il *caregiver* una priorità nella trasformazione del contratto di lavoro verso il tempo ridotto solamente quando la persona da assistere è il coniuge, il figlio, il genitore affetto da patologia

⁽²⁴⁾ Ed è ricca di implicazioni, sulle quali v. E. DAGNINO, in questo volume.

⁽²⁵⁾ Su questa disposizione: P. MONDA, *Il lavoro agile “emergenziale” tra identità giuridica e problemi applicativi*, in L. ZOPPOLI (a cura di), *Tutela della salute pubblica e rapporti di lavoro*, in DLM, 2021, Quaderno n. 11, p. 285 ss. Oggi, a quanto consta, la richiesta di lavoro agile vincola il datore di lavoro fino al marzo tutto 2023 e solo per i lavoratori fragili rispetto al Covid-19: art. 1, comma 306, l. 29 dicembre 2022, n. 197; M. BROLLO, *Fragilità e lavoro agile lavoro*, in LDE, 2022, n. 1.

⁽²⁶⁾ Su questo specifico punto: R. CASILLO, *Competitività e conciliazione nel lavoro agile*, in RGL, 2018, I, p. 122; A.R. TINTI, *Il lavoro agile e gli equivoci della conciliazione virtuale*, Working Paper CSDLE “Massimo D’Antona”.IT, 2020, n. 419.

⁽²⁷⁾ G. CALVELLINI, *La flessibilità nella prospettiva del work-life balance: attualità e tendenze*, in L. GAETA (a cura di), *op. cit.*, p. 50 ss.

oncologica o cronico-degenerativa, oppure è altra persona con disabilità grave *ex* l. n. 104/1992 purché convivente.

Per converso, si può ritenere che la nuova disposizione, oltre che all'universo delle modalità di lavoro a distanza, abbia guardato (o quantomeno sia riferibile) anche alle forme della flessibilità oraria e pure nella specie di articolazione temporale della prestazione, che attengono, al pari della sottesa esigenza di programmabilità del tempo, ad ogni tipologia contrattuale – a tempo pieno, parziale, definito e non definito – nei termini definiti dalle regole legali e collettive sull'orario di lavoro e la sua modulazione⁽²⁸⁾. E che vi abbia guardato, nella prospettiva di agevolazione, non già opponendo la condizione di *caregiver* come limite allo *ius variandi* datoriale (anzitutto per quanto attiene alla immodificabilità unilaterale). Piuttosto, elevando l'istanza di conciliazione, di cui il prestatore di assistenza è portatore, a condizione di privilegio per l'accesso al beneficio rispetto ad altri lavoratori, nell'ipotesi in cui le esigenze della produzione impongano, al datore, una selezione tra i richiedenti. Priorità nella fruizione che può divenire anche qui un diritto alla medesima, se previsto dai contratti collettivi (art. 33, comma 6-*bis*, l. n. 104/1992).

⁽²⁸⁾ V. M. DELFINO, *op. cit.*, p. 175 ss.

**Le modifiche alla l. n. 81/2017 e al d.lgs. n. 81/2015:
uno sguardo d'insieme
(artt. 4 e 5 del d.lgs. n. 105/2022)***

di Isabella Calia

Abstract – Il d.lgs. n. 105/2022 ha apportato modifiche alla l. n. 81/2017 e al d.lgs. n. 81/2015 in attuazione dell'art. 9 della direttiva 2019/1158. Seppure si tratti di un intervento frammentario e disorganico su una pluralità di disposizioni e testi legislativi, va preso positivamente atto che si è al cospetto di un ampliamento delle tutele a favore di categorie di lavoratori in situazioni di particolare fragilità o debolezza, sicché ogni tassello, per quanto minimo, è utile a segnare il percorso verso i traguardi fissati anche a livello eurounitario.

Abstract – The d.lgs. 105/2022 made changes to l. 81/2017 and to d.lgs. 81/2015 in implementation of art. 9 of the Directive 2019/1158. Although it is a piecemeal and disorganized intervention on a plurality of provisions, it should be positively noted that there is an extension of safeguards in favor of categories of workers in situations of particular fragility or weakness, so that each piece of the puzzle, as a minimum, is useful to mark the path towards the targets set also at European level.

Sommario: 1. Introduzione. – 2. Congedo parentale per gli iscritti alla Gestione separata. – 3. Priorità per l'accesso al lavoro agile. – 4. Trasformazione del contratto a tempo parziale.

1. Introduzione

Nel panorama legislativo interno ed europeo, le politiche di conciliazione vita-lavoro rappresentano un importante strumento volto a tutelare i diritti dei lavoratori e delle lavoratrici, in ambito privato, familiare e lavorativo.

Il 13 agosto 2022 è entrato in vigore nell'ordinamento italiano il d.lgs. 30 giugno 2022, n. 105, che dà attuazione alla direttiva UE 2019/1158 del Parlamento europeo e del Consiglio del 20 giugno 2019 relativa all'equilibrio tra attività professionale e vita familiare per i genitori e i prestatori di assistenza, che ha a sua volta abrogato la precedente direttiva 2010/18/UE del Consiglio.

Si tratta di un recepimento importante per le politiche sociali rivolte alla dimensione lavorativa e familiare poiché la nuova disciplina europea, nel favorire una maggiore

conciliazione tra le due sfere di vita, persegue quali obiettivi ultimi il riequilibrio dei compiti di cura tra i genitori e l'incremento dell'occupazione femminile ⁽¹⁾.

La direttiva del 2019 stabilisce prescrizioni minime relative al congedo di paternità, al congedo parentale e al congedo per i prestatori di assistenza e a modalità di lavoro flessibili per i lavoratori che sono genitori o prestatori di assistenza, ai fine di facilitare la conciliazione tra lavoro e vita familiare per i precitati, conseguire la condivisione delle responsabilità di cura tra uomini e donne e la parità di genere in ambito lavorativo e familiare, nonché la promozione di un livello di occupazione elevato nell'Unione (cfr. considerando 16). Per espressa previsione, essa si applica a tutti coloro che hanno un contratto di lavoro anche a tempo parziale o a tempo determinato o un rapporto di lavoro con un'agenzia interinale (considerando 17).

Il d.lgs. n. 105/2022, enuncia in apertura la sua matrice, le sue finalità e il campo di applicazione, precisando (art. 1) «nell'ottica della piena equiparazione dei diritti alla genitorialità e all'assistenza, i congedi, i permessi e gli altri istituti oggetto del presente decreto, salvo che non sia diversamente specificato, sono direttamente applicabili anche ai dipendenti delle pubbliche amministrazioni».

In relazione allo specifico oggetto del presente contributo, circoscritto all'analisi delle modifiche che il d.lgs. n. 105/2022 ha apportato alla l. n. 81/2017 e al d.lgs. n. 81/2015, è utile richiamare il contenuto dell'art. 9 della direttiva 2019/1158, che detta principi in materia di “modalità di lavoro flessibili”, ai quali i legislatori nazionali sono tenuti a conformarsi. Ai sensi dell'art. 9 «gli Stati membri adottano le misure necessarie per garantire che i lavoratori con figli fino a una determinata età, che non deve essere inferiore a otto anni, e i prestatori di assistenza abbiano il diritto di chiedere orari di lavoro flessibili per motivi di assistenza. La durata di tali modalità di lavoro flessibili può essere soggetta a una limitazione ragionevole». Si legge che «i datori di lavoro prendono in considerazione le richieste di modalità di lavoro flessibili di cui al paragrafo 1 e vi rispondono entro un periodo di tempo ragionevole alla luce sia delle proprie esigenze sia di quelle del lavoratore. I datori di lavoro motivano l'eventuale rifiuto di una tale richiesta o l'eventuale richiesta di rinvio»; inoltre «quando le modalità di lavoro flessibili di cui al paragrafo 1 hanno durata limitata, alla fine del periodo convenuto il lavoratore ha il diritto di ritornare all'organizzazione originaria della vita professionale. Il lavoratore ha il diritto di chiedere di tornare all'organizzazione originaria della vita professionale anche prima della fine del periodo convenuto, ogniqualvolta un cambiamento di circostanze lo giustifichi. Il datore di lavoro prende in considerazione una richiesta di ritorno anticipato all'organizzazione originaria della vita professionale e vi risponde alla luce sia delle proprie esigenze sia di quelle del lavoratore». Infine «gli Stati membri possono subordinare il diritto di chiedere modalità di lavoro flessibili a una determinata anzianità lavorativa o di servizio, comunque non superiore a sei mesi. Nel caso di una successione di contratti a tempo determinato ai sensi della direttiva 1999/70/CE con lo stesso datore di lavoro, la somma di tali contratti è presa in considerazione ai fini del calcolo dell'anzianità».

Di rilievo è pure il disposto dell'art. 11, rubricato *Discriminazione*, ai sensi del quale gli Stati membri adottano le misure necessarie a vietare un trattamento meno favorevole dei lavoratori causato dalla domanda o dalla fruizione dei congedi o dall'esercizio dei

⁽¹⁾ I. DE CESARE, *Una prima lettura del d.lgs. n. 105/2022 sul riordino dei congedi parentali*, in *federalismi.it*, 2022, n. 29.

diritti di cui all'art. 9 cit., nonché del successivo art. 12, *Protezione contro il licenziamento e onere della prova*, che impone agli Stati membri di adottare le misure necessarie per vietare il licenziamento causato dalla domanda o dalla fruizione dei congedi o dall'esercizio dei diritti sopra menzionati, espressamente prevedendo che i lavoratori che ritengono di essere stati licenziati per i motivi sopra indicati devono poter chiedere al datore di lavoro di fornire la motivazione del licenziamento.

In verità, le norme del d.lgs. n. 105/2022 che recepiscono le indicazioni contenute nell'art. 9 della direttiva da certa dottrina⁽²⁾ sono state ritenute carenti e poco incisive, avendo il legislatore delegato scelto di intervenire in modo non organico e poco coraggioso, senza riconoscere un diritto potestativo di modificare anche solo temporaneamente l'organizzazione del lavoro, risultando peraltro solo marginali gli interventi relativi ai genitori lavoratori autonomi.

È certamente condivisibile la valutazione che si tratti di un intervento frammentario e disorganico su una pluralità di disposizioni e testi legislativi, difficili anche solo da ricostruire e ricomporre, almeno a una prima lettura.

Quanto agli effetti e alla portata, riservando naturalmente a un momento successivo le considerazioni circa il livello di conseguimento dei risultati auspicati, occorre comunque prendere positivamente atto che si è al cospetto di un ampliamento delle tutele a favore di categorie di lavoratori in situazioni di particolare fragilità o debolezza, sicché ogni tassello, per quanto minimo, può essere utile a segnare il percorso verso il traguardo, o verso uno dei traguardi.

2. Congedo parentale per gli iscritti alla Gestione separata⁽³⁾

L'art. 4 del d.lgs. n. 105/2022 ha introdotto modifiche alla legge 22 maggio 2017, n. 81 (Misure per la tutela del lavoro autonomo non imprenditoriale e misure volte a favorire l'articolazione flessibile nei tempi e nei luoghi del lavoro subordinato).

La l. n. 81/2017 consta di distinti "capi", che contengono una disciplina caratterizzata da formale e reciproca autonomia tematica, sui quali altrettanto distintamente è intervenuto il legislatore del 2022, occupandosi sia del capo I, *Tutela del lavoro autonomo*, che del capo II, *Lavoro agile*.

Con riferimento ai lavoratori iscritti alla Gestione separata dell'Inps, il d.lgs. n. 105/2022 è intervenuto sull'art. 8 sostituendo innanzitutto al comma 4, primo periodo, le parole «massimo pari a sei mesi entro i primi tre anni di vita» con le parole «pari a tre mesi ciascuno entro i primi dodici anni di vita del bambino. Entro lo stesso termine, i genitori hanno diritto, in alternativa tra loro, ad ulteriori tre mesi di congedo», nonché le parole "sei mesi" con le parole "nove mesi".

Come noto, l'iscrizione alla Gestione separata è rivolta a svariate categorie di lavoratori parasubordinati, fra cui i titolari di forme di collaborazione coordinata e continuativa (co. co. co.), i liberi professionisti senza cassa professionale, i beneficiari di assegni di ricerca e borse di studio, i lavoratori autonomi occasionali con reddito superiore a 5.000 euro, i medici con contratto di formazione specialistica.

(2) M.L. VALLAURI, *Il d.lgs. 30 giugno 2022, n. 105 di attuazione della Direttiva (UE) 2019/1158*, in *LDE*, 2022, n. 3.

(3) Sul punto cfr. L. TASCHINI, in questo volume, tomo II, parte I, sez. III.

Ebbene, in favore dei genitori che siano lavoratori appartenenti a tali categorie, il d.lgs. n. 105/2022 ha ampliato l'arco temporale di fruizione del congedo parentale da 3 fino a 12 anni di età del figlio, o dall'ingresso in famiglia del minore in caso di adozione/affidamento preadottivo.

Inoltre, ha riconosciuto a ciascun genitore il diritto a 3 mesi di congedo parentale indennizzato, non trasferibili all'altro genitore, e a entrambi i genitori il diritto a ulteriori 3 mesi indennizzati, in alternativa tra loro, per un periodo complessivo di coppia di massimo 9 mesi, rispetto ai 6 mesi concessi dalla normativa previgente.

L'Inps ha fornito indicazioni amministrative per rendere più agevole la comprensione e prima applicazione delle modifiche ⁽⁴⁾, esponendo in una tabella riepilogativa i limiti individuali e di coppia dei genitori iscritti alla Gestione separata.

A tale proposito va ricordato che alla categoria di lavoratori in commento non spettano periodi di congedo parentale non indennizzati e il congedo non è fruibile in modalità oraria, così come non è prevista la tutela del "genitore solo", riconosciuta invece ai lavoratori dipendenti ai fini della fruizione del congedo parentale (lo *status* di "genitore solo" sussiste in caso di morte o grave infermità dell'altro genitore; in caso di abbandono o mancato riconoscimento del minore da parte dell'altro genitore; in tutti i casi di affidamento esclusivo del minore a un solo genitore, compreso l'affidamento esclusivo disposto ai sensi dell'art. 337 *quater* c.c.).

La fruizione del congedo parentale da parte degli iscritti alla Gestione separata effettuata nei primi dodici anni di vita (o dall'ingresso in famiglia) del minore, può essere indennizzata solamente a condizione che risulti effettivamente accreditata almeno una mensilità di contribuzione con aliquota piena nei dodici mesi precedenti l'inizio di ogni periodo indennizzabile di congedo parentale richiesto (nella circ. n. 122/2022 l'Inps rammenta che l'automaticità delle prestazioni di cui all'art. 64 *ter* del d.lgs. n. 151/2001 non opera mai per la fruizione del congedo parentale). Qualora il congedo parentale sia fruito nel primo anno di vita (o dall'ingresso in famiglia) del minore e non si riscontri la sussistenza del requisito contributivo di cui sopra, l'indennità può, comunque, essere riconosciuta se il/la richiedente aveva titolo all'indennità di maternità o paternità, a prescindere dall'effettiva fruizione della stessa.

La misura dell'indennità per congedo parentale era e resta stabilita «per ciascuna giornata del periodo indennizzabile, in misura pari al 30 per cento del reddito di lavoro relativo alla predetta contribuzione» (art. 8, comma 5, l. n. 81/2017).

A rafforzare la tutela apprestata in favore della genitorialità dei lavoratori autonomi o parasubordinati, con l'intento di incentivare la fruizione dei periodi di congedo parentale, dopo il comma 7 del medesimo art. 8, l. n. 81/2017, il legislatore del 2022 ha inserito il comma 7-*bis* secondo cui «il rifiuto, l'opposizione o l'ostacolo all'esercizio dei diritti di assenza dal lavoro di cui ai commi 4, 6 e 7, ove rilevati nei due anni antecedenti alla richiesta della certificazione della parità di genere di cui all'articolo 46-bis del decreto legislativo 11 aprile 2006, n. 198, o di analoghe certificazioni previste dalle regioni e dalle province autonome nei rispettivi ordinamenti, impediscono al datore di lavoro il conseguimento delle stesse certificazioni» ⁽⁵⁾. Si tratta di una sanzione indiretta per l'ipotesi di diniego o di ostracismo rispetto alla dichiarazione del lavoratore di voler fruire del congedo parentale.

⁽⁴⁾ Circ. Inps 27 ottobre 2022, n. 122.

⁽⁵⁾ Sul punto cfr. G. PICCO, in questo volume, tomo II, parte I, sez. IV.

Va in proposito brevemente rammentato che il possesso della certificazione della parità di genere, prevista dall'art. 46 *bis*, del d.lgs. n. 198/2006 (Codice delle pari opportunità tra uomo e donna), permette una serie di benefici per le aziende private, a iniziare dal diritto a un *bonus* contributivo previdenziale mensile, non superiore all'1% della contribuzione complessivamente dovuta dal datore di lavoro (resta ferma l'aliquota di computo delle prestazioni pensionistiche), entro il limite massimo di 50.000 euro annui per azienda. Ne consegue che l'eventuale opposizione avverso il diritto di assentarsi dal lavoro per congedo parentale può comportare la perdita del beneficio contributivo.

Inoltre, le aziende certificate hanno un punteggio premiale sia nel caso partecipino a bandi per fondi nazionali e comunitari, sia nelle procedure di affidamento di appalti pubblici: punteggi che evidentemente non verranno conteggiati in caso di comportamenti in violazione delle disposizioni di cui ai commi 4, 6 e 7 dell'art. 8, l. n. 81/2017. È opportuno dare conto, pur con rapidi cenni, che l'estensione delle tutele per i genitori che siano lavoratori non subordinati si registra anche in altre disposizioni del d.lgs. n. 105/2022, oltre l'ambito degli iscritti alla Gestione separata dell'Inps.

Viene infatti modificato l'art. 69 del d.lgs. n. 151/2001, *Testo unico delle disposizioni legislative in materia di tutela e sostegno della maternità e della paternità*, riconoscendo per la prima volta anche ai padri lavoratori autonomi il diritto al congedo parentale (cfr. art. 2, lett. *u*, d.lgs. n. 105/2022).

Dalla nuova formulazione deriva il diritto a 3 mesi di congedo parentale per ciascuno dei genitori, da fruire entro l'anno di vita (o dall'ingresso in famiglia in caso di adozione o affidamento) del minore.

La possibilità di fruizione del congedo parentale decorre, per la madre, dalla fine del periodo indennizzabile di maternità (compresi gli ulteriori 3 mesi di maternità di cui alla circ. Inps n. 1/2022) e per il padre dalla nascita o dall'ingresso in famiglia del minore.

Ne consegue che, per ogni bambino, il limite massimo di fruizione del congedo parentale per un genitore lavoratore autonomo è di 3 mesi.

Come per le lavoratrici autonome, anche per il padre lavoratore autonomo l'indennità di congedo parentale (pari al 30% della retribuzione convenzionale) è subordinata all'effettiva astensione dall'attività lavorativa.

E ancora, la novella del 2022, con l'aggiunta del comma 2-*ter* all'art. 68 del d.lgs. n. 151/2001, introduce la possibilità di indennizzare periodi antecedenti i due mesi prima del parto, in caso di gravidanza a rischio delle lavoratrici autonome (cfr. art. 2, lett. *t*, d.lgs. n. 105/2022).

Per poter ottenere il pagamento dell'indennità per tali periodi, la lavoratrice autonoma deve produrre all'Istituto l'accertamento medico della ASL che individua il periodo indennizzabile per i casi di gravi complicanze della gravidanza o di persistenti forme morbose che si presume possano essere aggravate dallo stato di gravidanza, di cui all'art. 17, comma 3, del d.lgs. n. 151/2001.

L'indennità per i periodi antecedenti i 2 mesi prima del parto è, pertanto, erogabile in presenza di un accertamento medico della ASL, ed è la stessa calcolata per i periodi di tutela della maternità/paternità a seconda della categoria di appartenenza della lavoratrice autonoma.

Con riguardo agli istituti come modificati dalla novella del 2022, possono essere indennizzati i soli periodi successivi all'entrata in vigore del d.lgs. n. 105/2022, ossia dal 13 agosto 2022.

L'Inps ha comunque puntualizzato che le “nuove” domande di congedo parentale dei dipendenti e degli iscritti alla Gestione separata possono riguardare anche periodi di astensione precedenti alla data di presentazione della domanda stessa, purché relativi a periodi di astensione fruiti a decorrere dal 13 agosto 2022.

In ogni caso, una volta entrati a regime gli aggiornamenti del sistema informatico dell'Inps, le domande devono essere presentate, come di consueto, prima dell'inizio del periodo di fruizione o, al massimo, il giorno stesso ⁽⁶⁾.

3. Priorità per l'accesso al lavoro agile (7)

Una breve premessa sulle caratteristiche del lavoro agile, come delineato dalla l. n. 81/2017, è opportuna prima di esaminare le modifiche apportate dal d.lgs. n. 105/2022.

La citata l. n. 81/2017 è stata un provvedimento normativo molto atteso, soprattutto con riguardo alla disciplina giuridica del lavoro agile, che può rappresentare una forma di ulteriore flessibilità organizzativa rispetto al telelavoro. In assenza di un quadro definitivo e normativo di riferimento, con varia denominazione si erano infatti moltiplicate, nell'ultimo biennio precedente all'entrata in vigore della legge del 2017, esperienze regolatorie “autarchiche” a opera delle parti collettive, ovvero modellate *ad hoc* nei singoli contesti produttivi aziendali, in espressione di quell'autonomia negoziale che è tipica della contrattazione collettiva ⁽⁸⁾.

La formula dell'art. 18, l. n. 81/2017, conferma la configurazione del lavoro agile non come una nuova tipologia contrattuale, bensì come peculiare «modalità di esecuzione del rapporto di lavoro subordinato» finalizzata ad «incrementare la competitività e agevolare la conciliazione dei tempi di vita e di lavoro».

Nulla quaestio, dunque, circa la totale riconducibilità della disciplina giuridica dell'istituto al quadro giuridico complessivo (di legge e contratto collettivo) proprio del lavoro subordinato.

La *ratio legis* corrisponde sì al miglioramento della competitività, ma anche, contestualmente, alla facilitazione della conciliazione tra esigenze di vita ed esigenze di lavoro.

La sintesi necessaria di questi due alti obiettivi di legge (uno di natura economica, l'altro di natura personalistica) deve attuarsi, peraltro, nel rispetto della gerarchia di valori sancita dal quadro costituzionale, che esclude (agli artt. 1-12 Cost.) ogni subalternità dei secondi ai primi.

Dal momento che la concreta «modalità di esecuzione del rapporto di lavoro subordinato» è «stabilita mediante accordo tra le parti», è stata da taluni invocata

⁽⁶⁾ Mess. Inps 8 novembre 2022, n. 4025, con cui l'Istituto ha comunicato il completamento degli aggiornamenti procedurali relativi alla presentazione telematica della domanda di congedo parentale delle lavoratrici e dei lavoratori dipendenti del settore privato e degli iscritti alla Gestione separata, secondo le novità di cui al d.lgs. n. 105/2022.

⁽⁷⁾ Sul punto cfr. E. DAGNINO, in questo volume, tomo II, parte I, sez. III.

⁽⁸⁾ E. DAGNINO, P. TOMASSETTI, C. TOURRES, *Il “lavoro agile” nella contrattazione collettiva oggi*, Working Paper ADAPT, 2016, n. 2.

L'opportunità che il presidio della gerarchia di valori di cui sopra venisse affidato alla capacità di sintesi negoziale delle parti collettive, anziché solo a quella delle parti individuali ⁽⁹⁾. E invece, il legislatore del 2017 ha compiuto una scelta di segno opposto, ritenendo che le esigenze di conciliazione possano essere adeguatamente presidiate dal singolo lavoratore, in sede negoziale, trascurando l'inevitabile squilibrio nella capacità di condizionamento negoziale tra le parti del rapporto di lavoro e deludendo le aspettative di chi auspicava una diversa formulazione del testo normativo che avesse affidato il lavoro agile alla pattuizione individuale esclusivamente in assenza di contrattazione collettiva (così come accade per le clausole elastiche e il lavoro supplementare nel part-time).

Il testo di legge pone comunque precisi limiti alla pattuizione individuale, sancendo che essa può operare «entro i soli limiti di durata massima dell'orario di lavoro giornaliero e settimanale, derivanti dalla legge e dalla contrattazione collettiva»: si enfatizza così l'inderogabilità tra le parti individuali non solo delle previsioni di legge, ma anche di quelle delle parti collettive, restituendo, almeno per la durata massima della prestazione, pieno ruolo alla contrattazione collettiva.

Proprio in tale direzione si sono mosse le parti sociali, all'esito di un approfondito confronto promosso dal Ministro del lavoro e delle politiche sociali (Orlando), pervenendo alla stipula il 7 dicembre 2021 del *Protocollo nazionale sul lavoro in modalità agile*, le cui linee direttrici sono la riattivazione di un largo e intenso dialogo sociale, la valorizzazione della contrattazione già esistente, le aperture alla diversificazione settoriale e organizzativa, l'attenzione alla concretezza del *work-life balance*, la conservazione dell'accordo individuale: piccoli passi avanti dentro il quadro legislativo esistente, innovato poco e con prudenza, ma in modo da apparire solido e promettente ⁽¹⁰⁾.

Il protocollo introduce un importante correttivo di fatto: l'apporto decisivo della contrattazione collettiva. Non si tratta di una scelta politica astratta o ideologica, bensì, al contrario, di un dato di realtà. La contrattazione collettiva sul lavoro agile nel settore privato è infatti un fenomeno reale – concretizzatosi in svariate centinaia di contratti, soprattutto aziendali, siglati prima, durante e dopo la pandemia – dal quale il protocollo prende le mosse e che la normativa del 2017 non vietava e non promuoveva. Da questa angolazione si tratta di una realtà di cui l'ordinamento prende atto. Però il protocollo vuole anche avere un altro significato: fare di questa realtà il perno di un nuovo assetto regolativo. Da quest'altro versante la contrattazione collettiva per il lavoro agile cessa di essere un mero fenomeno fattuale e diventa realtà giuridica, cioè un passaggio necessario affinché la nuova fattispecie venga regolata in modo equilibrato e solido.

Con l'entrata in campo della contrattazione collettiva – dal protocollo riguardata come fonte necessaria del lavoro agile – l'accordo individuale – che resta indispensabile – deve trovare la sua collocazione *more solito* subordinata alla fonte collettiva, salvo per ambiti e professionalità nei quali la contrattazione collettiva o non c'è o non ha presa giuridica.

⁽⁹⁾ D. IODICE, R. COLOMBANI, *Il lavoro agile nella legge n. 81/2017. Flessibilità o destrutturazione del rapporto?*, Working Paper ADAPT, 2017, n. 9.

⁽¹⁰⁾ L. ZOPPOLI, *Tra linee guida, protocolli e circolari il lavoro agile resta un irrocervo*, in RGL *giurisprudenza online – Newsletter*, 2022, n. 1.

Ciò che il protocollo ha fatto è mettere a frutto l'esperienza del lavoro agile "pandemico" a proposito del *work-life balance* e del lavoro agile come modalità per far lavorare meglio chi è in condizioni soggettive di fragilità.

In particolare, ai fini del presente lavoro, è importante sottolineare come nel protocollo sia stato chiaramente escluso che il lavoro agile rappresenti di per sé uno strumento che agevola le lavoratrici. Anche se agile, il lavoro deve sempre essere accompagnato da accorgimenti che favoriscano la conciliazione vita-lavoro o, ancor meglio, «l'effettiva condivisione delle responsabilità genitoriali» (cfr. art. 9, comma 2, del protocollo: «Le Parti sociali, fatte salve la volontarietà e l'alternanza tra lavoro all'interno e all'esterno dei locali aziendali, promuovono lo svolgimento del lavoro in modalità agile, garantendo la parità tra i generi, anche nella logica di favorire l'effettiva condivisione delle responsabilità genitoriali e accrescere in termini più generali la conciliazione tra i tempi di vita e i tempi di lavoro. A tal fine si impegnano a rafforzare i servizi e le misure di equilibrio tra attività professionale e vita familiare per i genitori e i prestatori di assistenza»).

Significativa è altresì la pattuizione sancita dall'art. 10 del protocollo, ai sensi del quale «Salvo quanto previsto dalla legge, le Parti sociali si impegnano a facilitare l'accesso al lavoro agile per i lavoratori in condizioni di fragilità e di disabilità, anche nella prospettiva di utilizzare tale modalità di lavoro come misura di accomodamento ragionevole».

Illuminanti, anche nell'ottica dei recenti sviluppi legislativi in materia, oggetto del presente contributo, sono le considerazioni espresse nella relazione conclusiva del Gruppo di studio *Lavoro agile* istituito con d.m. 13 aprile 2021, n. 87, confluite nell'elaborazione del citato protocollo: «la fragilità è stata riferita, anzitutto, a quelle condizioni di salute in presenza delle quali la persona necessita di una maggior tutela dal rischio di contagio con i conseguenti pesanti risvolti negativi, come nei casi del lavoratore con grave disabilità, con immunodepressione ovvero con gravi patologie cui conseguano ridotte capacità lavorative o, infine, nell'ipotesi della presenza di esiti da patologie oncologiche o da terapie salvavita. Inoltre, si è fatto riferimento anche alla vulnerabilità familiare e sociale dei lavoratori (spesso, di fatto, delle lavoratrici), sussistente laddove gli stessi sono stati chiamati a svolgere l'attività di assistenza e di cura dei figli minori di 16 anni. [...] Quanto, poi, alla dimensione del lavoro a distanza come opportunità, non solo nell'ambito delle fragilità derivanti dalla condizione familiare e sociale (lavoratori-genitori di figli preadolescenti o disabili), ma anche per favorire la conciliazione tra i tempi di lavoro e di vita personale, va tenuto presente il minor gradimento per il lavoro domestico emergenziale, a forte rischio di discriminazione, soprattutto per le lavoratrici madri con figli piccoli, come emerso sia in sede di audizioni, sia dall'analisi dei questionari e dei vari *Report*. A tal proposito, occorre evidenziare che, laddove il diritto a svolgere il lavoro in modalità agile continui a essere concepito quale rimedio esclusivo – di diritto o di fatto (come attestano le evidenze statistiche) – di un solo genitore (per lo più, di fatto, la madre) in alternativa alla sua fruizione da parte dell'altro (e non a favore di entrambi), vi è il forte rischio di inevitabili disegualanze in danno delle lavoratrici, le quali si vedranno costrette a rinunciare al lavoro per svolgere le funzioni assistenziali. Il diritto al lavoro agile dovrebbe spettare a entrambi i genitori (e non l'uno in alternativa dell'altro) dato che non si tratta di un congedo, ma di una modalità flessibile di esecuzione della prestazione

lavorativa subordinata che dovrebbe permettere la conciliazione (o meglio la condivisione) delle responsabilità genitoriali; anche siffatta tutela deve essere, quindi, declinata in una logica binaria a favore di entrambi i genitori lavoratori. Questo dovrebbe avvenire con la consapevolezza che una nuova regolamentazione ordinaria del lavoro agile, considerate le sue finalità, dovrà essere intrecciata con l'attuazione della direttiva 2019/1158/UE del Parlamento europeo e del Consiglio – 20 giugno 2019 – relativa all'equilibrio tra attività professionale e vita familiare per i genitori e i prestatori di assistenza»⁽¹¹⁾.

