

COESIONE SOCIALE E RAPPRESENTANZA SINDACALE NEL MONDO DEL LAVORO.

1. CONFLITTO SOCIALE E COESIONE SOCIALE. IL SISTEMA DELINEATO NELLA COSTITUZIONE.

Umberto Romagnoli, in uno scritto dello scorso anno sulla rivista trimestrale di diritto e procedura civile, ci ha ricordato quale fosse la risposta dei costituenti alla domanda “chi è” e cosa fa” il sindacato.

Quattro norme della costituzione, gli artt. 39, 40, 46 e 99, delineano il sistema che era stato allora immaginato e che contemplava un sindacato *(i)* guidato dall’idea di stipulare contratti collettivi dotati di efficacia *erga omnes*; *(ii)* conflittuale ma non antagonista, *(iii)* disponibile a collaborare alla gestione delle aziende; *(iv)* portatore di competenze che ne giustificano la cooptazione in un organo ausiliario del Parlamento e del Governo.

Di Vittorio, ispiratore del testo dell’art. 39, pensava ad un sindacato *integrato nell’organizzazione statale*, non corporativo ma “libero” nello Stato con un controllo pubblicistico previsto dai commi 2°-3°-4°.

Tuttavia il precetto contenuto nell’art. 39, comma 1, Cost., afferma che l’organizzazione sindacale è *libera*.

La libertà sindacale evoca una condizione pre-giuridica - ovvero “naturale” - che presuppone limiti allo stato-persona.

Come ricorda Persiani, il sindacato non può appartenere all'organizzazione pubblica né deve perseguire interessi pubblici poiché tale condizione lo porrebbe in una posizione inconciliabile con la sua libertà.

Questo è il motivo per il quale le organizzazioni sindacali e gran parte della dottrina (Giugni) hanno osteggiato l'attuazione dell'art. 39 Cost., poiché è apparso troppo rischioso sottoporre l'azione sindacale ad un (sebbene) blando controllo pubblico.

Emblematicamente, Romagnoli definisce l'art. 39 Cost. norma inattuata, inattuabile ma attuale. Tuttavia, come si vedrà, la posizione del maggiore sindacato italiano, la CGIL, oggi è mutata avendo promosso una legge di iniziativa popolare all'esame del parlamento - anche in questa legislatura - che prevede l'attuazione dell'art. 39 e 46 Cost..

Il sindacato, come ci ricordava Massimo D'Antona, è un attore del conflitto che vede *«l'ineguale distribuzione di potere e reddito conseguente alla diversa collocazione nella sfera della produzione»*.

Esso, sottolinea Romagnoli, è nato, per *«far acquisire ad una esuberante manodopera una piena cittadinanza, trasformandosi così in soggetto d'una lotta eversiva dell'ordinamento capitalistico dei rapporti di produzione»*.

Nondimeno, il conflitto è destinato ad un suo stesso superamento che porti ad una effettiva *coesione sociale* quale condi-

zione di sviluppo economico, giustizia sociale, democrazia e pace.

Oggi la sfida è completamente differente ma non meno ardua rispetto allo scenario dei secoli scorsi.

In un documento unitario presentato da Cgil, Cisl e Uil al Parlamento europeo il 09.04.2018 in vista del prossimo quadro finanziario pluriennale, le organizzazioni sindacali ricordano che c'è una crescita delle diseguaglianze economiche (ricchezza e reddito) e sociali, una polarizzazione del mercato del lavoro con bisogno di inclusione sociale.

2. QUAL È IL RUOLO DEL SINDACATO FRA LA POLITICA SOCIALE E LE LIBERTÀ ECONOMICHE NEL SISTEMA DELL'UE?

Nella prospettiva della protezione collettiva del lavoratore tramite una sua rappresentanza sindacale, il diritto eurounitario appare timido di fronte al bilanciamento con le libertà economiche fondamentali.

Se l'art. 28 della Carta di Nizza annovera fra i diritti fondamentali la negoziazione collettiva e le azioni collettive (compreso lo sciopero), l'art. 153, par. 5 del trattato sul funzionamento dell'UE esclude interventi regolatori con riferimento a: (i) conflitto, (ii) rapporti intersindacali, (iii) forme di associazione ed organizzazione (iv) requisiti sulla rappresentatività.

L'Unione ha competenza regolatoria solo in tema di diritti di informazione e consultazione (rafforzati dall'art. 27 della Carta di Nizza e definiti nell'art. 2, par. 1, della dir. 2009/38/CE).

