



Numero 3 / 2025

Il diritto del lavoro e la sfida della validità sociale

Antonio MONTEIRO FERNANDES

Il diritto del lavoro e la sfida della validità sociale¹

Antonio MONTEIRO FERNANDES

Universidade Nova de Lisboa

Presentazione di G.Maurizio Ballistreri, ordinario ab. Diritto del Lavoro Università di Messina

Il prof. Antonio Monteiro Fernandez, è professore cattedratico nell'Università di Lisbona e figura di assoluto rilievo della dottrina giuslavoristica a livello internazionale. Per i suoi studi ha ricevuto la laurea honoris causa in diritto dall'Università Nova di Lisbona e dall'Università di Messina. Ha insegnato anche nelle università di Bordeaux e di Trento ed è stato sottosegretario al lavoro in Portogallo.

Nella sua relazione alla Scuola d'Eccellenza dell'Università di Messina, il prof. Monteiro ha evidenziato le oscillazioni del diritto positivo e della giurisprudenza, le tesi sul "diritto del lavoro dell'economia", la contrattazione collettiva derogatoria, i confini mobili tra lavoro dipendente e autonomo, che rappresentano le cause dell'incertezza del diritto del lavoro, a cui contribuiscono anche elementi fattuali individuabili nell'ambiguità, nell'oscurità e nella mancanza di semplicità delle norme con un elevato grado di instabilità, nella pluralità delle leggi con stratificazione e nella lunghezza dei processi.

Uno dei temi focalizzati è la nozione di fattispecie o, meglio, l'efficacia della regolazione attraverso fattispecie, sempre più messa in discussione sul piano dogmatico generale e negli equilibri ordinamentali, da quelli costituzionali a quelli legislativi.

La relazione del Prof. Monteiro

1. Il diritto del lavoro moderno nacque come un insieme di misure di emergenza sociale che ignoravano la nozione di contratto di lavoro e privilegiavano il rapporto tra Stati e imprese. In questa configurazione, il diritto del lavoro aveva una validità sociale limitata, rappresentava realtà periferiche rispetto agli ordinamenti giuridici in cui emergeva e aveva tipicamente modesti gradi di efficacia. In questo contesto, per così dire "primitivo", i datori di lavoro erano i principali regolatori dell'effettivo livello di protezione dei lavoratori in un contesto di estremo sfruttamento. In linea con la loro irrilevanza sociale, i lavoratori erano giuridicamente trattati come soggetti passivi, i cui regimi lavorativi erano definiti dai datori di lavoro, con un'interferenza statale marginale che imponeva restrizioni a questo potere unilaterale. La mancanza o l'insufficienza di meccanismi per monitorare il rispetto di tali restrizioni portava a elevati livelli di inefficacia delle rispettive norme. La validità sociale di questo primitivo "diritto del lavoro" era praticamente nulla.

Tuttavia, e soprattutto nella seconda metà del secolo scorso, gli sviluppi che il sistema normativo del lavoro ha acquisito gli hanno conferito un significato e una portata ben diversi da quelli originari. Il diritto del lavoro ha assunto una funzione sociale ed economica primordiale, che

¹ Testo di supporto all'intervento dell'Autore presso la "School of Excellence" dell'Università di Messina il 14 luglio 2025.

possiamo ricondurre all'idea di "garanzia" dei diritti essenziali dei lavoratori, attraverso la definizione di condizioni minime di lavoro e di retribuzione, dotate di un sistema di tutela volto a promuoverne l'efficacia. Più che semplicemente riconoscere diritti, l'ordinamento si è impegnato nella loro robusta tutela, preoccupandosi di assicurarne la realizzazione nella praxis dei rapporti di lavoro. Così, i diritti collettivi (libertà di associazione, diritto alla contrattazione collettiva, diritto di sciopero) e i diritti individuali hanno iniziato a godere di una "garanzia giuridica" – ovvero una tutela che va oltre la diligenza dei titolari dei diritti stessi – sotto l'egida dei diritti fondamentali sanciti dalle costituzioni democratiche.

Con questa configurazione, il diritto del lavoro si è confrontato con due corollari che, quasi ovunque, lo hanno posto al centro del dibattito politico: affermandosi come garante della salvaguardia e dell'attuazione, nei rapporti di lavoro, di un insieme di diritti fondamentali, ha assunto un ruolo strutturante nello Stato sociale di diritto – ma, al tempo stesso, è diventato oggetto di un dibattito incessante sulla sua compatibilità con le dinamiche delle imprese e dell'economia.