Gli auspici contenuti nella relazione di cui sopra si sono almeno in parte concretizzati con l'entrata in vigore del d.lgs. n. 105/2022 che, all'art. 4, lett. *b*, valorizza il lavoro agile quale strumento utile a promuovere la conciliazione vita-lavoro e a tutelare i lavoratori più fragili per ragioni di salute o familiari.

In verità, già prima del 2022 e prima anche del confronto che ha portato a siglare il protocollo del 7 dicembre 2021, tra le pieghe della legge di bilancio per il 2019 (l. n. 145/2018) era comparsa, al comma 486 del suo articolo unico, una disposizione in materia di lavoro agile.

Si è trattato di una novella additiva rispetto all'originario art. 18 della l. n. 81/2017, a seguito della quale il nuovo comma 3-*bis* del medesimo articolo disponeva che «I datori di lavoro pubblici e privati che stipulano accordi per l'esecuzione della prestazione di lavoro in modalità agile sono tenuti in ogni caso a riconoscere priorità alle richieste di esecuzione del rapporto di lavoro in modalità agile formulate dalle lavoratrici nei tre anni successivi alla conclusione del periodo di congedo di maternità previsto dall'articolo 16 del testo unico delle disposizioni legislative in materia di tutela e sostegno della maternità e della paternità, di cui al decreto legislativo 26 marzo 2001, n. 151, ovvero dai lavoratori con figli in condizioni di disabilità ai sensi dell'articolo 3, comma 3, della legge 5 febbraio 1992, n. 104».

La disposizione in questione aveva sollevato numerose perplessità e critiche, essendosi evidenziato che l'introduzione di meccanismi di priorità che vincolano il potere di scelta datoriale significa spostare le valutazioni a livello di organizzazione di impresa e gestione del personale, che per essere ben governati forse avrebbero necessitato (in futuro) quantomeno di regolamenti aziendali (non obbligatori) in grado di replicare e "procedimentalizzare" quanto previsto dalla nuova norma, altrimenti di difficile attuazione⁽¹²⁾.

Poco comprensibile, obiettivamente (e in effetti poi rettificata dal legislatore del 2022), anche la selezione dei destinatari (solo le madri entro tre anni dal termine del congedo obbligatorio e i genitori con figli con disabilità): vi sono infatti altre categorie di soggetti, già tutelati dall'ordinamento al pari di quelli citati, che restano di fatto esclusi. Si pensi al padre (anch'esso titolare di autonomo diritto al congedo), ai lavoratori disabili, ai lavoratori affetti da malattie croniche o oncologiche, lavoratori anziani, ecc.

⁽¹¹⁾ Cfr. Relazione curata dal Gruppo di studio *Lavoro agile* istituito con d.m. 13 aprile 2021, n. 87, successivamente integrato dal d.m. 21 aprile 2021, n. 99, cfr. § 6.3, intitolato *I lavoratori fragili e la conciliazione fra tempi di vita e tempi di lavoro*.

⁽¹²⁾ M. MENEGOTTO, *Legge di bilancio: (nuovi) diritti di precedenza sul lavoro agile. Prime riflessioni*, in *Boll. ADAPT*, 8 gennaio 2019, n. 1.

Peraltro, nella prassi vi erano già diverse esperienze di contrattazione collettiva a livello aziendale ⁽¹³⁾, che dimostrano il grado di attenzione verso la tutela di particolari soggetti, anche nei confronti di una platea ben più ampia di quella identificata dal legislatore ⁽¹⁴⁾.

Ad alcuni di questi dubbi, oltre che alle istanze poste dal necessario perseguimento degli obiettivi della parità di genere e della equa condivisione delle responsabilità genitoriali e di accudimento, ha dato risposta il d.lgs. n. 105/2022, che ha modificato l'art. 18 della l. n. 81/2017 nei seguenti termini (cfr. art. 4, lett. *b*, d.lgs. n. 105/2022): «1) il comma 3-bis è sostituito dal seguente: “3-bis. I datori di lavoro pubblici e privati che stipulano accordi per l'esecuzione della prestazione di lavoro in modalità agile sono tenuti in ogni caso a riconoscere priorità alle richieste di esecuzione del rapporto di lavoro in modalità agile formulate dalle lavoratrici e dai lavoratori con figli fino a dodici anni di età o senza alcun limite di età nel caso di figli in condizioni di disabilità ai sensi dell'articolo 3, comma 3, della legge 5 febbraio 1992, n. 104. La stessa priorità è riconosciuta da parte del datore di lavoro alle richieste dei lavoratori con disabilità in situazione di gravità accertata ai sensi dell'articolo 4, comma 1, della legge 5 febbraio 1992, n. 104 o che siano caregivers ai sensi dell'articolo 1, comma 255, della legge 27 dicembre 2017, n. 205. La lavoratrice o il lavoratore che richiede di fruire del lavoro agile non può essere sanzionato, demansionato, licenziato, trasferito o sottoposto ad altra misura organizzativa avente effetti negativi, diretti o indiretti, sulle condizioni di lavoro. Qualunque misura adottata in violazione del precedente periodo è da considerarsi ritorsiva o discriminatoria e, pertanto, nulla”;

2) dopo il comma 3-bis, è inserito il seguente: “3-ter. Il rifiuto, l'opposizione o l'ostacolo alla fruizione del lavoro agile, secondo quanto disposto dal comma 3-bis, ove rilevati nei due anni antecedenti alla richiesta della certificazione della parità di genere di cui all'articolo 46-bis del decreto legislativo 11 aprile 2006, n. 198 o di analoghe certificazioni previste dalle regioni e dalle province autonome nei rispettivi ordinamenti, impediscono al datore di lavoro il conseguimento delle stesse certificazioni”». Le nuove regole dettate dal d.lgs. n. 105/2022 impongono quindi di riservare priorità alle richieste di *smart working* presentate da lavoratrici e lavoratori disabili in situazione di gravità accertata, con figli fino a 12 anni di età, con figli disabili o *caregiver*, ampliando dunque il novero dei beneficiari non solo rispetto alla normativa previgente, ma anche rispetto ai paletti posti dalla direttiva europea 2019/1158, che richiede di agevolare nell'accesso a modalità flessibili di lavoro i prestatori di assistenza e i genitori fino ad almeno gli 8 anni d'età dei figli.

La disposizione in commento prevede infatti che i datori di lavoro, sia pubblici che privati, devono riconoscere una priorità alle richieste di esecuzione del rapporto di lavoro in modalità agile, qualora queste richieste vengano presentate da lavoratrici e lavoratori che appartengono a una delle seguenti categorie:

⁽¹³⁾ Sulla prima esperienza contrattuale-collettiva si veda, in generale, AA.VV., *Il “lavoro agile” nella contrattazione collettiva oggi*, Working Paper ADAPT, 2016, n. 2.

⁽¹⁴⁾ Basti il riferimento all'accordo Zurich, che introduce un grado di priorità per lavoratori malati o con familiari malati; l'accordo Crédit Agricole Cariparma, che si riferisce prioritariamente a lavoratori disabili, in stato di gravidanza, con doveri di cura di figli di età inferiore a 8 anni; l'accordo ENI, che privilegia neomamme, neopapà, genitori con figlio in adozione/affidamento preadottivo; per una specifica mappatura cfr. E. DAGNINO, M. MENEGOTTO, L.M. PELUSI, M. TIRABOSCHI, *Guida pratica al lavoro agile dopo la legge n. 81/2017*, ADAPT University Press, 2017, spec. pp. 114-117.

- disabile in situazione di gravità accertata (ai sensi dell'art. 4, comma 1, della l. n. 104/1992);
- con figli fino a 12 anni di età;
- con figli disabili, qualora il figlio abbia una minorazione, singola o plurima, che abbia ridotto l'autonomia personale, correlata all'età, in modo da rendere necessario un intervento assistenziale permanente, continuativo e globale nella sfera individuale o in quella di relazione (ai sensi dell'art. 3, comma 3, l. n. 104/1992);
- assistente familiare (*caregiver*) di soggetto che, a causa di malattia, infermità o disabilità, anche croniche o degenerative, non sia autosufficiente e in grado di prendersi cura di sé (ai sensi dell'art. 1, comma 255, della l. n. 205/2017).

Tale ultima ipotesi comprende l'assistenza e cura a uno di questi soggetti: il coniuge, l'altra parte dell'unione civile tra persone dello stesso sesso o il convivente di fatto (ai sensi della l. n. 76/2016), un familiare o un affine entro il secondo grado, ovvero, nei soli casi di disabilità grave o di titolarità di indennità di accompagnamento, un familiare entro il terzo grado.

Naturalmente, la premessa irrinunciabile è che la priorità a vantaggio dei lavoratori suindicati nasce qualora i datori di lavoro stipulino accordi per l'esecuzione del lavoro in modalità agile; anche in tal caso, comunque, si tratta di una priorità e non di un diritto potestativo.

Il legislatore tace su molteplici aspetti, verosimilmente per lasciare spazio all'autonomia collettiva e privata nella regolamentazione dei dettagli.

Si osserva che la disposizione non collega la validità della priorità alla compatibilità dell'attività lavorativa rispetto alla prestazione resa da remoto: in particolare, non è stato disciplinato il caso in cui le mansioni prestate dal lavoratore siano incompatibili rispetto a un'attività prestata al di fuori della sede aziendale.

Sarà (dovrà essere) naturalmente l'accordo aziendale o individuale a verificare preventivamente detta compatibilità, indispensabile perché sorga la priorità a vantaggio dei beneficiari.

Inoltre, la norma non specifica l'ampiezza della modalità di lavoro agile che deve essere attivata dal datore di lavoro nei confronti delle categorie di lavoratori suindicati, per rispettare la norma di legge. Si ritiene tuttavia decisamente da escludere che lo *smart working*, qualora attivato su prescrizione del legislatore, debba necessariamente riguardare tutte le giornate di lavoro (tutta la settimana), dovendosi certamente preferire l'opzione che consente di modularlo anche soltanto su alcuni giorni, al fine di contemperare le esigenze del lavoratore con quelle del datore di lavoro.

Saranno sempre i regolamenti o gli accordi aziendali a disciplinare le modalità di concreto esercizio dell'opzione prioritaria per il lavoro agile e gli eventuali termini entro cui farla valere, nonché a gestire sul piano organizzativo le sovrapposizioni di richieste contestuali o successive (in numerosi regolamenti, per esempio, è prevista la necessaria presenza di almeno un lavoratore in azienda o un limite massimo di lavoratori agili per reparto/ufficio), sempre tenendo presente che le finalità cui mira la prestazione di lavoro in modalità agile sono sia il miglioramento della competitività, sia l'agevolazione della conciliazione tra esigenze di vita ed esigenze di lavoro.

È inevitabile interrogarsi circa il rapporto fra la (nuova) legge e la (previgente) contrattazione collettiva ⁽¹⁵⁾; tale riflessione si è posta sia con riferimento al *Jobs Act*, sia in relazione al c.d. decreto dignità, sia dopo l'introduzione della l. n. 81/2017 ⁽¹⁶⁾.

Sicuramente dispiegheranno piena efficacia pattuizioni che già oggi prevedono categorie di destinatari privilegiati più ampie (v. *supra*); saranno invece destinate a recedere le clausole contrattuali non conformi alla novella, che prevedono sistemi di accesso e preferenza che non contemplano le categorie di cui al nuovo comma 3-*bis*, sempreché non intervengano accordi integrativi in tal senso.

Sotto il profilo sanzionatorio, il nuovo comma 3-*ter* introdotto nell'art. 18, l. n. 81/2017, riproduce fedelmente il testo del comma 7-*bis* dell'art. 8 della medesima legge, anch'esso di ultima introduzione.

Invero, come già accennato in precedenza con riferimento al congedo parentale per gli iscritti alla Gestione separata, anche nel caso del lavoro agile il legislatore ha previsto una serie di sanzioni indirette qualora il datore di lavoro ingiustificatamente non provveda ad attivarlo per quei lavoratori richiedenti tale modalità e che siano titolari di priorità.

L'eventuale rifiuto o un qualsiasi ostacolo, posto dal datore di lavoro, alla fruizione del lavoro agile, ove rilevato nei due anni antecedenti alla richiesta della certificazione della parità di genere o ad analoghe certificazioni previste dalle Regioni e/o dalle Province autonome, impediscono all'azienda il conseguimento delle stesse certificazioni. Inoltre, la nuova norma blinda ulteriormente il diritto di chiedere lo svolgimento della prestazione in forma agile, poiché l'ultimo periodo del comma 3-*bis* dell'art. 18 sancisce che la lavoratrice o il lavoratore che richiede di utilizzare il lavoro agile come modalità di effettuazione della prestazione lavorativa non può essere sanzionato, demansionato, licenziato, trasferito o sottoposto ad altra misura organizzativa avente effetti negativi, diretti o indiretti, sulle condizioni di lavoro.

Qualora il datore di lavoro adotti una delle misure suindicata, detto comportamento sarà considerato ritorsivo e discriminatorio e come tale sarà nullo.

La novella del 2022, oltre a intervenire in via diretta e generalizzata sulla disciplina del lavoro agile, introduce altresì disposizioni di favore in relazione a tale modalità di esecuzione del rapporto di lavoro subordinato specificamente indirizzate ai fruitori dei benefici di cui alla l. n. 104/1992.

In particolare, l'art. 3, d.lgs. n. 105/2022, apporta modifiche alla l. 5 febbraio 1992, n. 104, introducendo l'art. 2-*bis*, che fissa il divieto di discriminazione per quei lavoratori che chiedono o usufruiscono dei benefici previsti dall'art. 33 della medesima l. n. 104 e da altri provvedimenti (d.lgs. n. 151/2001, l. n. 81/2017, d.lgs. n. 81/2015, rispettivamente testo unico sulla maternità e paternità, normativa per il lavoro agile, disciplina del *part time*), o di qualsiasi altra agevolazione connessa alla condizione di disabilità propria o di coloro ai quali viene prestata assistenza e cura.

Sempre l'art. 3, d.lgs. n. 105/2022, introduce, nell'art. 33, l. n. 104/1992, un nuovo comma 6 *bis*, in base al quale i lavoratori/lavoratrici che godono dei benefici

⁽¹⁵⁾ Su tale rapporto, in generale, cfr. i saggi e gli interventi contenuti in AA.VV., *Legge e contrattazione collettiva nel diritto del lavoro post-statutario*, Atti delle giornate di studio di diritto del lavoro, Napoli, 16-17 giugno 2016, Giuffrè, 2017.

⁽¹⁶⁾ Cfr. M. TIRABOSCHI, *Il lavoro agile tra legge e contrattazione collettiva: la tortuosa via italiana verso la modernizzazione del diritto del lavoro*, in DRI, 2017, n. 4, spec. pp. 946-953.

assistenziali (previsti ai commi 2 e 3 dell'art. 33) hanno diritto di priorità nell'accesso al lavoro agile (di cui all'art. 18, comma 3-*bis*, della l. 22 maggio 2017, n. 81) o ad altre forme di lavoro flessibile (restano ferme le eventuali previsioni più favorevoli previste dalla contrattazione collettiva nel settore pubblico e privato).

Sono beneficiati la lavoratrice madre o, in alternativa, il lavoratore padre, anche adottivi, di minore con handicap in situazione di gravità accertata ai sensi dell'art. 4, comma 1 della medesima l. n. 104, che fruiscano delle due ore di permesso giornaliero fino al terzo anno di vita del figlio (art. 33, comma 2, l. n. 104), e i dipendenti con diritto a fruire dei permessi mensili per l'assistenza ad altro familiare con disabilità grave (art. 33, comma 3, l. n. 104).

4. Trasformazione del contratto a tempo parziale ⁽¹⁷⁾

La nuova disciplina del contratto a tempo parziale, che è stata solo marginalmente intaccata dalla novella del 2022, è contenuta nel d.lgs. 15 giugno 2015, n. 81, recante la *Disciplina organica dei contratti di lavoro e revisione della normativa in tema di mansioni, a norma dell'articolo 1, comma 7, della legge 10 dicembre 2014, n.183*.

Precedentemente al riordino operato dal *Jobs Act*, nel settore privato il diritto al part-time non era mai stato riconosciuto dal legislatore. Esisteva, in effetti, solo l'art. 5, comma 2, del d.lgs. n. 61/2000, che riservava al contratto individuale la possibilità di indicare il diritto di precedenza verso il tempo pieno in favore degli assunti a part-time se l'attività lavorativa era svolta presso unità produttive site nel medesimo ambito comunale, per lo svolgimento delle stesse mansioni o di mansioni equivalenti ⁽¹⁸⁾. Sono stati poi alcuni contratti collettivi a introdurre il diritto al part-time per esigenze di cura ⁽¹⁹⁾.

⁽¹⁷⁾ Sul punto cfr. L. TASCHINI, in questo volume, tomo II, parte I, sez. III.

⁽¹⁸⁾ P. PASSALACQUA, *L'assetto del lavoro a tempo parziale a seguito degli ultimi interventi del legislatore*, in *RIDL*, 2010, n. 3, I, p. 551 ss. La giurisprudenza ha trattato, anche di recente, il tema della trasformazione del contratto di lavoro da tempo pieno a tempo parziale nel vigore dell'art. 5 del d.l. n. 726/1984, che prevedeva un diritto soggettivo di precedenza, mentre nella disciplina attuale il diritto di precedenza alla trasformazione del rapporto dipende da una clausola eventualmente apposta al contratto individuale di lavoro: si veda F. ALVARO, *Sul diritto di precedenza dei lavoratori a tempo parziale in caso di assunzione di personale a tempo pieno*, ivi, 2006, n. 3, II, p. 578 ss., a commento di Cass. 21 luglio 2005, n. 15312, che precisa che il diritto di precedenza previgente trova applicazione soltanto nel caso di nuove assunzioni e nei confronti dei neoassunti con contratto a tempo pieno, però è passibile di esecuzione in forma specifica. Parla di mansioni fungibili App. Milano 16 dicembre 2005, in *D&L*, 2006, p. 433 ss., con nota di A. RIBOLDI, *Il diritto di precedenza nel lavoro part-time tra vecchia normativa e recenti novità*.

⁽¹⁹⁾ Si tratta del CCNL del settore terziario, art. 57-*bis*, e del CCNL del settore commercio, argomentando da Trib. Genova 11 maggio 2007, in *D&L*, 2007, n. 3, p. 806 ss., con nota di A. MORO, *Brevi note in materia di part-time e tutela della maternità*, e da Trib. Milano 24 dicembre 2007, ivi, 2008, n. 1, p. 207, con nota di M.C. ROMANO, *L'art. 87 Ccnl commercio: diritto al part-time o diritto a uno specifico orario?* La giurisprudenza chiarisce, rispetto sempre alla disciplina previgente, che pur essendo in astratto ammissibile la trasformazione del contratto da part-time a full-time per meri fatti concludenti il superamento del monte orario pattuito inizialmente non possa qualificarsi come trasformazione, soprattutto se tale superamento non è strutturale (Cass. 15 gennaio 2004, n. 520, in *MGC*, 2004) e chiarisce, altresì, che la trasformazione da tempo pieno a tempo parziale non può avvenire a seguito

Dal 2003 (con estensione dal 2007 dello stesso diritto al part-time anche al lavoro pubblico), alla disciplina appena descritta si affiancava, senza sovrapporsi, l'art. 12-*bis* del d.lgs. n. 61/2000, che riconosceva il diritto potestativo di trasformazione del rapporto ai portatori di patologie oncologiche e una mera priorità di trasformazione in caso di malattia del coniuge o di un familiare o ancora per i genitori conviventi con un figlio di età non superiore a 13 anni oppure portatore di handicap.

Nel lavoro pubblico, prima dell'entrata in vigore dell'art. 73 del d.l. n. 112/2008, convertito in l. n. 133/2008, la trasformazione del tempo pieno a part-time avveniva automaticamente, mentre successivamente la trasformazione poteva essere «concessa dall'amministrazione entro sessanta giorni dalla domanda nella quale è indicata l'eventuale attività di lavoro subordinato o autonomo che il dipendente intende svolgere» (art. 1, comma 58, della l. n. 662/1996, nel testo modificato). La modifica legislativa cancellava l'automatismo esistente nella disciplina previgente, che rimaneva operante solo per i dipendenti affetti da patologie oncologiche.

L'impatto dell'art. 8 del d.lgs. n. 81/2015 appare, nel complesso, non troppo esteso, se non per la parificazione del lavoro pubblico a quello privato ⁽²⁰⁾, nel senso che – in entrambi i settori – il legislatore disegna un margine ridotto di riconoscimento del diritto al part-time; inoltre, ogni trasformazione del lavoro da tempo pieno a parziale diventa oggetto di un accordo tra le parti.

Il disposto si apre ribadendo che il «rifiuto del lavoratore di trasformare il proprio rapporto di lavoro a tempo pieno in rapporto a tempo parziale, o viceversa, non costituisce giustificato motivo di licenziamento». I commi 3, 4, e 5 confermano la vigenza di trasformazione del rapporto di lavoro da tempo pieno a tempo parziale nelle specifiche ipotesi in esso regolate (con variazione dal diritto pieno alla mera priorità della relativa trasformazione). Risulta cancellata, invece, la priorità di trasformazione da tempo pieno a tempo parziale sostituita dal rinvio generale a un accordo delle parti risultante da atto scritto.

Il legislatore del 2022, confermando l'impostazione sinora descritta, si è limitato a inserire nel comma 4 dell'art. 8, d.lgs. n. 81/2015, dopo la parola “coniuge”, le seguenti: «la parte di un'unione civile di cui all'articolo 1, comma 20, della legge 20 maggio 2016, n. 76 o il convivente di fatto ai sensi dell'articolo 1, comma 36, della medesima legge», così adeguando al mutato contesto normativo e sociale il già esistente riconoscimento della priorità nella trasformazione del contratto da tempo pieno a tempo parziale.

Dunque, il diritto vero e proprio alla trasformazione (reversibile in qualsiasi momento su richiesta del lavoratore) resta riservato unicamente ai lavoratori del settore pubblico e del settore privato affetti da patologie oncologiche nonché da gravi patologie cronico-degenerative ingravescenti, per i quali residui una ridotta capacità lavorativa, eventualmente anche a causa degli effetti invalidanti di terapie salvavita, accertata da una commissione medica istituita presso l'azienda unità sanitaria locale territorialmente competente (art. 8, comma 3, d.lgs. n. 81/2015).

di determinazione unilaterale del datore di lavoro occorrendo in ogni caso il consenso scritto del lavoratore (Cass. 17 luglio 2006, n. 16169, *ivi*, 2006).

⁽²⁰⁾ L. CALAFÀ, *Lavoro a tempo parziale*, in F. CARINCI (a cura di), *Commento al d.lgs. 15 giugno 2015, n. 81: le tipologie contrattuali e lo jus variandi*, ADAPT University Press, ADAPT Labour Studies e-Book series, 2015, n. 48.

Invece, è attribuita la priorità nella trasformazione da tempo pieno a tempo parziale per le seguenti categorie di lavoratori: coloro che siano coniugi, uniti civilmente, conviventi di fatto, genitori o figli di soggetti affetti da patologie oncologiche o gravi patologie cronico-degenerative inaggravanti, nonché coloro che assistano persone conviventi con totale e permanente inabilità lavorativa con connotazione di gravità ai sensi dell'art. 3, comma 3, l. n. 104/1992, che abbiano necessità di assistenza continua in quanto non in grado di compiere gli atti quotidiani della vita, nonché infine i genitori conviventi con figlio di età non superiore a tredici anni o con figlio portatore di handicap ai sensi dell'art. 3, l. n. 104/1992.

In sostanza, nulla (o poco) di nuovo rispetto allo schema delineato nel 2015.

La maggiore novità riguarda, ancora una volta, le sanzioni e i meccanismi di dissuasione rispetto alle violazioni della normativa, riprodotti nel medesimo tenore testuale già utilizzato per il lavoro agile ⁽²¹⁾.

⁽²¹⁾ L'art. 5 del d.lgs. n. 105/2022 introduce nell'art. 8 del d.lgs. n. 81/2015 due nuovi commi, il 5-*bis* e il 5-*ter*.

Congedo parentale per gli iscritti alla Gestione separata (art. 4, comma 1, lett. a, d.lgs. n. 105/2022)

di Lisa Taschini

Abstract – Il presente contributo si concentra sulla nuova disciplina del congedo parentale per le lavoratrici e i lavoratori iscritti alla Gestione separata dell’Inps, evidenzia le nuove disposizioni introdotte dal d.lgs. n. 105/2022 anche alla luce delle indicazioni operative fornite dallo stesso Inps con la circ. n. 122/2022. La nuova disciplina aumenta a nove i mesi di congedo parentale indennizzato, estende il periodo entro cui gli stessi possono essere fruiti, e prevede una sanzione *ad hoc* per il datore di lavoro che si frapponga all’esercizio dei diritti previsti, cioè la preclusione della certificazione della parità di genere. Una delle novità di maggiore rilievo da segnalare, anche nel senso della uguaglianza di genere e della parità tra uomo e donna nel lavoro, è quella di aver attribuito a ciascun genitore tre mesi di congedo non trasferibili all’altro.

Abstract – The essay examines the new discipline of parental leave for workers enrolled in the separate management of Inps. The new provisions, introduced by decree number 105, will be highlighted also in the light of the operational indications provided by the Inps itself with the circular number 122 of 2022. The new regulation increases the months of indemnified parental leave to nine, extends the period within which the same can be used, provides for a new sanction for the employer who interferes with the exercise of the envisaged rights, i.e. the preclusion of the certification of gender equality. One of the most important novelty to report, however, also in the sense of gender equality, is the fact that each parent has been given three months of leave, which cannot be transferred to the other.

Sommario: 1. Le nuove tutele per la genitorialità degli iscritti alla Gestione separata dell’Inps. – 1.1. Il nuovo articolo 8 del c.d. *Jobs Act* del lavoro autonomo. – 2. Le indicazioni operative fornite dall’Inps. – 3. La preclusione della certificazione della parità di genere. – 4. Considerazioni finali.

1. Le nuove tutele per la genitorialità degli iscritti alla Gestione separata dell’Inps

Con la dichiarata finalità di migliorare la conciliazione tra attività lavorativa e vita privata per i genitori e i prestatori di assistenza, al fine di conseguire la condivisione delle responsabilità di cura tra uomini e donne e la parità di genere in ambito lavorativo e familiare, il d.lgs. n. 105/2022, ha riformato molteplici aspetti della normativa lavoristica, previdenziale e assistenziale a tutela della genitorialità.

In particolare, con l’art. 4, comma 1, lett. a, il legislatore ha sensibilmente rinforzato la tutela per le lavoratrici e i lavoratori iscritti alla Gestione separata dell’Inps modificando l’art. 8, commi 4 e 7-*bis*, d.lgs. n. 81/2017 relativo alla disciplina del congedo parentale.

1.1. Il nuovo articolo 8 del c.d. *Jobs Act* del lavoro autonomo

La nuova disciplina, estendendo anche a questa materia i limiti e le sanzioni già applicate alle altre ipotesi di congedo, amplia il periodo di fruibilità del congedo parentale da tre anni precedentemente previsti a dodici anni, decorrenti dalla nascita del figlio ovvero dal suo ingresso in famiglia nel caso di adozione o affidamento preadottivo, e modifica la modalità di calcolo e il criterio di assegnazione dei mesi di congedo indennizzato tra i genitori.

La normativa in vigore fino al 13 agosto 2022 riconosceva ad entrambi i genitori il diritto a sei mesi di congedo da fruire alternativamente e cumulativamente da entrambi i genitori entro i primi tre anni di vita del bambino, ovvero dal suo ingresso in famiglia. Quella nuova attribuisce, invece, a ciascun genitore il diritto – non trasferibile all’altro – a fruire di tre mesi di astensione indennizzata dal lavoro ⁽¹⁾, e poi, ad ambedue ma da godere in alternativa, il diritto ad ulteriori tre mesi indennizzati così da arrivare ad un periodo di congedo parentale “di coppia”, cioè complessivamente considerato, di nove mesi.

Conseguentemente, la stessa lett. *a* del primo comma dell’art. 4 in commento inserisce un nuovo comma, il 7-*bis*, nell’art. 8, d.lgs. n. 81/2017 con la funzione di rinforzare l’apparato sanzionatorio prevedendo che il rifiuto, l’opposizione o l’ostacolo del datore di lavoro all’esercizio dei diritti di congedo parentale «ove rilevati nei due anni antecedenti alla richiesta della certificazione della parità di genere di cui all’articolo 46-*bis* del decreto legislativo 11 aprile 2006, n. 198, o di analoghe certificazioni» impediscono al datore di lavoro il conseguimento delle stesse certificazioni.

2. Le indicazioni operative fornite dall’Inps

Per cogliere la portata innovativa della riforma all’istituto del congedo parentale e svolgere qualche considerazione di più ampio respiro sistematico, oltre che di analisi critica della novella, si rivela opportuno premettere l’esame delle indicazioni operative fornite dall’Inps con la circ. 27 ottobre 2022, n. 122, resa poco dopo la pubblicazione del decreto n. 105 in commento ⁽²⁾.

Chiarisce, infatti, l’Istituto, raccordandosi con la precedente circolare in tema, la n. 71/2020 ⁽³⁾, aggiornandola, che la fruizione del congedo parentale deve essere indennizzata «solamente a condizione che risulti effettivamente accreditata almeno una mensilità di contribuzione con aliquota piena nei dodici mesi precedenti l’inizio di ogni periodo indennizzabile di congedo parentale richiesto» ⁽⁴⁾. Qualora, però, il congedo parentale sia fruito entro un anno dalla nascita del figlio, ovvero dal suo ingresso in famiglia, l’Inps spiega che l’indennità è dovuta anche in mancanza del requisito

⁽¹⁾ In altre parole, i primi tre mesi di congedo spettano esclusivamente alla madre e al padre e non possono essere trasferiti all’altro. Oltre i primi tre mesi di cui è titolare individualmente ciascuno, la coppia complessivamente considerata ha diritto ad ulteriori tre mesi di congedo indennizzato.

