

StuDocu.com

Dal Punta - Diritto del Lavoro

Diritto del lavoro (Università degli Studi di Firenze)

DIRITTO DEL LAVORO

INTRODUZIONE

1. Diritto e vita

Il diritto ingenera di frequente, in chi lo studia e lo pratica, un senso di latente disagio, l'origine profonda del quale si annida nella percezione di una fondamentale *inautenticità* dell'esperienza che si è soliti fare del diritto; una percezione che resiste alla consapevolezza dell'enorme importanza che il diritto riveste per la vita sociale. Da dove proviene tale sensazione? Forse dal fatto che chi si avvicina al *diritto* avverte, se ha un minimo di sensibilità, che esso riguarda la *vita*, senza essere in grado di comprendere però, se e come tale originario rapporto si mantenga. Quello di cui si fa esperienza, in tal caso, è uno *scarto ontologico fra diritto e vita*.

È innegabile, beninteso, che *oggetto primario della conoscenza giuridica sono, e debbono rimanere, le norme giuridiche*. Ma, una volta acquisito tale assunto di base, resta da chiarire quanto e come l'esperienza di vita giochi o debba giocare nella conoscenza del diritto. Infatti, che uno stretto rapporto fra le due dimensioni vi sia, è persino banale rilevarlo. L'esperienza dello studente è, a tal proposito, *opposta* a quella di chi maneggia, nella propria attività lavorativa, gli strumenti del diritto. Quest'ultimo (es. il notaio che deve redigere un contratto, l'avvocato che deve introdurre una causa o difendersi in essa, il giudice chiamato a condurre un procedimento giudiziario da definirlo con una sentenza) fa esperienza del diritto nella forma di un concreto problema da risolvere. All'operatore del diritto si chiede, insomma, non soltanto di comprendere astrattamente il significato di una norma giuridica, bensì anche, e soprattutto, di applicarla in una situazione concreta; fermo restando che quanto maggiore è il livello di comprensione astratta, tanto migliore è probabile che sia l'applicazione.

Lo studente invece ancora non ha, di solito, una significativa esperienza di vita e soprattutto di lavoro, e si trova ad entrare in contatto con le norme prima di aver sperimentato direttamente i *problemi* che esse mirano a regolare e a risolvere. Nè gli si richiede, se non per esempi e simulazioni, di applicare il diritto in situazioni concrete. Lo studente soffre, quindi, di una visione inevitabilmente distorta e astratta; è compito di chi insegna diritto fargli capire che quell'astrattezza è soltanto uno strato superficiale, e metterlo in comunicazione, con quel mondo del quale non ha ancora una significativa esperienza. Inoltre il docente deve mettere in guardia lo studente da simmetrico pericolo, nel quale, una volta restituito il diritto la sua vitalità, egli rischia di incorrere: quello di pensare che il diritto quasi non esista, e che l'unica cosa reale siano i problemi che esso è finalizzato, di volta in volta e nei più disparati settori, a risolvere.

Guai a pensare, insomma, che le concettualizzazioni del diritto siano fine a se stesse, tanto da poter essere disinvoltamente messe da parte in nome di una presunta sostanza delle cose: esse sono invece il frutto dell'incessante dialettica fra l'essere e dover essere sociale, che rappresenta il motore dello sviluppo storico. In conclusione, *l'apertura comunicativa* al mondo cd. reale, sebbene necessaria, non deve far dimenticare che se il diritto è funzionale dal mondo, vale a dire all'uomo, e seppure, un oggetto autonomo di conoscenza che deve essere compresa anzitutto *dall'interno*, secondo i propri principi. È da evitare pertanto una corsa troppo impaziente verso la concretezza, già che soltanto sobbarcandosi la fatica della comprensione dei concetti giuridici, lo studente può entrare in possesso degli strumenti metodologici che gli consentiranno di accedere più avanti a una conoscenza *matura* del diritto. A quel punto lo scarto ontologico fra diritto e vita si sarà azzerato da solo.

2. Fra metodo e filosofia

Per orientarsi in un mondo così complesso come quello del diritto, sarebbe opportuno, disporre di un *metodo* affidabile e facile da applicare. La scelta del metodo giuridico è, e sempre resterà, aperta, per due essenziali ragioni.

In primo luogo, la scelta del metodo compete al singolo interprete (giudice, avvocato, giurista accademico, me lo operatore, studente), il quale si trova generalmente a disposizione una *pluralità* di possibili approcci metodologici, che quasi mai emergono come tali nello spazio comunicativo pubblico, nella misura in cui la scelta del metodo resta di solito implicita. Spesso, inoltre, il metodo adottato nell'approccio ad una determinata fattispecie risulta da ibridazioni fra vari metodi in voga.

In secondo luogo, al pluralismo dei metodi si accompagna alla *storicità* dei medesimi, la quale implica che i metodi sono transeunti (es. un metodo dominante in una stagione può cadere in disgrazia in un'altra, e qualunque metodo va a soggetto ad adattamenti trasformazioni -il positivismo giuridico di oggi non è più

quello dell'ottocento-). L'evoluzione dei metodi è strettamente intrecciata, a propria volta, con l'evolversi delle *concezioni del diritto*. Al fondo dei diversi approcci metodologici risiedono infatti diverse visioni *filosofiche* di che cosa sia diritto, inteso nella sua essenza e totalità. E, come noto, anche a tal proposito, il pluralismo è ricco e ineshausto derivandone una serie di ricadute diverse, anche se non sempre adeguatamente esplicitate e chiarite dalla letteratura, in quel contatto più ravvicinato col diritto che si realizza sul terreno dell'esperienza.

3. Dal testo alla cosa

Il contatto con il diritto comincia dall'incontro con il *testo normativo*. È molto importante che tale incontro sia diretto, ossia che avvenga attraverso una lettura personale del testo. Il confronto diretto col testo, è la condizione (necessaria ma non sufficiente) perché il potenziale interprete della norma attivi le proprie risorse intellettuali al fine di comprenderne il significato. La domanda da porsi è infatti: che significa questo testo? Il testo esige, quindi, una lettura iniziale, rivolta un primo contatto con il suo linguaggio e con le sue figure sintattiche, sin dall'inizio finalizzato a decifrarne il senso. Ma il testo rimanda anche, immediatamente, alla cosa di cui si parla nel testo stesso, vale a dire al *riferimento esterno*, insomma il problema che è una certa legge o disposizione ha preso in considerazione al fine di regolarlo e, conseguentemente, di cercare di risolverlo nel modo più razionale e/o più giusto. Il fatto stesso dell'emanazione di una norma è infatti invece dell'esistenza, a monte, di un'istanza di *regolazione*. Tale istanza può concernere la protezione di determinati valori o interessi ritenuti meritevoli di tutela, e/o il soddisfacimento di esigenze di funzionalità dell'impresa e/o del mercato.