L'Unione si limita a promuovere il dialogo sociale mediante il sistema delineato nell'art. 155 TFUE che consente il recepimento da parte del Consiglio di accordi stipulati dalle parti sociali qualora queste lo richiedano purché si tratti di materie su cui l'Unione possa legiferare ai sensi dell'art. 153 TFUE.

In tale ambito sono stati individuati dalla giurisprudenza (allora) comunitaria i criteri per la rappresentatività dei soggetti che stipulano gli accordi (cfr. Tribunale 1° grado CE 17/6/98) con la precisazione che questi debbano godere di rappresentanza intercategoriale e di un grado di "rappresentatività cumulativa sufficiente".

A tal fine la Commissione stila l'elenco delle organizzazioni sindacali dei lavoratori e dei datori annoverandovi, attualmente, la CES nonché, per i datori privati la BusinessEurope e per i datori pubblici la Ceep.

La Corte di Giustizia, nonostante il quadro sinora delineato, ha fornito una produzione giurisprudenziale regolatoria della materia allorquando, con due sentenze del 8/6/1994 (C-382/92 e C-383/92) ha stabilito che gli ordinamenti nazionali devono prevedere la designazione della rappresentanza sindacale necessaria per l'adempimento degli obblighi di informazione e consultazione previsti da direttive (ad es. per il licenziamento collettivo o il trasferimento d'azienda).

La Corte sembra orientata, quindi, verso l'individuazione di rappresentanze sindacali mediante norme di legge e non mediante norme ad efficacia obbligatoria.

Nondimeno, la Corte è intervenuta nella materia sindacale fornendo allarmanti indicazioni che prediligono le libertà economiche nel bilanciamento di queste con i diritti di rappresentanza ed azione sindacale; almeno dal punto di vista della rappresentanza del lavoratore, soggetto debole.

Dalle sentenze *Albany*, *Laval*, *Viking*, *Rüffert*, *Commissione vs. Lussemburgo*, *Commissione vs. Germania*, emerge un quadro normativo europeo che privilegia le libertà economiche e conduce a validare il dumping sociale fra i paesi dell'UE.

Se qualche contrario cenno proviene dalla CEDU che, con le sentenze *Demir e Enerji* ha ricondotto nell'alveo dell'art. 11 della Convenzione il diritto di negoziazione collettiva ed il diritto di sciopero, non potrà celarsi come lo stesso art. 11 cit. contiene una vasta gamma di eccezioni al principio.

3. QUAL È IL SISTEMA DI RAPPRESENTANZA E RAPPRESENTATIVITÀ NEL DIRITTO INTERNO?

In assenza di un apparato legale di efficacia soggettiva della negoziazione sindacale, l'assetto del sistema sindacale si è retto per molto tempo sull'unità sindacale che, però, ha mostrato aspre rotture, in particolare, nella seconda metà del decennio passato.

Ne è emersa la fragilità di un sistema sindacale fondato sulla natura associativa di diritto privato dell'associazione sindacale e la limitata efficacia degli accordi da questi stipulati ai soli iscritti.

Negli ultimi anni la mancata sottoscrizione dei contratti collettivi anche nazionali da parte delle federazioni della CGIL (Fiom ma anche Filcams) ha avuto rilevanti implicazioni sul terreno delle rappresentanze sindacali - fondato sull'art. 19 statuto lavoratori post referendum del 1995 che legittimava solo le organizzazioni firmatarie di contratti applicati nell'unità produttiva dell'impresa - cui ha dovuto porre rimedio la Corte Costituzionale con la sentenza 231/2013 con la quale si è valorizzato il riferimento alla rappresentatività sindacale espressa nella negoziazione propedeutica ai contratti collettivi.

Nell'ambito di questo aspro conflitto Confindustria, CGIL, CISL e UIL hanno avviato varie negoziazioni che sono sfociate nell'accordo interconfederale 28.6.2011, nel Protocollo d'intesa del 31.5.2013 poi confluiti, assieme all'accordo interconfederale sulle r.s.u. del 20.12.1993, nell'accordo interconfederale del 10.01.2014 definito Testo Unico sulla Rappresentanza Sindacale.

Con questa normativa collettiva (ma ad efficacia meramente obbligatoria) si stabiliscono gli indici di rappresentatività sindacale per partecipare al negoziato per la stipula del contratto collettivo nazionale nella misura del 5% della forza lavoro (i dati corrispondono alle deleghe per la riscossione dei contributi sindacali ponderati con i dati per le elezioni delle r.s.u. la cui analisi è affidata al CNEL).