⁽²⁾ Testo [circ. Inps n. 122](#) del 27 ottobre 2022.

⁽³⁾ Testo [circ. Inps n. 71](#) del 3 giugno 2020.

⁽⁴⁾ Circ. Inps n. 122/2022, qui 12.

contributivo descritto, sempre che il richiedente aveva titolo all'indennità di maternità o paternità⁵, a prescindere dall'effettivo godimento della stessa ⁽⁶⁾.

La circolare, poi, spiega come la disciplina del congedo parentale vada interpretata e applicata nel caso in cui i genitori del minore appartengano a categorie di lavoratori diverse: quattro sono le differenti situazioni che possono verificarsi quando uno dei due sia iscritto alla Gestione separata.

Innanzitutto, se la madre è una lavoratrice dipendente che fruisce di sei mesi di congedo parentale indennizzato e il padre è un iscritto alla Gestione separata, quest'ultimo può fruire (per ogni figlio) di massimo tre mesi di congedo parentale, per un totale di nove mesi di congedo indennizzato per entrambi i genitori, nel rispetto del limite massimo normativamente disposto; in alternativa, se è il padre a fruire di sei mesi di congedo parentale, la madre ha diritto ad un massimo di tre mesi di congedo parentale indennizzato e di altri due mesi di congedo parentale non indennizzato, salvo che la stessa abbia un reddito individuale inferiore a 2,5 volte l'importo del trattamento minimo di pensione a carico dell'assicurazione generale obbligatoria (a.g.o.) perché in tal caso è prevista la copertura economica.

Se, al contrario, il padre è un lavoratore dipendente e la madre un'iscritta alla Gestione separata, nel caso in cui il padre fruisca di sette mesi di congedo parentale, di cui sei indennizzati, la madre potrebbe richiedere altri tre mesi di congedo, per un totale di nove mesi di congedo indennizzato per entrambi i genitori; nel caso in cui, invece, la madre fruisca di sei mesi di congedo parentale, il padre potrebbe richiedere tre mesi di congedo indennizzato e di altri due mesi non indennizzati, salvo che lo stesso abbia un reddito individuale inferiore a 2,5 volte l'importo del trattamento minimo di pensione a carico dell'a.g.o., poiché anche in tal caso sorge il diritto all'erogazione dell'indennità.

Qualora, invece, la madre sia iscritta alla Gestione separata e il padre sia un lavoratore autonomo, se la madre fruisce dei sei mesi di congedo parentale indennizzato, il padre può fruire di massimo tre mesi di congedo parentale indennizzato, per un totale, sempre, di nove mesi per entrambi i genitori, cumulativamente considerati. Stessa regolamentazione si ha nel caso contrario: se ad essere iscritto alla Gestione separata è il padre e la madre è una lavoratrice autonoma, qualora il primo fruisca di sei mesi di congedo parentale, la seconda potrebbe fruire di ulteriori tre mesi massimo di congedo parentale indennizzato, per un totale di nove mesi.

In estrema sintesi, dalla interpretazione dell'Inps si ricava la regola che i trattamenti economici per congedo parentale, comunque fruiti, sia se posti a carico delle varie

⁽⁵⁾ La lavoratrice o il lavoratore richiedente, cioè, deve trovarsi nella condizione di legge che legittima la richiesta di indennità e congedo di maternità o paternità. È, pertanto, necessario che, nei dodici mesi antecedenti l'inizio del periodo di maternità o paternità, risulti attribuita nella Gestione separata di cui all'art. 2, comma 26, l. n. 335/1995, almeno una mensilità di contribuzione con aliquota piena. Si tenga comunque presente che, in forza dell'applicazione dell'automaticità delle prestazioni prevista dall'art. 64-ter, d.lgs. n. 151/2001, il riconoscimento del diritto all'indennità di maternità o paternità è garantito alle lavoratrici e ai lavoratori parasubordinati anche in caso di mancato versamento del contributo mensile da parte del committente. Questa regola, però, non vale per i lavoratori iscritti alla Gestione separata che sono responsabili in proprio dell'adempimento dell'obbligazione contributiva, quali, ad esempio, i liberi professionisti.

⁽⁶⁾ Circ. Inps n. 122/2022, *ibidem*.

gestioni Inps sia delle Casse di previdenza dei lavoratori autonomi, non possono superare cumulativamente tra entrambi i genitori il limite complessivo di nove mesi.

3. La preclusione della certificazione della parità di genere

La novità ulteriore che il d.lgs. n. 105 in commento apporta alla disciplina del congedo genitoriale per le lavoratrici e i lavoratori iscritti alla Gestione separata dell'Inps è l'applicazione di una sanzione peculiare nei confronti del datore di lavoro con finalità inibitoria.

Come si è già accennato, viene introdotto un nuovo comma all'art. 8, d.lgs. n. 81/2017, il 7-*bis*, ai sensi del quale «il rifiuto, l'opposizione o l'ostacolo» all'esercizio dei diritti di assenza dal lavoro per congedo parentale, «ove rilevati nei due anni antecedenti alla richiesta della certificazione della parità di genere di cui all'articolo 46-*bis* del decreto legislativo 11 aprile 2006, n. 198, o di analoghe certificazioni previste dalle regioni e dalle province autonome nei rispettivi ordinamenti, impediscono al datore di lavoro il conseguimento delle stesse certificazioni».

La sanzione nuova e principale, pertanto, è la preclusione per il datore di lavoro al conseguimento della certificazione della parità di genere, una misura introdotta con la l. n. 162/2021, con la quale il legislatore, in attuazione del Piano nazionale di ripresa e resilienza (7), ha inteso rafforzare le tutele già offerte dal Codice delle Pari Opportunità di cui al d.lgs. n. 198/2006 e, nel contempo, contrastare il crescente divario salariale tra uomini e donne nel mercato del lavoro, il c.d. *gender pay gap* (8).

La l. n. 162/2021, tra i molti interventi adottati⁹, ha previsto, a partire dal 1° gennaio 2022, la facoltà per le aziende di richiedere la certificazione della parità di genere, utile

(7) La certificazione di parità è una delle misure che il Governo ha inserito nel PNRR, specificamente nella Missione 5 relativa alla *Inclusione e Coesione*, tra le politiche per il lavoro, destinando per la realizzazione di questo obiettivo 10 milioni di euro. [Piano nazionale di ripresa e resilienza](#).

(8) Finanziata con cinquanta milioni di euro per il 2022, la l. n. 162/2021, nota come la legge sulla parità salariale, mira a ridurre le differenze retributive tra uomo e donna. In Italia, infatti, secondo gli ultimi dati Istat, la retribuzione media oraria è pari a 15,2 euro per le donne e 16,2 euro per gli uomini. Il differenziale retributivo di genere è più alto tra i dirigenti (27,3 per cento) e i laureati (18 per cento). La l. n. 162 citata, pertanto, prevede una serie di interventi di sensibilizzazione e premialità per abbassare il *gap* tra uomo e donna in termini di opportunità di impiego e di carriera, di status e attitudini professionali che in Italia si rileva attestarsi costantemente su numeri alti. Per una analisi anche statistica sul tema si rinvia al Rapporto GETA 2021, S. AVVEDUTO (a cura di), [Eppur si muove. Nuovi e rinnovati impegni per la parità di genere](#), Cnr Edizioni, 2022.

(9) La l. n. 162/2021, sulla parità salariale, ha modificato la disciplina degli artt. 46 e ss. del Codice delle pari opportunità secondo due direttrici: in primo luogo introducendo l'obbligo per le aziende, pubbliche e private, con oltre cinquanta dipendenti, di redigere un rapporto ogni due anni sulla situazione del personale maschile e femminile per ogni professione e in relazione allo stato delle assunzioni. L'analisi della relazione deve riguardare tutti gli ambiti possibili e rilevanti al fine di rendere una completa e veritiera descrizione del quadro occupazionale di genere: dalla formazione e promozione professionale, ai livelli e mutamenti di categoria o qualifica, alle varie possibili operazioni di mobilità e cassa integrazione guadagni, ai licenziamenti, ai pensionamenti e prepensionamenti, avuto sempre riguardo alla retribuzione effettivamente corrisposta. Il rapporto deve essere compilato e trasmesso dalle aziende alle rappresentanze sindacali aziendali entro il 31 dicembre, pena l'applicazione di specifiche sanzioni e verifiche da parte dell'Ispettorato del lavoro. La seconda direttrice di riforma seguita dalla l. n. 162 cit., invece, prevede, a corredo dell'effettività delle maggiori tutele introdotte, una serie

ad «attestare le politiche e le misure concrete adottate dai datori di lavoro per ridurre il divario di genere in relazione alle opportunità di crescita in azienda, alla parità salariale a parità di mansioni, alle politiche di gestione delle differenze di genere e alla tutela della maternità»⁽¹⁰⁾.

Alle aziende che si uniformano virtuosamente alla nuova disciplina e ottengono la certificazione di parità la legge accorda alcuni vantaggi con effetto immediato tra cui, sia, e principalmente, uno sgravio contributivo dell'1 per cento e fino a 50 mila euro all'anno, per il 2022, sia l'attribuzione di un punteggio premiale per la valutazione, da parte delle autorità titolari di fondi europei, nazionali e regionali, delle proposte progettuali ai fini della concessione di aiuti di Stato a cofinanziamento degli investimenti sostenuti e il diritto all'assegnazione di un ulteriore punteggio premiale riconosciuto dalle pubbliche amministrazioni per la partecipazione a tutti i bandi di gara pubblici⁽¹¹⁾.

Il valore che la legge è riuscita a riconoscere alla certificazione di genere è di indubbio rilievo, posto che si pone come uno degli elementi principali per la transizione, anche culturale, da un modello esclusivamente sanzionatorio ad uno premiale nei confronti delle aziende, stimolate ad attuare misure concrete e innovative per la promozione di un cambiamento effettivo verso la parità di genere⁽¹²⁾.

Precludere al datore di lavoro, quindi, la possibilità di ottenere detta certificazione determina implicazioni negative nelle procedure ad evidenza pubblica della pubblica amministrazione e nelle concessioni di aiuti di Stato a cofinanziamento degli investimenti sostenuti per la realizzazione di proposte progettuali per un biennio, il periodo necessario cioè per poter chiedere nuovamente la certificazione. Ciò detto sul valore dissuasivo e la portata inibitoria della sanzione prevista, permangono alcuni dubbi sulla effettiva portata della disposizione in commento.

In primo luogo, le condotte del datore di lavoro che, se integrate, possono dare luogo all'irrogazione di una tale sanzione sono di diverso contenuto e, di conseguenza, diverso è anche il relativo onere probatorio.

variegata di interventi con finalità premiale per le aziende che rimuovono le discriminazioni e si impegnano per la parità di genere all'interno del proprio organico attraverso, anche e proprio, la certificazione di genere.

⁽¹⁰⁾ Cfr. art. 46-*bis*, d.lgs. n. 198/2006, c.d. Codice delle pari opportunità, come introdotto dalla legge n. 162 del 2021. Il decreto ministeriale attuativo, ivi previsto, è stato adottato con il d.P.C.M. 29 aprile 2022, pubblicato nella Gazzetta Ufficiale n. 152 dell'1° luglio 2022.

⁽¹¹⁾ Per un approfondimento sul tema, si rinvia a M. PERUZZI, *Differenziali di genere e trasparenza retributiva, tra reporting aziendale e certificazione di parità*, in *DLRI*, 2021, n. 1, p. 143 ss.

⁽¹²⁾ Il primo passo verso la definizione della certificazione della parità di genere è stato la presentazione ufficiale delle [Prassi di Riferimento](#), un documento che contiene tutte le indicazioni tecniche, i criteri e le linee guida relative alla certificazione. Realizzato da UNI, ente italiano di normazione, è il risultato del tavolo di lavoro sulla certificazione di genere coordinato dal Dipartimento delle Pari opportunità in cui è presente anche la Consigliera nazionale di parità. Nel documento sono state indicate sei aree di valutazione: 1) cultura e strategia, 2) governance, 3) processi HR, 4) opportunità di crescita e inclusione delle donne in azienda, 5) equità remunerativa per genere 6) tutela della genitorialità e conciliazione vita-lavoro. Ciascuna di queste aree ha un peso percentuale (il totale è 100) e include degli indicatori di performance qualitativi o quantitativi che in alcuni casi verranno applicati secondo un principio di proporzionalità in base a quanto è grande l'azienda che richiede la certificazione, il che ne consente l'applicazione alle aziende di tutte le dimensioni, dalle micro-organizzazioni, aventi fino a nove dipendenti, fino alle multinazionali. L'obiettivo posto dal Governo italiano con il PNRR è di avere entro il 2026 almeno 800 imprese certificate con il documento UNI.

La legge elenca precisamente tre tipi di condotte datoriali che possono essere realizzate con comportamenti attivi ed omissivi: il rifiuto, l'opposizione o l'ostacolo all'esercizio dei diritti di assenza dal lavoro di cui ai commi 4, 6 e 7 dell'art. 8, d.lgs. n. 81/2017.

Se il rifiuto della concessione del congedo parentale al lavoratore ovvero alla lavoratrice iscritti alla Gestione separata è di facile evidenza e non possono esservi dubbi sui suoi confini applicativi, l'opposizione e l'ostacolo al godimento dello stesso rappresentano indubbiamente condotte dai contorni molto più evanescenti. L'intenzione del legislatore era sicuramente quella di elencare tutte le possibili modalità con cui il datore di lavoro si possa frapporre al diritto al congedo, a scapito, però, della precisione e della concretezza del disposto normativo.

Unitamente a questo primo aspetto problematico, ve ne è poi un secondo, relativo alla necessità che il rifiuto, l'opposizione o l'ostacolo del datore di lavoro all'esercizio dei diritti di congedo parentale siano rilevati da un soggetto terzo. Qui i dubbi applicativi aumentano.

Innanzitutto, vale la considerazione di base per cui i lavoratori, per il *metus* che provano nei confronti del datore di lavoro e delle sue decisioni, sono restii a far rilevare condotte inadempienti o pregiudizievoli poste in essere a loro danno se il rapporto di lavoro è ancora in corso; è evidente come ciò depotenzi il valore sanzionatorio del comma 7-*bis*.

Sotto un altro punto di vista, poi, come può essere rilevato il comportamento inadempiente del datore di lavoro? Certamente con una richiesta di intervento all'Ispettorato del lavoro; forse anche con una decisione giudiziale, per quanto in questo caso i tempi del processo nel cui ambito si azionasse anche il diritto al congedo parentale illegittimamente violato sarebbero mediamente più lunghi del biennio di riferimento, a scapito della tempestività della sanzione e della stessa efficacia dissuasiva.

Comunque, per entrambe le ipotesi, resta la domanda di come si possa denunciare e accertare la commissione di un comportamento di ostacolo o di opposizione all'esercizio dei diritti di congedo in modo oggettivo. Ben potrebbe accadere, ad esempio, che il datore di lavoro, o un suo rappresentante, sconsigliano al lavoratore di godere del congedo sulla base di considerazioni relative al periodo dell'anno, al carico di lavoro, al confronto con altri colleghi, *etc.*, e che questi, così influenzato, scelga di non fruirne, quanto meno in quella circostanza. Per integrare il comportamento sanzionato dall'art. 8, comma 7-*bis*, è necessario che si dimostri la mera influenza sulla volontà del lavoratore, oppure una coartazione della volontà? Dal tenore letterale della disposizione sembrerebbe essere sufficiente l'influenza sulla volontà del lavoratore o qualunque tipo di comportamento, attivo od omissivo, che manifesti l'opposizione del datore o che abbia l'effetto di ostacolare concretamente questi nell'esercizio del suo diritto, ma resta un forte margine di incertezza.

Il tempo e la prassi applicativa della disposizione faranno luce su questi aspetti e, indubbiamente, la modalità concreta della sua interpretazione e attuazione da parte dell'Ispettorato del lavoro e della giurisprudenza sarà determinante per dare concretezza alla norma. Ciò che, comunque, pare potersi sottolineare è che il legislatore e l'Inps, con la circolare esplicativa citata, hanno concentrato l'attenzione sulla disciplina premiale e sull'efficacia dissuasiva della legge, più che sulla sanzionabilità di

condotte illegittime, a riprova del tentativo di modificare l'approccio anche cultura al tema della genitorialità in ottica di condivisione e premialità.

4. Considerazioni finali

Premesso che alla categoria di lavoratori iscritti alla Gestione separata dell'Inps continuano a non spettare – diversamente da quanto previsto per i lavoratori subordinati – i periodi di congedo parentale non indennizzati e che il congedo non è fruibile in modalità oraria, la lacuna più evidente è la mancata previsione di una disciplina a parte per il genitore unico. Mentre, infatti, per il lavoratore dipendente si prevede una durata e una modalità di godimento specifica per il genitore solo, qui una tale disciplina manca, essendo costruita sulla contemporanea presenza di madre e padre. Se, pertanto, vi fosse solo un genitore, questi non potrebbe fruire di nove mesi, ma solo di sei, considerandovi i primi tre assegnati a ciascuno, più gli altri tre cumulativi. I tre mesi che, invece, sarebbero spettati all'altro genitore, non essendo trasferibili, verranno persi.

Ciò precisato, la disciplina introdotta con l'art. 4, comma 1, lett. a, d.lgs. n. 105/2022, rappresenta un significativo passo in avanti rispetto alla *gender equality* in termini, anche, culturali.

Di particolare rilievo è non solo l'aumento dei mesi di congedo indennizzato e dell'età del figlio entro cui poterne fruire, ma anche e soprattutto l'aver previsto che tre mesi di congedo spettino necessariamente a ciascun genitore, senza possibilità che sia la lavoratrice a godere – o farsi carico – di tutti i periodi di astensione dal lavoro previsti. Questa misura, per come è congegnata, potrebbe rilevarsi uno strumento per meglio distribuire tra i genitori i ruoli e i compiti di cura ⁽¹³⁾ e contribuire a scalfire i radicati miti della maternità e del lavoro ⁽¹⁴⁾, così perveracemente resistenti: la madre è «depositaria unica della virtù della cura, schiacciata dal peso della perfezione, dalle responsabilità e dal senso di colpa» ⁽¹⁵⁾, il padre «è lavoratore e definisce la propria identità tramite la professione che svolge» ⁽¹⁶⁾.

⁽¹³⁾ Si parla propriamente di lavoro di cura perché non solo esso importa lo svolgimento di plurime mansioni che occupano quantitativamente una parte importante della giornata delle madri (emerge dai dati Eurostat, le donne italiane dedicano una media di 4,5 ore al giorno alla cura dei figli, mentre la media degli uomini si arresta ad 1,5), ma anche perché l'Organizzazione internazionale del lavoro lo ha ufficialmente incluso tra le attività fondamentali per il benessere dei figli e per il futuro economico del mondo, chiarendone la valenza economica e l'equivalenza in termini di importanza rispetto al lavoro retribuito. Si veda il rapporto ILO, *Care at work: Investing in care leave and services for a more gender-equal world of work*, 2022.

⁽¹⁴⁾ La terminologia è presa in prestito dal recente saggio di A. MINELLO, *Non è un Paese per madri*, Laterza, 2022, per la cui lettura si consenta il rinvio a L. TASCINI, *Non è un Paese per madri. Essere donna in Italia oggi*, in *RDSS*, 2022, n. 3, p. 511 ss.

⁽¹⁵⁾ A. MINELLO, *op. cit.*, p. 3 e p. 42 ss. Evidenzia l'Autrice che oggi che diventare madri non è più l'unica via disponibile per la loro realizzazione, il desiderio di maternità rimane vivo e ben radicato nelle donne, tanto che sono sempre più i parti avvenuti ad oltre quarant'anni.

⁽¹⁶⁾ Ivi, p. 124. Il modello sociale del c.d. *breadwinner* sovrasta gli uomini con figli, poiché determina in loro l'aspettativa di guadagnare adeguatamente per l'intero nucleo familiare e marginalizza coloro che si trovino al di fuori del mercato del lavoro perché chiaramente svantaggiati nella concorrenza culturale per la formazione di una famiglia.

I dati statistici mostrano plasticamente la sproporzione e il disequilibrio che sussiste tra uomo e donna nelle due sfere esistenziali principali, genitorialità e lavoro. Il tasso di occupazione femminile tra le donne tra i 15 e i 60 anni è pari al 50,5 per cento e, pur rilevandosi in leggero aumento, è sempre significativamente più basso di quello maschile, che si attesta stabilmente sopra la soglia del 68 per cento ⁽¹⁷⁾. Analizzando l'insieme delle donne in Italia aventi tra 25 e 49 anni, il 63 per cento di quelle senza figli è occupato, ma la percentuale è inversamente proporzionale alla crescita della prole. Scende, infatti, al 59 per cento per le donne con un figlio solo e al 42 per quelle con tre o più bambini. Tra le madri, poi, l'11,1 per cento non ha mai lavorato (con una percentuale qui nettamente più alta della media europea che si attesta invece sul 3,7) ⁽¹⁸⁾. È alta, quindi, la quota di donne che, pure se occupate, lasciano il lavoro dopo il primo figlio.

Nulla di tutto ciò accade agli uomini che, anzi, spesso non usufruiscono nemmeno di tutti i giorni di congedo obbligatorio, *ex art. 27-bis*, d.lgs. n. 151/2001, che la legge garantisce loro per la nascita dei figli ⁽¹⁹⁾. Nel 2013 quando, dopo la novella operata dall'art. 4, comma 24, lett. a, l. n. 92/2012, il congedo di paternità retribuito fu reso obbligatorio, solo il 12 per cento degli aventi diritto se ne avvale in misura piena; negli anni successivi la quota è progressivamente aumentata fino al 33 per cento nel 2018; una soglia ancora, però, lontana dall'intero ⁽²⁰⁾.

Dietro alla discriminazione di genere e alla discriminazione salariale femminile, in altre parole, c'è un tema culturale che previsioni come quella in commento possono contribuire a superare: il monopolio del lavoro di cura in capo alle donne, madri o nonne ⁽²¹⁾. Il peso della cura sulle spalle delle donne e l'automatismo con cui viene loro addossato non funzionano, infatti, solo da deterrente alla maternità, ma anche come carico effettivo nella gestione della quotidianità delle madri, importando ripercussioni anche sul mercato del lavoro sia in termini di *performance* sia in termini di rinuncia alla carriera. Se scelgono di non uscire dal mercato del lavoro, infatti, diventano spesso

⁽¹⁷⁾ Dati OCSE, [OECD Better Life Index](#).

⁽¹⁸⁾ Report EUROSTAT, [Disoccupazione nell'area euro al 6,5%. Nella ue al 6,0%](#), 2022.

⁽¹⁹⁾ Si tenga presente che il congedo di paternità obbligatorio è stato di recentissimo modificato dall'art. 2, d.lgs. n. 105/2022, che, in attuazione della direttiva (UE) n. 2019/1158 del Parlamento europeo e del Consiglio del 20 giugno 2019, relativa all'equilibrio tra attività professionale e vita familiare per i genitori e i prestatori di assistenza, ha aumentato a dieci i giorni di congedo obbligatorio. Si rinvia al contributo di F. MARINELLI, in questo volume, tomo II, parte I, sez. I.

⁽²⁰⁾ Dati consultabili all'interno di [Archivio Inps](#).

⁽²¹⁾ Secondo gli ultimi dati Istat, infatti, anche quando le donne contribuiscono al reddito familiare e al lavoro al pari degli uomini, si fanno carico della maggior parte del lavoro di cura contribuendovi con 2,8 ore al giorno in più rispetto ai partner, in assenza di figli, e con addirittura 4,2 ore in più in presenza di prole. Il mito della maternità non è una peculiarità italiana: il fatto che nella coppia sia la donna ad assumersi la responsabilità di cura sia una regolarità che appartiene a tutti i gruppi sociali in qualunque latitudine geografica si trovino. Anche, per vero, nelle coppie paritarie dei Paesi dell'Europa del nord, in quelle più istruite e in quelle in cui è la donna a lavorare e guadagnare di più. Si veda, A. MINELLO, *op. cit.*, pp. 43 e 48.

vittime di discriminazione salariale ⁽²²⁾ e di progressione di carriera ⁽²³⁾, finendo per essere delle «equilibriste in bilico tra lavoro e famiglia» ⁽²⁴⁾, la cui preoccupazione principale diventa la conciliazione.

Proprio di conciliazione parlano, per vero, le fonti normative, utilizzando un termine che significa tenere insieme il lavoro retribuito e quello di cura e che, alla luce dei retaggi culturali descritti, comporta «mettere le madri al centro della responsabilità di gestire il benessere della famiglia». Investire sulla conciliazione dei tempi di vita e lavoro, però, non ha mai voluto dire, fino ad ora, ripensare i momenti di cura e di famiglia dei padri ⁽²⁵⁾.

Sembra, allora, che con la riforma del congedo per i lavoratori iscritti alla Gestione separata si stia contribuendo a cambiare da dentro le dinamiche ormai troppo ingessate della genitorialità attraverso una azione combinata che coinvolge entrambi i livelli considerati, quello strutturale e normativo, da una parte, e quello culturale e sociale, dall'altro.

Il merito di questa nuova disposizione è, pertanto, l'adozione di un punto di vista nuovo, che esprime un'ottica nuova di condivisione tra i membri della coppia dei compiti di lavoro e di cura, e non di mera conciliazione dei tempi di vita e lavoro per ciascun genitore individualmente considerato, con l'effetto di attribuire, per tale via, agli uomini e ai padri un ruolo attivo e distribuire, o tentare di distribuire, le attività di cura in senso più paritario tra i partner.

Del resto, questa è la stessa prospettiva fatta propria anche dal Parlamento europeo che si è espresso di recente parlando non di conciliazione, ma della necessità di garantire l'equilibrio tra vita privata e lavorativa (e ugualmente si esprime il legislatore nel testo normativo in commento). Con la risoluzione del 13 settembre 2016 ⁽²⁶⁾, ha ritenuto essenziale la «creazione di condizioni del mercato del lavoro favorevoli all'equilibrio tra vita privata e vita professionale», perché solo se e quando le donne potranno decidere liberamente di essere contemporaneamente lavoratrici e madri, nel modo che individualmente sceglieranno per se stesse, si potrà sperare di invertire la tendenza sempre più forte alla denatalità e di realizzare i desideri di maternità ⁽²⁷⁾.

Scindere i due profili, riformando il sistema senza accompagnare le grandi ristrutturazioni con una adeguata innovazione ed evoluzione culturale che miri alla *gender equality*

⁽²²⁾ I più recenti dati Inps dicono che è tra le donne lavoratrici che si crea un *gap*: i salari lordi delle madri a quindici anni dalla nascita del figlio sono di 5700 euro inferiori a quelli delle donne senza figli rispetto al periodo che precedeva la nascita e che gran parte della penalità si gioca durante l'anno di nascita dei figli e il successivo.

⁽²³⁾ Dato per scontato il loro ruolo di cura, nella percezione di datori di lavoro e collaboratori viene messa in discussione l'affidabilità delle colleghe divenute madri. Si pensi, ad esempio, alla comunicazione della gravidanza nel luogo di lavoro e dello stress che comporta per il timore di ripercussioni in termini di demansionamento o di future dimissioni alla nascita dei figli. A. MINELLO, *op. cit.*, p. 58.

⁽²⁴⁾ Per usare l'efficace espressione metaforica legata al mondo circense evocata per la prima volta da Elena Rosci nel 2007 (E. ROSCI, *Mamme acrobate. In equilibrio sul filo della vita senza rinunciare alla felicità*, Rizzoli, 2007), ripresa dal recente report di *Save the Children* sulla maternità in Italia (SAVE THE CHILDREN, *Le equilibriste. La maternità in Italia*, 2022).

⁽²⁵⁾ A. MINELLO, *op. cit.*, pp. 134 e 135.

⁽²⁶⁾ Cfr., risoluzione del Parlamento UE del 13 settembre 2016, P8_TA(2016)0338.

⁽²⁷⁾ V. FILÌ, *Le difficili libertà delle donne tra gender wage gap, soffitti di cristallo e bassa fecondità*, in *LDE*, 2021, n. 2.

e alla realizzazione della seconda fase – ancora solo pensata – della rivoluzione di genere significa non realizzare alcun obiettivo ⁽²⁸⁾.

⁽²⁸⁾ L'aumento dei servizi per l'infanzia e la loro universalizzazione aiuterebbero a favorire la natalità e a ridurre il *gap* tra maternità realizzata e desiderata, ma da soli non basterebbero a risolvere la questione demografica. Se la soluzione fosse così semplice, del resto, nei Paesi europei in cui i servizi funzionano e le prospettive lavorative sono più solide si avrebbero tassi di fecondità vicini ai due figli per donna. Invece, anche laddove la componente strutturale è ben diversa da quella italiana, si fatica a far coincidere fecondità desiderata e realizzata. Basta osservare il caso tedesco: i servizi per l'infanzia hanno vocazione universale e sono efficienti, ma sono basati ancora sulla suddivisione tradizione dei ruoli tra madre e padre. Qui, a riprova della necessaria biunivocità delle due componenti del problema, strutturale e culturale, il tasso della maternità desiderata è stimato essere superiore a due mentre quello della maternità realizzata rimane più basso, essendo pari all'1,6.

Priorità per l'accesso al lavoro agile e ad altre forme di lavoro flessibile*

di Emanuele Dagnino

Abstract – Il contributo si concentra sull'introduzione di nuovi diritti di priorità in materia di lavoro agile e di altre forme di lavoro flessibile. In particolare, dopo aver ricostruito il quadro normativo euro-unitario e l'intervento normativo operato con il d.lgs. n. 105/2022 con riferimento alle modalità di lavoro flessibili, l'Autore si interroga sulla idoneità della disciplina interna di assolvere agli obblighi di attuazione della Direttiva 2019/1158, considerando i rilevanti disallineamenti rispetto alle previsioni in materia di diritto di richiesta di cui all'art. 9 della Direttiva stessa, per poi sviluppare alcuni primi ragionamenti sul piano della conseguenze applicative di quanto rilevato.

Abstract –The contribution focuses on the introduction of new priority rights with regard to "lavoro agile" and other flexible working arrangements. In particular, after an overview of the EU-level regulatory framework and of the contents of the Italian transposition operated with Legislative Decree no. 105/2022 with reference to flexible working arrangements, the Author questions the suitability of the domestic discipline to fulfil the implementation obligations of Directive 2019/1158, considering the relevant misalignments with respect to the provision on the right of request under Article 9 of the Directive itself, and then develops some initial reasoning on the applicative consequences of the critical aspects noted.