Il diritto, infatti, ha sempre una doppia faccia, di garante dei valori, ergo dei diritti individuali e collettive, ma anche di strumenti del funzionamento economico e sociale. Persino una materia come diritto del lavoro, sorta e sviluppatasi attorno una missione protettiva porta i segni di tale molteplicità di fini. Chi si avvicina a una norma si deve pertanto domandare, anzitutto, quali finalità essa persegue. Tale individuazione non può che avvenire, a sua volta, all'interno di un ventaglio di riferimenti, che rappresentano quello che *già pensiamo* a proposito di tale problema e che dipendono, dal contesto storico e culturale del quale facciamo parte e dalla nostra collocazione in esso. Per illustrare tale concetto si pensi all'articolo 2109 co 2 codice civile, in tema di ferie del lavoratore subordinato: lo studente dovrebbe anzitutto andare con la mente al significato di tali parole nel linguaggio comune, per poi farsi così una prima idea sui valori che sono in gioco in tale istituto: nelle ferie, al riposo dal lavoro e una fruizione di un tempo libero dal lavoro.

Da questi sfocati e approssimativi contatti con la cosa, l'interprete in grado di risalire, per quanto ancora confusamente, ai conflitti di valori interessi che la protezione di certi diritti può innescare all'interno di una relazione contrattuale come quella di lavoro subordinato, caratterizzato da interessi almeno in buona parte contrapposti. L'interprete è in grado, dunque, di farsi una iniziale opinione, magari agganciata a vicende personali su che cosa è razionale e/o giusto prescrivere, sul piano del *dover essere* normativo, in situazioni come quelle considerate. L'accento alle esperienze personali merita di non essere lasciato cadere. Il diritto del lavoro è una materia fortemente *esistenziale*, già che corrisponde a un'esperienza di vita. Tutti noi lavoriamo o lavoreremo; e *lavorare significa avere a che fare con il diritto del lavoro*.

Dopodiché, munito di questo bagaglio di impressioni, l'interprete deve tornare ad affrontare il testo, il cui significato si propone di comprendere. A questo stadio il processo della compressione giuridica è appena iniziato.

4. Dalla cosa al testo: il linguaggio

Il fatto che il diritto contemporaneo sia normalmente scritto è all'origine di quello che, secondo una scuola di pensiero è stato considerato il postulato del carattere puramente *ricognitivo* dell'attività interpretativa. Secondo questo punto di vista (che è quello delle teorie cosiddette *cognitivistiche* dall'interpretazione), l'interprete dovrebbe limitarsi a *scoprire* il significato obiettivo già tutto racchiuso nelle parole usate dal legislatore. L'applicazione della legge al caso concreto dovrebbe avvenire, a propria volta, mediante un mero giudizio di sussunzione della fattispecie concreta in quella astratta delineata dal testo della disposizione pertinente.

In realtà oggi si deve ricordare che è ormai dominante, in seno a filoni pur diversi del pensiero giuridico, la diversa idea che l'interpretazione non abbia un carattere meramente ricognitivo, ma sia, sempre in qualche misura *produttiva* di diritto, ossia che aggiunga un *quid* di significato a quello strettamente desumibile dalla semantica delle parole usate dal legislatore. Ciò implica che significato delle norme non è scoperto dall'interprete, ma è, viceversa, il prodotto dell'operazione interpretativa. Si è soliti distinguere, in questa logica, fra la *disposizione*, che è l'enunciato normativo nella sua portata linguistica, e la *norma*, che è un

apporto dell'interprete, derivante dall'attribuzione all'enunciato di un significato orientativo affini recettivi. L'operazione di sussunzione, di conseguenza, richiede sai di più di una mera analisi del testo normativo. Per converso, l'idea della produttività, spesso creatività, dell'interpretazione, non deve essere estremizzata: non è lecita qualunque interpretazione perché implicherebbe un radicale e ingestibile relativismo delle interpretazioni tanto che Hart ha teorizzato che in una serie di casi, definiti facili, l'interpretazione deve essere soltanto scoperta o ricognizione del significato incardinato nella disposizione, mentre essa torna essere creativa di significato nei casi difficili. *

Insomma, il testo conta giacché funge da *limite alla gamma delle possibili interpretazioni*. Il parametro di tale limite non può che essere, a propria volta, quello del "*significato proprio delle parole secondo la connessione di esse*" (art. 12 co 1 disp prel cc), con la conseguente necessità di fare ricorso anche linguaggio comune, che ha numerosi punti di contatto con quello giuridico (e talora accade che un ausilio all'interpretazione possa essere fornito anche da un dizionario, persino non italiano: come nel caso del *mobbing*). Può accadere, così, che il legislatore in poche parole dal contenuto talmente inequivoco, da ridurre al massimo, se non da azzerare, i margini dell'integrazione interpretativa. Ad esempio, la disposizione di cui all'articolo 6, co 1, della L. 604/1966 In tema di licenziamenti individuali, permette di dedurre che il licenziamento deve essere impugnato entro 60 giorni; tale termine decorre dalla ricezione della comunicazione del licenziamento ovvero dalla comunicazione dei motivi dello stesso, ove questa non sia contestuale a quella del licenziamento; l'impugnazione può avvenire con qualsiasi atto scritto anche stragiudiziale. Ebbene, se in merito a tali significati è improbabile che sorgano dubbi, essi sono però soltanto una parte di quelli estraibili dal testo. Non vi è da spingersi poco oltre per trovarsi di fronte a ulteriori interrogativi: È sufficiente che la lettera di impugnazione sia inviata, o è necessario che sia pervenuta entro 60 giorni? È idonea un'impugnativa proposta dal solo avvocato del lavoratore? (Eccetera).

I margini interpretativi sono ancora più ampi nelle disposizioni con contenuto indeterminato, qualificabili come "norme aperte". A tal proposito, si ricorda l'articolo 3 seconda parte della L. 604/1966 il quale prevede che il licenziamento individuale possa essere giustificato "... *Da ragioni inerenti all'attività produttiva, all'organizzazione del lavoro e al regolare funzionamento di essa*". Come si deve interpretare questa norma aperta, che definisce il giustificato motivo oggettivo di licenziamento? È consentito o no, al giudice chiamato ad accertare la sussistenza, valutare l'opportunità sociale anche soltanto tecnico-economica, della scelta imprenditoriale che è all'origine del licenziamento? (Eccetera).

Il senso di questi esempi è quello di mostrare come l'interpretazione condotta sul testo possa risolvere soltanto una parte dei problemi interpretativi, il che costringe l'interprete ad integrarla e arricchirla con altri canoni ermeneutici, che hanno in comune il tentativo di risalire, nei limiti della compatibilità col testo, alla *ratio* della disposizione.

*Hart ha proposto un esempio, rimasto famoso, che è quello della circolare comunale che recita: "è fatto divieto ai veicoli di circolare nei giardini comunali". Se il vigile incaricato di farla rispettare non avrà incertezze di sorta qualora le persone che chiedono il permesso di accedere si presentino con automobili e motociclette, egli potrà trovarsi in difficoltà nel caso in cui a chiedere di entrare nel giardino sia un ragazzo con un'automobilina a pedali, magari particolarmente rumorosa anche se non è in grado di procurare danni alle persone. In casi difficili come questi, osserva Hart, le norme giuridiche non offrono più una guida sicura, per cui L'interprete deve operare una scelta interpretativa discrezionale, anche se certamente non arbitraria perché il senso del termine veicolo viene a cadere nella "zona di ombra" della norma.