In sostanza le parti si sono avviate a superare il potere assunto dall'impresa che poteva riconoscere l'interlocutore sindacale

ammettendolo o meno al negoziato; di fatto impedendone la rappresentanza sindacale in azienda.

Il testo unico definisce i “partecipanti alla negoziazione” - ai sensi dell’art. 19 Stat. Lav. come integrato dalla sentenza 231/13 della Corte Costituzionale - individuandoli nelle organizzazioni sindacali dotate del predetto 5% di rappresentanza che abbiano contribuito alla definizione della piattaforma ed abbiano fatto parte della delegazione trattante l’ultimo rinnovo del ccnl.

Il 9 marzo di quest’anno è stato stipulato l’accordo di indirizzo sulle relazioni industriali che, per quanto attiene alla rappresentanza, ribadisce che «*democrazia sindacale, misurazione e certificazione della rappresentanza costituiscono uno dei pilastri fondamentali di relazioni industriali*».

Ma, come si vede, ci si trova di fronte ad una disciplina con meri effetti obbligatori che sconta i limiti soggettivi di efficacia ai soli iscritti.

Al momento vi sono alcune encomiabili iniziative che - *de iure condendo* – propongono dei testi normativi per l’attuazione dell’art. 39 Cost. e che provengono dalla Rivista Diritti, Lavori, Mercati, dal gruppo di giuslavoristi denominatosi Frecciarossa e dal gruppo Astrid a dimostrazione dell’attenzione che la dottrina pone sulla questione.

Ma anche il mondo sindacale ha una rinnovata attenzione al tema. La CGIL ha promosso una proposta di legge di iniziativa

popolare partendo da una *carta dei diritti universali del lavoro* immaginato come nuovo statuto di tutte le lavoratrici e di tutti i lavoratori.

All'interno di questa proposta, attualmente all'esame della Camera dei deputati (AC-11), vi è una precipua parte destinata all'attuazione degli artt. 39 e 46 della Costituzione.

La proposta di legge si prefigge una regolamentazione organica del diritto sindacale per restituire centralità ed effettività all'azione di rappresentanza sindacale dei lavoratori e di definire un sistema di contrattazione collettiva a efficacia generale.

Inoltre l'attuazione dell'art. 46 Cost. tiene conto delle esperienze contrattuali e legislative di partecipazione attraverso l'esercizio dei diritti di informazione, consultazione, contrattazione, e l'attivazione di forme di controllo esterno, ma puntuali, nei confronti di imprese operanti nei settori di importanza strategica di interesse pubblico.

4. RAPPRESENTANZA: QUAL È OGGI IL LAVORATORE DA RAPPRESENTARE? QUAL È IL CONFINE FRA SUBORDINAZIONE ED AUTONOMIA?

La Commissione europea nel documento del 2014 *Industrial relations in Europe* indica (e conferma) un evidente calo della sindacalizzazione in tutti i Paesi sviluppati ad eccezione di quelli molto piccoli come Belgio ed Olanda.

In Italia non vi è un calo della sindacalizzazione in termini assoluti (pari al 31,6%) ma una visibile diminuzione degli iscritti tra i lavoratori attivi compensata dall'iscrizione dei pensionati; basti pensare che dallo studio europeo *Visser* emerge come i pensionati in Europa rappresentino il 17,2% degli iscritti ai sindacati mentre in Italia sono più del 48%.

La domanda che ne deriva è: il sindacato ha ancora un effettivo ruolo di rappresentanza del mondo del lavoro che appare in continuo mutamento?

La protezione apprestata al lavoro nel nostro sistema giuridico, funzionale al riequilibrio di un rapporto di potere diseguale, è diretta principalmente verso il lavoratore subordinato con un ventaglio di tutele (sempre più scarse) mentre destina una minore tutela al lavoro autonomo.

Il lavoro autonomo (vero o finto) costa meno ed ha meno tutele per cui ricorrere a questa forma contrattuale porta vantaggi evidenti alle imprese in quanto si scarica su di esso il rischio d'impresa.

Oggi, però, dopo l'emanazione di tre disposizioni di legge (l'art. 2 d.lgs. 81/2015 in tema di lavoro *eterorganizzato* o, meglio *eterocoordinato*, l'art. 18 L. 81/2017 sul lavoro agile, l'art. 15 L. 81/2017 sul lavoro parasubordinato), assistiamo a quello che, nell'immediatezza, Maresca, sul *Sole24Ore*, ha definito un capovolgimento del normale assetto del rapporto di lavoro in quanto il lavoratore subordinato è più autonomo poiché è libe-

ro di lavorare dove e quando vuole nella forma del lavoro agile, nondimeno il collaboratore autonomo è più subordinato poiché l'organizzazione del tempo e del luogo della prestazione è decisa dal committente nell'ambito del lavoro eterorganizzato.