Sommario: 1. Dal *right to request* euro-unitario al diritto di priorità italiano. – 2. Destinatari e oggetto dei diritti di priorità. – 3. Le criticità di una attuazione *sui generis*. – 3.1. In particolare: la natura del diritto di richiedere modalità di lavoro flessibili. – 4. Primi rilievi applicativi.

1. Dal *right to request* euro-unitario al diritto di priorità italiano

Con l'art. 9 della Direttiva 2019/1158, il legislatore euro-unitario – sulla scorta di alcune esperienze normative già presenti nel panorama europeo ⁽¹⁾ – impone agli Stati membri dell'Unione Europea di adottare misure idonee a garantire che a genitori e

* Questo contributo è stato realizzato nell'ambito del progetto "LIVEABLE – LABOUR AS A DRIVER OF SUSTAINABLE DEVELOPMENT", CUP E93C21000350001, finanziato dal programma PRIN 2020.

⁽¹⁾ In particolare, nel Regno Unito (*Employment Rights Act* del 1996, come modificato dapprima dal *Employment Act* 2002 e poi, in senso estensivo, negli anni successivi) e nei Paesi Bassi (*Wet Flexibel Werken*, a partire dal 2016). Per una analisi di tali precedenti normativi si vedano L. WADDINGTON, M. BELL, *The right to request flexible working arrangements under the Work-life Balance Directive – A comparative perspective*, in *ELLJ*, 2021, 4, pp. 508-528.

prestatori di assistenza ⁽²⁾ sia riconosciuto il diritto di richiedere modalità di lavoro flessibili ⁽³⁾, con l'obiettivo di contribuire unitamente alle altre misure della Direttiva a migliorare la conciliazione tra lavoro e vita familiare e, conseguentemente, a promuovere la parità tra donne e uomini ⁽⁴⁾. Nell'economia della Direttiva, la misura si configura come un rilevante passo in avanti rispetto all'affermazione di modelli di flessibilità del lavoro in favore dei lavoratori secondo una logica non inedita al legislatore interno che già nel primo decennio degli anni Duemila aveva avuto modo di promuovere la flessibilità del lavoro con finalità conciliative ⁽⁵⁾.

Nell'ambito della Direttiva, le modalità di lavoro flessibili sono definite, con accezione quanto mai ampia e generale, come «la possibilità per i lavoratori di adattare l'organizzazione della vita professionale, anche mediante l'uso del lavoro a distanza, calendari (*recte* orari, *n.d.r.*) ⁽⁶⁾ di lavoro flessibili o una riduzione dell'orario di lavoro» ⁽⁷⁾.

Quanto alla natura di tale diritto, ai sensi della direttiva esso consiste non soltanto nella possibilità di presentare una richiesta di modifica delle condizioni di lavoro – richiesta che, anche al di fuori dell'ambito soggettivo previsto dalla Direttiva deve comunque ritenersi azionabile da parte del lavoratore – ma anche nella definizione di specifici obblighi di presa in carico della richiesta, di risposta in tempi ragionevoli e di motivazione dell'eventuale rigetto ⁽⁸⁾. Dopo aver specificato i limiti minimi di età dei figli entro i quali debba essere riconosciuto il diritto (non meno di 8 anni) e che sono consentite eventuali limitazioni (ragionevoli) rispetto ai periodi di svolgimento del lavoro tramite modalità di lavoro flessibili ⁽⁹⁾, l'articolo 9 della Direttiva si preoccupa, infatti, di stabilire che i datori di lavoro debbano prendere in considerazione le richieste e rispondere «entro un periodo di tempo ragionevole» definito con riferimento alle esigenze proprie e del lavoratore e siano tenuti a motivare l'eventuale rigetto della richiesta o il rinvio a un tempo successivo dell'adibizione alle modalità di lavoro flessibili ⁽¹⁰⁾. Proprio questo, in effetti, sembra essere il *proprium* di tale disposizione (*amplius infra* § 3.1)), corredata, poi, da ulteriori specificazioni in tema di ritorno alle

⁽²⁾ Cfr. INGRAVALLO, in questo volume, tomo I, parte I.

⁽³⁾ Invero, per un errore di traduzione nel testo pubblicato nella Gazzetta ufficiale dell'Unione europea del 12 luglio 2019, L 188/79, nel testo it-aliano della Direttiva si legge “orari di lavoro flessibile” che, all'evidenza, non rappresenta la traduzione del più ampio *flexible working arrangements* e degli altri equivalenti che si riscontrano nelle diverse traduzioni (per esempio, l'espressione francese *formules souples de travail* o quella spagnola *formulas de trabajo flexible*) e che, peraltro, risulta disallineato rispetto alle definizioni adottate dalla Direttiva stessa.

⁽⁴⁾ Art. 1, par. 1, e considerando 16, Direttiva 2019/1158. Sulla funzionalizzazione della conciliazione rispetto alla finalità della parità tra uomo e donna nell'ambito della Direttiva, si veda condivisibilmente M.G. MILITELLO, *Conciliare vita e lavoro. Strategie e tecniche di regolazione*, Giappichelli, 2020, 36-37.

⁽⁵⁾ Si pensi, per esempio, alle incentivazioni di tipo economico di cui all'art. 9, comma 1, l. n. 53/2000, su cui, tra tutti, A.R. TINTI, *Conciliazione e misure di sostegno. Sulle azioni positive di cui all'art. 9 della legge 53/2000*, in LD, 2009, 2, pp. 173-200.

⁽⁶⁾ L'espressione “calendari di lavoro flessibile” adottata dalla Direttiva per rendere la nozione di “*flexible working schedules*” non trova particolare diffusione nell'ordinamento italiano dove, quando ci si riferisce a finalità conciliative, si tende a far riferimento al concetto di flessibilità oraria (es. “forme di flessibilità dell'orario”, art. 9, l. n. 53/2000).

⁽⁷⁾ Art. 1, par. 1, lett. f), Direttiva 2019/1158.

⁽⁸⁾ Sul punto, in termini, S. SCARPONI, “*Work life balance*” fra diritto UE e diritto interno, WP CSDL “Massimo D'Antona”.INT – 156/2021, p. 12.

⁽⁹⁾ Art. 9, par. 1, Direttiva 2019/1158.

⁽¹⁰⁾ Art. 9, par. 2, Direttiva 2019/1158.

normali modalità di lavoro – al termine del periodo eventualmente convenuto, se l'adibizione è a termine, o a seguito di richiesta motivata del lavoratore in base ad un cambiamento delle circostanze, da valutare negli stessi termini della richiesta di accesso ⁽¹¹⁾ – e di anzianità minima per il riconoscimento del diritto, comunque non superiore a 6 mesi anche come cumulo di più contratti a tempo determinato con il medesimo datore di lavoro ⁽¹²⁾.

A fronte di tale quadro di riferimento, la scelta del legislatore interno per l'attuazione di tali previsioni della Direttiva, comune in realtà a tutto il decreto legislativo 30 giugno 2022 n. 105, adottato ai sensi della legge-delega 22 aprile 2021 n. 53, è stata quella di provvedere con interventi chirurgici di modifica e integrazione delle discipline previgenti. In questo caso specifico, in assenza di precedenti normativi relativi al diritto di richiedere modalità di lavoro flessibili, il legislatore ha scelto di operare tramite la tecnica normativa del diritto di priorità già utilizzato nel contesto delle modalità di lavoro flessibili con finalità conciliative per rispondere a specifiche esigenze di cura. Ciò era avvenuto, in un primo momento, con riferimento al diritto di priorità alla trasformazione del contratto da tempo pieno a tempo parziale riconosciuto a familiari di pazienti oncologici, a conviventi di persone con inabilità lavorativa permanente con necessità di assistenza continua e a genitori con figli conviventi sotto i 13 anni o portatori di handicap ⁽¹³⁾ e successivamente esteso a familiari di persone affette da «gravi patologie cronico-degenerative ingradescenti» nella riformulazione della disciplina del part-time ad opera del Jobs Act ⁽¹⁴⁾. In un secondo momento, analoghe finalità sono state perseguite con l'introduzione ad opera della legge di bilancio per il 2019 ⁽¹⁵⁾ del diritto di priorità all'accesso al lavoro agile in favore delle lavoratrici nei tre anni successivi al termine del congedo di maternità e a lavoratori con figli in condizioni di disabilità.

2. Destinatari e oggetto dei diritti di priorità

Proprio il lavoro agile risulta essere al centro della disciplina di attuazione della direttiva da parte del d.lgs. n. 105/2022. Da un lato, infatti, tale normativa interviene direttamente sull'art. 18, comma 3-bis, della l. n. 81/2017 sostituendone il testo ⁽¹⁶⁾. Dall'altro, è ancora il lavoro agile l'unico riferimento esplicito allorché il legislatore interviene in modifica della l. n. 104/1992, per riconoscere i diritti di priorità a tale modalità di lavoro e alle «altre forme di lavoro flessibile» in favore di alcune specifiche categorie di lavoratori ⁽¹⁷⁾.

⁽¹¹⁾ Art. 9, par. 3, Direttiva 2019/1158.

⁽¹²⁾ Art. 9, par. 4, Direttiva 2019/1158.

⁽¹³⁾ Art. 12-bis, l. n. 61/2000, come sostituito dall'art. 1, comma 44, lett. d), l. n. 247/2007.

⁽¹⁴⁾ Art. 8, comma 4, d.lgs. n. 81/2015. In tema, *inter alios*, S. BRUZZONE, F. ROMANO, *Patologie oncologiche, patologie cronico-degenerative e diritto al part-time*, in M. TIRABOSCHI (a cura di), *Le nuove regole del lavoro dopo il Jobs Act*, Giuffrè, 2016, p. 616 e ss.

⁽¹⁵⁾ Art. 1, comma 486, l. n. 145/2018, che introduce l'art. 18, comma 3-bis, della l. n. 81/2017 su cui M. MENEGOTTO, *Legge di bilancio: (nuovi) diritti di precedenza sul lavoro agile. Prime riflessioni*, in Boll. ADAPT 8 gennaio 2019, n. 1.

⁽¹⁶⁾ Art. 4, comma 1, lett. b), d.lgs. n. 105/2022.

⁽¹⁷⁾ Art. 3, comma 1, lett. b), n. 4, d.lgs. n. 105/2022.

Ad esito di tali interventi normativi, il quadro normativo in materia di diritti di priorità risulta essere particolarmente articolato sia sul fronte dei destinatari che dello specifico oggetto del diritto di priorità, con una platea di destinatari cui è riconosciuto tale diritto con riferimento a tutte le diverse modalità di lavoro flessibili (art. 33, comma 6-bis, l. n. 104/1992), una cui è riconosciuto il diritto di priorità con specifico riferimento al lavoro agile (art. 18, comma 3-bis, nel nuovo testo), cui si aggiunge la platea di destinatari, parzialmente ridefinita dallo stesso d.lgs. n. 105/2022⁽¹⁸⁾, cui è riconosciuto il diritto alla trasformazione del contratto da full-time a part-time.

Quanto al diritto di priorità relativo a tutte le forme di lavoro flessibile – nozione da leggersi coerentemente alla definizione euro-unitaria e, quindi, comprensiva di telelavoro⁽¹⁹⁾, flessibilità oraria della prestazione in senso ampio⁽²⁰⁾ e trasformazione in part-time⁽²¹⁾, oltre che del lavoro agile – esso risulta applicabile ai lavoratori che ai sensi dei commi 2 e 3 dell’art. 33, l. n. 104/1992 risultano beneficiari dei permessi retribuiti giornalieri di due ore in sostituzione del congedo parentale e dei tre giorni di permesso mensile retribuito⁽²²⁾. Si tratta, rispettivamente, della lavoratrice madre o del lavoratore padre, anche adottivi, «di minore con disabilità in situazione di gravità» entro il terzo anno di vita⁽²³⁾ e di lavoratori con oneri di assistenza di un familiare in condizioni di disabilità grave⁽²⁴⁾.

Quanto al diritto al lavoro agile, superando la visione di genere della misura⁽²⁵⁾, il nuovo art. 18, comma 3-bis, ridefinisce le categorie di destinatari in ossequio alle previsioni della Direttiva. Esso è riconosciuto a «lavoratrici e [...] lavoratori con figli fino

⁽¹⁸⁾ Art. 5, comma 1, lett a), d.lgs n. 105/2022.

⁽¹⁹⁾ Che con l’espressione lavoro a distanza (*remote working arrangements*) la Direttiva volesse richiamare il telelavoro e le altre eventuali forme di lavoro da remoto disciplinate nei singoli contesti nazionali è posizione pressoché unanime tra i commentatori, anche considerando che il lavoro agile rappresenta una peculiarità normativa dell’ordinamento interno. In Italia, tra gli altri, M.G. MILITELLO, *Conciliare vita e lavoro*, cit., 182; G. CALVELLINI, *Flessibilità e work-life balance: un percorso tra realtà e retorica*, in *Rivista Labor*, 2021, n. 4, *passim*.

⁽²⁰⁾ In assenza di una specifica definizione di “calendari di lavoro flessibili” all’interno della Direttiva e coerentemente con la *ratio* della stessa pare ragionevole una interpretazione ampia rispetto alle misure di flessibilità oraria già conosciute nell’ordinamento, anche considerando che si tratta di un mero diritto di richiedere tali modalità di lavoro.

⁽²¹⁾ Nei termini di una trasformazione temporanea da tempo pieno a part-time – similmente a quanto previsto dall’art. 9, comma 1, l. n. 53/2000, deve essere, infatti, interpretato il riferimento alla riduzione dell’orario di lavoro.

⁽²²⁾ Occorre segnalare che gli stessi commi 2 e 3 sono stati oggetto di modifica da parte del d.lgs. n. 105/2022, che con l’art. 3, comma 1, lett. b), n. 1 e 2 ha disposto la riscrittura dei due commi. Nel primo caso si è trattato di una riscrittura dovuta all’esigenza di risolvere l’incongruenza derivante dal riferimento al comma 1, abrogato, per la definizione dei beneficiari. Nel secondo caso, l’intervento di riscrittura è stato più incisivo: oltre ad ampliare la platea dei destinatari per includere i rapporti nell’ambito delle unioni civili e delle convivenze di fatto, si apre alla possibilità di riconoscere il congedo a più di un destinatario, ferma restando il limite dei tre giorni e la fruizione alternata tra i beneficiari.

⁽²³⁾ Art. 33, comma 2, l. n. 104/1992.

⁽²⁴⁾ Ai sensi dell’art. 33, comma 3, l. n. 104/1992, il riferimento è a «una persona con disabilità in situazione di gravità, che non sia ricoverata a tempo pieno, rispetto alla quale il lavoratore sia coniuge, parte di un’unione civile [...] convivente di fatto [...], parente o affine entro il secondo grado», con estensione al terzo grado di parentela o affinità in caso di assenza delle precedenti categorie.

⁽²⁵⁾ In tema, L. CASANO, *Lavoro agile e conciliazione: una prima verifica alla luce delle soluzioni contrattuali nelle aziende del credito e assicurative*, in *LG*, 2021, 7, pp. 710-711.

a dodici anni di età o senza alcun limite di età nel caso di figli in condizioni di disabilità» nonché a «lavoratori con disabilità in situazione di gravità» e ai caregivers ⁽²⁶⁾, per come definiti dall'articolo 1, comma 255, della legge 27 dicembre 2017, n. 205 ⁽²⁷⁾.

Infine, con riferimento al diritto alla trasformazione del contratto di lavoro da full-time a part-time, la platea di destinatari sopra richiamata (*supra*, § 1) è stata integrata dal riferimento alla parte dell'unione civile e al convivente di fatto.

Per tutte le diverse ipotesi, il legislatore si è premurato, coerentemente con l'art. 11 della Direttiva, di introdurre un sistema di sanzioni atto a garantire che chi richiede di fruire di una delle modalità di lavoro flessibili ai sensi delle discipline sopra richiamate non sia oggetto di trattamenti discriminatori e ritorsivi, sancendo la nullità di eventuali sanzioni, demansionamenti, licenziamenti, trasferimenti e di altre misure organizzative che producano effetti negativi sulle condizioni di lavoro che si motivino su tale richiesta. In aggiunta, ha previsto che condotte ostative o oppostive rispetto all'esercizio del diritto di priorità producano un effetto preclusivo per due anni rispetto all'accesso alla certificazione di parità e ai relativi trattamenti premiali ⁽²⁸⁾.

3. Le criticità di una attuazione *sui generis*

L'articolato e frammentario quadro normativo sopra ricostruito con riferimento ai diritti di priorità in materia di modalità di lavoro flessibili mostra, oltre ad un elevato livello di complessità destinato ad incidere sulla vita di imprese e lavoratori chiamati a differenziazioni di trattamento sofisticate (se non proprio sofistiche), anche un rilevante disallineamento rispetto alla disciplina euro-unitaria tanto con riferimento alle modalità di lavoro oggetto di promozione legislativa quanto, in maniera ancor più rilevante, con riferimento al tipo di diritto riconosciuto.

Concentrandosi sulle modalità di lavoro e sulle diverse platee di destinatari previste dalla normativa, non soltanto risultano di difficile intelligibilità *ratio* e giustificatezza della disparità di trattamento previste tra le diverse categorie – se non attraverso la riconduzione ad un percorso di attuazione della delega accidentato ⁽²⁹⁾ – ma non si riscontra alcuna base normativa all'interno della disciplina euro-unitaria per operare tale differenziazione.

⁽²⁶⁾ Art. 18, comma 3-bis, l n. 81/2017.

⁽²⁷⁾ Ai sensi di tale disposizione il caregiver familiare è «la persona che assiste e si prende cura del coniuge, dell'altra parte dell'unione civile tra persone dello stesso sesso o del convivente di fatto [...], di un familiare o di un affine entro il secondo grado, ovvero, nei soli casi indicati dall'articolo 33, comma 3, della legge 5 febbraio 1992, n. 104, di un familiare entro il terzo grado che, a causa di malattia, infermità o disabilità, anche croniche o degenerative, non sia autosufficiente e in grado di prendersi cura di sé, sia riconosciuto invalido in quanto bisognoso di assistenza globale e continua di lunga durata [...], o sia titolare di indennità di accompagnamento [...].»

⁽²⁸⁾ Per una ricostruzione dei profili sanzionatori, G. PICCO, in questo volume, tomo II, parte I, sez. IV.

⁽²⁹⁾ Occorre rilevare, a questo proposito, come lo schema di decreto presentato dal Governo limitasse i propri interventi al solo lavoro agile e che solamente a seguito dei rilievi della Commissione Lavoro del Senato, cui il testo era stato sottoposto per consultazione, in sede di approvazione definitiva si è aggiunto il riferimento alle altre forme di lavoro flessibile, senza alcuna specificazione. Cfr. *Parere approvato dalla commissione sull'atto del governo n. 378, allegato al resoconto n. 322 del 17 maggio 2022*

Se è pur vero che il disposto dell'art. 9 della Direttiva, che si è avuto modo di illustrare in apertura di questo contributo (*supra* § 1), riconosce agli Stati membri alcuni rilevanti spazi regolativi con riferimento alla definizione della platea dei destinatari, lo fa limitatamente a specifiche condizioni individuate (età dei figli; anzianità di servizio) e, in ogni caso, con riferimento alla nozione di modalità di lavoro flessibili nel suo complesso che include – non solo, ma anche – lavoro a distanza, orari flessibili e la riduzione dell'orario di lavoro.

Nonostante la Direttiva non manchi di rilevare possibili effetti negativi di alcune modalità di lavoro flessibile (in particolare, la riduzione dell'orario di lavoro), cui pone un correttivo abilitando la possibilità di definire una durata predeterminata di tali misure⁽³⁰⁾, non si prevedono forme di limitazione dell'una o dell'altra modalità di lavoro rispetto alla platea dei destinatari individuati dalla Direttiva stessa. Al più, si invitano gli Stati membri – in un'ottica incrementale e con riferimento alla totalità delle misure previste – «a valutare se le condizioni di accesso e le modalità di esercizio dei diritti [...] debbano essere adattate a esigenze particolari, per esempio dei genitori soli, dei genitori adottivi, dei genitori di figli con disabilità o malattie a lungo decorso o dei genitori in circostanze particolari, tra cui quelle relative a parti multipli e parti prematuri»⁽³¹⁾.

Occorre, peraltro, rilevare come a rimanere al di fuori di una specifica attenzione del legislatore delegato sia, oltre al telelavoro (vittima dei pregiudizi sulla sua onerosità economica e normativa)⁽³²⁾, sia l'aspetto relativo alla flessibilità temporale della prestazione che la dottrina ha avuto modo di identificare come nodo particolarmente critico nella definizione di un sistema di garanzie della conciliazione tra vita e lavoro⁽³³⁾.

3.1 In particolare: la natura del diritto di richiedere modalità di lavoro flessibili

Se l'attuazione della Direttiva con riferimento all'articolazione di diverse posizioni rispetto alle modalità di lavoro flessibili presenta alcune criticità, di ancora maggior rilievo risulta essere la difformità tra direttiva e disciplina interna con riguardo alla scelta di declinare il *right to request* per il tramite del diritto di priorità di accesso a tali modalità di lavoro.

⁽³⁰⁾ Sul rilievo e sulla funzionalizzazione della apposizione di una limitazione della durata temporale delle modalità di lavoro flessibili anche al contrasto degli eventuali effetti negativi si veda il considerando 35 della Direttiva 2019/1158.

⁽³¹⁾ Considerando 37, Direttiva 2019/1158.

⁽³²⁾ Sugli equivoci in materia di disciplina del telelavoro nel raffronto con le discipline del lavoro agile si veda, in particolare, M. TIRABOSCHI, *Il lavoro agile tra legge e contrattazione collettiva: la tortuosa via italiana verso la modernizzazione del diritto del lavoro*, in *DRI*, 2017, 4, pp. 921-977. Da notare, peraltro, fino all'introduzione del lavoro agile nell'ordinamento italiano il telelavoro sia stato destinatario di specifiche misure di sostegno nell'ottica della conciliazione, da ultimo con l'art. 23, d.lgs. n. 80/2015 (su cui, M.L. VALLAURI, *Il telelavoro come strumento di conciliazione*, in D. GOTTARDI (a cura di), *La conciliazione delle esigenze di cura, di vita e di lavoro*, Giappichelli, 2016, 311-318.

⁽³³⁾ Sul punto, tra i molti, M.G. MILITELLO, *Conciliare vita e lavoro*, cit., *passim*.

Premesso che la scelta del legislatore euro-unitario è stata, all'evidenza, quella di promuovere i modelli di flessibilità *pro* lavoratore per il tramite di una misura non particolarmente incisiva sulle prerogative datoriali ⁽³⁴⁾ – quale sarebbe, invece, stata l'introduzione di un vero e proprio diritto a modalità di lavoro flessibile ⁽³⁵⁾ – non pare, infatti, revocabile in dubbio che si tratti del riconoscimento di posizioni soggettive dei lavoratori qualitativamente diverse. Mentre il primo è destinato ad avviare un processo decisionale che dovrà articolarsi secondo specifiche condizioni a tutela degli interessi del lavoratore (tempistiche di risposta; motivazione), il diritto di priorità non soltanto subentra a processo decisionale in corso, ma la sua efficacia è meramente eventuale dal momento che la sua operatività presuppone che il datore di lavoro abbia una politica di apertura rispetto alle modalità di lavoro flessibili ⁽³⁶⁾ e che siano presenti più richieste per posizioni lavorative comparabili. Non è un caso, allora, che il diritto di priorità sia stato preso in considerazione dai primi commentatori della Direttiva non quale strumento normativo per la sua attuazione, quanto piuttosto – coerentemente con il considerando sopra richiamato – quale strumento di gradazione delle tutele «in correlazione alle condizioni di fragilità dei lavoratori» ⁽³⁷⁾.

Il diritto di priorità si muove, quindi, in un orizzonte funzionale differente rispetto al diritto di richiedere modalità di lavoro flessibili con la conseguenza che, seppur l'intervento normativo sia idoneo a riconoscere una posizione soggettiva maggiormente tutelata rispetto alle esigenze di cura dei destinatari individuati, lo stesso non può

⁽³⁴⁾ Rispetto a tale profilo le valutazioni della scelta del legislatore europeo non sono univoche: se, in generale, se ne sottolineano le debolezze rispetto alla portata precettiva (tra gli altri, G. CALVELLINI, *Flessibilità e work-life balance*, cit., 412-413, da altra prospettiva è stato rilevato come «un vero e proprio diritto soggettivo a carattere potestativo potrebbe comportare un irrigidimento eccessivo con il rischio di porre le posizioni individuali in ottica conflittuale, provocando l'effetto opposto, mentre un approccio collaborativo potrebbe essere più utile al superamento condiviso anche dei persistenti blocchi socio-culturali» (R. ZUCARO, *Conciliazione vita-lavoro e gender gap nella cura. L'evoluzione legislativa nel prisma del quadro normativo europeo*, in *RGL*, 2022, 2, p. 316).

⁽³⁵⁾ Specifici diritti relativamente alle modalità di lavoro flessibili sono già presenti nell'ordinamento: oltre a quelli temporaneamente introdotti all'interno della disciplina emergenziale con riferimento al lavoro agile (in tema, *ex multis*, M. BROLLO, *Lavoro agile per i lavoratori fragili: lezioni dalla pandemia*, in *ADL*, 2022, 3, pp. 405-429), più risalenti sono i diritti relativi alla trasformazione del contratto di lavoro da tempo pieno a part-time. Nel privato tale diritto è stato riconosciuto per la prima volta dall'46, comma 1, lettera t) del d.lgs. n. 276/2003 (su cui, M. TIRABOSCHI, P. TIRABOSCHI, *Per un diritto del lavoro al servizio della persona: le tutele per i lavoratori affetti da patologie oncologiche e tumore al seno*, in *DRI*, 2006, pp. 527-529). Attualmente tale diritto è riconosciuto con riferimento a lavoratori affetti da patologie croniche o oncologiche (art. 8, comma 3, d.lgs. n. 81/2015) e, in alternativa alla fruizione del congedo parentale (art. 8, comma 7); in tema, oltre a S. BRUZZONE, F. ROMANO, *Patologie oncologiche, patologie cronico-degenerative e diritto al part-time*, cit., 613 ss., A. Cimarosti, *Il part-time dopo il Jobs Act*, in *LG*, 2015, 10, p. 892 ss.

⁽³⁶⁾ Significativo in questo senso è che proprio l'art. 18, comma 3-bis, l. n. 81/2017, definisca il proprio ambito di applicazione con riferimento ai «datori di lavoro pubblici e privati che stipulano accordi per l'esecuzione della prestazione di lavoro in modalità agile». Sulla diversità ontologica tra i due diritti, proprio con riferimento al lavoro agile già A.R. TINTI, *Il lavoro agile e gli equivoci della conciliazione virtuale*, WP CSDLE “Massimo D'Antona”.IT – 419/2020, 28, dove l'Autrice ha anche modo di sottolineare che «la priorità qui stabilita lascia l'iniziativa nelle mani del datore di lavoro essendo rivendicabile solo se il datore decide di attivare qualche (almeno uno) accordo di lavoro agile».

⁽³⁷⁾ C. ALESSI, O. BONARDI, L. CALAFÀ, M. D'ONGHIA, *Per una trasposizione responsabile della Direttiva n. 2019/1158, relativa all'equilibrio tra attività professionale e vita familiare per i genitori e i prestatori di assistenza*, in *RGL*, 2022, 1, p. 117.

ritenersi quale misura adeguata ai sensi dell'art. 9 della Direttiva 2019/1158 a «garantire «il diritto di richiedere» modalità di lavoro flessibili. Anche laddove trovi applicazione, la disciplina del diritto di priorità non fornisce alcuna indicazione rispetto ai profili procedurali in materia di presa in carico della richiesta, tempistiche della risposta e relative motivazioni.

Ne consegue che i lavoratori rimangono così privi di una disciplina di favore che fornisca quegli strumenti necessari a garantire che il datore di lavoro prenda in considerazione in tempi utili e secondo canoni di ragionevolezza della giustificazione della propria decisione. In questo modo, non soltanto non si è in grado di superare la logica unilaterale che caratterizza in molti casi l'accesso alle modalità di lavoro flessibili in azienda, ma si incide in negativo anche sulla possibilità di accertamento di condotte illegittime da parte del datore di lavoro ⁽³⁸⁾. Da quest'ultimo punto di vista, peraltro, occorre rilevare come la scelta del legislatore abbia comportato una deviazione anche rispetto allo specifico regime sanzionatorio introdotto a tutela dell'esercizio dei diritti: a fronte dell'assenza di un regime sanzionatorio con riferimento alla mancata o ritardata risposta o all'assenza di motivazione, il doppio sistema di sanzioni (quello relativo a condotte ritorsive e discriminatorie e quello, che incide sulle premialità della certificazione di genere, quale sanzione di condotte ostative) risulta anch'esso tarato sulla violazione del diritto di priorità, ponendo ulteriori criticità in punto di corretta attuazione della Direttiva.

4. Primi rilievi applicativi

Così ricostruito il quadro normativo di riferimento dei nuovi diritti di priorità introdotti dal d.lgs. n. 105/2022 e le relative criticità, occorre conclusivamente esprimere qualche considerazione rispetto alle conseguenze applicative, con riferimento tanto all'esercizio del diritto di richiedere modalità di lavoro flessibili quanto a quelli di priorità.

Con riferimento al primo, occorre domandarsi se in una prospettiva *de iure condito*, il lavoratore che fa richiesta di modalità di lavoro flessibili possa eccepire la violazione del proprio diritto nei confronti del datore di lavoro che non la consideri secondo i canoni dell'art. 9 della Direttiva 2019/1158. In questo senso, di difficile praticabilità risulta essere la strada dell'applicazione dell'obbligo di motivazione e di risposta in tempi ragionevoli e coerenti con le esigenze delle parti per il tramite delle clausole generali di buona fede e correttezza ⁽³⁹⁾, come dimostra il limitato utilizzo che se ne è fatto con riferimento al precedente normativo più prossimo al diritto di richiesta delle modalità di lavoro flessibili: quello relativo al diritto di informazione sulle posizioni part-time aperte e all'obbligo di considerare le richieste provenienti dai dipendenti di

⁽³⁸⁾ Cfr. S. SCARPONI, "Work life balance" fra diritto UE e diritto interno, cit., p. 13; A.R. Tinti, *Il lavoro agile e gli equivoci della conciliazione virtuale*, cit., 28.

⁽³⁹⁾ M.G. MILITELLO, *Conciliazione vita e lavoro*, cit., 175.

trasformazione del part-time, dove pure un più solido appiglio normativo è presente⁽⁴⁰⁾.