L'idea semplice ed efficace che la giustizia sociale presuppone lo sviluppo economico e che questo può essere raggiunto solo rinunciando almeno parzialmente ai diritti acquisiti nel corso di un secolo, questa idea, che ha prosperato nei nostri paesi almeno dagli anni '80, è al centro delle rivendicazioni, sostenute nel dibattito sopra menzionato, di flessibilità contro rigidità e di contrattualità individuale contro autonomia collettiva.

2. Questo dibattito, alimentato dalle fluttuazioni politiche e dalle mutevoli circostanze economiche, ha portato a due conseguenze: i tentativi di “trasfigurare” il diritto del lavoro, enfatizzandone la strumentalità economica e indebolendone l'influenza sulla qualità del lavoro nelle organizzazioni, e, contemporaneamente, lo sviluppo di processi di organizzazione del lavoro e di metodi di produzione concepiti con l'obiettivo unico o predominante di ridurre o addirittura eliminare l'applicazione di regimi giuridici basati sui tipici rapporti di lavoro. Tali sforzi sono, peraltro, sostenuti dalla persistente configurazione del “nucleo comune” del diritto del lavoro basato su realtà in via di estinzione, quali le imprese integrate e autosufficienti, di dimensioni rilevanti, nei settori manifatturiero e commerciale.

Si tratta di due sfide devastanti che i legislatori del lavoro si trovano ad affrontare: la prima, l'esigenza dell'adozione dello sviluppo della produttività del lavoro e della competitività delle imprese e dell'economia come criterio di efficienza delle norme, relegando, se necessario, i diritti dei lavoratori a un ruolo secondario; la seconda, il confronto continuo e sempre rinnovato con i diversi modi in cui gli agenti economici cercano di distanziarne o ridurne l'applicazione alle situazioni reali che lo richiedono.

In entrambe queste prospettive, le nuove forme di organizzazione del lavoro diventano pienamente comprensibili solo alla luce di una strategia ossessiva di risparmio sul costo del lavoro, adottata e perseguita non solo dagli imprenditori, ma anche sostenuta dalle politiche pubbliche, in particolare quelle per l'occupazione e quelle volte a promuovere la competitività economica. Questo risparmio presuppone la svalutazione del lavoro umano e l'esternalità dei lavoratori rispetto alle organizzazioni in cui svolgono la loro attività.

Tali circostanze determinano una rarefazione della validità sociale del diritto del lavoro, nel contesto del degrado della democrazia nelle società sviluppate.

3. Uno studio non molto recente, ma sempre attuale, della Dublin Foundation (New Forms of Employment, 2015) ha raccolto dati sulle forme più rilevanti di organizzazione e prestazione del lavoro moderne. L'elenco è eloquente in termini di senso generale dell'evoluzione in corso.

Le modalità a cui si fa riferimento in questo studio sono: lavoro mobile, basato sulle tecnologie dell'informazione e della comunicazione, lavoro su piattaforme digitali, lavoro occasionale – una categoria che comprende il lavoro intermittente e il lavoro a chiamata –, la condivisione del personale tra più datori di lavoro, il job sharing, il lavoro basato su voucher, il lavoro collaborativo (in forma cooperativa) e il lavoro interinale.

Per una o più ragioni, ciascuna di queste modalità cerca di aggirare il paradigma del lavoro stabile, continuativo e integrato, separando il lavoratore dalla struttura interna dell'organizzazione che lo impiega e, naturalmente, stabilendo una correlazione il più possibile assoluta tra l'unità di tempo di lavoro e l'unità di retribuzione. Infatti, il cosiddetto "lavoro mobile" abbandona la determinazione spaziale dell'erogazione del lavoro come fattore di stabilità; il lavoro legato alle piattaforme digitali annulla praticamente la visibilità degli elementi polari del rapporto di lavoro (dove, da chi e a chi viene erogato il lavoro); il "lavoro occasionale" elimina l'esistenza di qualsiasi programma di prestazione, offrendo al fornitore totale incertezza in cambio della totale disponibilità di risorse da parte del datore di lavoro; e qualcosa di analogo si potrebbe dire delle altre modalità generate da un'inesauribile inventiva al servizio di una instancabile fuga dalle responsabilità e dal giusto prezzo delle risorse utilizzate.