5. Alla ricerca della ratio per un'interpretazione bifocale

Il concetto di *ratio* non si esaurisce in un'ipotetica ricostruzione oggettiva del "*intenzione*" del legislatore storico poichè tale ricostruzione non è quasi mai possibile (nell'interpretazione si è condizionati dal contesto cui si appartiene) nè ragionevole (ogni legge richiede di essere attualizzata). La *ratio* deve essere pertanto riletta come espressione del valore del quale la disposizione può considerarsi espressione. Ma come è individuabile tale valore? L'interprete, che si trova disperso in un *mare magnum* di criteri molteplici e soprattutto eterogenei, per un verso è indotto a condurre la ricerca, come da tradizione, restando entro i confini del sistema giuridico, *ergo* utilizzando dati e informazioni tutti *interni* ad esso. Di contro, egli può trovarsi assorbito da informazioni, e dunque da forme di sapere, *non giuridiche* (o metagiuridiche). Per il primo di tali aspetti all'interprete spetta di ricostruire la ragion d'essere di una disposizione tenendo conto della fonte legislativa della quale fa parte; e, in secondo luogo, della connessione con altre norme e o categorie e/o principi *rilevanti* del sistema giuridico lavoristico, o, se del caso, privatistico.

È questa la cosiddetta interpretazione *sistematica*, chiamata a farsi garante della coerenza complessiva del sistema giuridico, e che deve mirare, di conseguenza, a leggere delle singole disposizioni, che siano compatibili con l'insieme o il sottoinsieme del quale fanno parte. La compatibilità dell'attività interpretativa con il sistema giuridico deve essere assicurata, a maggior ragione, nei confronti delle fonti di livello superiore in particolare della costituzione (cd. Doveri di interpretazione conforme). Per quanto concerne invece, il rilievo interpretativo da segnare al *diritto giurisprudenziale* formatosi su una certa disposizione, esso è certamente significativo (giacché il diritto vivente scaturito dalla concreta esperienza giudiziaria, presenta ovviamente una particolare aderenza alla realtà, per cui si propone come guida ideale per la risoluzione dei casi nuovi), specialmente nel caso di indirizzi consolidati, ma mai decisivo (poiché il precedente non ha, nell'ordinamento italiano una forza vincolante).

Sul secondo punto si chiede invece di mettere definitivamente a fuoco la cosa non minata dal testo, vale a dire il problema che il testo ha mirato a risolvere, il che può fare soltanto utilizzando, a seconda della necessità e delle personali inclinazioni, le proprie conoscenze di natura storico-politica, sociologica, economica eccetera. Nel diritto del lavoro, in particolare è virtualmente impossibile non tener conto, anzitutto, delle *circostanze storico-politiche* che sono all'origine dell'emanazione di un certo testo legislativo. Infatti, ciò che è storicità nel riverbero del medio e del lungo periodo, è politica nel breve. Del resto la politicizzazione del diritto di lavoro è tale, che non è raro che la critica politica *de iure condendo*, ossia rivolta a propugnare il cambiamento di una certa normativa, influenzi l'interpretazione *de iure condito*. Sul piano meno contingente, l'interprete è altresì chiamato tener conto delle acquisizioni desumibili dal tre scienze sociali.

Si sostiene qui, pertanto, che *l'interdisciplinarietà* sia un carattere costitutivo ed essenziale di un approccio moderno al diritto, e specialmente dell'approccio a una materia direttamente *in contatto* con la realtà economico-sociale, quale il diritto del lavoro. Questo significa non annullare il confine fra ciò che è diritto e ciò che non lo è, bensì, al contrario, tracciarlo meglio, *preservando la positività del sistema giuridico*, ma considerando tale sistema *aperto nei confronti degli apporti esterni*. E vale la pena aggiungere che dall'approccio culturale suggerito derivano implicazioni sul modo di intendere il ruolo del giurista: per tradizione egli doveva occuparsi soltanto delle norme e del sistema normativo, senza curarsi di ciò che sta dietro alle une e all'altro. Da tempo (in Italia dagli anni 60 e 70) si è creata un'atmosfera nuova, nella quale il giurista si trova a svolgere, nelle complesse dinamiche della società pluralistiche e post-moderne o tardo-moderne, un ruolo di terminale e *di sintesi*, che lo conduce ad occuparsi anche delle giustificazioni e delle conseguenze delle norme. Ciò per sviluppare un dialogo rivolto al mutuo arricchimento, quale puoi scendere soltanto dal confronto tra punti di vista diversi.

A questo punto l'interprete dovrebbe essere in condizione di assemblare le informazioni raccolte sapientemente in modo da accedere alla comprensione del significato della disposizione, ed estrarre da essa la norma.

6. L'applicazione del diritto come tratto del processo interpretativo

Qualora, poi, vi sia anche da indirizzare l'interpretazione alla risoluzione di un caso, l'interprete deve adattare il significato attribuito alla disposizione alla concreta definizione di una controversia. L'idea, oggi dominante, è quella della produttività dell'interpretazione: oltre che riportare *deduttivamente* il caso concreto alla disposizione, ricavando dalla proposizione generale una verità particolare, l'interpretazione procede dall'analisi di un caso, e dunque dalla constatazione di un fatto particolare, per giungere *induttivamente*, a quella affermazione generale, nella quale consiste la norma. E ciò tanto più accade, quanto più la disposizione di riferimento è suscettibile di più possibili letture. Il che sembra accreditare le prospettive di quei teorici che ravvisano nell'interpretazione una miscela di entrambe e richiamano altresì l'attenzione sul fatto che quella interpretativa è una pratica sociale multiforme e multi-livello, della quale origina una formazione progressiva, potenzialmente senza fine, dei significati normativi

7. La verità del diritto

Altra e ben più ardua questione è come sorvegliare la correttezza di tali processi. Quanto si osservato in ordine la produttività dell'attività interpretativa comporta, infatti, elevati rischi di soggettivismo, e quindi di arbitrio, interpretativi. A entrare in sofferenza, in tale ricorrente caso, è il valore della *certezza del diritto* che discende dal fondamentale principio di eguaglianza dei cittadini dinanzi alla legge. D'altra parte, se riteniamo la scienza giuridica come *scienza comunicativa* (e non come scienza esatta), la cui scientificità si

gioca sul terreno dell'attendibilità e della trasparenza dei percorsi argomentativi (ergo su quello delle buone *argomentazioni*), Dobbiamo coerentemente aprirci a criteri di verità (e di controllo della verità) nuovi. La rinuncia all'esattezza e quindi l'accettazione dei caratteri inevitabilmente *valutativo* del ragionamento giuridico, non deve essere vissuta come una *deminutio*, bensì come una specificità positiva. Ciò non soltanto quando il ragionamento giuridico si rivolge alla costruzione di nuovo diritto, bensì anche quando si concentra sul più tradizionale terreno dell'interpretazione del diritto posto, cui è connaturata una dose di incertezza, a maggior ragione nel contesto evolutivo aperto dei processi di costituzionalizzazione dell'ordinamento.

La verità del diritto è, pertanto, una *verità debole*, che si colloca sul piano del convincente/non convincente, più che del vero/falso, e che si pone, di conseguenza, come la verità sempre provvisoria ed esposta alla ridiscussione. Ma una verità debole non deve passare per una non verità, essendo più appropriato per avvisarvi, invece, il *massimo di verità* attingibile nel quadro di un sapere complesso, quale il sapere giuridico, e dunque quella verità cui dobbiamo tendere e della quale dobbiamo sentirci soddisfatti. Deve infatti essere il diritto servire il mio all'uomo e non l'uomo al diritto. Ciò acquisito, rimane a carico di tutti i partecipanti alla comunità degli interpreti, ai vari livelli in cui essa si articola, il dovere di operare affinché le vie della conoscenza giuridica, alle quali tale comunità sovrintendente, siano più possibile aperte, trasparenti e oneste.