Si può allora considerare una diversa strada, ovvero quella dell'applicazione diretta dell'art. 9 della Direttiva. A fronte della mancata attuazione, per come sopra descritta, invece di rimettere alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea la valutazione di conformità della disciplina interna – giudizio che potrebbe derivare anche dall'esercizio delle funzioni di monitoraggio dell'attuazione delle direttive da parte della Commissione⁽⁴¹⁾ – il giudice potrebbe fare diretta applicazione dei commi 1 e 2 dell'art. 9, dal momento che il relativo testo «è formulato in modo chiaro, preciso e incondizionato nello stabilire i soggetti titolari (genitori con figli fino a 8 anni e prestatori di assistenza) e nello specificare gli obblighi in capo ai datori di lavoro»⁽⁴²⁾.

Quanto, invece, all'esercizio dei diritti di priorità, il problema principale sul fronte applicativo riguarda le complesse differenziazioni introdotte dal legislatore in termini di platea dei destinatari e di modalità di lavoro flessibili oggetto del diritto, non senza parziali sovrapposizioni tra i diversi ambiti applicativi individuati. Oltre a questo problema, che si era già avuto modo di rilevare, rimane impregiudicata un'altra criticità da tempo rilevata rispetto alla tecnica normativa della priorità di accesso: quello della convivenza tra normative legali e la prassi contrattual-collettiva, che su questi temi ha una consolidata tradizione⁽⁴³⁾.

In questo senso, l'unica previsione introdotta dal d.lgs. n. 105/2022 si riferisce al diritto di priorità di accesso al lavoro agile e alle altre forme di lavoro flessibile stabilita dalla l. n. 104/92, laddove si statuisce che «restano ferme le eventuali previsioni più favorevoli previste dalla contrattazione collettiva nel settore pubblico e privato»⁽⁴⁴⁾. La disposizione, in sé probabilmente pleonastica, si riferisce espressamente a più incisivi diritti – come il diritto al lavoro flessibile – che la contrattazione collettiva potrebbe aver previsto, specificando che l'intervento normativo non si riflette su tali condizioni migliorative, ma non aiuta ad affrontare il nodo della convivenza di diritti di priorità alcuni legali e altri negoziati all'interno della contrattazione. Se è pur vero che la contrattazione rimane libera di integrare i diritti di priorità previsti dalla legislazione con ulteriori destinatari, anche considerando le caratteristiche della forza lavoro del settore o, a livello di contrattazione decentrata, della compagine aziendale, occorre, infatti, interrogarsi sui criteri con cui affrontare l'eventuale scelta tra lavoratori per cui

⁽⁴⁰⁾ Art. 8, comma 8, d.lgs. n. 81/2015. In precedenza, con formulazione in parte diversa, si veda art. 5, comma 3, d.lgs. n. 61/2000 (su cui M. BROLLO, *Il lavoro a tempo parziale*, in A. VALLEBONA (a cura di), *I contratti di lavoro*, Tomo II, Utet, 2009, 1209-1212.

⁽⁴¹⁾ A questo fine, ai sensi dell'art. 20, par. 3, gli Stati Membri sono tenuti a comunicare le misure adottate in attuazione della Direttiva.

⁽⁴²⁾ S. SCARPONI, *“Work life balance” fra diritto UE e diritto interno*, cit., 16, cui si rinvia anche per le ulteriori considerazioni rispetto al quadro normativo sopra-nazionale.

⁽⁴³⁾ Prima ancora dell'introduzione di diritti o criteri di priorità relativamente all'accesso al lavoro agile (su cui AA. VV., *La contrattazione collettiva in Italia, VII Rapporto*, ADAPT University Press, 2021, sezione II, Capitolo I, *Dieci anni di lavoro agile*, pp. 315-396), la contrattazione collettiva si era sviluppata, forte anche del rinvio di cui all'art. 5, comma 3, d.lgs. n. 61/2000 rispetto alle priorità di accesso al part-time (su cui, a scopo esemplificativo, M. DELFINO, *La contrattazione collettiva sul part time dopo il d.lgs. n. 276/2003: profili teorici e applicativi*, in RGL, 2006, 1, pp. 133-169. In generale, sul ruolo della contrattazione collettiva rispetto alla promozione di modalità di lavoro flessibili S. CAIROLI, *Tempi e luoghi di lavoro nell'era del capitalismo cognitivo e dell'impresa digitale*, Jovene, 2020, 212-214

⁽⁴⁴⁾ Art. 33, comma 6-bis, l. n. 104/1992.

è previsto il diritto di priorità da fonte legale e quelli per cui è previsto per il tramite della fonte contrattual-collettiva. Al di là di tale possibile motivo di contenzioso, si conferma una disattenzione del legislatore verso l'attivismo dei soggetti che più vicini sono alle esigenze dei lavoratori nei singoli contesti aziendali e al bilanciamento con le esigenze produttive delle imprese ⁽⁴⁵⁾.

In attesa di un possibile intervento correttivo del legislatore rispetto alle incongruenze e criticità sopra rilevate, è proprio alla contrattazione collettiva, invece, che è rimesso un possibile ruolo suppletivo di definizione di un vero e proprio diritto di richiedere modalità di lavoro flessibili, intervenendo con discipline procedurali con riferimento alle tempistiche di risposta e all'obbligo di motivazione, con un effetto di maggiore sicurezza per entrambe le parti del rapporto. In un'ottica evolutiva, peraltro, la contrattazione potrebbe andare oltre la lettera della Direttiva, attraverso la definizione di uno specifico regime giustificativo con riferimento a esigenze organizzative o produttive, che molto agevolerebbe possibili azioni di accertamento di condotte illegittime da parte dei datori di lavoro, sulla falsariga di quanto già avviene in altri ordinamenti ⁽⁴⁶⁾.

⁽⁴⁵⁾ Sul punto già A.R. TINTI, *Il lavoro agile e gli equivoci della conciliazione virtuale*, cit., 26, con riferimento alla previgente versione dell'art. 18, comma 3-bis, l. n. 81/2017.

⁽⁴⁶⁾ Si veda, in particolare, il già richiamato *Wet Flexibel Werken* olandese, dove si è introdotto uno stringente regime giustificativo rispetto a rilevanti interessi commerciali o relativi al servizio che depongano in senso contrario.

Trasformazione del contratto a tempo parziale (art. 5, comma 1, d.lgs. n. 105/2022)

di Lisa Taschini

Abstract – Il contributo analizza la disciplina della trasformazione del contratto di lavoro da tempo pieno a tempo parziale, di cui all'art. 8, d.lgs. n. 81/2015, alla luce delle nuove disposizioni introdotte dall'art. 5, primo comma, d.lgs. n. 105/2022. La previsione di cui alla lett. *a* pone un adeguamento formale della disciplina sul diritto alla priorità nell'accesso al part-time eguagliando la situazione dell'unito civilmente e del convivente *more uxorio* a quella del coniuge. La lett. *b* dell'art. 5, invece, rafforza la tutela antidiscriminatoria a favore del lavoratore che abbia esercitato il diritto di opzione per la trasformazione prioritaria del contratto in part-time prescrivendo la nullità di ogni atto contrario e la sanzione accessoria della preclusione della certificazione della parità di genere. Dopo aver illustrato le novità, l'A. ne evidenzia gli aspetti positivi e le relative criticità rispetto al contesto di riferimento.

Abstract – The essay analyses the regulation of the transformation of the employment contract from full-time to part-time, pursuant to art. 8 of Legislative Decree no. 81/2015, considering the new provisions introduced by art. 5, first paragraph, of Legislative Decree no. 105/2022. The provision referred to in letter *a* formally adjusts the regulation on the right to priority in accessing part-time work by equating the situation of the civil partner and of the *more uxorio* partner to that of the spouse. Letter *b* of the art. 5, on the other hand, strengthens the anti-discrimination protection in favor of the worker who has exercised the right of option for the priority transformation of the contract into part-time by prescribing the nullity of any contrary act and the accessory sanction of the foreclosure of the certification of gender equality. After having illustrated the news, the A. highlights the positive aspects and the relative criticalities with respect to the reference context.

Sommario: 1. Premessa. – 2. La trasformazione del rapporto di lavoro da tempo pieno a tempo parziale e il diritto di priorità nel d.lgs. n. 81/2015. – 3. La novella del decreto n. 105: il riconoscimento della convivenza di fatto come legame familiare idoneo a fondare il diritto alla priorità nella trasformazione in part-time. – 4. Il rafforzamento della tutela lavoristica per coloro che esercitano il diritto di priorità nella trasformazione. Le previsioni antidiscriminatorie. – 4.1. La preclusione della certificazione della parità di genere. – 5. Considerazioni conclusive.

1. Premessa

Nel perseguire l'obiettivo cui aspira la direttiva europea (UE) 2019/1158 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 20 giugno 2019, cioè quello di garantire negli Stati membri la parità di genere e porre rimedio alla sottorappresentanza delle donne nel mercato del lavoro, il d.lgs. n. 105/2022, entrato in vigore il 13 agosto, mira, da un lato, a migliorare le condizioni di accesso alle misure di *work-life balance* per tutti i

lavoratori e le lavoratrici con responsabilità familiari e, dall'altro, a promuovere e sostenere la condivisione tra entrambi i genitori dei compiti di cura e allevamento della prole, tradizionalmente considerati appannaggio delle donne.

Il decreto in commento interviene, pertanto, modificando e integrando varie fonti normative relative ad ogni aspetto e istituto del rapporto di lavoro per rispondere all'esigenza di armonizzazione dell'ordinamento con il rinnovato sentimento europeo a favore della parità di genere, della genitorialità e della famiglia ⁽¹⁾.

L'art. 5, primo comma, d.lgs. n. 105, interviene proprio sulla regolamentazione del diritto alla trasformazione del contratto di lavoro da tempo pieno a tempo parziale di cui all'art. 8, d.lgs. n. 81/2015, introducendo elementi di novità e di adeguamento formale della disciplina rispetto al diritto vivente nell'ottica di rafforzare e promuovere la tutela della persona del lavoratore.

2. La trasformazione del rapporto di lavoro da tempo pieno a tempo parziale e il diritto di priorità nel d.lgs. n. 81/2015

Il d.lgs. n. 81, emanato in attuazione della l. n. 183/2014 (c.d. *Jobs Act*) ed entrato in vigore il 25 giugno 2015, reca la disciplina organica delle diverse tipologie di contratti di lavoro e la revisione della normativa in tema di mansioni. Tra le altre misure, il decreto ha riscritto anche le norme relative al lavoro a tempo parziale ⁽²⁾ prevedendo nuove possibilità di part-time tra cui, ad esempio, quello che può essere convenuto in alternativa al congedo parentale ⁽³⁾ oppure quello per i lavoratori affetti da gravi patologie.

Di regola, la trasformazione del rapporto di lavoro a tempo pieno in rapporto a tempo parziale avviene su accordo delle parti risultante da atto scritto, *ex art. 8, comma 2, d.lgs. n. 81*, e la necessità del consenso di entrambi è confermata anche dalla prescrizione posta al precedente primo comma in forza del quale il rifiuto del lavoratore di trasformare il proprio rapporto di lavoro da tempo pieno in part-time, o viceversa, non costituisce giustificato motivo di licenziamento.

⁽¹⁾ Si noti che le disposizioni dettate dal d.lgs. n. 105/2022 «salvo che non sia diversamente specificato, sono direttamente applicabili anche ai dipendenti delle pubbliche amministrazioni» (art. 1, comma 2, d.lgs. n. 105/2022), nella confermata ottica di piena equiparazione dei diritti alla genitorialità e all'assistenza di ogni tipologia di lavoratore e di lavoratrice.

⁽²⁾ Per una analisi della portata sul punto della novella del 2015, si rinvia a V. BAVARO, *I lavoro part-time dopo il d.lgs. n. 81/2015*, in E. GHERA, D. GAROFALO (a cura di), *Contratti di lavoro, mansioni e misure di conciliazione vita-lavoro nel Jobs Act 2*, Cacucci, 2015, p. 215 ss.; L. CALAFÀ, *Il lavoro a tempo parziale (artt. 4-12)*, in F. CARINCI (a cura di), [Commento al d.lgs. 15 giugno 2015, n. 81: le tipologie contrattuali e lo jus variandi](#), ADAPT University Press, ADAPT Labour Studies e-Book series, 2015, n. 48, p. 98 ss.

⁽³⁾ L'art. 8, comma 7, d.lgs. n. 81/2015, prevede che il lavoratore possa chiedere, per una sola volta, od entro i limiti del congedo ancora spettante ai sensi del capo V del d.lgs. n. 151/2001 – ovvero il congedo parentale ordinario ed il suo prolungamento destinato a genitori con figli gravemente disabili –, la trasformazione del rapporto di lavoro a tempo pieno in rapporto a tempo parziale, purché con una riduzione d'orario non superiore al 50 per cento. Il datore di lavoro è tenuto ad effettuare la trasformazione entro quindici giorni dalla richiesta.

In linea generale, quindi, così come il datore di lavoro non può decidere unilateralmente per la trasformazione del rapporto, il lavoratore non può pretenderla, pur potendola richiedere.

Una disciplina eccezionale e derogatoria è, però, dettata dal successivo terzo comma, il quale riconosce e attribuisce al lavoratore gravemente malato la titolarità di un vero e proprio diritto fondamentale, indisponibile e assoluto, alla trasformazione del rapporto a tempo parziale. Tale previsione si applica ad ogni lavoratore, pubblico o privato, affetto da patologie oncologiche o da gravi patologie cronic-degenerative ingravescenti a causa delle quali (o anche degli effetti invalidanti provocati dalle terapie salvavita) gli venga accertata, dalla commissione medica istituita presso l'azienda unità sanitaria locale territorialmente competente, una ridotta capacità lavorativa.

Il lavoratore che si trovi in tali condizioni di salute e che voglia esercitare il proprio diritto al part-time ha l'onere di farne richiesta al datore di lavoro e, sulla base della sola domanda, il rapporto sarà *ope legis* trasformato. Ugualmente, sempre a richiesta del lavoratore, il rapporto di lavoro sarà trasformato nuovamente in rapporto a tempo pieno.

Il descritto diritto alla trasformazione del contratto è riconducibile alla categoria dei diritti soggettivi potestativi, in questo caso diretto a tutelare, unitamente alla salute, la professionalità e la partecipazione al lavoro, come importante strumento di integrazione sociale e di permanenza nella vita attiva. Per questi motivi, in forza del riconoscimento della tutela alla salute quale primario interesse pubblico, fondamentale e costituzionalmente protetto, il legislatore lo configura come una potestà che non può essere negata sulla base di contrastanti esigenze aziendali. «A queste esigenze, e all'accordo delle parti, è invece rimessa la quantificazione dell'orario ridotto nonché la scelta tra modalità orizzontali oppure verticali di organizzazione dello stesso. In considerazione della *ratio* dell'istituto, nonché del carattere soggettivo del diritto, l'organizzazione del tempo di lavoro dovrà in ogni caso essere pianificata tenendo prioritariamente in considerazione le esigenze individuali specifiche del lavoratore o della lavoratrice» (4).

Il quarto comma dell'art. 8 istituisce, inoltre, un diritto di c.d. priorità nella trasformazione del contratto da tempo pieno a tempo parziale per il lavoratore che assiste un familiare in gravi condizioni di salute.

Tale priorità nella trasformazione in part-time è riconosciuta nel caso in cui il coniuge, i figli o i genitori del lavoratore o della lavoratrice siano affetti da patologie oncologiche o gravi patologie cronic-degenerative ingravescenti; ovvero, nel caso in cui il lavoratore o la lavoratrice assistano una persona convivente con totale e permanente inabilità lavorativa con connotazione di gravità ai sensi dell'art. 3, comma 3, della l. n. 104/1992, con necessità di assistenza continua in quanto non in grado di compiere gli atti quotidiani della vita. La disciplina è completata dal successivo quinto comma in forza del quale lo stesso diritto alla priorità nella trasformazione spetta al lavoratore o alla lavoratrice conviventi con un figlio di età non superiore a tredici anni ovvero con un figlio portatore di *handicap* ai sensi dell'art. 3 della l. n. 104.

In tutti i casi di esercizio del diritto di priorità, il lavoratore *full-time* deve manifestare espressamente la propria volontà di accedere alla trasformazione del rapporto a part-

(4) Così chiarisce il Ministero del lavoro nella circ. 22 dicembre 2005, n. 40, § C, pubblicata nella *Gazzetta Ufficiale* del 13 gennaio 2006, n. 10.

time, ma il datore di lavoro non ha alcun obbligo di acconsentirvi ⁽⁵⁾. Qualora, però, nell'azienda vengano attivate trasformazioni di contratti di lavoro da tempo pieno a tempo parziale, ecco sorgere l'obbligo per il datore di rispettare i criteri di priorità previsti dalla legge.

Allo stesso modo, nel caso in cui il lavoratore o la lavoratrice abbiano esercitato il diritto di priorità nella trasformazione a part-time e il datore di lavoro abbia acconsentito, il prestatore non avrà un diritto assoluto a ritornare a *full-time*, ma avrà sempre un eguale diritto di precedenza nelle – eventuali – assunzioni con contratto a tempo pieno per l'espletamento delle stesse mansioni o mansioni di pari livello e categoria legale rispetto a quelle oggetto del rapporto di lavoro a tempo parziale (art. 8, comma 6) ⁽⁶⁾. Nel caso, poi, di assunzione di personale *ab origine* a tempo parziale il datore di lavoro è tenuto a darne tempestiva informazione al personale già dipendente con rapporto a tempo pieno occupato in unità produttive site nello stesso ambito comunale, anche mediante comunicazione scritta in luogo accessibile a tutti nei locali dell'impresa, e a prendere in considerazione le domande di trasformazione a tempo parziale dei rapporti dei dipendenti a tempo pieno, quindi prima di procedere alle nuove assunzioni (così art. 8, comma 8).

In entrambe le ipotesi, quella del diritto e quella della priorità alla trasformazione del rapporto, il legislatore del 2015 ha introdotto una disciplina maggiormente garantista

⁽⁵⁾ V'è tuttavia margine di discrezionalità nell'analisi dei casi specifici. È stato infatti deciso che «Posto che è previsto, per l'ipotesi di necessità di accudire prole di età inferiore ai tredici anni, non già un diritto perfetto alla trasformazione del rapporto di lavoro, ma solo alla precedenza laddove il datore di lavoro intenda procedere ad assunzioni a termine o trasformazioni di contratti da tempo pieno a termine, va tuttavia affermato che il lavoratore, purché non svolga prestazioni infungibili, qualora verta in una delle situazioni ritenute dall'azienda di «particolare valenza sociale», tra cui l'accudimento di prole di età inferiore agli otto anni, ha un diritto alla trasformazione al part time per un periodo non superiore ai 24 mesi» Trib. Alessandria 14 marzo 2019, n. 62.

⁽⁶⁾ La stessa regola trova applicazione in ogni caso di accordo tra le parti circa la trasformazione in part-time, anche se avvenuta con semplice accordo scritto in fattispecie non tipiche e al di fuori delle viste ipotesi di prelazione. Si noti che la precedente disciplina, dettata dall'art. 5, d.lgs. n. 61/2000, prevedeva la generale valenza del diritto di precedenza per i lavoratori assunti a tempo parziale, a condizione che di tale diritto fosse fatta espressa menzione nel contratto individuale (cfr. M. BROLLO, *Art. 5. Sezione I – Tutela del lavoro a tempo parziale (in caso di trasformazione del rapporto di lavoro)*, in M. BROLLO (a cura di), *Il lavoro a tempo parziale d.lgs. n. 61/2000*, Ipsoa, 2001, p. 125 ss.). Tale regolamentazione è stata espressamente abrogata dal d.lgs. n. 81/2015, per cui è corretto ritenere che il diritto di precedenza attualmente valga solo per i lavoratori a part-time che provengano da un full-time. Tuttavia, non si può escludere che la libera autonomia negoziale, individuale e collettiva, possa istituire un diritto di precedenza all'assunzione a tempo pieno di un lavoratore il cui contratto nasca a part-time.

che attribuisce tutela non più solo alle patologie oncologiche (7), ma anche ad ogni altra grave patologia cronico-degenerativa ingravescente (8).

Questa importante apertura, però, non è riuscita a colmare del tutto una sorta di disparità di trattamento tra soggetti deboli che ancora permane (9): il più favorevole trattamento, appena descritto, infatti, non vale indistintamente per tutte le patologie croniche (10). Ben potrebbe, però, l'autonomia negoziale collettiva ampliare la portata di questo diritto, ad esempio integrando l'elenco delle patologie considerate ovvero riservando l'applicazione della disciplina *de qua* ad una più generica ed ampia condizione di affezione da gravi patologie (11).

(7) Si tenga presente che, al riguardo, l'art. 46 d.lgs. n. 276/2003, di attuazione della c.d. legge Biagi, introdusse per la prima volta il diritto per il lavoratore affetto da patologia oncologica di trasformare il contratto di lavoro da tempo pieno a tempo parziale. Sin da subito la dottrina criticò la natura esclusiva della previsione, rivolta soltanto ai lavoratori malati di cancro e il conseguente riflesso discriminatorio nel trattamento di lavoratori affetti da altra patologia cronica e grave. Cfr., M. TIRABOSCHI, *Le nuove frontiere dei sistemi di welfare: occupabilità, lavoro e tutele delle persone con malattie croniche*, ADAPT University Press, ADAPT Labour Studies e-Book series, 2015, n. 36, qui p. 38.

Il passaggio normativo successivo si è registrato nel 2007, quando la l. n. 247/2007 di attuazione del protocollo del 23 luglio 2007 su previdenza, lavoro e competitività per favorire l'equità e la crescita sostenibile, nonché ulteriori norme in materia di lavoro e previdenza sociale, ha riconosciuto la priorità nella trasformazione del contratto di lavoro da tempo pieno a tempo parziale anche ai *caregivers*, ovvero a coloro che si prendono cura della persona malata. Cfr. S. FERNÁNDEZ MARTÍNEZ, F. SILVAGGI, *Jobs Act e part-time: l'estensione di un diritto per i malati cronici*, in *Boll. ADAPT*, 2 marzo 2015.

(8) Sull'esatto significato della locuzione normativa si discute. È stato evidenziato, infatti, come, in senso tecnico e medico, l'endiadi gravi patologie cronico-degenerative ingravescenti individua concetti diversi: mentre, infatti, il termine “degenerativo” si riferisce ad un tipo di patologia, “ingravescente” identifica ad una caratteristica del decorso della malattia. Si pone pertanto il dubbio se il peggioramento dovuto alla malattia vada inteso come preordinato dal tipo di malattia o dipenda esclusivamente da altri fattori quali il tipo di mansioni a cui è adibito il lavoratore o da altri fattori ambientali e/o sociali. L'osservazione attenta è di A. CIMAROSTI, *Il part time quale strumento di (parziale) inclusione sociale*, in M. BROLLO, C. CESTER, L. MENGHINI (a cura di), *Legalità e rapporti di lavoro. Incentivi e sanzioni*, EUT Edizioni Università di Trieste, 2016, p. 61 ss., che si rifà a A.S. FAUCI ET AL., *Harrison's principles of internal medicine*, New York, 2008.

(9) Per una analisi completa, anche comparata, sul tema della tutela riconosciuta ai lavoratori affetti da patologie croniche, si rinvia allo studio condotto da S. FERNÁNDEZ MARTÍNEZ, M. TIRABOSCHI (a cura di), *Lavoro e malattie croniche*, ADAPT University Press, ADAPT Labour Studies e-Book series, 2017, n. 64; M. TIRABOSCHI, *Le nuove frontiere dei sistemi di welfare: occupabilità, lavoro e tutele delle persone con malattie croniche*, in M. TIRABOSCHI (a cura di), *Occupabilità, lavoro e tutele delle persone con malattie croniche*, ADAPT University Press, ADAPT Labour Studies e-Book series, 2015, n. 36, p. 1 ss.

(10) Nella sentenza C. giust., cause riunite C-335/11 e C-337/11, *HK Danmark, per conto di Jette Ring contro Dansk almennyttigt Boligselskab (C-335/11) e HK Danmark, per conto di Lone Skouboe Werge contro Dansk Arbejdsgiverforening per conto della Pro Display A/S (C-337/11)*, ECLI:EU:C:2013:222, la Corte ritiene che una malattia, anche se “curabile” (e dunque non tale da determinare una menomazione permanente) può rientrare nella nozione di handicap allorché risponda ai requisiti indicati dalla convenzione ONU. In particolare al punto 41 della sentenza si legge che «se una malattia, curabile o incurabile, comporta una limitazione, risultante in particolare da menomazioni fisiche, mentali o psichiche, che, in interazione con barriere di diversa natura, può ostacolare la piena ed effettiva partecipazione della persona interessata alla vita professionale su base di uguaglianza con gli altri lavoratori e se tale limitazione è di lunga durata, una siffatta malattia può ricadere nella nozione di handicap ai sensi della direttiva 2000/78».

(11) Ad esempio, il contratto collettivo nazionale degli studi professionali, rinnovato nel 2015, all'art. 39 estende il diritto di trasformazione da tempo pieno a tempo parziale anche al caso in cui il

3. La novella del decreto n. 105: il riconoscimento della convivenza di fatto come legame familiare idoneo a fondare il diritto alla priorità nella trasformazione in part-time

Nell'ambito della disciplina così ricostruita, l'art. 5, d.lgs. n. 105/2022, è intervenuto innanzitutto modificando il comma quarto dell'art. 8, d.lgs. n. 81/2015, legittimando l'estensione di questa agevolazione ai componenti di famiglie fondate su unioni diverse dal matrimonio.

Il legislatore si è limitato a riconoscere la priorità nella trasformazione del contratto di lavoro da tempo pieno a tempo parziale anche nel caso in cui le patologie richiamate nel comma 4 riguardino non solo il coniuge ma anche «la parte di un'unione civile di cui all'articolo 1, comma 20, della legge 20 maggio 2016, n. 76 o il convivente di fatto ai sensi dell'articolo 1, comma 36, della medesima legge».

In questo modo, per vero, il legislatore ha realizzato l'equiparazione, ai fini dell'esercizio del diritto di prelazione per la trasformazione del contratto, del convivente di fatto con il coniuge e la parte di un'unione civile.

La modifica si è resa necessaria perché, fino ad oggi, il trattamento riservato al coniuge veniva esteso solo all'unito civilmente in forza dell'art. 1, comma 20, l. n. 76/2016, il quale dispone che al fine di assicurare l'effettività della tutela dei diritti e il pieno adempimento degli obblighi derivanti dall'unione civile tra persone dello stesso sesso, le disposizioni che si riferiscono al matrimonio e le disposizioni contenenti i termini "coniuge", "coniugi" o altre equivalenti, ovunque ricorrano nelle leggi, negli atti aventi forza di legge, nei regolamenti nonché negli atti amministrativi e nei contratti collettivi, si applicano anche ad ognuna delle parti dell'unione civile tra persone dello stesso sesso⁽¹²⁾. Una regola del genere, però, non è prevista per i membri della coppia *more uxorio*. I commi 36 e seguenti dell'art. 1, l. n. 76/2016, infatti, si preoccupano di disporre l'applicazione di puntuali discipline anche ai membri di una coppia di fatto, senza, però, inserire una norma di chiusura con valenza generale come quella di cui al citato comma 20 per le unioni omosessuali.

La conseguenza, pertanto, era che solo il coniuge e la parte di un'unione civile avevano il diritto di priorità nella trasformazione del contratto a tempo parziale nel caso in cui il *partner* fosse affetto da patologie oncologiche o gravi patologie cronico-degenerative ingrossanti e non il convivente di fatto: una irragionevole disparità di trattamento frutto di una probabile dimenticanza.

Con l'art. 5 del d.lgs. n. 105 in commento, però, il legislatore si è preoccupato di provvedere all'adeguamento formale del testo normativo riconoscendo espressamente l'equiparazione delle diverse tipologie di formazioni sociali familiari, matrimonio,

lavoratore sia affetto da altre patologie invalidanti, definizione decisamente più vasta di gravi patologie cronico-degenerative ingrossanti. Cfr. A. CIMAROSTI, *op. cit.*, qui p. 71.

⁽¹²⁾ Per l'analisi di un caso particolare di estensione della disciplina della pensione di reversibilità al partner di un'unione omosessuale stabile già da prima del 2016 e per riflessioni sull'occasione mancata di far pronunciare la Corte costituzionale in materia, si consenta il rinvio a L. TASCINI, *La pensione di reversibilità nelle coppie omosessuali stabili prima del 2016*, in *LG*, 2022, n. 6, p. 613 ss.

unione civile e convivenza di fatto, ai fini dell'istituto in discorso, così che nessuna irragionevole differenziazione nel trattamento è ora perpetrabile.

4. Il rafforzamento della tutela lavoristica per coloro che esercitano il diritto di priorità nella trasformazione. Le previsioni antidiscriminatorie

Altra e fondamentale previsione innovativa è posta dalla lett. *b* dell'art. 5, d.lgs. n. 105 in commento, che ha aggiunto i commi 5-*bis* e 5-*ter* al medesimo art. 8, d.lgs. n. 81/2015.

La nuova disciplina, in particolare, al comma 5-*bis*, rafforza la tutela dei lavoratori che, trovandosi nelle condizioni di cui ai precedenti commi 4 e 5, richiedono la trasformazione del contratto di lavoro in part-time: per questa ragione ⁽¹³⁾, infatti, è vietata l'adozione nei loro confronti di qualunque provvedimento sanzionatorio, di demansionamento, licenziamento, trasferimento ovvero di qualunque altra misura organizzativa avente effetti negativi, diretti o indiretti, sulle condizioni di lavoro.

La norma dispone infatti che qualunque misura adottata in violazione di tale divieto «è da considerarsi ritorsiva o discriminatoria e, pertanto, nulla».

Tale previsione, che ben può essere letta unitamente a quella posta dall'art. 3 dello stesso d.lgs. n. 105, di modifica dell'art. 2-*bis*, l. n. 104/1992 ⁽¹⁴⁾, testimonia l'intenzione e la finalità che ha orientato il legislatore nella prescrizione di un generale divieto di discriminare o riservare un trattamento meno favorevole ai lavoratori che chiedono o usufruiscono dei benefici previsti dagli artt. 33, l. n. 104/1992, 42, d.lgs. n. 151/2001, 18, comma 3-*bis*, l. n. 81/2017, nonché 8, d.lgs. n. 81/2015, qui in commento, e di ogni altro beneficio concesso ai lavoratori medesimi in relazione alla condizione di disabilità propria o di coloro ai quali viene prestata assistenza e cura.