Questa strategia si fonda su una logica di spersonalizzazione del rapporto di servizio, sull'apparente dissoluzione di legami che, nel paradigma iniziale, riflettevano la dipendenza personale di chi fornisce lavoro da chi lo utilizza, e persino sull'introduzione di apparenti elementi di autonomia funzionale nella posizione dei fornitori di lavoro.

Esistono argomentazioni moderne e pragmatiche, diffuse e suggestive, secondo cui questo impiego stabile, continuativo e integrato è una realtà storicamente superata, a causa della convergenza di fattori economici e sociali che puntano esattamente nella direzione opposta. Ma la verità è che in tutte le nostre società, questo impiego "tradizionale e obsoleto" continua a prevalere come forma dominante di organizzazione e prestazione lavorativa. Le statistiche sull'occupazione sono inequivocabili su questo punto. E continua a prevalere per una semplice ragione: è una formula che – nella sua configurazione di base, a prescindere dalle specificità legate alle tipologie di attività economica – serve gli interessi rilevanti sia di chi lavora che di chi gestisce un'azienda.

Pertanto, sebbene la concezione di alcune di queste nuove forme di lavoro implichi, in termini reali o apparenti, un'accentuazione dell'autonomia del prestatore di lavoro, la realtà delle situazioni indica una varietà di configurazioni di dipendenza o subordinazione che coloro che ricevono il lavoro continuano a ricercare come condizione per l'uso efficiente di tale lavoro. Ciò è evidente in ciascuna delle modalità di lavoro sopra menzionate, che, da un lato o dall'altro, sfidano i legislatori del lavoro senza abbandonare realmente il rapporto di dominanza insito nel lavoro salariato.

4. Una di queste sfide è l'emergere del lavoro svolto tramite piattaforme digitali, un tema attualmente di tendenza in diversi Paesi, sia per l'assenza o la debolezza delle risposte legislative, sia per l'esitazione e l'incertezza dei tribunali in merito alla qualificazione giuridica di tali situazioni.

Lavorare su piattaforme digitali porta a fenomeni resistenti al diritto del lavoro, come la disintegrazione e la smaterializzazione delle realtà concrete e personalizzate con cui i professionisti del diritto e gli interpreti sono abituati a confrontarsi in questo settore.

La "gestione algoritmica" delle prestazioni di lavoro produce un effetto utile consistente nell'invisibilità del datore di lavoro e nell'apparenza che i prestatori di lavoro siano imprenditori, liberi professionisti che gestiscono la propria attività con il supporto o tramite una piattaforma digitale. L'effetto magico della presunta assenza di un datore di lavoro, e persino della presunta assenza di un'azienda per la quale il lavoro viene prestato, viene perseguito attraverso l'immaterialità di un software che – si potrebbe dire – decide e definisce tutto senza l'intervento umano.

5. In ogni caso, questa modalità porta con sé un forte elemento di incertezza riguardo agli elementi essenziali del rapporto di lavoro.

In quanto particolare forma di organizzazione del lavoro a beneficio di altri, è progettato per offuscare l'identità di chi ne beneficia e di chi lo svolge. Da qui il termine anglosassone "crowdwork": qualcuno della "folla" dei consumatori beneficia del servizio di qualcuno individuato dalla "folla" dei fornitori di un certo tipo di servizio. Consumatore e fornitore vengono estratti dalla folla informe a cui appartengono da un algoritmo che contiene l'intera struttura del rapporto così instaurato.

In realtà, la piattaforma digitale è un'astrazione, o, più precisamente, un elemento impersonale che funziona in senso pratico solo perché è attivato, ma che può essere immaginato come un'entità distinta da qualsiasi parte interessata nella situazione in esame.

È così che la direttiva europea in materia (Direttiva 2024/2831) offre questa sorprendente definizione di "piattaforma di lavoro digitale": "una persona fisica o giuridica che fornisce un servizio commerciale" con soddisfazione di certi requisiti (art. 2/1).

In questo modo, il legislatore europeo "personalizza" la piattaforma, segnalando chiaramente il fatto che si tratta di un'azienda, di un'organizzazione commerciale a scopo di lucro. O, per essere più precisi, fonde nella piattaforma l'identità dell'azienda che la promuove e la gestisce.