SEZIONE PRIMA – TEMI GENERALI E FONTI

Capitolo I – DIRITTO DEL LAVORO E DINTORNI

1. Diritto del lavoro: definizione e partizioni

La definizione di "diritto del lavoro" è complessa. Il genitivo, che ne rappresenta il fulcro, potrebbe indurre all'immediata conclusione che il diritto del lavoro concerna il complesso delle regole giuridiche che presiedono allo svolgimento di quella fondamentale attività umana e sociale, che è il *lavoro*, senza aggettivi e specificazioni. Non è così, invece. L'esperienza quotidiana, ancora prima della conoscenza del diritto, insegna che le forme giuridiche nelle quali viene prestata un'attività lavorativa possono essere molteplici e, il diritto del lavoro si occupa soltanto di alcune di esse. Tra le categorie troviamo quella del lavoro subordinato o dipendente (più importante e nota) e quella del lavoro autonomo e professionale; il lavoro può essere prestato, altresì, nell'ambito di contratti di società (spesso in ambito familiare o religioso) o reso in forma volontaria o comunque gratuita.

Il dibattito su che cosa sia o non sia il lavoro ci porterebbe, tuttavia, troppo lontano. Del resto, ai più limitati fini -che sono riassumibili nel interrogativo: *di quale lavoro si occupa il diritto del lavoro?*-, a poter dare risposte non è tanto la filosofia del lavoro, quando la storia, che ha eletto a protagonista indiscusso dei processi di industrializzazione innescati dalla rivoluzione industriale la figura sociale del lavoro subordinato (che era, secondo Marx, al centro dei dispositivi di sfruttamento capitalistico), e anzitutto operaio. Ed è appunto del lavoratore subordinato (nozione apparsa soltanto nel codice civile del 1942) che il diritto del lavoro, tanto sul versante sindacale quanto su quello legislativo, a preso ad occuparsi in via pressoché esclusiva.

La materia tradizionalmente non copre, per converso, l'altra grande macro-area del lavoro, cioè il lavoro autonomo (esempio lavoro dei *professionisti*), che è reputata in grado di curare da sola i propri interessi, vale a dire di determinare contrattualmente le condizioni di sopportare in proprio i rischi dell'attività svolta. A guardarla con le lenti del diritto del lavoro, dunque, la *Magna diviso* tra lavoro subordinato e autonomo appare quasi l'esemplificazione di una *differenza antropologica*: da un lato, i lavoratori subordinati, deboli, a rischio di sfruttamento, alla ricerca di protezione e se possibile di sicurezza; dall'altro lato, i lavoratori autonomi, proiettati sul mercato quali operatori economici, e tendenzialmente in grado (come testimonia l'espressione "autonomi") di autodeterminarsi. Una differenza che ha resistito a lungo ma ha in sé una dose di semplicismo. Ciò in quanto, per un verso, anche lavoratori subordinati sono operatori economici, mentre, per altro verso, alcune figure di lavoratori autonomi (come collaboratori coordinati e continuativi) o comunque non subordinati (come soci delle cooperative di produzione lavoro), sono, ad una considerazione obiettiva anche essi deboli e meritevoli di protezione. In sostanza, l'ambito soggettivo del diritto del lavoro, pur restando concentrato sul lavoro subordinato, è venuto a coprire, per quanto in modo incerto e oscillante, anche alcune classi di *lavoratori non subordinati*. Per quanto concerne, specularmente, *l'impresa* (intesa come controparte del lavoro subordinato), essa ha trovato applicazione in *tutti* i settori economici, a partire da sempre importante settore dei servizi. Il diritto del lavoro inoltre applicabile, anche se non *in toto*, nei

riguardi dei datori di lavoro non titolare di un'impresa (esempio ai professionisti, ad organizzazioni senza fini di lucro, ma privati titolari di rapporti di lavoro domestico).

All'interno di questi labili confini, il diritto del lavoro si ripartisce classicamente nel:

- *Diritto sindacale*: il diritto dei rapporti collettivi, che concerne i sindacati, il contratto collettivo, il conflitto, le rappresentanze dei lavoratori in azienda, la partecipazione dei lavoratori e dei sindacati la gestione delle imprese;
- *Diritto del lavoro cd. in senso stretto*: il diritto della rapporto individuale di lavoro subordinato, e di altri rapporti assimilati ho continui.

Tra queste due aree esistono interrelazioni continue. Ciò soprattutto nella pratica quotidiana della gestione dei rapporti di lavoro, visto che le norme che presiedono a tale gestione provengono soltanto in parte da fonti legislative, essendo perlopiù riconducibili, invece, ai tanti sparsi contratti collettivi applicati nei vari settori economici. Non è un caso che il contratto collettivo è percepito come la "legge" del singolo settore e del singolo rapporto.

2. La funzione del diritto del lavoro

Il diritto del lavoro ha manifestato, da sempre, un'identità molto precisa e caratterizzata, dal punto di vista della funzione sociale da esso perseguita: questa consiste nella *vocazione protettiva di lavoratori reputati economicamente, socialmente e giuridicamente deboli*.

In sostanza, il diritto del lavoro interviene laddove ritiene che vi sia bisogno di proteggere il lavoratore *altrimenti non in grado* di determinare, alla pari con la controparte imprenditoriale, le condizioni (retributive, professionali, di orario, disciplinari eccetera) del lavoro. La stessa, più recente, tendenza espansiva nei riguardi di altre figure di lavoratori stata ispirata dalla scoperta di altre situazioni di lavoro debole, in quanto tali da proteggere. Secondo questa tradizionale spiegazione la ragion d'essere del diritto del lavoro è pertanto il tentativo di controbilanciare la *disparità di potere* che irrimediabilmente si verifica, tra datore di lavoro e lavoratore, nella relazione di lavoro subordinato. Sempre nella letteratura, la predetta giustificazione se spesso sovrapposta con altre due giustificazioni: la seconda è che "*il lavoro non è una merce*", con la quale si sostiene di frequente che il diritto del lavoro esiste per realizzare l'obiettivo della *demercificazione del lavoro*, insomma per difendere la dignità del lavoratore in quanto persona. Infine, secondo una terza visione, che richiama le teoria contemporanea della giustizia sociale, il diritto del lavoro esiste per svolgere -tramite la contrattazione collettiva- una funzione *redistributiva* del reddito a vantaggio della classe storicamente penalizzata rispetto a quella dei detentori del capitale.