La disposizione di nuova introduzione codifica la discriminatorietà di ogni comportamento e di ogni provvedimento adottato dal datore di lavoro nei confronti del lavoratore o della lavoratrice che abbia esercitato il proprio diritto di prelazione, avendo richiesto la trasformazione in part-time per le causali spiegate e tipizzate ai commi 4 e 5 dell'art. 8, ponendo la sola condizione che la misura organizzativa adottata abbia determinato effetti negativi, sia diretti sia indiretti, sulle condizioni di lavoro. L'elenco dei provvedimenti vietati non è, quindi tassativo, dovendosi ritenere vietate tutte le misure che comunque comportino un peggioramento nelle condizioni di lavoro del dipendente che abbia richiesto la trasformazione del proprio contratto.

L'ampia e generalissima formulazione normativa è, sì, prevista per garantire con la massima forza possibile l'esercizio di tali diritti in favore dei lavoratori che si trovino nelle delicate condizioni familiari tipizzate, ma rischia di determinare una serie di problemi pratici organizzativi di non poco conto in capo al datore di lavoro che, pur volendo rispettare i diritti attribuiti dall'ordinamento al proprio dipendente, si trovi

⁽¹³⁾ Anche se la disposizione del nuovo comma 5-*bis* dell'art. 8, d.lgs. n. 81/2015, non esplicita che i divieti valgono per i provvedimenti previsti se adottati proprio in conseguenza della richiesta del lavoratore di accedere prioritariamente al part-time, una tale conclusione non può essere messa in discussione, pena la paralisi di ogni tipologia di misura organizzativa del lavoro del dipendente in parola e la illegittima generalizzazione di ogni comportamento datoriale, per qualunque altro motivo posto in essere.

⁽¹⁴⁾ Su cui si rinvia al contributo di M. CERBONE, in questo volume, tomo II, parte I, sez. II.

comunque nella condizione di dover modificare l'organizzazione aziendale e le modalità di lavoro per un qualunque motivo, relativo o meno al richiesto part-time. Il datore di lavoro si troverebbe, invero, esposto al rischio che qualunque provvedimento adottato possa essere tacciato di discriminarietà se riservato ad un lavoratore che abbia richiesto la priorità nella trasformazione in part-time e che, in ogni modo, abbia determinato una modifica *in pejus*, anche indiretta, nelle sue condizioni di lavoro. Fondamentale sarà, sul punto, l'attività ermeneutica della giurisprudenza per valutare come la previsione antidiscriminatoria di legge venga effettivamente declinata ed applicata.

4.1. La preclusione della certificazione della parità di genere

Il nuovo comma 5-*ter* dell'art. 8, d.lgs. n. 81, prevede che la violazione delle disposizioni di cui ai commi 3, 4, 5 e 5-*bis*, se rilevata nei due anni antecedenti alla richiesta della certificazione della parità di genere, di cui all'art. 46-*bis* d.lgs. n. 198/2006, o di analoghe certificazioni previste dalle Regioni e dalle Province autonome, impedisce al datore di lavoro il conseguimento di queste certificazioni, confermando il *trend* che prevede l'irrogazione di tale sanzione accessoria ad ogni comportamento violativo della disciplina introdotta dal d.lgs. 105 in commento.

In altre parole, quindi, il datore di lavoro che non ottemperi al diritto potestativo di trasformazione del contratto in tempo parziale di cui al comma 3 dell'art. 8, citato, ovvero che non accordi la priorità nella stessa trasformazione ai lavoratori che ne abbiano fatto richiesta *ex art.* 8, commi 4 e 5, ovvero che abbia adottato provvedimenti discriminatori ai danni dei propri dipendenti o comunque aventi su di essi effetti negativi, ai sensi del comma 5-*bis* innanzi analizzato, soggiace alla ulteriore sanzione della preclusione dell'ottenimento della certificazione della parità di genere, introdotta con la l. 5 novembre 2021, n. 162, con la quale il legislatore, in attuazione del Piano nazionale di ripresa e resilienza ⁽¹⁵⁾, è intervenuto in materia di pari opportunità sul luogo di lavoro, al fine di rafforzare la tutela già offerta dal Codice delle pari opportunità di cui al d.lgs. n. 198/2006 ⁽¹⁶⁾.

La l. n. 162/2021, tra i molti interventi adottati ⁽¹⁷⁾, ha previsto, a partire dal 1° gennaio 2022, la facoltà per le aziende di richiedere la certificazione della parità di genere,

⁽¹⁵⁾ La certificazione di parità è una delle misure che il Governo ha inserito nel [PNRR](#).

⁽¹⁶⁾ Finanziata con cinquanta milioni di euro per il 2022, la l. n. 162/2021, nota come la legge sulla parità salariale, mira a ridurre le differenze retributive tra uomo e donna. In Italia, infatti, secondo gli ultimi dati Istat, la retribuzione media oraria è pari a 15,2 euro per le donne e 16,2 euro per gli uomini. Il differenziale retributivo di genere è più alto tra i dirigenti (27,3 per cento) e i laureati (18 per cento). La l. n. 162/2021, pertanto, prevede una serie di interventi di sensibilizzazione e premialità per abbassare il *gap* tra uomo e donna in termini di opportunità di impiego e di carriera, di status e attitudini professionali che in Italia si rileva attestarsi costantemente su numeri alti. Per una analisi anche statistica sul tema si rinvia al Rapporto GETA 2021, S. AVVEDUTO (a cura di), [Eppur si muove. Nuovi e rinnovati impegni per la parità di genere](#), Cnr Edizioni, 2022.

⁽¹⁷⁾ La l. n. 162/2021, sulla parità salariale, ha modificato la disciplina degli artt. 46 e ss. del Codice delle pari opportunità secondo due direttrici: in primo luogo introducendo l'obbligo per le aziende, pubbliche e private, con oltre cinquanta dipendenti, di redigere un rapporto ogni due anni sulla situazione del personale maschile e femminile per ogni professione e in relazione allo stato delle assunzioni. L'analisi della relazione deve riguardare tutti gli ambiti possibili e rilevanti al fine di rendere una

utile ad «attestare le politiche e le misure concrete adottate dai datori di lavoro per ridurre il divario di genere in relazione alle opportunità di crescita in azienda, alla parità salariale a parità di mansioni, alle politiche di gestione delle differenze di genere e alla tutela della maternità» (18).

Alle aziende che si uniformano alla nuova disciplina e ottengono la certificazione di parità la legge accorda alcuni vantaggi con effetto immediato: da un lato, nell'immediato, uno sgravio contributivo dell'1 per cento e fino a 50 mila euro all'anno, per il 2022, dall'altro, in prospettiva, l'attribuzione di un punteggio premiale per la valutazione, da parte delle autorità titolari di fondi europei, nazionali e regionali, delle proposte progettuali ai fini della concessione di aiuti di Stato a cofinanziamento degli investimenti sostenuti e il diritto all'assegnazione di un ulteriore punteggio premiale riconosciuto dalle pubbliche amministrazioni per la partecipazione a tutti i bandi di gara pubblici (19).

Fermi restando il valore dissuasivo e la portata inibitoria della sanzione prevista, oltre che il rilievo anche culturale della previsione in commento (20), permangono alcuni dubbi che solo il tempo e l'applicazione della stessa potranno dissipare.

Innanzitutto, vale la considerazione di base per cui i lavoratori, per il *metus* che provano nei confronti del datore di lavoro e delle sue decisioni, sono restii a far rilevare condotte inadempienti o pregiudizievoli poste in essere a loro danno se il rapporto di lavoro è ancora in corso; inoltre, la lunghezza dei tempi processuali e la paura di ulteriori ritorsioni depotenziano il valore sanzionatorio del comma 5-ter.

Si può ipotizzare una richiesta di intervento all'Ispettorato del lavoro, ma non è certo questa una strada completamente "indolore" per il lavoratore o la lavoratrice (21).

5. Considerazioni conclusive

L'obiettivo perseguito dal legislatore del 2022, sulla scorta delle parole della direttiva europea 2019/1158 citata, di rafforzare le misure di bilanciamento tra attività

completa e veritiera descrizione del quadro occupazionale di genere: dalla formazione e promozione professionale, ai livelli e mutamenti di categoria o qualifica, alle varie possibili operazioni di mobilità e cassa integrazione guadagni, ai licenziamenti, ai pensionamenti e prepensionamenti, avuto sempre riguardo alla retribuzione effettivamente corrisposta. Il rapporto deve essere compilato e trasmesso dalle aziende alle rappresentanze sindacali aziendali entro il 31 dicembre, pena l'applicazione di specifiche sanzioni e verifiche da parte dell'Ispettorato del lavoro. La seconda direttrice di riforma seguita dalla l. n. 162, invece, prevede, a corredo dell'effettività delle maggiori tutele introdotte, una serie variegata di interventi con finalità premiale per le aziende che rimuovono le discriminazioni e si impegnano per la parità di genere all'interno del proprio organico attraverso, anche e proprio, la certificazione di genere.

(18) Cfr. art. 46-bis del d.lgs. n. 198/2006, c.d. Codice delle pari opportunità, come introdotto dalla l. n. 162/2021. Il decreto ministeriale attuativo, ivi previsto, è stato adottato con il d.P.C.M., Dipartimento per le pari opportunità, del 29 aprile 2022, pubblicato nella *Gazzetta Ufficiale*, 1° luglio 2022, n. 152.

(19) Per un approfondimento sul tema, si rinvia a M. PERUZZI, *Differenziali di genere e trasparenza retributiva, tra reporting aziendale e certificazione di parità*, in *DLRI*, 2021, n. 1, p. 143 ss.

(20) Per considerazioni più approfondite sulla portata della previsione sanzionatoria *de qua*, cfr. L. TASCINI, in questo volume, tomo II, parte I, sez. I.

(21) Per analoghe considerazioni cfr. L. TASCINI, in questo volume.

lavorativa e vita familiare per genitori con figli minori, disabili e *caregivers* può dirsi raggiunto con le modifiche alla disciplina del diritto alla trasformazione del contratto in part-time e del diritto alla priorità nell'accedervi.

Le misure introdotte, volte a favorire l'articolazione flessibile dei tempi del lavoro subordinato e dei tempi di presenza al lavoro, agevolano i lavoratori e le lavoratrici che si trovano in condizioni particolari, perché gravemente malati o *caregivers* di familiari con uno stato di salute fortemente compromesso ovvero perché genitori di figli minori e/o di figli disabili.

Residuano degli aspetti di criticità come, ad esempio, l'aver mantenuto quale unica misura di tutela la riduzione dell'orario di lavoro ⁽²²⁾. È stato, invece, sottolineato come non necessariamente la garanzia migliore, maggiormente confacente alle esigenze del lavoratore affetto da malattie croniche, sia lavorare meno ore e trasformare il rapporto in part-time. Sarebbe forse più opportuna un'individuazione caso per caso della soluzione ragionevole e in concreto più utile, dal momento che l'art. 5 della direttiva 2000/78/CE del Consiglio, del 27 novembre 2000, ne prevede altre possibili tra cui scegliere, tra le quali, ad esempio, la sistemazione dei locali aziendali, l'adozione di attrezzature più consone, l'adeguamento dei ritmi di lavoro, una alternativa ripartizione dei compiti, la messa a disposizione di mezzi di formazione o di inquadramento. Ed infatti, tenendo presente l'incidenza del fenomeno delle malattie croniche sulla popolazione attiva ⁽²³⁾ l'utilizzo del part-time potrebbe richiedere un onere finanziario sproporzionato per una piccola-media impresa ⁽²⁴⁾.

Fermi restando, quindi, gli aspetti problematici messi in evidenza, sembra comunque potersi concludere che il legislatore abbia dimostrato attenzione nel non dimenticare di categorie di lavoratori o di eventi da proteggere e tutelare e cura nel rafforzamento positivo della disciplina antidiscriminatoria e favorevole alla flessibilizzazione dell'orario di lavoro, anche nell'ottica di una sempre migliore conciliazione dei tempi di vita e di impiego.

⁽²²⁾ S. FERNÁNDEZ MARTÍNEZ, F. SILVAGGI, *op. cit.*, hanno evidenziato altresì come stabilire un requisito basato esclusivamente sull'età e non sulla gravità dell'handicap del figlio possa non essere sufficiente a soddisfare i particolari bisogni dei genitori lavoratori.

⁽²³⁾ M. TIRABOSCHI, *Le nuove frontiere dei sistemi di welfare: occupabilità, lavoro e tutele delle persone con malattie croniche*, cit.

⁽²⁴⁾ Il punto 18 della direttiva 97/81/CE impone alla legislazione nazionale di evitare d'imporre obblighi amministrativi, finanziari e giuridici tali da ostacolare la creazione e lo sviluppo di piccole e medie imprese.

La sanzione aggiuntiva nel caso di condotte ostative o ritorsive verso genitori, gestanti e *caregivers**

di Gianluca Picco

Abstract – Il presente contributo mira ad esaminare l’impianto sanzionatorio approntato dal d.lgs. n. 105/2022 per le condotte ostative o ritorsive del datore di lavoro nei confronti di genitori, gestanti e *caregivers*. Con la novella del 2022, per gran parte delle violazioni il legislatore ha aggiunto, al fianco delle già presenti e “tradizionali” sanzioni penali o amministrative, la sanzione aggiuntiva di tipo interdittivo consistente nella preclusione per il datore di lavoro di conseguire la certificazione della parità di genere nel caso di condotte ostative o ritorsive rilevate nel biennio precedente alla richiesta di certificazione stessa.

Abstract – This contribution aims to examine the sanction system established by Legislative Decree no. 105/2022 on the subject of impeding or retaliatory conduct by the employer towards parents, pregnant women and caregivers. In most cases, the legislator has in fact added, alongside the already existing “traditional” criminal or administrative sanctions, the additional disqualification sanction, which consists in the preclusion for the employer to obtain the certification of equality of gender in the case of impeding or retaliatory conduct detected in the two-year period preceding the request for certification itself.

Sommario: 1. Introduzione. – 2. La “nuova” sanzione aggiuntiva interdittiva. – 3. L’apparato sanzionatorio introdotto dal d.lgs. n. 105/2022... – 3.1. *Segue:* nei confronti delle condotte ostative alla fruizione del congedo di paternità obbligatorio. – 3.2. *Segue:* nei confronti delle condotte ostative alla fruizione del congedo di paternità alternativo. – 3.3. *Segue:* e il divieto di licenziamento *ex art.* 54 del d.lgs. 151/2001. – 3.4. *Segue:* e il diritto al rientro e alla conservazione del posto. – 3.5. *Segue:* nei confronti delle condotte ostative alla fruizione di riposi, permessi e degli altri congedi. – 3.6. *Segue:* nei confronti delle condotte ostative alla fruizione dei congedi parentali e all’assistenza ai figli. – 3.7. *Segue:* nei confronti dell’inosservanza del diritto alla priorità di accesso al lavoro agile. – 3.8. *Segue:* nei confronti dell’inosservanza del diritto alla priorità nella trasformazione del contratto di lavoro da tempo pieno a tempo parziale.

1. Introduzione

Il d.lgs. n. 105/2022 – recante *Attuazione della direttiva UE 2019/1158 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 20 giugno 2019 relativa all’equilibrio tra attività professionale e vita familiare per i genitori e i prestatori di assistenza e che abroga la direttiva 2010/18/UE del*

* Questo contributo è stato realizzato nell’ambito del progetto di ricerca “PRIN LIVEABLE - LABOUR AS A DRIVER OF SUSTAINABLE DEVELOPMENT” (Bando 2020 - Prot. 20205W92MT), CUP G23C22000560001, finanziato dal programma PRIN.

Consiglio – ha delineato un quadro regolatorio idoneo a consentire una migliore possibilità di conciliazione tra attività professionale e vita familiare di genitori e *caregivers* familiari, estendendo la disciplina volta a favorire l’affermazione della piena parità di genere in ambito lavorativo e familiare, anche attraverso la più ampia condivisione delle responsabilità di cura tra uomini e donne ⁽¹⁾.

Esso interviene, con significative modifiche ed integrazioni, principalmente sul testo del d.lgs. n. 151/2001, ma anche su altri articolati normativi, quali la l. n. 104/1992, il d.lgs. n. 81/2015 e la l. n. 81/2017, in un’ottica di armonizzazione e coerenza con la novella ⁽²⁾.

Come noto, il d.lgs. n. 151/2001 (c.d. “TU delle disposizioni in materia di tutele e sostegno della maternità e della paternità”) si muove nell’alveo dell’art. 37, comma 1, Cost., secondo il quale deve essere assicurata «alla madre e al bambino una specifica e adeguata protezione». Già con la prima vera legge in materia, la l. n. 1204/1971, l’Italia riconosceva una tutela privilegiata alle lavoratrici madri, tanto che l’allora Comunità Europea, nella fase di adozione della direttiva CE/1992/85 (del 19 ottobre 1992), riconobbe che il nostro Paese era già da un ventennio al di sopra degli *standard* minimi di tutela che venivano offerti e suggeriti a livello europeo ⁽³⁾. Mancavano, invece, interventi garantistici a favore del padre lavoratore, che in principio non venne ritenuto meritevole di analoga tutela legislativa. Ora, soprattutto dopo il d.lgs. n. 105/2022, la tutela del padre lavoratore e della madre lavoratrice, anche se genitori adottivi o affidatari, risulta formalmente parificata – con le differenze ragionevolmente necessitate dalle diversità biologiche – anche sotto il profilo sanzionatorio, di stretto interesse in questo contributo ⁽⁴⁾.

2. La “nuova” sanzione aggiuntiva interdittiva

Per la gran parte delle violazioni delle previsioni introdotte dal d.lgs. n. 105/2022 il legislatore ha approntato la sanzione aggiuntiva della preclusione – seppur solo temporanea – al datore di lavoro di conseguire la certificazione del sistema di gestione per la parità di genere di cui all’art. 46-*bis* del d.lgs. n. 198/2006 (trattasi, alla luce dell’art. 1 del d.m. 29 aprile 2022, della prassi di riferimento UNI/PdR 125:2022) o di analoga certificazione prevista dalla Regione o dalla Provincia autonoma competente per territorio ⁽⁵⁾.

⁽¹⁾ V. anche nota INL 6 settembre 2022, n. 9550, con la quale l’organo ispettivo ha fornito i primi chiarimenti sulle novità ivi contenute.

⁽²⁾ Peraltro, le disposizioni in materia di congedi, permessi e altri istituti oggetto del d.lgs. n. 105/2022, «salvo che non sia diversamente specificato, sono direttamente applicabili anche ai dipendenti delle pubbliche amministrazioni» (art. 1, comma 2, del d.lgs. n. 105/2022), in un’ottica di piena equiparazione dei diritti alla genitorialità e all’assistenza.

⁽³⁾ P. RAUSEI, *Tutele dei genitori lavoratori*, in *DPL*, 2023, n. 3, pp. 158-165.

⁽⁴⁾ Tra i primi commenti al d.lgs. n. 105/2022 v. anche A. CHINNICI, *Misure di sostegno alla genitorialità*, in *DPL*, 2022, n. 43, pp. 2635-2640.

⁽⁵⁾ I parametri per conseguire la certificazione della parità di genere sono stati individuati dal d.m. 29 aprile 2022, emanato alla luce del dettato di cui all’art. 46-*bis* del d.lgs. n. 198/2006, e pubblicato in *Gazzetta Ufficiale* il 1° luglio 2022. Invero, l’art. 46-*bis* è stato introdotto dall’art. 4 della l. n. 162/2021 e ha affidato ad uno o più decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri, su proposta del Ministro delegato per le pari opportunità e di concerto con il Ministro del lavoro e delle politiche sociali e con

Lo strumento della certificazione per la parità di genere fa parte di una serie di misure che il Governo ha inserito nel PNRR, Missione 5 *Inclusione e Coesione*, con la finalità di attestare l'efficacia delle politiche adottate dal datore di lavoro per ridurre il divario di genere in relazione alle opportunità di carriera, ai livelli retributivi a parità di mansione, alle politiche per la gestione delle differenze di genere e alla tutela della maternità.

Va evidenziato che la certificazione del sistema gestionale per la parità di genere rappresenta per le imprese un indubbio “vantaggio competitivo” con riferimenti ai contratti pubblici ⁽⁶⁾, oltre all'accesso agli sgravi contributivi (fino a 50.000 euro annui) e al credito bancario a migliori condizioni ⁽⁷⁾.

Si può quindi rilevare come il legislatore, a differenza del passato (quando vi è stato un utilizzo esasperato della sanzione penale o comunque un suo inasprimento), ora abbia deciso di agire sul meccanismo delle convenienze per i datori di lavoro, incentivandoli a comportamenti sani ed equi; peraltro, allo stesso tempo, la sanzione aggiuntiva incide sia sul piano economico sia su quello reputazionale, stimolando i datori di lavoro al conseguimento della certificazione (e, una volta conseguita, a non perderla), soprattutto allorché ad essa saranno legati ancor più concreti benefici economici, fiscali e/o contributivi.

L'elenco delle cause ostative prese in esame nel prosieguo deve essere opportunamente valutato dagli stessi enti certificatori, poiché il datore può conseguire la certificazione solo qualora nessuna delle preclusioni indicate dalla legge (il rifiuto, l'opposizione o l'ostacolo all'esercizio di un diritto attribuito al lavoratore o alla lavoratrice o la violazione di una norma o di un criterio di priorità) risulti essere stata rilevata nel biennio che precede la richiesta di certificazione.

Stando ad una interpretazione letterale delle disposizioni dettate dal d.lgs. n. 105/2022, la condizione impeditiva sorge se con riguardo ad un diritto violato si è pronunciata l'Autorità giudiziaria oppure se è stata rilevata in sede di ispezione e dedotta nel verbale unico di accertamento e notificazione elevato a conclusione dell'attività ispettiva *ex* art. 13, comma 4, del d.lgs. n. 124/2004.

Sempre stando ad un'interpretazione letterale, l'eventuale regolarizzazione delle violazioni formalmente rilevate e contenute nel verbale unico di accertamento e notificazione non consente di superare la causa ostativa, precludendo – seppur

il Ministro dello sviluppo economico il disciplinamento dei parametri minimi per il conseguimento della certificazione della parità di genere che, come detto, l'art. 1 del d.m. 29 aprile 2022 ha individuato nella prassi di riferimento UNI/PdR 125:2022, pubblicata a sua volta in data 16 marzo 2022.

⁽⁶⁾ Al proposito vedi: a) art. 47 del d.l. n. 77/2021 (convertito, con modificazioni, nella l. n. 108/2021), laddove con riferimento ai contratti pubblici per la cui esecuzione è stabilito si attinga – anche solo in parte – agli investimenti pubblici finanziati con le risorse del PNRR o del PNC, è previsto possano essere attivati meccanismi di premialità volti a promuovere, oltre che l'inclusione lavorativa delle persone con disabilità e l'assunzione di giovani, anche la parità di genere; b) la l. n. 78/2022, recante la delega al Governo in materia di contratti pubblici, promuove per la generalità dei contratti pubblici il ricorso a «meccanismi e strumenti di premialità per realizzare le pari opportunità generazionali, di genere e di inclusione lavorativa per le persone con disabilità o svantaggiate». Al momento, non sono ancora stati emanati i decreti attuativi della citata l. n. 78/2022, che è comunque ragionevole ritenere non proporranno meccanismi premiali radicalmente differenti da quelli già individuati in forza dell'art. 47 del d.l. n. 77/2021. Così L. BARBIERI, *Certificazione del sistema di gestione per la parità di genere: ipotesi preclusive*, in *DPL*, 2022, n. 42, pp. 2561-2562.

⁽⁷⁾ A. CASADEI, *Certificare la parità di genere stimola l'empowerment femminile e porta benefici fiscali alle aziende*, in *Amministrazione&Finanza*, 2023, n. 1, p. 25 ss.

temporaneamente – al datore di lavoro o committente di poter conseguire la certificazione del sistema gestionale per la parità di genere ⁽⁸⁾.

3. L'apparato sanzionatorio introdotto dal d.lgs. n. 105/2022...

Come si illustrerà nel prosieguo in dettaglio, per la gran parte delle trasgressioni il d.lgs. n. 105/2022 ha previsto la sanzione interdittiva appena esaminata in aggiunta alla già prevista e tradizionale sanzione penale (di natura contravvenzionale) o alla sanzione amministrativa (pecuniaria).

3.1. *Segue: nei confronti delle condotte ostative alla fruizione del congedo di paternità obbligatorio*

Sulla scorta di quanto indicato dalla direttiva europea ⁽⁹⁾, il d.lgs. n. 105/2022 ⁽¹⁰⁾ ha introdotto nel capo IV del d.lgs. n. 151/2001 l'art. 27-*bis*, rubricato *Congedo di paternità obbligatorio*, formulando un parallelismo con quanto già previsto per la madre ⁽¹¹⁾ (per approfondimenti si rinvia al contributo di F. MARINELLI, in questo volume, tomo II, parte II, sez. I).

L'istituto non rappresenta certo una novità nel nostro ordinamento, essendo stato già disposto in via sperimentale dall'art. 4, comma 24, lett. *a*, della l. n. 92/2012 e oggetto di continue proroghe: ora, con il d.lgs. n. 151/2022 il congedo obbligatorio del lavoratore padre diviene strutturale, entrando a far parte a pieno titolo delle misure di tutela della genitorialità contenute nel d.lgs. n. 151/2001 ⁽¹²⁾.

Sinteticamente, si evidenzia che tale istituto è riconosciuto al padre lavoratore dipendente per un periodo di 10 giorni lavorativi (20 in caso di parto plurimo) con correzione di una indennità giornaliera pari al 100% della retribuzione ⁽¹³⁾.

Le giornate di congedo non sono frazionabili a ore e possono essere utilizzate anche in via non continuativa nell'arco temporale intercorrente tra i due mesi precedenti la data presunta del parto e i cinque mesi successivi, quindi, non più solo entro i cinque mesi successivi alla nascita come previsto dalla normativa previgente, verosimilmente

⁽⁸⁾ L. BARBIERI, *op. cit.*, p. 2566.

⁽⁹⁾ Nel considerando 19 della direttiva (UE) 2019/1158 del Parlamento europeo e del Consiglio del 20 giugno 2019, si legge che per incoraggiare una più equa ripartizione delle responsabilità di assistenza tra uomini e donne, nonché per consentire un'instaurazione precoce del legame tra padre e figlio, è opportuno introdurre un diritto al congedo di paternità per i padri o, laddove e nella misura in cui riconosciuto dal diritto nazionale, per un secondo genitore equivalente. Tale congedo di paternità dovrebbe essere fruito nel periodo intorno alla nascita di un figlio ed essere chiaramente collegato a tale evento ai fini di fornire assistenza.

⁽¹⁰⁾ Art. 2, comma 1, lett. *c*, del d.lgs. n. 105/2022.

⁽¹¹⁾ Per approfondimenti sul congedo di paternità obbligatorio si rinvia anche a E. MASSI, *Congedo obbligatorio di paternità*, in *DPL*, 2022, n. 39, pp. 2375-2380; ID., *Congedo obbligatorio di paternità: richiesta, tutele ed eccezioni al divieto di licenziamento*, in *Quotidiano IPSOA*, 31 agosto 2022.

⁽¹²⁾ M. PAGANO, *Col congedo obbligatorio del lavoratore padre scatta il divieto di licenziamento*, in *Eutekne.info*, 7 dicembre 2022.

⁽¹³⁾ V. art. 29 del d.lgs. n. 151/2001.

nella logica di rendere più fattiva la collaborazione del futuro padre anche prima o nell'imminenza del parto.

Tali giorni sono fruibili anche durante il congedo di maternità della madre lavoratrice e sono riconosciuti anche al padre che fruisce del congedo di paternità alternativo di cui all'art. 28 del d.lgs. n. 151/2001 (su cui *infra* al § 3.2).

Il datore di lavoro è obbligato al riconoscimento del congedo richiesto dal lavoratore nei modi previsti dal comma 6 dello stesso art. 27-*bis*: comunicazione in forma scritta al datore di lavoro dei giorni in cui si intende fruire del congedo, anche attraverso «l'utilizzo, ove presente, del sistema informativo aziendale per la richiesta e la gestione delle assenze», con un anticipo non minore di cinque giorni, ove possibile in relazione all'evento nascita, sulla base della data presunta del parto e fatte salve le condizioni di miglior favore previste dalla contrattazione collettiva ⁽¹⁴⁾.

L'art. 27-*bis* precisa, poi, che il congedo obbligatorio è fruibile, entro lo stesso arco temporale, anche in caso di morte perinatale del figlio ⁽¹⁵⁾ e anche qualora il padre sia adottivo o affidatario (in quest'ultimo caso il congedo e le relative tutele possono partire dal momento in cui il minore entra nell'ambito familiare).

Tale congedo si configura come un diritto autonomo del padre lavoratore, *iure proprio*, e pertanto spetta indipendentemente dal diritto della madre al proprio congedo di maternità ⁽¹⁶⁾.

Sotto il profilo sanzionatorio il d.lgs. n. 105/2022 ⁽¹⁷⁾ ha introdotto nell'articolato normativo del d.lgs. n. 151/2001 il nuovo art. 31-*bis* (rubricato *Sanzioni*), stabilendo al primo comma che il rifiuto, l'opposizione o l'ostacolo all'esercizio dei diritti di assenza dal lavoro stabiliti all'art. 27-*bis* del d.lgs. n. 151/2001 sono puniti con la sanzione pecuniaria amministrativa da euro 516 a euro 2.582, ammessa al pagamento in misura ridotta di cui all'art. 16 della l. n. 689/1981, pari a euro 860,67 (un terzo del massimale edittale).

Al proposito, con la nota n. 2414/2022, l'INL ha ammesso la diffidabilità della violazione ai sensi dell'art. 13 del d.lgs. n. 124/2004, laddove il congedo sia evidentemente ancora fruibile concretamente, per cui ottemperando alla diffida precettiva adottata dagli ispettori il datore di lavoro sarà ammesso a pagare la sanzione ridottissima, pari al minimo edittale (516 euro).

Inoltre, l'art. 31-*bis* prevede come sanzione aggiuntiva di tipo interdittivo che se il rifiuto, l'opposizione o l'ostacolo sono rilevati nei due anni che precedono la richiesta della certificazione della parità di genere (art. 46-*bis* del d.lgs. n. 198/2006), o di certificazioni analoghe che siano previste dalle Regioni o dalle Province autonome, tali condotte datoriali illecite impediscono al datore di lavoro il conseguimento delle certificazioni stesse (*amplius v. supra*, § 2).

Stando alle indicazioni fornite dall'INL ⁽¹⁸⁾, in sede di accertamento gli ispettori del lavoro devono verificare se nell'azienda oggetto di controlli si siano realizzate condotte datoriali ostative alla fruizione del congedo da parte dei padri lavoratori, tenendo presente che tale non può essere ritenuta la richiesta rivolta al dipendente di fruire del

⁽¹⁴⁾ Sul punto v. anche mess. Inps 4 agosto 2022, n. 3066.