Purtuttavia, a seconda della sussunzione in una o nell'altra delle fattispecie si avrà l'applicazione di un diverso sistema di tutele in quanto al lavoro eterodiretto si applicano tutte le tutele del lavoro subordinato, al lavoro parasubordinato si applicano le tutele del lavoro autonomo mentre il lavoratore agile è un lavoratore subordinato.

Ci si trova di fronte a previsioni di legge che impongono una riflessione sulla c.d. frontiera mobile fra subordinazione ed autonomia.

La tesi della individuazione della subordinazione nella prestazione eterodiretta (secondo la definizione di Barassi del 1901) oggi vacilla allorché si consideri che il lavoro eterodiretto ed il lavoro eterorganizzato hanno caratteristiche che si intersecano in modo contraddittorio giacché il lavoratore (subordinato) agile non soggiace a vincoli di orario e di luogo che sono, invece, elementi indicativi per individuare il lavoratore autonomo eterorganizzato.

Inoltre a quest'ultimo si applicano le tutele del lavoro subordinato che restano estranee alla collaborazione parasubordinata.

Ebbene, il potere direttivo (ordini di lavoro) non è indicativo perché estraneo al lavoro eterorganizzato che riporta alle tutele del lavoro subordinato, inoltre il potere direttivo non è significativo nelle prestazioni di basso livello o di professionalità elevata (proprio il caso ricorrente di collaborazione fittizia).

L'inosservanza di tempi di lavoro prestabiliti non sono indicativi poiché compatibili col lavoro dipendente "agile".

Il mancato inserimento all'interno del luogo di lavoro non è indicativo poiché compatibile col lavoro dipendente "agile".

Santoro Passarelli propone una soluzione secondo cui, per individuare il confine fra autonomia e subordinazione, occorre individuare il soggetto a cui è rimessa l'organizzazione ovvero la determinazione delle modalità di esecuzione della prestazione.

La questione è ancora più complicata dall'affacciarsi nel dibattito delle nuove forme di lavoro che emergono nella *sharing economy* («*an economic system in which assets or services are shared between private individuals, either free or for a fee, typically by means of the Internet*» https://en.oxforddictionaries.com/definition/sharing_economy) ovvero quel «sistema economico in cui i beni o i servizi sono condivisi tra privati, gratuitamente o a pagamento, in genere tramite Internet») in quanto la piattaforma digitale diviene lo strumento per l'esecuzione di prestazioni lavorative.

È del tutto evidente come dal punto di vista dell'impresa il frazionamento della produzione in minuscole commesse è una forma di abbattimento del rischio d'impresa: la variabilità della domanda è trasferita sul fattore lavoro attraverso forme di remunerazione del lavoro digitale "a consumo" e come, altresì, il lavoro nell'era digitale può essere invisibile.

Le piattaforme on-line, in ragione della loro intrinseca a-territorialità, si prestano a supportare l'esecuzione in outsourcing di qualsiasi tipo di compito che possa essere svolto da remoto da una "folla" di lavoratori potenzialmente connessi da ogni parte del mondo (crowd working)

Dietro la retorica dell'imprenditore di sé stesso, che spende sul mercato il proprio capitale umano, il crowdworking (lavoro diffuso fra la folla) occulta l'utilizzo di una folla di lavoratori, privi di tutela e, ancor prima, di qualsiasi riconoscibilità.

Il problema è la qualificazione giuridica del lavoro su piattaforma: per individuare la tutela è necessario che si stabilisca quale sia il suo campo di applicazione per evitare che abbia il sopravvento il sistema di gig economy (economia dei lavoretti frammentari e discontinui) ovvero il sistema in cui l'unico modo per accedere ad un reddito è vendersi a meno in una struttura di gare al ribasso e l'unico modo per sopravvivere in un contesto dominato da retribuzioni sempre inferiori è essere disposti a lavorare sempre di più.

È evidente che occorre l'elaborazione di tutele uniformi per questi lavoratori prendendo atto della sussistenza di una su-

bordinazione economica che ha una valenza che trascende la qualificazione e che determina inedite forme di sfruttamento del lavoro anche autonomo: anche quando il lavoratore può disconnettersi, anche quando può rifiutare la chiamata, resta connesso e accetta per un bisogno economico.