Si tratta di tre argomentazioni diverse (riequilibrio della disparità di potere, demercificazione, redistribuzione), ciascuna delle quali coglie però una delle facce di un medesimo prisma protettivo. Il perseguimento di questa grande ma anche esaltante finalità, comunque si voglia definirla, è sempre stato il collante della materia, in una determinata *ab initio* la collocazione politica (oltre che quella nel sistema giuridico): un diritto che mira a proteggere un lavoratore reputato debole detto i meccanismi del mercato del lavoro e dalla logica economica in esso imperante, che non può che essere fortemente connotata in senso *sociale*, e di un sociale che tende a qualificarsi in antitesi all' economico. È chiaro, d'altra parte, che per svolgere appieno la propria funzione elettiva, le norme lavoristiche si sono poste come norme *di ordine pubblico*, che cioè si impongono agli imprenditori in forza di prevalenti ragioni di interesse pubblico, consistente appunto nella protezione dei lavoratori subordinati. Ma esse non si impongono soltanto agli imprenditori, bensì agli stessi lavoratori. La matrice di ordine pubblico ha infatti portato ad innestare e, col tempo, a consolidare in tali norme (incluse quelle contrattuali collettive) quell'attributo *dell'inderogabilità* (in senso peggiorativo per il lavoratore) a livello individuale, che ne è tuttora la caratteristica elettiva e saliente.

Nella stagione del costituzionalismo sociale, che in Italia è stata aperta dalla carta costituzionale, la vocazione protettiva si è ulteriormente qualificata e consolidata nell'ordinamento, grazie alla straordinaria legittimazione, etica e giuridica, conferita la materia dei principi costituzionali ispirate alla tutela del lavoro, che nella carta godono di un rango primario. Tutto ciò ha contribuito ad imprimere al diritto del lavoro, e alla cultura formatasi attorno adesso, la sua tipica cifra sostanzialistica, caratterizzata dalla *missione del diritto del lavoro* e al suo effettivo realizzarsi nella prassi economico-sociale. Questo approccio ha largamente prevalso anche nell'interpretazione giudiziale, contrassegnata dalla preminenza degli argomenti di carattere teleologico, orientati alla massima realizzazione possibile, nell'esperienza giuridica, della *ratio* delle norme lavoristiche. Ma a partire dagli anni 90 del secolo scorso, caratterizzati dall'inasprirsi esponenziale della concorrenza a livello europeo e globale, le esigenze di recupero della competitività e dell'efficienza del

sistema produttivo del paese, tra l'altro gravato da croniche deficienze strutturali hanno portato alla ricerca di nuovi modi e livelli di conciliazione tra l'istanza di tutela dei diritti orientata al progresso delle condizioni dei lavoratori, e quella dell'*efficienza economica*, dalla quale dipende anche il destino dell'occupazione nel paese. È cominciata, così, una lotta (della quale non si conosce chi sarà il vincitore) che ha visto l'economia, con tutto il suo aggressivo portato di idee *neo-liberistiche*, all'attacco del modello protettivo lavoristico concepito come un ostacolo all'efficienza del mercato del lavoro. Da questa formidabile pressione, sono scaturite importanti riforme, come quella del decreto Biagi, della riforma fornero e soprattutto del *Jobs Act*, nella quale taluni ravvisano un vero e proprio superamento del paradigma protettivo tradizionale, nel nome di una nuova logica di protezione, ispirata alla *flexicurity* europea, il cui luogo di esplicazione non è più il rapporto di lavoro, ma, più ampiamente, il mercato del lavoro. Sul fronte opposto, la cultura giuslavoristica si è spesso trovata a giocare in difesa, ma con l'orgoglio di ribadire la superiorità, sul piano dell'*etica sociale*, classico paradigma lavoristico e il suo radicamento costituzionale. Nel frattempo, un filone minoritario di letteratura si è messo alla ricerca di *nuovi possibili fondamenti del diritto del lavoro*, capaci di preservare la l'essenza della funzione protettiva, ma nello stesso tempo di modernizzarla liberandola dalle incrostazioni più paternalistiche, sì da rendere il più possibile complementare alle istanze di rilancio economico.

3. Diritto del lavoro e diritto privato

Quanto detto finora fornisce la chiave per comprendere il rapporto con il diritto privato alla cui famiglia il diritto del lavoro appartiene.

Sin dai primissimi interventi di ordine pubblico rivolti a disciplinare particolari aspetti dell'utilizzazione dei lavoratori (come il lavoro dei fanciulli delle donne), le misure di diritto del lavoro sono state caratterizzate dal fatto di incidere dall'esterno, con norme *imperative e inderogabili* a sfavore del lavoratore, sullo scambio di mercato, limitando la libertà di acquisto di vendita della forza lavoro, e con essa l'autonomia contrattuale delle parti implicate in tale scambio. Ciò sulla premessa che senza questa espropriazione giuridica del lavoratore che si realizza precludendo al predetto la stipulazione di Patti derogatori delle norme legali e contrattuali, l'imprenditore potrebbe facilmente riguadagnare la preminenza nel dettare i termini della relazione contrattuale, sfruttando la circostanza che bisogno di lavorare potrebbe indurre il lavoratore *-se gli fosse lasciato il potere giuridico di farlo-* ad accettare condizioni inferiori agli *standard* minimi, o persino a quelli della decenza. Quella che viene tolta al lavoratore è, dunque, una libertà negoziale considerata inutilizzabile. L'apparizione di questo diritto ebbe all'origine un impatto dirompente sulla tradizione del diritto privato, fondata sul dogma, di matrice liberale, della libertà contrattuale che si traduce (nella disciplina dei contratti tipici) di norme legali fondamentalmente *dispositive*, che valgono, cioè, sin quando le parti individuali non dispongono diversamente. Non stupisce, pertanto che le nuove misure sono considerate espressione di una legislazione speciale orientata da scopi contingenti e di urgenza sociale, ma senza mettere in discussione l'appartenenza di fondo del contratto di lavoro al diritto dei contratti, ergo al diritto privato. La stessa opera del giurista che è considerato il padre del diritto del lavoro italiano, Ludovico Barassi, di formazione privatistica, si può collocare in una prospettiva di valorizzazione e sistemazione delle tante novità della disciplina che stava emergendo, grazie la legislazione speciale e alla giurisprudenza ma un tempo di riaffermazione dell'appartenenza della stessa diritto privato, e di operatività dei principi e degli schemi di questo. Durante la parentesi corporativa, le spinte a favore dell'autonomizzazione del diritto del lavoro dal diritto privato sono state molteplici. La legislazione speciale ha continuato a svilupparsi: assunta un embrionale fisionomia quale legge sull'impiego privato del 1919 e del 1924, ho trovato in autonomia unità di impianto, per la prima volta, nel codice civile del 1942 nell'ambito del quale le disposizioni relative al lavoro sono state collocate nel libro V, intitolato al lavoro ma dominato dall'impresa. Infine, l'incombente della filosofia corporativa ha conferito al diritto del lavoro una prevalente coloritura *pubblicistica*.