⁽¹⁵⁾ Su cui si rinvia alla circ. Inps n. 42/2021, pt. 2.

⁽¹⁶⁾ V. circ. Inps n. 122/2022.

⁽¹⁷⁾ Art. 2, comma 1, lett. g, del d.lgs. n. 105/2022.

⁽¹⁸⁾ Nota INL n. 2414/2022.

congedo in tempi compatibili con il preavviso di cinque giorni stabilito dalla norma, salvo che il parto anticipato rispetto alla data presunta non consenta al novello padre di rispettare il preavviso minimo previsto (ferme restando le condizioni di miglior favore previste dalla contrattazione collettiva).

Vieppiù, come si vedrà *infra* (al § 3.3), il divieto di licenziamento sancito dall'art. 54 del d.lgs. n. 151/2001 è stato esteso anche al congedo di paternità obbligatorio e opera per tutta la durata del congedo stesso e fino al compimento di un anno di età del bambino.

Infine, per completezza, si evidenzia il «parallelismo sanzionatorio» con le condotte ostative poste in essere dal datore di lavoro nei confronti della madre lavoratrice: invero, anche il comma 1-*bis*, dell'art. 18 del d.lgs. n. 151/2001 ⁽¹⁹⁾ ha stabilito che il rifiuto, l'opposizione o l'ostacolo all'esercizio dei diritti di assenza dal lavoro stabiliti in materia di congedo di maternità (art. 16, d.lgs. n. 151/2001), rinvio e sospensione del congedo di maternità (art. 16-*bis*, d.lgs. n. 151/2001) e di anticipazione del periodo di astensione obbligatoria nelle ipotesi in cui la lavoratrice gestante sia occupata in attività giudicate gravose o pregiudizievoli in relazione all'avanzato stato di gravidanza (art. 17, d.lgs. n. 151/2001) impediscono al datore di lavoro di poter ottenere la certificazione del sistema gestionale per la parità di genere qualora siano rilevati nei due anni antecedenti alla richiesta di certificazione ⁽²⁰⁾.

3.2. Segue: nei confronti delle condotte ostative alla fruizione del congedo di paternità alternativo

Le nuove disposizioni introdotte dal d.lgs. n. 105/2022 hanno confermato il contenuto dell'art. 28 del d.lgs. n. 151/2001 relativo alle tutele e alle garanzie concernenti il congedo di paternità riconosciuto al padre in sostituzione della madre in presenza di situazioni particolarmente gravi, ora rubricato *Congedo di paternità alternativo* ⁽²¹⁾. Allo stesso tempo, però, la novella del 2022 ha introdotto l'espressa previsione di punibilità del datore di lavoro, stabilendo, al comma 2 del già citato art. 31-*bis* del d.lgs. n. 151/2001, che il rifiuto, l'opposizione o l'ostacolo all'esercizio dei diritti di assenza dal lavoro di cui all'art. 28 del d.lgs. n. 151/2001 sono puniti con le sanzioni previste dall'art. 18 del d.lgs. n. 151/2001, ossia con la sanzione penale (contravvenzionale) dell'arresto fino a sei mesi. Anche in questo caso ora la norma – come modificata dall'art. 2, comma 1, lett. *b*, del d.lgs. n. 105/2022 – prevede la sanzione aggiuntiva di tipo interdittivo relativa all'impedimento del rilascio al datore di lavoro della certificazione della parità di genere (di cui all'art. 46-*bis*, d.lgs. n. 198/2006) o di analoghe certificazioni previste dalle Regioni e dalle Province autonome, se il rifiuto, l'opposizione o l'ostacolo sono stati rilevati nei due anni che precedono la richiesta delle certificazioni stesse (*amplius v. supra*, § 2).

⁽¹⁹⁾ Comma aggiunto dall'art. 2, comma 1, lett. *b*, del d.lgs. n. 105/2022.

⁽²⁰⁾ La disposizione si aggiunge all'originario comma 1, il quale dispone che l'inosservanza delle disposizioni contenute negli artt. 16 e 17 del d.lgs. n. 151/2001 è punita con la sanzione penale dell'arresto fino a sei mesi.

⁽²¹⁾ Cfr. art. 2, comma 1, lett. *d*, del d.lgs. n. 105/2022.

3.3. *Segue: e il divieto di licenziamento ex art. 54 del d.lgs. 151/2001*

A seguito dell'introduzione delle modifiche al congedo di paternità, in perfetto *pendant* con la disposizione che tutela la madre nel periodo protetto, il divieto di licenziamento *ex art. 54*, comma 7, del d.lgs. n. 151/2001 – come modificato dall'art. 2, comma 1, lett. *r*, del d.lgs. n. 105/2022 – trova applicazione anche nei confronti del padre lavoratore nell'ipotesi in cui quest'ultimo abbia fruito degli istituti di cui agli artt. 27-*bis* (congedo di paternità obbligatorio) e 28 (congedo di paternità alternativo) del d.lgs. n. 151/2001 e si estende dal primo giorno di congedo fino al compimento di un anno di età del bambino.

Le stesse tutele, secondo un indirizzo costante che permea il d.lgs. n. 151/2001, sono riconosciuti al padre lavoratore in caso di adozione o affidamento.

Il tutto, come detto, in un quadro di valorizzazione del diritto alla genitorialità e ad una responsabilità condivisa nella cura della prole.

Il menzionato divieto di licenziamento incontra però i limiti già tassativamente indicati dal comma 3 dello stesso art. 54 per la lavoratrice madre: colpa grave costituente giusta causa per la risoluzione del rapporto di lavoro ⁽²²⁾; cessazione, per scadenza del termine, del contratto a tempo determinato o della prestazione per il quale il lavoratore è stato assunto; cessazione dell'attività dell'azienda ⁽²³⁾; esito negativo del patto di prova.

La casistica indicata è stata oggetto di ampia interpretazione giurisprudenziale nel corso degli anni, ma ovviamente il riferimento è sempre stata la donna durante il “periodo protetto”; adesso riguarda anche il lavoratore padre e il tempo ci dirà se alcune decisioni, a suo tempo prese per le madri, varranno anche per i padri (i quali “godono” sì di un congedo obbligatorio, di durata molto più ridotta).

La violazione del divieto di licenziamento è punita con la sanzione amministrativa da 1.032 a 2.582 euro e non è ammesso il pagamento in misura ridotta di cui all'art. 16 della l. n. 689/1981 (art. 54, comma 8, del d.lgs. n. 151/2001), indice del forte disvalore della condotta.

L'INL nulla dice in merito alla diffidabilità dell'illecito nella nota n. 2414/2022, ma è possibile applicare la diffida nei casi in cui la condotta doverosa può essere ancora materialmente realizzata, ripristinando il rapporto di lavoro alle condizioni previste dalla legge: in tal caso ottemperando alla diffida precettiva, mediante una totale regolarizzazione seguita dal pagamento della sanzione in misura ridottissima (pari al minimo edittale, 1.032 euro), il datore può estinguere l'illecito ⁽²⁴⁾.

Come già detto più volte, quale sanzione interdittiva aggiuntiva il d.lgs. n. 105/2022 ⁽²⁵⁾ stabilisce che qualora il divieto sia stato violato nei due anni antecedenti alla richiesta della certificazione della parità di genere (art. 46-*bis* del d.lgs. n. 198/2006) o

⁽²²⁾ Secondo l'orientamento della dottrina e della giurisprudenza, consolidatosi per la lavoratrice madre, si tratta di «una colpa soggettivamente più qualificata in relazione a situazioni più complesse non rapportabili a quelle previste dal CCNL».

⁽²³⁾ Si deve trattare di una cessazione totale e non della chiusura di una filiale o di un reparto.

⁽²⁴⁾ Così anche P. RAUSEI, *op. cit.*, p. 160.

⁽²⁵⁾ Art. 2, comma 1, lett. *r*, del d.lgs. n. 105/2022.

di analoghe certificazioni previste dalle Regioni e dalle Province autonome, il datore di lavoro non può conseguirle.

Durante il periodo di congedo è vietato sospendere il lavoratore (ma in tale definizione non rientrano le sospensioni di natura disciplinare applicate secondo le regole stabilite dall'art. 7 della l. n. 300/1970 e dal CCNL di riferimento che possono essere irrogate, dopo il rientro in azienda del dipendente), fatto salvo il caso in cui ad essere sospesa sia l'attività dell'impresa o del reparto dotato di autonomia funzionale (quindi, con ricorso ad uno degli ammortizzatori sociali previsti dal d.lgs. n. 148/2015). Ciò significa che, in caso di integrazione salariale in un reparto od ufficio non dotato di autonomia funzionale, il lavoratore padre deve essere spostato in altro reparto od ufficio, anche con mansioni inferiori, con il mantenimento della retribuzione di provenienza.

È questa, del resto, fin dal 1976, con l'art. 3, comma 5, d.P.R. n. 1026, la disposizione che si applica alla lavoratrice madre.

Un eventuale licenziamento è nullo (art. 54, comma 5, del d.lgs. n. 151/2001), con tutte le conseguenze del caso, sia alla luce dell'art. 18, l. n. 300/1970 che dell'art. 2 del d.lgs. n. 23/2015.

In caso di dimissioni, va seguita la procedura rafforzata, con la necessaria conferma della volontà di recesso, entro un mese, avanti ad un funzionario dell'ITL competente. Alla lavoratrice madre e al padre che ha fruito del congedo di paternità *ex* art. 28 spettano i benefici previste dalle disposizioni di legge (indennità di preavviso, NASpI) e l'esonero dal preavviso (art. 55, comma 1 e 2, del d.lgs. n. 151/2001).

3.4. Segue: e il diritto al rientro e alla conservazione del posto

L'art. 56 del d.lgs. n. 151/2001, riguardante il *Diritto al rientro e alla conservazione del posto*, se non ha subito modifiche sul piano del precetto normativo per mano del d.lgs. n. 105/2022, le ha subite sul fronte del regime sanzionatorio.

L'inosservanza delle disposizioni contenute nel citato art. 56 è ora punita *ex* art. 54, comma 8, del d.lgs. n. 151/2001 ⁽²⁶⁾, ossia con la sanzione amministrativa pecuniaria da 1.032 a 2.582 euro (per la quale non è ammesso il pagamento in misura ridotta di cui all'art. 16 della l. n. 689/1981, ma si ritiene, pur nel silenzio della già citata nota INL, che sia possibile diffidare il datore a ripristinare le tutele assicurate dalla legge) e – dopo la novella legislativa – anche con la sanzione interdittiva aggiuntiva più volte citata (v. *supra*, § 2).

3.5. Segue: nei confronti delle condotte ostative alla fruizione di riposi, permessi e degli altri congedi

Il d.lgs. n. 105/2022 ⁽²⁷⁾ ha altresì modificato l'impianto sanzionatorio di cui all'art. 46 del d.lgs. n. 151/2011, estendendo la sanzione amministrativa pecuniaria da 516 a

⁽²⁶⁾ V. art. 56, comma 4-*bis*, del d.lgs. n. 151/2001, così come modificato art. 2, comma 1, lett. s, del d.lgs. n. 105/2022.

⁽²⁷⁾ Art. 2, comma 1, lett. o, del d.lgs. n. 105/2022.

2.582 euro, già prevista per le ipotesi di inosservanza delle disposizioni relative ai riposi giornalieri del padre e della madre contenuti negli artt. da 39 a 41 del d.lgs. n. 151/2001 ⁽²⁸⁾, anche a quelle concernenti i riposi e permessi per i figli con *handicap* grave (art. 42), l'assegnazione temporanea dei lavoratori dipendenti alle amministrazioni pubbliche (art. 42-*bis*) e i riposi giornalieri del padre e della madre in caso di adozione e affidamento (art. 45).

Con specifico riferimento alla fruizione dei riposi e dei permessi per i figli con grave disabilità in base all'art. 3, comma 3, della l. n. 104/1992, il d.lgs. n. 105/2022 ha modificato l'art. 42, comma 5, del d.lgs. n. 151/2001 per equiparare al coniuge convivente la parte di un'unione civile (art. 1, comma 20, della l. n. 76/2016) e il convivente di fatto (art. 1, comma 36, della l. n. 76/2016), anche per le ipotesi in cui la convivenza sia iniziata successivamente alla presentazione della domanda, purché sia garantita per tutta la fruizione del congedo ⁽²⁹⁾.

Il d.lgs. n. 105/2022 ha revisionato anche l'art. 33, commi 2 e 3, della l. n. 104/1992 ⁽³⁰⁾, prevedendo che la fruizione di tre giorni di permesso mensile retribuito, per assistere una persona con disabilità in situazioni di gravità, compete al coniuge, a chi è parte di un'unione civile, al convivente di fatto, nonché al parente o all'affine entro il secondo grado.

Inoltre, il d.lgs. n. 105/2022 ha aggiunto anche in questo caso la sanzione interdittiva già esaminata (v. *supra*, § 2) per i casi di rifiuto, opposizione oppure ostacolo all'esercizio dei diritti riconosciuti dagli artt. 39, 40, 41, 42, 42-*bis* e 45, del d.lgs. n. 105/2022, ovvero dall'art. 33, commi 2 e 3, della l. n. 104/1992 e dall'art. 4, della l. n. 53/2000 ⁽³¹⁾.

La stessa sanzione interdittiva è disposta – ai sensi dell'art. 53, commi 1 e 3-*bis*, del d.lgs. n. 151/2001 ⁽³²⁾ – al datore di lavoro che violi il divieto di adibire la lavoratrice al lavoro tra le ore 24.00 e le ore 6.00 dall'accertamento dello stato di gravidanza sino all'anno di vita del bambino. Analogamente, dicasi nel caso in cui il datore di lavoro abbia obbligato a prestare lavoro notturno: la lavoratrice madre di un figlio di età inferiore a tre anni o, in alternativa, il lavoratore padre convivente con la stessa; la lavoratrice o il lavoratore che sia l'unico genitore affidatario di un figlio convivente di età inferiore a dodici anni; la lavoratrice madre adottiva o affidataria di un minore, nei primi tre anni dall'ingresso del minore nel nucleo familiare, e comunque non oltre il dodicesimo anno di età o, in alternativa ed alle stesse condizioni, il lavoratore padre adottivo o affidatario convivente con la stessa; la lavoratrice o il lavoratore che abbiano a proprio carico un soggetto disabile in situazione di gravità ai sensi della l. n. 104/1992.

Restano in ogni caso ferme le sanzioni che per dette violazioni sono stabilite dall'art. 18-*bis* del d.lgs. n. 66/2003. Quindi, l'apparato sanzionatorio (penale e amministrativo) ivi previsto viene ora “completato” con una sanzione interdittiva che agisce sul

⁽²⁸⁾ Artt. 39 (*Riposi giornalieri della madre*) e 40 (*Riposi giornalieri del padre*), del d.lgs. n. 151/2001; art. 41 (*Riposi per parti plurimi*), del d.lgs. n. 151/2001.

⁽²⁹⁾ V. anche mess. Inps 5 agosto 2022, n. 3096.

⁽³⁰⁾ Art. 3, comma 1, lett. *b*, del d.lgs. n. 105/2022. Per approfondimenti v. G. FAVA, *Permessi ex legge n. 104/1992: ampliamento dei beneficiari*, in *DPL*, 2022, n. 39, p. 2365 ss.

⁽³¹⁾ Art. 6, del d.lgs. n. 105/2022.

⁽³²⁾ Così come modificato dall'art. 2, comma 1, lett. *q*, del d.lgs. n. 105/2022.

piano delle convenienze economiche del datore di lavoro (oltre che sulla reputazione dell'azienda).

3.6. Segue: nei confronti delle condotte ostative alla fruizione dei congedi parentali e all'assistenza ai figli

Il d.lgs. n. 105/2022 è intervenuto inoltre su alcuni aspetti in materia di congedi parentali e sull'impianto sanzionatorio per il caso di condotte datoriali ostative alla loro fruizione. Più approfonditamente, sotto quest'ultimo profilo, all'art. 38 del d.lgs. n. 151/2001 (come modificato dall'art. 2, comma 1, lett. *m*, del d.lgs. n. 105/2022), per il caso di rifiuto, opposizione o ostacolo all'esercizio dei diritti di assenza (di cui agli artt. 32 e ss. del d.lgs. n. 151/2001), si è aggiunta la sanzione interdittiva già esaminata (v. *supra*, § 2) alla preesistente sanzione amministrativa pecuniaria (da 516 a 2.582 euro).

Come detto (e rinviando per approfondimenti a R. CASILLO, in questo volume, tomo II, parte II, sez. I), in punto di congedi parentali, il d.lgs. n. 105/2022 è intervenuto anche su altri aspetti (artt. 32 e ss. del d.lgs. n. 151/2001), tra cui:

- l'età del figlio (estendendo al compimento dei 12 anni di età il periodo di tempo entro cui è possibile percepire l'indennità riconosciuta prima solo fino a 6 anni);
- la durata del congedo (innalzando da 10 a 11 mesi il periodo di fruizione dell'istituto nel caso di un solo genitore o di un affidamento esclusivo del figlio);
- la disciplina dell'indennità (pari al 30% della retribuzione sia per i 3 mesi di congedo spettanti a ciascun genitore e non trasferibili dall'uno all'altro, sia per l'ulteriore periodo di 3 mesi suddivisibile tra i genitori a loro discrezione sia, infine, per i 9 mesi ora spettanti al genitore solo);
- l'incidenza dei congedi su altri istituti (i periodi di congedo parentale sono computati nell'anzianità di servizio e non comportano riduzione di ferie, riposi, tredicesima mensilità o gratifica natalizia, ad eccezione degli emolumenti accessori connessi all'effettiva presenza in servizio, salvo quanto diversamente previsto dalla contrattazione collettiva).

Vieppiù, sotto il profilo sanzionatorio, ai sensi del nuovo comma *7-bis* dell'art. 8, del d.lgs. n. 81/2017 ⁽³³⁾, anche il rifiuto, l'opposizione o l'ostacolo del committente all'esercizio del diritto attribuito alla lavoratrice e al lavoratore – anche se adottivi o affidatari – iscritti alla Gestione separata ⁽³⁴⁾ di beneficiare di un trattamento economico per congedo parentale per un periodo pari a tre mesi entro i primi dodici anni di vita del bambino a cui è possibile siano aggiunti ulteriori tre mesi di congedo, fruiti in alternativa tra i genitori ⁽³⁵⁾, comporta la sanzione interdittiva (v. *supra*, § 2). Peraltro, quest'ultima sanzione è stata anche aggiunta alla preesistente sanzione amministrativa pecuniaria (da 516 a 2.582 euro) per il caso di violazione del diritto di fruire di congedi per la malattia del figlio di età non superiore a otto anni previsti nel capo

⁽³³⁾ Introdotto dall'art. 4, comma 1, lett. *a*, n. 2, del d.lgs. n. 105/2022.

⁽³⁴⁾ Art. 2, comma 26, della l. n. 335/1995.

⁽³⁵⁾ Art. 8, commi 4, 6 e 7, l. n. 81/2017. Per approfondimenti si rinvia a L. TASCINI, in questo volume, tomo II, parte II, sez. III.

VII del d.lgs. n. 151/2001 (art. 52 del d.lgs. n. 151/2001, come modificato dall'art. 2, comma 1, lett. *p*, del d.lgs. n. 105/2022).

3.7. Segue: nei confronti dell'inosservanza del diritto alla priorità di accesso al lavoro agile

Le nuove norme introdotte con il d.lgs. n. 105/2022 alla l. n. 81/2017 hanno modificato i criteri di preferenza per la concessione del lavoro agile di cui all'art. 18, comma 3-*bis* ⁽³⁶⁾, aggiungendo al contempo in caso di loro violazione la sanzione interdittiva già esaminata (v. *supra*, § 2) (art. 18, comma 3-*ter*) ⁽³⁷⁾.

Inoltre, l'art. 18, comma 3-*bis*, della l. n. 81/2017 stabilisce altresì che, al fine di prevenire ed eliminare condotte discriminatorie, è vietato sanzionare, demansionare, licenziare, trasferire o sottoporre a modalità organizzativa con effetti negativi (diretti o indiretti) sulle condizioni di lavoro i lavoratori che intendano ricorrere al lavoro agile, con la conseguenza che qualunque misura adottata in violazione del divieto menzionato è da considerarsi ritorsiva o discriminatoria e, pertanto, nulla ⁽³⁸⁾.

Rimane in ogni caso fermo il divieto di discriminazione di cui all'art. 2-*bis* della l. n. 104/1992, introdotto dall'art. 3, comma 1, lett. *a*, del d.lgs. n. 105/2022 (su cui v. M. CERBONE, in questo volume, tomo II, parte II, sez. II).

3.8. Segue: nei confronti dell'inosservanza del diritto alla priorità nella trasformazione del contratto di lavoro da tempo pieno a tempo parziale

Il d.lgs. n. 105/2022 ha previsto le stesse conseguenze sanzionatorie appena esaminate al § 3.7 anche per il caso di violazione del diritto alla trasformazione del contratto di lavoro subordinato da tempo pieno a tempo parziale ⁽³⁹⁾.

⁽³⁶⁾ Rinviando per approfondimenti a E. DAGNINO, in questo volume, tomo II, parte II, sez. III, a seguito della novella ora la priorità è estesa:

- alle lavoratrici e ai lavoratori con figli fino a dodici anni di età o senza alcun limite di età nel caso di figli in condizioni di disabilità ai sensi dell'art. 3, comma 3, della l. n. 104/1992;
- ai lavoratori con disabilità in situazione di gravità accertata ai sensi dell'art. 4, comma 1, della l. n. 104/1992 (ovvero quando l'accertamento dell'*handicap* è avvenuto dalle unità sanitarie locali mediante le specifiche commissioni mediche) o che siano *caregivers* ai sensi dell'art. 1, comma 255, della l. n. 205/2017.

⁽³⁷⁾ Introdotto dall'art. 4, comma 1, lett. *b*, n. 2, del d.lgs. n. 105/2022.

⁽³⁸⁾ È evidente che una tale disposizione comporta problemi pratici organizzativi di non poco conto per il datore di lavoro che, ricevuta la richiesta di lavoro agile da parte del lavoratore, si troverà sostanzialmente impossibilitato a interessare il medesimo di qualsiasi modifica organizzativa aziendale, anche se giustificata.

⁽³⁹⁾ Rinviando per approfondimenti a L. TASCHINI, in questo volume, tomo II, parte II, sez. III, in forza delle modifiche apportate all'art. 8, comma 4, del d.lgs. n. 81/2015 la novella estende ai soggetti che siano parti di unioni civili *ex art.* 1, comma 20, della l. n. 76/2016, e di convivenze di fatto *ex art.* 1, comma 36, della l. n. 76/2016, il diritto alla trasformazione del contratto di lavoro dipendente da tempo pieno a tempo parziale, nelle ipotesi di patologie oncologiche o gravi patologie cronic-degenerative ingravescenti riguardanti il coniuge o l'altra parte dell'unione civile o il convivente di fatto, i figli o i genitori del lavoratore o della lavoratrice, nonché nel caso di assistenza a persona convivente con totale e permanente inabilità lavorativa con connotazione di gravità (ai sensi dell'art. 3, comma

Più approfonditamente, infatti, ai sensi dell'art. 8, comma 5-*ter*, del d.lgs. n. 81/2015⁽⁴⁰⁾, alle ipotesi di rifiuto, opposizione e ostacolo datoriale alla fruizione del diritto alla trasformazione del contratto in part-time fa seguito la sanzione interdittiva esaminata *supra* (v. § 2).

Inoltre, si prevede che nei casi di richiesta di trasformazione del contratto, il lavoratore o la lavoratrice non può essere sanzionato, demansionato, licenziato, trasferito o sottoposto ad altra misura organizzativa avente effetti negativi, diretti o indiretti, sulle condizioni di lavoro. Qualunque misura adottata in violazione di tale disposizione è da considerarsi ritorsiva o discriminatoria, e quindi nulla (art. 8, comma 5-*bis*, del d.lgs. n. 81/2015⁽⁴¹⁾).

Resta fermo il divieto di discriminazione di cui all'art. 2-*bis* della l. n. 104/1992, introdotto dall'art. 3, comma 1, lett. *a*, del d.lgs. n. 105/2022 (su cui si veda M. CERBONE, cit.).

3, della l. n. 104/1992), che abbia necessità di assistenza continua in quanto non in grado di compiere gli atti quotidiani della vita. Tale priorità è riconosciuta altresì al lavoratore o alla lavoratrice, con figlio convivente di età non superiore a tredici anni o con figlio convivente portatore di handicap ai sensi dell'art. 3, comma 3, della l. n. 104/1992.

⁽⁴⁰⁾ Introdotto anch'esso dall'art. 5, comma 1, lett. *b*, del d.lgs. n. 105/2022.

⁽⁴¹⁾ Introdotto dall'art. 5, comma 1, lett. *b*, del d.lgs. n. 105/2022.

La conoscibilità della normativa e degli strumenti di sostegno della genitorialità e delle attività di cura

di Lilli Casano

Abstract – Il contributo propone alcune considerazioni sul tema della conoscibilità della normativa in materia di equilibrio tra attività professionale e vita familiare per i genitori e i prestatori di assistenza. Si sottolinea l'importanza della attenzione riservata dal legislatore a questo tema, evidenziando tuttavia alcuni limiti delle previsioni di cui all'art. 7 del d. lgs. n. 105/2022.

Abstract – *The contribution deals with the subject of laws' knowability in the field of work-life balance for parents and carers. The importance of the attention paid by the legislator to this issue is underlined, however highlighting some limits of the provisions set in the article 7 of the legislative decree n° 105/2022.*

Sommario: 1. Una nuova attenzione alla conoscibilità della normativa. – 2. Il contenuto delle informazioni da garantire ai lavoratori e i soggetti responsabili. – 3. Conoscibilità ed effettività.

1. Una nuova attenzione alla conoscibilità della normativa

L'obiettivo di modificare il modello tradizionale di distribuzione dei compiti tra uomini e donne e di supportare le famiglie nelle responsabilità di cura, come noto, nel nostro Paese è ancora lontano da raggiungere. Con specifico riferimento alla redistribuzione dei compiti di cura tra uomini e donne (che è alla base degli interventi legislativi sui congedi di paternità e sui congedi parentali), analizzando i dati degli ultimi tre anni, è evidente come siano ancora le donne a farsi carico della maggior parte delle attività di cura. Basti pensare che tra il 2018 e il 2020 in media circa l'88,41% dei dipendenti del settore privato e agricolo beneficiari del congedo parentale erano donne. La percentuale di uomini sul totale dei beneficiari del congedo parentale è aumentata (di 1,65 punti percentuali) nel 2020, ma su questi dati hanno probabilmente inciso gli effetti della pandemia sulla condizione occupazionale delle donne (con la diffusione di disoccupazione/part-time involontario) ⁽¹⁾. Per quanto riguarda, invece, i congedi di paternità, i dati Inps evidenziano che tra i lavoratori dipendenti del settore privato, i padri beneficiari del congedo obbligatorio sono passati dai 124 mila del 2018 a circa 135 mila del 2020: anche su questo dato ha avuto probabilmente un impatto la

⁽¹⁾ ANPAL, *Congedi parentali e di paternità. Le attuali disposizioni in Italia e in Europa*, Collana Focus Anpal n° 141, novembre 2022 (p. 7, Grafico 1, Elaborazione Anpal su dati Inps, *Osservatorio statistico sulle prestazioni a sostegno della famiglia*, dicembre 2021).

pandemia, e sebbene si registri un aumento, non è ancora possibile parlare di tendenze, anche per questioni attinenti la qualità dei dati disponibili ⁽²⁾.

Se le cause di tali squilibri sono da ricercare in elementi strutturali del modello di welfare e di regolazione e organizzazione del lavoro, oltre che in orientamenti culturali difficili da sradicare, anche la conoscibilità della normativa è un obiettivo imprescindibile, a maggior ragione alla luce delle importanti evoluzioni che stanno interessando questa area della regolazione del lavoro. Si tratta, evidentemente, di una problematica che riguarda tutta la normativa in materia di lavoro (e ovviamente anche altri settori dell'ordinamento), ma che acquisisce particolare centralità in ambiti della regolazione che sono maggiormente connotati da una "complessa articolazione e moltiplicazione delle fonti di produzione del diritto" ⁽³⁾.

Occorre a tal proposito ricordare che il d.lgs. 105/2022, che recepisce la direttiva 2019/1158 (UE), introducendo tuttavia anche norme che non costituiscono misure di recepimento della stessa, si colloca in un più ampio processo di riforma, tanto a livello europeo, quanto a livello nazionale. In particolare, l'ultimo decennio ha visto succedersi numerosi interventi volti ad ampliare il ventaglio degli strumenti per il sostegno ai compiti di cura, fino al più recente tentativo di riforma organica, che si completerà con l'attuazione dei decreti attuativi della l. n. 32/2022 (c.d. *Family Act*).

Il quadro di complessità derivante dalla stratificazione normativa in materia ⁽⁴⁾, a livello comunitario, nazionale, ma anche territoriale (basti pensare alle numerose iniziative messe in campo dalle Regioni e dai Comuni) ⁽⁵⁾, aumenta considerando il ruolo centrale svolto dalla contrattazione collettiva ⁽⁶⁾, che interviene diffusamente in materia di conciliazione vita lavoro, anche per via dell'esistenza di numerosi rinvii di legge. Con specifico riferimento alle discipline relative a congedi e permessi, la contrattazione collettiva (anche di livello aziendale) ha tradizionalmente integrato le disposizioni legislative alla ricerca di condizioni di maggior favore per i lavoratori, sia con riferimento agli aspetti retributivi, sia con riferimento al tempo (giorni/ore) liberato per le esigenze della vita privata, sia infine sul fronte delle motivazioni riconosciute valide per la fruizione di congedi e permessi, sempre più diversificate ⁽⁷⁾.

All'incrocio tra promozione delle pari opportunità, organizzazione flessibile del lavoro, e welfare, le misure di conciliazione configurano quindi un ampio insieme di

⁽²⁾ Ivi, p. 10: nei dati relativi al congedo di paternità obbligatorio congedo obbligatorio sono stati ricompresi quelli previsti dalla L. 151/2001 (in caso di morte o di grave infermità della madre o di abbandono del figlio, nonché in caso di affidamento esclusivo del bambino al padre), non essendo di fatto possibile la distinzione esatta del congedo di paternità previsto dalla l. n. 92/2012, a causa dell'imprecisa compilazione delle denunce contributive mensili.

⁽³⁾ O. MAZZOTTA, *È conoscibile il diritto del lavoro? Il Codice dei lavori di Marcello Pedrazzoli ovvero cosa può fare la scienza giuridica per la conoscibilità delle norme*, in *Lavoro e Diritto*, n. 4/2001, 541-548, qui 542.