5. QUALE AZIONE SINDACALE NEI NUOVI AMBITI IN CUI SI ESPRIME IL LAVORO?

Il sindacato si trova di fronte ad un primo ineludibile problema: identificare il datore di lavoro ovvero quel soggetto che stipula e risolve il contratto di lavoro, riceve la prestazione lavorativa, rende possibile l'adempimento della prestazione, provvede alla retribuzione, controlla e gestisce l'organizzazione del lavoro, sopporta i rischi dell'attività di impresa.

Il datore di lavoro diviene un'oscura ombra nella Gig economy dove l'algoritmo che sta alla base della piattaforma, permette la gestione dei rapporti di lavoro che sono collegati al sistema di intelligenza artificiale.

Ad esempio la piattaforma potrebbe non esercitare alcuna ingerenza ma limitarsi a selezionare lavoratori indipendenti, metterli in contatto con il cliente poi sarà quest'ultimo a remunerare il prodotto o il servizio reso.

Le attività svolte dalla piattaforma appaiono strumenti di incontro fra domanda ed offerta nel mercato del lavoro come prefigurato nell'interpello del Ministero del Lavoro n. 12/2013

del 27 marzo 2013 ove si afferma che se le attività di intermediazione svolte in crowd - sourcing non sono finalizzate alla conclusione di contratti di lavoro ma alla mera stipulazione di contratti di natura commerciale allora è esclusa la configurabilità delle piattaforme quali Agenzie per il lavoro, mentre se l'attività di crowd - sourcing riguarda la conclusione di contratti d'opera professionale ex art. 2222 c.c., allora è necessario richiedere l'autorizzazione per lo svolgimento dell'attività di Agenzia per il lavoro.

Alcuna dottrina, in particolare Faioli, ha proposto che al lavoro mediato da applicazioni digitali (c.d. Jobs App) si applichi la disciplina del lavoro somministrato, considerando la possibilità di introdurre una normativa sul soggetto somministratore/intermediatore «algoritmico».

In sostanza una somministrazione/intermediazione di nuova generazione per il lavoro subordinato volta a gestire il lavoro mediato da applicazioni digitali con il regolamento protettivo del lavoratore subordinato.

In tal modo, il sindacato avrebbe un interlocutore stabile con cui attivare le proprie iniziative.

Ma qual è il punto di vista del sindacato di fronte a queste nuove forme di lavoro?

La proposta di legge sopra richiamata contiene un apparato di tutele uniformi applicabili sia al lavoro autonomo che al lavoro subordinato con l'eccezione delle disposizioni tipiche del rap-

porto di lavoro subordinato in tema di potere direttivo, di *ius variandi*, potere disciplinare ecc..

Purtroppo, però, la dipendenza economica del lavoratore che opera nelle nuove forme di lavoro, non trova alcuna tutela con gli attuali schemi legati alla eterodirezione ovvero del lavoratore sottoposto alle direttive di un capo che ne sorveglia l'esecuzione attraverso assidui controlli.

Occorre superare questo schema inidoneo a sussumere la realtà contemporanea del lavoro prendendo spunto dai suggerimenti della Corte Costituzionale che con la sentenza n. 30 del 1996 faceva riferimento ad una diversa prospettiva rilevando la subordinazione quando la prestazione si svolge in un contesto altrui (alienità dall'organizzazione) ed il prodotto del lavoro è di spettanza altrui (alienità dal risultato del lavoro), prospettiva applicata dalla Corte di Cassazione (sent. n. 820/2007) solo una volta-

Susanna Camusso, in conclusione di un convegno di novembre scorso sul tema ha affermato come sia ben chiaro al sindacato che *«essere collegati a una piattaforma attraverso un'applicazione digitale è da considerarsi altrettanto autoritario di un rapporto di lavoro taylorista»* che *«in questo modello che avanza, in realtà, il lavoratore non ha alcuna libertà di decisione»* perché *«gli algoritmi delle piattaforme alla seconda o terza volta che si decide di non rispondere a una richiesta, disconnettono il lavoratore e risolvono in modo apparentemente neutro il problema»*.

In sostanza, il segretario della maggiore confederazione sindacale afferma con nettezza che *«quelle attività sono forme di lavoro dipendente. Non possiamo perdere di vista la nozione di dipendenza solo perché siamo di fronte alla smaterializzazione del lavoro»*.

Come si vede la posizione del sindacato evoca proprio la nozione di dipendenza economica sopra richiamata.

Roma, 17.05.2018

Avv. Filippo Aiello