Un ulteriore segnale di distacco dal diritto privato è provenuto in seguito dalla carta costituzionale, che a posto il diritto del lavoro sotto l'ombrello di svariati principi. In un certo senso, per quanto diverse potessero essere le matrici politico-culturali, costituzione e codice civile si sono ritrovati sul fatto che contratto di lavoro, ora ufficialmente detto "subordinato" (articolo 2094 codice civile), non è un contratto come gli altri, per cui necessita di una disciplina speciale che discende dalla *diretta implicazione*, nelle vicende attuative del medesimo, *della persona* del lavoratore, e che deve possedere, pertanto, una particolare forza imperativa. Ma questa pur diffusa consapevolezza non era sufficiente per risolvere i problemi di collocazione sistematica del diritto del lavoro, in particolare rispetto al diritto privato. La questione, rimasta irrisolta anche dopo lo sviluppo legislativo conosciuto dalla materia partire dagli anni 60 e 70 del secolo scorso, può essere posta,

riassuntivamente, nei seguenti termini: ammesso che la materia abbia ormai acquisito una propria, inattaccabile *specialità*, deve questa intendersi anche come *autonomia dal diritto privato*, e, di conseguenza, come posizione di *un'autosufficienza sistematica*? Nessuno nega che il diritto del lavoro sia capace di dar luogo all'elaborazione dei propri principi generali; ciò su cui ci si interroga è se possa ritenersi venuto meno il legame con i principi e le categorie del diritto privato, a cominciare dal contratto. Ora tale tesi non sembra sostenibile: malgrado l'acquisita specialità, sono, infatti, tuttora innumerevoli fili teorici e normativi che legano il diritto del lavoro al diritto privato su due principali direttrici di fondo:

- il *contratto collettivo*, a causa della mancata attuazione dell'articolo 39 seconda parte della costituzione, è stato ricostruito dalla giurisprudenza prevalente in termini privatistici;
- il *contratto individuale di lavoro subordinato* resta pur sempre un contratto, per cui, tutte le volte che non sia dato di reperire nella disciplina lavoristica positiva, il criterio di soluzione di un caso (esempio in tema di inadempimento del lavoratore) agli interpreti, in particolare ai giudici, non resta che fare ricorso ai principi generali dei contratti (esempio le clausole generali di correttezza e buona fede), oltre che, a monte, alle relative categorie di inquadramento dogmatico. A ciò si aggiunga che, nell'evoluzione recente dell'ordinamento privatistico, si è assistito ad un incremento del livello di comunicazione e di interscambio tra i vari settori, incluso il diritto del lavoro. Un esempio è offerto da settore della responsabilità civile per danno non patrimoniale, dal momento che l'invenzione civilistica del danno biologico rapidamente penetrata nel sistema del diritto del lavoro.

In conclusione, la distanza sistematica tra diritto del lavoro e diritto privato comune è oggi, per un insieme di ragioni, più ridotta che in passato (quello che talora è denominato dai con i privatisti "diritto primo" continua a rappresentare lo sfondo di sistema sul quale si sviluppano i "diritti secondi", quale diritto del lavoro e diritto commerciale), al punto da creare le condizioni di un proficuo dialogo teorico.

4. Il diritto del lavoro pubblico "privatizzato"

Dall'ambito della materia era tradizionalmente esclusa la grande area del *lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni*, che era disciplinata da una normativa di carattere pubblicistico. Si riteneva, infatti, che il carattere pubblico dell'azione amministrativa, ispirata dei principi costituzionali di buon andamento e di imparzialità richiedesse che anche il rapporto pubblico di pubblico impiego fosse regolato su base pubblicistica, con la consequenziale spettanza della relativa competenza giurisdizionale al giudice amministrativo.

Con il d.lgs. 29/1993 e con altre che sono seguiti e che sono sfociati nel Testo unico sul lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni, emanato con il *d.lgs. 30 marzo 2001 n.165*, il dogma pubblicistico è stato superato, e si è realizzata la "privatizzazione" del lavoro pubblico, le cui finalità sono (articolo 1 co 1 d.lgs 165/2001): accrescere l'efficienza delle amministrazioni pubbliche, razionalizzare il costo del lavoro pubblico, realizzare la migliore utilizzazione delle risorse umane nelle pubbliche amministrazioni curando la formazione lo sviluppo professionale dei dipendenti, garantendo pari opportunità le lavoratrici e lavoratori e applicando condizioni uniformi rispetto a quelle del lavoro privato.

La via maestra per perseguire tali finalità è stata quella di distinguere (ferma la funzione di indirizzo politico riservata agli organi di governo politici e non) tra la sfera inerente al potere amministrativo di organizzazione degli uffici pubblici e il rapporto di lavoro con i dipendenti, che stato sottoposto alle leggi privatistiche. Ciò si è tradotto nell'applicazione al settore, di massima, del diritto del lavoro privato della contrattazione collettiva in modo che il rapporto di lavoro alle dipendenze della pubblica amministrazione acquisito una natura *contrattuale*, non più derivante, come in precedenza, da un provvedimento amministrativo espressione della cosiddetta supremazia speciale della pubblica amministrazione. La "privatizzazione" (*che ha riguardato non la natura pubblica del datore di lavoro, ma soltanto il tipo di disciplina applicabile al rapporto di lavoro intercorrente con il datore di lavoro pubblico*) è stata quindi, fondamentalmente, una "contrattualizzazione" del rapporto di lavoro pubblico. La posizione di supremazia dell'amministrazione non è venuta meno in assoluto, giacché essa è stata soltanto riqualificata giuridicamente, e non più in termini pubblicistici, bensì di potere direttivo, cioè alla stessa stregua di un datore di lavoro privato. Del disegno ha fatto parte il trapasso dal giudice amministrativo (tribunali amministrativi regionali e Consiglio di Stato) al giudice ordinario, ossia ai Tribunali civili in funzione di giudice del lavoro, della competenza giurisdizionale in ordine alle controversie di lavoro pubblico. Questo non ha significato ha fatto, peraltro, una completa omogeneizzazione delle discipline, in quanto il lavoro pubblico è pur sempre lo strumento di reazione, quella amministrativa, non libera nei fini bensì ispirata a finalità pubblicistiche, che sono dettate di volta in volta dalle leggi che regolano i vari campi della sua azione, sotto l'egida dei già evocati principi ex articolo 97

comma uno costituzione. Alla luce di ciò, il lavoro pubblico, per privatizzato, continuato a conoscere per rilevanti aspetti discipline differenziate da quella privatistica di base (esempio su *status* della diligenza, mansioni, lavoro flessibile e cetra).

Tale *specialità* si rispecchia, anzitutto, nello stesso impianto fondamentale del d.lgs 165/2001, delle cui disposizioni speciali è sancita la prevalenza sul codice civile e sulle leggi che regolano il lavoro privato. Ulteriori affermazioni della specialità sono derivate dalle decreto Biagi, dalla riforma fornero e dal Jobs Act, per arrivare sino al decreto legislativo 75/2017 che ha previsto, soltanto per il lavoro pubblico, una peculiare regime sanzionatorio del licenziamento illegittimo, riproducendo in pratica quello dell'articolo 18 dello Statuto dei lavoratori (legge 300/1970) precedente alla riforma fornero. La pur tutt'altro che integrale unificazione dei regimi giuridici del lavoro è stata, in ogni caso, un'innovazione istituzionale importante, che altresì ha contribuito ad avviare processi di miglioramento dell'efficienza delle pubbliche amministrazioni, senza nulla togliere, nel contempo, la protezione dei diritti del dipendente e anzi rafforzandola.

In seguito, nell'ambito di governi di centro-destra, sotto l'impulso dell'ex ministro della funzione pubblica Renato Brunetta, ha cominciato a farsi strada la tesi che, pur senza negare i principi cardine della privatizzazione, aspetti cruciali della riforma fossero da rivedere alla luce di varie criticità emerse, in particolare di risultati carenti sul fronte delle recupero di efficienza. Sul banco degli imputati sono finiti tanto la dirigenza pubblica, accusata di non aver esercitato il proprio ruolo di stimolo e controllo dei dipendenti, quando le organizzazioni sindacali, accusata di impedire una vera valorizzazione dei dipendenti produttivi e meritevoli (esempio quella pratica di erogazioni retributive nate per premiare la diversa produttività dei dipendenti, ma in realtà attribuite a tutti nella stessa misura), quando non di praticare la difesa corporativa di posizione di piccole privilegio.