⁽⁴⁾ Cfr. fra tutti D. GOTTARDI, *La conciliazione delle esigenze di cura, di vita e di lavoro: Il rinnovato TU n. 151/2001 ai sensi del d. lgs. n. 80/2015*, Vol. 4, Giappichelli, 2016 e A. M. BATTISTI, "Working carers". *Misure di conciliazione vita-lavoro*, in *Massimario di giurisprudenza del lavoro*, 2019, fasc. 1, pp. 65-87.

⁽⁵⁾ Si veda la panoramica offerta in ANPAL, *Rapporto Rilevazione delle politiche e delle misure regionali per la conciliazione vita lavoro*, Collana Focus Anpal n° 109, settembre 2021.

⁽⁶⁾ Si rimanda, per una ricostruzione delle evoluzioni della contrattazione collettiva in materia, a livello nazionale e aziendale, ai Rapporti ADAPT sulla contrattazione collettiva, prodotti con cadenza annuale dal 2015, e disponibili al sito <https://farecontrattazione.adapt.it/rapporti-sulla-contrattazione/>.

⁽⁷⁾ *Rapporto ADAPT sulla contrattazione nel 2015*, ADAPT University Press, 2016, 51; *Rapporto ADAPT sulla contrattazione collettiva nel 2017*, ADAPT University Press, 2018, 130.

interventi, che si collocano a diversi livelli di regolazione, rispetto ai quali imprese e lavoratori possono avere difficoltà ad orientarsi e i registra ancora una insufficiente conoscenza.

In questo quadro, l'articolo 7 del decreto legislativo n. 105/2022 prevede alcune misure per la promozione (in termini, appunto, di adeguata *conoscibilità*) degli strumenti di sostegno della genitorialità e delle attività di cura. Viene così data attuazione, nello specifico, a quanto previsto dall'articolo 17 della direttiva (UE) 2019/1158 (rubricato *Divulgazione delle informazioni*), che prevede che gli Stati membri provvedano affinché le disposizioni adottate a norma della direttiva – unitamente alle pertinenti disposizioni già in vigore in relazione al suo oggetto (e cioè l'equilibrio tra attività professionale e vita familiare per i genitori e i prestatori di assistenza) – siano portate con tutti i mezzi adeguati a conoscenza dei lavoratori e dei datori di lavoro, compresi i datori di lavoro che sono PMI, in tutto il territorio nazionale. Indicazioni sui “mezzi adeguati” cui la direttiva fa riferimento possono essere ricavate dal considerando 48, in cui si incoraggiano gli Stati membri a fornire incentivi, orientamenti e consulenza alle piccole e medie imprese, oltre che a realizzare campagne di sensibilizzazione e informazione (considerando 50), mentre il novero dei soggetti chiamati a dare attuazione a tali misure nella direttiva include tanto gli attori pubblici, quanto le parti sociali.

A tali esigenze il decreto in commento risponde (parzialmente) prevedendo in capo a specifici soggetti (esclusivamente) pubblici obblighi di informazione per i (soli) lavoratori con responsabilità di cura.

Da un lato, quindi, si restringe il ventaglio dei soggetti chiamati ad attuare le misure; dall'altro i destinatari dell'informazione sono i soli lavoratori.

Gli interventi previsti per la promozione delle misure oggetto dell'intervento legislativo sono essenzialmente di due tipi: specifici servizi digitali per l'informazione e l'accesso ai congedi e ai permessi disponibili per i lavoratori, e iniziative di carattere informativo per accrescere la conoscenza e promuovere l'utilizzo dei congedi e permessi, da mettere in campo comunque senza nuovi o maggiori oneri a carico della finanza pubblica.

2. Il contenuto delle informazioni da garantire ai lavoratori e i soggetti responsabili

Il decreto in commento sembra abbracciare una visione restrittiva con riferimento al contenuto delle informazioni utili a migliorare la conoscibilità della normativa.

Se la direttiva europea fa infatti riferimento alla necessità di offrire adeguate informazioni non solo sulle (nuove) disposizioni adottate, ma anche sulle disposizioni già in vigore riguardanti, in generale, l'equilibrio tra attività professionale e vita familiare per i genitori e i prestatori di assistenza, il decreto in commento restringe il campo alla conoscenza dei congedi e dei permessi disciplinati dallo stesso decreto (e delle loro modalità di utilizzo).

Si restringe inoltre, come sopra anticipato, il ventaglio dei soggetti coinvolti: l'Istituto Nazionale di Previdenza Sociale, che entro diciotto mesi dall'entrata in vigore del decreto, è chiamato nell'ambito dei progetti di sviluppo dei propri sistemi informatici, ad attivare specifici servizi digitali per l'informazione e l'accesso ai congedi e ai permessi disponibili per i lavoratori con responsabilità di cura. La Presidenza del

Consiglio dei ministri, che d'intesa con i Ministri del lavoro e delle politiche sociali, dell'interno, della salute, e con i Ministri delegati per gli affari regionali, per le pari opportunità e la famiglia e per le disabilità, è chiamata ad adottare iniziative di carattere informativo per accrescere la conoscenza e promuovere l'utilizzo dei congedi e permessi disciplinati dal presente decreto legislativo. La Presidenza del Consiglio dei ministri è inoltre tenuta ad assicurare che le Aziende sanitarie locali, le aziende ospedaliere, i servizi socio-sanitari e anagrafici forniscano informazioni complete, accessibili e tempestive in merito all'esistenza e alle modalità di fruizione degli stessi.

Sembra lecito chiedersi quale possa essere la portata di tali iniziative, anche alla luce delle (poche) conoscenze ad oggi disponibili sulle effettive modalità di reperimento e fruizione delle informazioni sulle misure relative alla conciliazione vita-lavoro da parte di cittadini, lavoratori e imprese. Indagini condotte recentemente su base locale ⁽⁸⁾ dimostrano come 4 genitori su 10 non conoscano sportelli territoriali da contattare per ricevere informazioni sulle misure e gli strumenti in campo per consentire la conciliazione vita lavoro, mentre il 44% dei genitori ritiene di poter contattare i sindacati, il 31% altri servizi forniti dai consorzi socio-assistenziali del territorio, il 21% Centri Famiglie e Consultori familiari. Solo 1 genitore su 10 conosce la figura della Consigliera di Parità provinciale. Emergono forti difficoltà nel mantenersi aggiornati, destreggiandosi tra le numerose informazioni disponibili in rete, e la difficoltà di comprendere i requisiti e le modalità con cui accedere agli strumenti a disposizione, che spingono in numerosi casi alla rinuncia ad esercitare alcuni diritti.

Rispetto a questo quadro, può sembrare riduttiva la portata dell'art. 7 in commento, che rimette la conoscibilità delle misure alla predisposizione di strumenti informativi basilari ed alla disponibilità di modalità di accesso alle prestazioni online, oltre che a campagne di sensibilizzazione promosse dalle istituzioni competenti, prevedendo anche una verifica (in modalità non meglio precisate) dell'adeguatezza delle informazioni fornite attraverso la rete dei servizi socio-sanitari che non necessariamente, tuttavia, rappresenta un punto di riferimento per i lavoratori e le imprese interessati alle misure.

3. Conoscibilità ed effettività

L'attenzione al miglioramento della *conoscibilità* della normativa (art. 7, comma 1) rappresenta una importante novità ed è certamente un dato positivo. La formulazione dell'art. 7 non lascia d'altra parte dubbi sulla intenzione di intervenire sull'accesso ad elementi informativi minimi, più che sulla effettiva possibilità di *conoscenza* della normativa da parte dei destinatari. Tema questo ben più complesso, che riguarda prima ancora che le tecniche di divulgazione delle informazioni sulla normativa, le tecniche di produzione della normativa stessa. Pare opportuno a tal proposito sottolineare l'importanza della comprensibilità del dato normativo in aree della regolazione così sensibili, che intervengono su complessi equilibri e sistemi di interessi: difficoltà e incertezze interpretative possono infatti ostacolare l'emersione di comportamenti coerenti

⁽⁸⁾ P. MERLINO, V. PELAZZA, M. DEMARTINI, *Mamma, papà, conciliazione: tra diritti, strumenti e opportunità*, Consorzio Sociale Il Filo da Tessere, Report di ricerca Progetto Tacabutun Bando "Ripartiamo Insieme", con il contributo di: Progetto Open Access Welfare co-finanziato con il POR FSE 2014-2020, marzo 2021.

con le finalità delle norme. L'obiettivo della comprensibilità da parte dei destinatari delle norme, in quest'ottica, solo in parte può essere raggiunto attraverso i chiarimenti forniti dalle istituzioni attraverso note e circolari, che sono comunque rivolti ad un pubblico di tecnici ed esperti. A tal proposito, sull'intervento legislativo in commento è già intervenuta la circolare INPS n. 122 del 31 ottobre 2022, fornendo le prime indicazioni operative sui principali strumenti oggetto dell'intervento (congedo di paternità obbligatorio dei lavoratori dipendenti del settore privato, periodi indennizzabili di maternità delle lavoratrici autonome, modifica dei periodi indennizzabili di congedo parentale dei lavoratori iscritti alla Gestione separata e dei lavoratori dipendenti del settore privato, riconoscimento del diritto di fruire del congedo parentale per i lavoratori autonomi di cui al Capo XI del T.U), seguita dal messaggio del 4 agosto n. 3066 volto a fornire le prime indicazioni rilevanti ai fini del riconoscimento delle relative indennità. Nello stesso messaggio sono state indicate le modalità di presentazione delle domande, a partire dalla entrata in vigore del provvedimento (13 agosto 2022) e in attesa dei necessari aggiornamenti informatici. Con riferimento alla corretta applicazione ed ai profili di carattere sanzionatorio della disciplina contenuta nel decreto sono invece intervenuti sia il Ministero del lavoro, sia l'Ispettorato Nazionale del Lavoro, da ultimo con la nota condivisa dell'INL n. 2414 del 6 dicembre 2022.

Ancora più difficile è comprendere fino a che punto possano concorrere all'effettività delle norme le previsioni in tema di sensibilizzazione dei (soli) lavoratori: iniziative *di carattere informativo* per accrescere la conoscenza e *promuovere* l'utilizzo dei congedi e permessi, affidate alla Presidenza del Consiglio di intesa con i Ministeri competenti. Occorrerà cioè osservare le soluzioni messe in campo per verificare se queste si collocano sul piano della mera conoscibilità formale, o ambiscono ad una conoscibilità sostanziale, il che presupporrebbe una adeguata considerazione delle capacità ricettive dei destinatari, influenzate, come noto, dai condizionamenti culturali e materiali cui sono esposti. Valutazione, questa, che avrebbe dovuto forse suggerire di prestare maggiore attenzione (come pure suggerito dalla direttiva europea) alle diverse leve azionabili per orientare i comportamenti tanto dei lavoratori, quanto delle imprese, ed in particolare al ruolo delle parti sociali e nelle loro diverse forme e sedi di azione: la stessa direttiva (UE) 2019/1158, nel considerando 11, fa riferimento al ruolo delle parti sociali, che "sono incoraggiate ad agire in base al loro ruolo fondamentale di informare sia i lavoratori sia i datori di lavoro".

Notizie sugli autori*

Giada Benincasa	Assegnista di ricerca, Università degli Studi di Modena e Reggio Emilia
Ilaria Bresciani	Ricercatrice di Diritto del lavoro, Università degli Studi di Sassari
Michele Calabria	Assegnista di ricerca, Università degli Studi di Bari, Dipartimento Jonico
Luca Calcaterra	Professore ordinario di Diritto del lavoro, Università degli Studi Suor Orsola Benincasa di Napoli
Isabella Calia	Magistrato, Corte d'Appello di Bari – sezione Lavoro
Federica Capponi	Assegnista di ricerca, Università degli Studi di Modena e Reggio Emilia
Maria P. Caputi Jambrenghi	Professoressa ordinaria di Diritto amministrativo, Università degli Studi di Bari, Dipartimento Jonico
Lilli Casano	Ricercatrice di Diritto del lavoro, Università degli Studi dell'Insubria
Rosa Casillo	Professoressa associata di Diritto del lavoro, Università degli Studi Federico II di Napoli
Mario Cerbone	Professore associato di Diritto del lavoro, Università degli Studi del Sannio
Francesca Chietera	Avvocata specializzata in Diritto del lavoro e della sicurezza sociale
Marcello D'Aponte	Professore associato di Diritto del lavoro, Università degli Studi Federico II di Napoli
Emanuele Dagnino	Ricercatore di Diritto del lavoro, Università degli Studi di Modena e Reggio Emilia

* Si segnala che le considerazioni contenute negli interventi dei funzionari e dirigenti della pubblica amministrazione sono frutto esclusivo del pensiero dei rispettivi Autori e non hanno carattere in alcun modo impegnativo per l'amministrazione alla quale essi appartengono.

Nicola Deleonardis	Assegnista di ricerca, Università degli Studi di Bari, Dipartimento Jonico
Fabrizio Ferraro	Ricercatore di Diritto del lavoro, Università Sapienza di Roma
Valeria Fili	Professoressa ordinaria di Diritto del lavoro, Università degli Studi di Udine
Carmela Garofalo	Ricercatrice di Diritto del lavoro, Università degli Studi di Bari, Dipartimento Jonico
Domenico Garofalo	Professore ordinario di Diritto del lavoro
Stefano Iacobucci	Assegnista di ricerca, Università degli Studi di Ferrara
Ivan Ingravallo	Professore ordinario di Diritto internazionale, Università degli Studi di Bari, Dipartimento Jonico
Vincenzo Luciani	Professore ordinario di Diritto del lavoro, Università degli Studi di Salerno
Luca Mannarelli	Funzionario Inail Puglia
Francesca Marinelli	Professoressa associata di Diritto del lavoro, Università degli Studi di Milano
Pamela Martino	Professoressa ordinaria di Diritto pubblico comparato, Università degli Studi di Bari, Dipartimento Jonico
Andrea Morone	Ricercatore di Diritto del lavoro, Università degli Studi dell'Insubria
Claudia Murena	Ricercatrice di Diritto del lavoro, Università degli Studi di Salerno
Francesca Nardelli	Assegnista di ricerca, Università degli Studi di Bari, Dipartimento Jonico
Paolo Pardolesi	Professore ordinario di Diritto privato comparato, Università degli Studi di Bari, Dipartimento Jonico
Gianluca Picco	Assegnista di ricerca, Università degli Studi di Udine
Giovanni Pigliararmi	Ricercatore di Diritto del lavoro, Università degli Studi di Modena e Reggio Emilia
Giovanna Pistore	Funzionaria Inail Veneto
Nicola Ruccia	Ricercatore di Diritto dell'Unione europea, Università degli Studi del Sannio

Angelica Riccardi	Professoressa associata di Diritto del lavoro, Università degli Studi di Bari, Dipartimento Jonico
Stefano Rossi	Ispettore del lavoro. Dottore di ricerca, Università degli Studi di Bari, Dipartimento Jonico
Lorenzo Scarano	Assegnista di ricerca, Università Politecnica delle Marche
Enrico Claudio Schiavone	Professore a contratto, Università degli Studi di Bari, Dipartimento Jonico
Federica Stamerra	Assegnista di ricerca in Diritto del lavoro, Università degli Studi di Bari, Dipartimento Jonico
Paolo Stolfa	Assegnista di ricerca in Diritto del lavoro, Università Ca' Foscari di Venezia
Lisa Taschini	Dottore di ricerca in Diritto del lavoro e docente a contratto, Università degli Studi di Perugia
Vincenzo Maria Tedesco	Magistrato, Tribunale di Bari – sezione Lavoro
Michele Tiraboschi	Professore ordinario di Diritto del lavoro, Università degli Studi di Modena e Reggio Emilia
Anna Trojsi	Professoressa ordinaria di Diritto del lavoro, Università degli Studi Magna Grecia di Catanzaro

ADAPT LABOUR STUDIES E-BOOK SERIES

ADAPT – Scuola di alta formazione in relazioni industriali e di lavoro

1. P. Rausei, M. Tiraboschi (a cura di), *Lavoro: una riforma a metà del guado*, 2012
2. P. Rausei, M. Tiraboschi (a cura di), *Lavoro: una riforma sbagliata*, 2012
3. M. Tiraboschi, *Labour Law and Industrial Relations in Recessionary Times*, 2012
4. Bollettinoadapt.it, *Annuario del lavoro 2012*, 2012
5. AA.VV., *I programmi alla prova*, 2013
6. U. Buratti, L. Casano, L. Petruzzo, *Certificazione delle competenze*, 2013
7. L. Casano (a cura di), *La riforma francese del lavoro: dalla sécurisation alla flexicurity europea?*, 2013
8. F. Fazio, E. Massagli, M. Tiraboschi, *Indice IPCA e contrattazione collettiva*, 2013
9. G. Zilio Grandi, M. Sferrazza, *In attesa della nuova riforma: una rilettura del lavoro a termine*, 2013
10. M. Tiraboschi (a cura di), *Interventi urgenti per la promozione dell'occupazione, in particolare giovanile, e della coesione sociale*, 2013
11. U. Buratti, *Proposte per un lavoro pubblico non burocratico*, 2013
12. A. Sánchez-Castañeda, C. Reynoso Castillo, B. Palli, *Il subappalto: un fenomeno globale*, 2013
13. A. Maresca, V. Berti, E. Giorgi, L. Lama, R. Lama, A. Lepore, D. Mezzacapo, F. Schiavetti, *La RSA dopo la sentenza della Corte costituzionale 23 luglio 2013, n. 231*, 2013
14. F. Carinci, *Il diritto del lavoro in Italia: a proposito del rapporto tra Scuole, Maestri e Allievi*, 2013
15. G. Zilio Grandi, E. Massagli (a cura di), *Dal decreto-legge n. 76/2013 alla legge n. 99/2013 e circolari "correttive": schede di sintesi*, 2013
16. G. Bertagna, U. Buratti, F. Fazio, M. Tiraboschi (a cura di), *La regolazione dei tirocini formativi in Italia dopo la legge Fornero*, 2013
17. R. Zucaro (a cura di), *I licenziamenti in Italia e Germania*, 2013
18. Bollettinoadapt.it, *Annuario del lavoro 2013*, 2013
19. L. Mella Méndez, *Violencia, riesgos psicosociales y salud en el trabajo*, 2014
20. F. Carinci (a cura di), *Legge o contrattazione? Una risposta sulla rappresentanza sindacale a Corte costituzionale n. 231/2013*, 2014

21. M. Tiraboschi (a cura di), *Jobs Act – Le misure per favorire il rilancio dell’occupazione, riformare il mercato del lavoro ed il sistema delle tutele*, 2014
22. M. Tiraboschi (a cura di), *Decreto-legge 20 marzo 2014, n. 34. Disposizioni urgenti per favorire il rilancio dell’occupazione e per la semplificazione degli adempimenti a carico delle imprese – Prime interpretazioni e valutazioni di sistema*, 2014
23. G. Gamberini (a cura di), *Progettare per modernizzare. Il Codice semplificato del lavoro*, 2014
24. U. Buratti, C. Piovesan, M. Tiraboschi (a cura di), *Apprendistato: quadro comparato e buone prassi*, 2014
25. M. Tiraboschi (a cura di), *Jobs Act: il cantiere aperto delle riforme del lavoro*, 2014
26. F. Carinci (a cura di), *Il Testo Unico sulla rappresentanza 10 gennaio 2014*, 2014
27. S. Varva (a cura di), *Malattie croniche e lavoro. Una prima rassegna ragionata della letteratura di riferimento*, 2014
28. R. Scolastici, *Scritti scelti di lavoro e relazioni industriali*, 2014
29. M. Tiraboschi (a cura di), *Catastrofi naturali, disastri tecnologici, lavoro e welfare*, 2014
30. F. Carinci, G. Zilio Grandi (a cura di), *La politica del lavoro del Governo Renzi – Atto I*, 2014
31. E. Massagli (a cura di), *Il welfare aziendale territoriale per la micro, piccola e media impresa italiana. Un’indagine ricostruttiva*, 2014
32. F. Carinci (a cura di), *La politica del lavoro del Governo Renzi – Atto II*, 2014
33. S. Stefanovichj, *La disabilità e la non autosufficienza nella contrattazione collettiva italiana, alla luce della Strategia europea sulla disabilità 2010-2020*, 2014
34. AA.VV., *Crisi economica e riforme del lavoro in Francia, Germania, Italia e Spagna*, 2014
35. Bollettinoadapt.it, *Annuario del lavoro 2014*, 2014
36. M. Tiraboschi (a cura di), *Occupabilità, lavoro e tutele delle persone con malattie croniche*, 2015
37. F. Carinci, M. Tiraboschi (a cura di), *I decreti attuativi del Jobs Act: prima lettura e interpretazioni*, 2015
38. M. Soldera, *Dieci anni di staff leasing. La somministrazione di lavoro a tempo indeterminato nell’esperienza concreta*, 2015
39. M. Tiraboschi, *Labour Law and Industrial Relations in Recessionary Times*, 2015
40. F. Carinci (a cura di), *La politica del lavoro del Governo Renzi. Atti del X Seminario di Bertinoro-Bologna del 23-24 ottobre 2014*, 2015
41. F. Carinci, *Il tramonto dello Statuto dei lavoratori*, 2015

42. U. Buratti, S. Caroli, E. Massagli (a cura di), *Gli spazi per la valorizzazione dell'alternanza scuola-lavoro*, in collaborazione con IRPET, 2015
43. U. Buratti, G. Rosolen, F. Seghezzi (a cura di), *Garanzia Giovani, un anno dopo. Analisi e proposte*, 2015
44. D. Mosca, P. Tomassetti (a cura di), *La trasformazione del lavoro nei contratti aziendali*, 2015
45. M. Tiraboschi, *Prima lettura del decreto legislativo n. 81/2015 recante la disciplina organica dei contratti di lavoro*, 2015
46. F. Carinci, C. Cester (a cura di), *Il licenziamento all'indomani del d.lgs. n. 23/2015*, 2015
47. F. Nespoli, F. Seghezzi, M. Tiraboschi (a cura di), *Il Jobs Act dal progetto alla attuazione*, 2015
48. F. Carinci (a cura di), *Commento al d.lgs. 15 giugno 2015, n. 81: le tipologie contrattuali e lo jus variandi*, 2015
49. Studio Legale Tributario D. Stevanato (a cura di), *Introduzione al processo tributario*, in collaborazione con ADAPT ANCL Padova e Regione Veneto, 2015
50. E. Dagnino, M. Tiraboschi (a cura di), *Verso il futuro del lavoro*, 2016
51. S. Santagata (a cura di), *Lavoro e formazione in carcere*, 2016
52. A. Cassandro, G. Cazzola (a cura di), *Il c.d. Jobs Act e i decreti attuativi in sintesi operativa*, 2016
53. M. Del Conte, S. Malandrini, M. Tiraboschi (a cura di), *Italia-Germania, una comparazione dei livelli di competitività industriale*, 2016
54. F. Carinci (a cura di), *Jobs Act: un primo bilancio. Atti del XI Seminario di Bertinoro-Bologna del 22-23 ottobre 2015*, 2016
55. G. Rosolen, F. Seghezzi (a cura di), *Garanzia Giovani due anni dopo. Analisi e proposte*, 2016
56. L. Casano, G. Imperatori, C. Tourres (a cura di), *Loi travail: prima analisi e lettura. Una tappa verso lo "Statuto dei lavori" di Marco Biagi?*, 2016
57. G. Polillo, *ROMA – reset. Una terapia contro il dissesto*, 2016
58. J.L. Gil y Gil (dir.), T. Ushakova (coord.), *Comercio y justicia social en un mundo globalizado*, 2016
59. F. Perciavalle, P. Tomassetti (a cura di), *Il premio di risultato nella contrattazione aziendale*, 2016
60. M. Sacconi, E. Massagli (a cura di), *Le relazioni di prossimità nel lavoro 4.0*, 2016
61. Bollettinoadapt.it, *Annuario del lavoro 2016*, 2016
62. E. Dagnino, F. Nespoli, F. Seghezzi (a cura di), *La nuova grande trasformazione del lavoro. Lavoro futuro: analisi e proposte dei ricercatori ADAPT*, 2017

63. G. Cazzola, D. Comegna, *Legge di bilancio 2017: i provvedimenti in materia di assistenza e previdenza*, 2017
64. S. Fernández Martínez, M. Tiraboschi (a cura di), *Lavoro e malattie croniche*, 2017
65. E. Prodi, F. Seghezzi, M. Tiraboschi (a cura di), *Il piano Industria 4.0 un anno dopo*, 2017
66. E. Massagli (a cura di), *Dall'alternanza scuola-lavoro all'integrazione formativa*, 2017
67. G. Cazzola, *Storie di sindacalisti*, 2017
68. S. Bruzzone (a cura di), *Salute e persona: nella formazione, nel lavoro e nel welfare*, 2017
69. A. Corbo, F. D'Addio, L.M. Pelusi, M. Tiraboschi (a cura di), *Tirocini extracurricolari: i primi recepimenti regionali delle linee guida del 25 maggio 2017*, 2017
70. AA.VV., *Un anno di Bollettino ADAPT*, 2017
71. E. Massagli, F. Nespoli, F. Seghezzi (a cura di), *Elezioni 2018: il lavoro nei programmi dei partiti*, 2018
72. V. Ferro, M. Menegotto, F. Seghezzi (a cura di), *Il lavoro temporaneo tra contratti a termine e somministrazione. Prima analisi in vista del c.d. decreto dignità*, 2018
73. M. Menegotto, F. Seghezzi, S. Spattini (a cura di), *Misure per il contrasto al precariato: primo commento al decreto-legge n. 87/2018 (c.d. decreto dignità)*, 2018
74. A. Rosafalco, *Politiche migratorie e diritto del lavoro*, 2018
75. S. Fernández Martínez, *La permanencia de los trabajadores con enfermedades crónicas en el mercado de trabajo. Una perspectiva jurídica*, 2018
76. M. Menegotto, P. Rausei, P. Tomassetti (a cura di), *Decreto dignità. Commentario al d.l. n. 87/2018 convertito dalla l. n. 96/2018*, 2018
77. AA.VV., *Un anno di Bollettino ADAPT – 2018*, 2019
78. L. Casano, E. Massagli, E. Prodi, F. Seghezzi, M. Tiraboschi, *Una alleanza tra mondo della ricerca e imprese per l'occupazione dei giovani Per una via italiana al modello Fraunhofer Gesellschaft*, 2019
79. M. Marocco, S. Spattini (a cura di), *Diritto al lavoro, contrasto alla povertà, politica attiva, inclusione sociale: le tante (troppe?) funzioni del reddito di cittadinanza all'italiana. Primo commento al d.l. n. 4/2019*, 2019
80. A. Cezza, *Management by Objectives e relazioni industriali: dalla teoria al caso Ducati Motor Holding S.p.A.*, 2019
81. S. Negri, *Lavorare in un parco di divertimento: relazioni con gli ospiti, legami sociali e standardizzazione*, 2019
82. P. Manzella, *The Words of (Italian) Labour Law*, 2019
83. AA.VV., *Un anno di Bollettino ADAPT – 2019*, 2019

84. G.L. Macrì, *La istituzione della figura del navigator a supporto dell'attuazione del reddito di cittadinanza*, 2020
85. G. Mieli, A.D. Mieli, *Il rapporto di lavoro bancario. Cento anni di contrattazione*, 2020
86. C. Natullo, *Human Resources Management challenges. An international comparative study of Charitable Organisations*, 2020
87. D. Porcheddu, *Il dibattito sul salario minimo legale in prospettiva italiana ed europea*, 2020
88. V. Cangemi, *L'infortunio sul lavoro. Persona, tecnologie, tutele*, 2020
89. AA.VV., *Welfare e lavoro nella emergenza epidemiologica. Contributo sulla nuova questione sociale - Volume I - V. Filì (a cura di), Covid-19 e rapporto di lavoro*, 2020
90. AA.VV., *Welfare e lavoro nella emergenza epidemiologica. Contributo sulla nuova questione sociale - Volume II - D. Garofalo (a cura di), Covid-19 e sostegno alle imprese e alle pubbliche amministrazioni*, 2020
91. AA.VV., *Welfare e lavoro nella emergenza epidemiologica. Contributo sulla nuova questione sociale - Volume III - D. Garofalo (a cura di), Covid-19 e sostegno al reddito*, 2020
92. AA.VV., *Welfare e lavoro nella emergenza epidemiologica. Contributo sulla nuova questione sociale - Volume IV - M. Tiraboschi, F. Seghezzi (a cura di), Scuola, università e formazione a distanza*, 2020
93. AA.VV., *Welfare e lavoro nella emergenza epidemiologica. Contributo sulla nuova questione sociale - Volume V - M. Tiraboschi, F. Seghezzi (a cura di), Le sfide per le relazioni industriali*, 2020
94. E. Erario Boccafurni, *L'attività della Commissione di garanzia nel contemperamento "dinamico" tra diritti e governo del conflitto collettivo*, 2021
95. V. Filì (a cura di), *Quale sostenibilità per la longevità? Ragionando degli effetti dell'invecchiamento della popolazione sulla società, sul mercato del lavoro e sul welfare*, 2022

SOCI ADAPT

Adecco Group	Confprofessioni	IAL FVG
ANCL Nazionale	Coopfond- Legacoop nazionale	Ifoa
ANCL Veneto	Cremonini	IHI Charging Systems International
Aninsei	Danone Company	Inail
ANPIT	Day Ristoservice	LavoroPiù
Assindustria Veneto-centro	Edenred Italia	Manageritalia
Assoimprenditori Alto Adige	Elettra Sincrotone Trieste	Manpower
Assolavoro	Enel	Manutencoop
Assolombarda	Esselunga	Marchesini Group
ASSTRA	Farindustria	MCL
Baker Hughes	Federalberghi	Mercer
Brembo	Federdistribuzione	Nexi Payments
Cisl	FederlegnoArredo	Randstad Italia
COESIA	Federmanager	Scuola Centrale Formazione
Coldiretti	Federmeccanica	SNFIA
Confartigianato	Femca-Cisl	Synergie Italia
Confcommercio	Fim-Cisl	Ugl
Confcooperative	Fincantieri	Uiltec
Confetra	Fipe	Umana
Confimi Industria	Fisascat	Unindustria Reggio Emilia
Confindustria Belluno Dolomiti	Fondazione Fai-Cisl	WEC
Confindustria Bergamo	Gi Group	W. Training
Confindustria Cuneo	Heineken	

ADAPT LABOUR STUDIES E-BOOK SERIES

ADAPT – Scuola di alta formazione in relazioni industriali e di lavoro