6. Ciò che distingue questa entità di gestione della piattaforma, che in realtà è un'azienda, è la caratteristica – insita nella struttura stessa del modello – di rimanere distante dal contesto in cui avviene l'incontro tra cliente e fornitore, coltivando l'invisibilità che questa distanza offre. Le persone che cercano e offrono servizi provengono da "folle" informi, non hanno contatti precedenti e si identificano tra loro solo al momento dell'esecuzione del servizio, dopo l'intervento "impersonale" dell'algoritmo ospitato sulla piattaforma.

La percezione diffusa che qualcuno "governi" lo schema si dissolve di fronte al modo concreto in cui si instaura il rapporto tra cliente e fornitore. Questi partecipanti entrano in contatto nell'illusione di un'ampia libertà contrattuale.

La qualificazione giuridica di questa situazione – quella in cui qualcuno fornisce un servizio, un altro lo riceve e lo paga, e un terzo ne ricava un profitto – appare incompatibile con qualsiasi schema contrattuale applicabile nel contesto del lavoro a beneficio di terzi. Questa qualificazione giuridica, prerequisito per l'applicazione di norme e principi normativi, è una questione completamente aperta e irrisolta. In Brasile, ad esempio, è causa di una frattura all'interno della stessa magistratura, tra le posizioni del Tribunale Superiore del Lavoro e quelle della Corte Suprema Federale.

7. In ogni caso, appare chiaro che si è aperta la strada verso il superamento dei criteri tradizionali di direzione e controllo dell'attività di una persona da parte di un'altra, o verso concezioni flessibili di cosa possano essere la direzione del lavoro e l'azione disciplinare, aprendo tali nozioni a nuove

possibilità di compatibilità con diversi gradi di autonomia e libertà di scelta da parte degli esecutori.

In altre parole: si riconosce che dirigere il lavoro può non significare imporre ordini, che controllare l'attività può non significare monitorare la presenza e la diligenza, e che l'azione disciplinare può non consistere in punizioni, ma in semplici interruzioni o deviazioni dal normale svolgimento del rapporto di servizio.

Da qui la necessità di un'ampia revisione del concetto operativo di subordinazione, intrapresa in effetti dalla giurisprudenza di diversi Paesi, volta a sottolineare essenzialmente l'elemento irriducibile della dipendenza organizzativa, ovvero la situazione in cui un individuo svolge la propria attività lavorativa all'interno di un quadro organizzativo e disciplinare definito da un altro. In ogni caso, il criterio della dipendenza organizzativa, che costituisce, per così dire, l'ultima risorsa per determinare la subordinazione, può articolarsi in diversi elementi fattuali, la cui adeguata definizione è probabilmente meno alla portata del legislatore – costretto a confrontarsi con criteri di generalità e astrazione – che nel mirino dei giudici, di fronte all'immensa variabilità delle situazioni e delle procedure volte a determinarne la qualificazione giuridica.

8. Questa configurazione della subordinazione è particolarmente pertinente nelle situazioni che coinvolgono attività lavorative supportate da piattaforme digitali. Operando nell'ambito definito dalle regole definite dalla piattaforma e tradotte negli algoritmi in essa ospitati, i fornitori di servizi mantengono il potere di prendere decisioni specifiche, godono di una notevole libertà di agire o meno, ma sono sempre sotto controllo e subiscono le conseguenze, applicate dall'algoritmo, delle loro decisioni.

Tutti i parametri essenziali dell'attività sono stabiliti dalla piattaforma, ovvero dall'ente che la gestisce, e in questo ambito né i fornitori di servizi, né i clienti, né eventuali intermediari come quelli menzionati nella direttiva europea, hanno alcun potere su di essi.

9. La direttiva europea in materia raccomanda, all'articolo 5, l'istituzione di una presunzione legale (di esistenza di un rapporto di lavoro) quando si tratti – si veda la formulazione ridondante – di un "rapporto contrattuale tra una piattaforma di lavoro digitale e una persona che lavora su piattaforme digitali tramite tale piattaforma". Tale presunzione è ovviamente confutabile e ha lo scopo di invertire l'onere della prova in merito alla qualificazione del rapporto.

Questa presunzione legale, presentata come una "facilità procedurale" a favore dei fornitori di servizi di piattaforma, trae certamente ispirazione da una legge spagnola emanata qualche anno prima – la somiglianza della tecnica utilizzata è notevole – ed era anche supportata dalla legislazione portoghese. Tuttavia, indicazioni provenienti da altri ordinamenti – in particolare quello italiano – indicano che l'adozione di tale presunzione non sarà né necessaria né utile ai fini del recepimento della direttiva.