Da questa critica è scaturito il d.lgs 27 ottobre 2009, n. 150 (Decreto Brunetta), che ha modificato o sostituito molte disposizioni del d.lgs 165/2001. La riforma è stata caratterizzata, inoltre, da un netto ridimensionamento del ruolo della contrattazione collettiva, vantaggio, per un verso, della fonte legislativa, per un altro, del potere gestionale disciplinare del dirigente, verso i quali è stato esercitato una forte pressione per indurli ad assumersi tutte le responsabilità inerenti al ruolo. Ma quella che è stata definita la "terza riforma del lavoro pubblico" (dopo quella del 1993 e del 1998) ha incontrato ritardi e problemi di implementazione, soprattutto a causa delle restrizioni finanziari imposti all'amministrazioni pubbliche (che si sono tradotte in un blocco prolungato delle rinnovo dei contratti collettivi nazionali, al fine censurato dalla corte costituzionale), ed è andata soggetta sbagliate modifiche, culminate nella legge 7 agosto 2015 n.124, che ha delegato il governo ad adottare un ulteriore anche normativa di "riforma della riforma", nota come Riforma Madia. Il processo di attuazione della riforma si è sviluppato prevalentemente nel corso del 2016 e 2017, sebbene con grande fatica anche a causa della sentenza numero 251/2016 della corte costituzionale che ha dichiarato illegittime alcune disposizioni della legge 124 del 2015. Numerosi decreti legislativi sono stati, comunque, adottati, tra i quali quelli più rilevanti, per il diritto del lavoro, sono:

- il d.lgs. 20 giugno 2017, n.116, finalizzato ad incoraggiare licenziamenti disciplinari dei dipendenti pubblici resisi colpevoli di gravi abusi sul lavoro;
- il d.lgs. 25 maggio 2017, n.74, in tema di valutazione della *performance* dei lavoratori pubblici;
- il d.lgs 25 maggio 2017, n. 75, che ha modificato numerose disposizioni del decreto legislativo 165/2001 del testo risultante dalle precedenti riforme.
- il d.lgs. 19 agosto 2016, n.175 che ha previsto il Testo unico delle società a partecipazione pubblica. Si tratta di imprese in regime privatistico, che tuttavia, essendo controllate o partecipate da enti pubblici sono assoggettate lacune normative pubblicistiche, in particolare in materia di assunzioni.

Per il resto a tali rapporti si applicano le normative del diritto del lavoro privato.

Su tutto, fra l'altro, si staglia un interrogativo ancora in attesa di una conclusiva risposta: è possibile fare impresa (cioè imporre alla pubblica amministrazione logiche imprenditoriali, come negli auspici della "privatizzazione"), e forse anche sindacato, là dove ci si limita a fingere che mercato ci sia?

5. Il diritto amministrativo del lavoro

Il diritto del lavoro non è rimasto confinato all'interno di territori puramente privatistici, ma nella funzione economico-sociale da essa svolte sono sempre stati presenti spiccati connotati *pubblicistici*. Ebbene, tale orientamento (anche) pubblicistico non può non comportare, tra le altre cose, la presenza di un ampio, di massima poco coordinato, *corpus* di discipline definibile in termini di *diritto amministrativo del lavoro*, in quanto volto a regolare la struttura e le funzioni dei numerosi *organismi pubblici* destinatari di competenze in ordine al lavoro. Spicca, su tutti, il *Ministero del Lavoro e delle politiche sociali* che ha acquisito una

crescente centralità, non soltanto come luogo di elaborazione privilegiato delle politiche del lavoro ma anche come centro di indirizzo interpretativo della normativa del lavoro, che, provenendo, sempre più spesso, da decreti legislativi e/o regolamenti, è di fatto di produzione ministeriale. Da qui il piglio con il quale il Ministero del Lavoro, tramite più canali (soprattutto circolari e risposte ad Interpelli) interviene sul terreno interpretativo con prese di posizione che hanno molto seguito tra gli operatori pratici. Il Ministero del Lavoro si è avvalso, da sempre, di organismi periferici (Interregionali e provinciali), cioè le Direzioni interregionali del lavoro (DIL), frutto dell'accorpamento delle precedenti direzioni regionali, e le Direzioni territoriali del lavoro (DTL), le quali hanno svolto, sino ad oggi, sia disparate funzioni di amministrazione del mercato del lavoro che le funzioni ispettive. Peraltro, a seguito della riforma introdotta nel quadro del Jobs Act, le funzioni di DIL e DTL sono state trasferite anche al fine di integrare i servizi ispettivi ministeriale con quelli dell'Inps e dell'INAIL, alla nuova agenzia unica per le espressioni del lavoro, denominata *ispettorato nazionale del lavoro* (INL) che si serve del personale confluito dal Ministero del Lavoro.

Le funzioni ispettive sono finalizzate alla vigilanza sull'osservanza delle tante disposizioni amministrative relative alla gestione dei rapporti di lavoro (es. tenuta del libro unico del lavoro, obblighi relativi alla gestione degli orari di riposo eccetera). Di tali funzioni fa parte la potestà pubblicistica di irrogare sanzioni amministrative nel caso che siano accertati illeciti, spesso ruotanti attorno al fenomeno diffuso in Italia del lavoro nero o sommerso. Avverso gli atti di accertamento di illeciti e le conseguenti ordinanze-ingiunzione dell'ispettorato del lavoro è possibile, da parte dell'impresa che ne è destinataria, proporre opposizioni tramite ricorsi, sia amministrativi che giurisdizionali. Un'importante attività di vigilanza è svolta, altresì, dalle *aziende sanitarie locali*, attraverso i servizi dedicati alla prevenzione la sicurezza nei luoghi di lavoro per quanto concerne l'osservanza delle disposizioni relative alla tutela della salute e della sicurezza dei lavoratori, il potere, se del caso, di adottare prescrizioni vincolanti per le aziende (analoghe funzioni in questo campo sono espletate dei servizi ispettivi dell'ispettorato del lavoro, dall'INAIL ed altri enti pubblici). Per quanto concerne le funzioni relative servizi pubblici per l'impiego, a seguito del decentramento amministrativo operato con il d.lgs. 469/1997, esse erano state affidate ai centri per l'impiego, appunto gestiti dalle province (poi tornati sotto la gestione delle regioni) i soggetti a coordinamento da parte delle regioni. Importanti funzioni pubbliche riguardano, infine, la gestione delle crisi d'impresa, attraverso l'intervento di istituti (come la cassa integrazione guadagni, gestita dal Ministero del Lavoro e INPS) che sono rivolti ad ammortizzare l'impatto sociale delle crisi sui lavoratori, favorendo, sin dove possibile, alla ripresa dell'attività imprenditoriale e la salvaguardia dell'occupazione.