Inoltre, la presunzione legale, che inverte l'onere della prova ordinario, non è gradita dai tribunali. In Portogallo, ad esempio, la presunzione è stata a lungo neutralizzata e non applicata sulla base di pretesti discutibili relativi all'applicazione della legge nel tempo.

10. Tuttavia, al di là della questione della qualificazione, si pone un'altra questione, forse ancora più complessa: il quadro normativo del lavoro applicabile nei casi di rapporti di lavoro atipici, qualificabili come rapporti di lavoro subordinato.

La direttiva europea compie scarsi progressi su questo punto. Infatti, affronta la qualificazione giuridica delle situazioni, ma non definisce le conseguenze di tale operazione. Oltre a garantire ai rappresentanti dei lavoratori coinvolti nel lavoro tramite piattaforma il diritto all'informazione e

alla consultazione – esprimendo una naturale preoccupazione per la trasparenza in situazioni intrinsecamente opache – la direttiva dice poco sul quadro giuridico di questi rapporti di lavoro. La stessa tutela contro il licenziamento, prevista dall'articolo 18, riguarda principalmente le situazioni in cui un lavoratore può essere licenziato per aver esercitato i diritti garantiti dalla direttiva. È chiaro che il legislatore europeo desidera lasciare agli Stati membri la definizione del quadro applicabile in tali situazioni.

La verità è che i quadri giuridici generali incentrati sul contratto di lavoro non sono affatto adatti a questo tipo di lavoro subordinato (come non lo sono per le altre nuove forme di lavoro sopra menzionate). Ad esempio: come si può applicare il sistema di ferie o le regole sulla durata del lavoro in situazioni in cui il dipendente ha la libertà (apparente) di decidere sui tempi di lavoro e di riposo? Diversi istituti del diritto del lavoro, nella loro forma generale, sono del tutto inadatti a questo quadro, poiché presuppongono la sottomissione al potere decisionale del datore di lavoro in ogni momento e in tutti gli aspetti rilevanti del rapporto di lavoro. Questo, tuttavia, non è il paradigma del lavoro su piattaforma, in quanto lavoro subordinato.

11. La dogmatica del diritto del lavoro, che postula la stabilità dei criteri di valore fondamentali applicabili ai rapporti di lavoro, impone di per sé un quadro normativo del tutto specifico ed esclusivo per il lavoro su piattaforma, purché possa essere considerato lavoro subordinato. Lo stesso vale, del resto, per altre "nuove forme di lavoro" che, per un motivo o per l'altro, resistono all'applicazione del regime comune del rapporto di lavoro, ma sollevano identiche esigenze di tutela per i prestatori di attività.

Ma è altrettanto chiaro che le diverse questioni che chiamano in causa valori fondamentali legati alla dignità del lavoro richiedono, in queste modalità, risposte specifiche che non diventino controproducenti. Ad esempio, i margini di autonomia che il sistema delle piattaforme generalmente concede ai fornitori di servizi – e a cui questi non saranno certamente disposti a rinunciare – devono essere salvaguardati, poiché consentono maggiori livelli di conciliazione tra lavoro e vita privata. Per quanto riguarda l'orario di lavoro, sarà necessario distinguere tra periodi di disponibilità (offerti dai fornitori di servizi) e periodi di lavoro effettivo (richiesti dalle piattaforme). Il diritto al riposo, come accennato, deve essere declinato in modo adeguato alle caratteristiche dell'attività. E così via.

Credo che gran parte dello sforzo per attrarre i lavoratori delle piattaforme verso il mainstream del diritto del lavoro debba essere indirizzato alla progettazione di questo regime specifico, informato dai valori e dai principi fondamentali della tutela del lavoro, ma adattato agli aspetti atipici di queste situazioni.

In questo senso – se mi è concesso la libertà – credo che la recentissima legge italiana di delega per il recepimento, tra altre, della direttiva europea in materia dimostri un'enorme cautela nella definizione preventiva di linee guida in materia, lasciando ampio margine alla scelta delle tecniche regolative che si dimostrino più appropriate. Ad esempio, non prevede nemmeno l'istituzione di una presunzione di legge, come auspicato dalla direttiva.

In questa materia, come al riguardo di altre forme di lavoro che mirano ad allontanarsi dal paradigma classico, l'adeguamento delle tecniche regolative è condizione per la salvaguardia di quei valori e principi e, pertanto, della validità e della rilevanza sociale del diritto del lavoro come vettore dello stato di diritto sociale.