6. Il diritto della previdenza e della sicurezza sociale

Parente prossimo del diritto del lavoro è il diritto della *previdenza sociale*, che concerne quel vasto complesso di istituti, di massima pubblicistici, che, in particolare tramite ero storico strumento delle *assicurazioni sociali obbligatorie* (l'iscrizione alle quali è obbligatoria per il lavoratore a cura del datore di lavoro di questi), sono destinate a realizzare finalità di *solidarietà sociale*, segnatamente a favore dei lavoratori dipendenti (di recente anche non dipendenti) in condizioni di qualificato *bisogno*.

Questi compiti, già svolte dalla società civile, sono stati progressivamente dilatati, generalizzati e infine assunti dallo Stato come proprie funzioni primarie. Di ciò sono espressione, nella costituzione, i commi 2 e 4 dell'articolo 38, secondo il quale *"i lavoratori hanno diritto che siano preveduti ed assicurati mezzi adeguati alle loro esigenze di vita in caso di infortunio malattia, invalidità e vecchiaia, disoccupazione involontaria"*, e *"ai compiti previsti in questo articolo provvedono organi istituti predisposti o integrati dallo Stato"*. L'intreccio con il diritto del lavoro, e con le sue fattispecie caratterizzanti, e massimo, in quanto il tradizionale beneficiario degli istituti previdenziali è lo stesso *lavoratore subordinato*. Attorno a questa figura si radicano si svolgono i due classici rapporti nei quali si sostanziano gli istituti in discorso:

- il *rapporto contributivo*, finalizzato al finanziamento del sistema privilegi previdenziale attraverso l'imposizione di obblighi contributivi sui datori di lavoro dipendente;
- il *rapporto previdenziale*, che sorge tra lavoratore beneficiario, al maturare di certe condizioni (di bisogno in particolare di età, di avvenuti i versamenti contributivi eccetera), i dati prestazioni economiche, e l'ente tenuto all'erogazione delle stesse.

Il cuore del sistema è rappresentato dagli istituti di carattere *pensionistico*, gestiti dall'Inps e previsti a tutela della vecchiaia (pensione di vecchiaia), ed entro certi e sempre più ridotti limiti dell'anzianità lavorativa (pensione di anzianità). È, questo, un settore da tempo soggetto a forti sommovimenti, soprattutto a causa dei maggiori oneri finanziari legati all'aumento dell'età media della popolazione beneficiaria delle pensioni.

L'urgenza di procedere ad un riassetto strutturale del sistema pensionistico si è condensata, nel pieno dell'emergenza finanziaria italiana, nella riforma fornero, adottata dal governo Monti e tradotta nella legge 214/2011, la quale ha previsto misure volte all'innalzamento dell'età pensionabile (al momento intorno ai 67 anni), alla generalizzazione del metodo contributivo, al virtuale superamento delle pensioni di anzianità.

Come conseguenza della crisi delle pensioni pubbliche, si sta cercando di sviluppare, in tutti paesi avanzati, il secondo pilastro della tutela pensionistica, tramite forme di *previdenza complementare* gestite da fondi privati. Ciò è accaduto anche nel nostro paese (sebbene con esiti incerti) nel quale si è tentato di imprimere un'accelerazione alla previdenza privata tramite la devoluzione ad essa sia pure in termini volontaria del trattamento di fine rapporto dei lavoratori dipendenti.

Le altri importanti forme previdenziali sono quelle preposte alla tutela per l'invalidità e l'inabilità da rischio professionale (assicurazione contro gli infortuni sul lavoro e le malattie professionali, gestita dall'Inail); alla tutela per l'invalidità il inabilitata rischi comuni; alla tutela della salute, che per quanto concerne sostegno economico in caso di malattia infortunio comuni è ancora riservata ai lavoratori dipendenti, ma che per gli aspetti legati alle prestazioni di cura copre (dopo l'istituzione, nel 1978, del servizio sanitario nazionale) tutti cittadini; alla tutela della maternità e secondariamente della paternità; alla tutela contro la disoccupazione; alla tutela in caso di insolvenza del datore di lavoro; alla tutela della famiglia.

Del pari, si è manifestata una tendenza alla fuoriuscita dei confini della previdenza sociale, riservate ai lavoratori in direzione di una più ampia prospettiva di *sicurezza sociale*, destinata a beneficio di tutti i *cittadini*, lavoratori o meno, ove in condizioni di bisogno. Ma la prospettiva che, pur avendo conosciuto importanti realizzazioni (servizio sanitario nazionale appunto) è messa in crisi dalle difficoltà finanziarie dei sistemi pubblici di *Welfare*, che fanno prevedere per il futuro modalità più intense di cooperazione fra organismi pubblici e forme di *Welfare* in qualche modo privatizzate, cioè affidate ad enti e soggetti della società civile (tra i quali le imprese).

Capitolo II – ORIGINI ED EVOLUZIONE STORICA DEL DIRITTO DEL LAVORO

1. Le premesse storiche del diritto del lavoro: la Rivoluzione industriale

Il diritto del lavoro ha preso avvio degli sconvolgimenti economici prodotti dalla *rivoluzione industriale* (la cui forza evoca secondo lo storico David H. Landes l'immagine di una "Prometeo liberato"). Essa è stata il frutto di una molteplicità di fattori di varia natura, la cui complessa interazione è da sempre dibattuta tra gli storici, e fra i quali hanno avuto un grande rilievo le innovazioni tecnologiche (quali il telaio meccanico e la macchina a vapore), che hanno consentito un incremento progressivo ed esponenziale della produttività del lavoro, e quindi della ricchezza (ricordiamo che il cotone era la materia prima della rivoluzione del tessile e proveniva in gran parte dal lavoro schiavistico).

Grazie poi ai fattori politici ed economico-sociali, la nascita dell'industria moderna si è intrecciata con quel processo di affrancamento dai vincoli del mondo feudale, e di affermazione della libertà economica come principio fondativo del nuovo ordine, che avuto il suo culmine politico nella coeva *rivoluzione francese*. Invero, prima di essere proclamato in Francia, il principio di libertà economica è stato praticato in *Gran Bretagna* (Inghilterra) ove si sono manifestati, negli ultimi decenni del settecento, i primi segni dell'industrializzazione. La teorizzazione dell'utilità generale della libertà economica infatti risale al filosofo illuminista scozzese *Adam Smith*, autore della celebre *Indagine sopra la natura e le cause della ricchezza delle nazioni* (1776). Secondo Smith, l'interesse delle società richiede che i singoli individui siano lasciati liberi di perseguire il proprio personale e pure egoistico interesse, da ciò risultando, grazie alla "mano invisibile" del mercato, un accrescimento della ricchezza complessiva.

Comunque, tanto in Gran Bretagna, quanto in Francia, la classe sociale promotrice delle rivoluzioni era la *borghesia*, che aveva vitale bisogno di libertà, per poter esprimere appieno il proprio potenziale economico. E libertà significava affrancamento dei retaggi delle corporazioni feudali, ma anche astensione dello Stato da regolamentazioni dirigistiche dell'attività economica. I compiti dello Stato dovevano rimanere circoscritti, oltre che alla politica estera, alla tutela dell'ordine pubblico e della sicurezza dei cittadini: da qui la famosa immagine dello Stato come mero "guardiano notturno". Ciò secondo una visione del mondo poi recepita, nell'Europa continentale, dalle grandi codificazioni liberali dell'ottocento, incentrate sui due complementari principi della *proprietà* e della *libertà contrattuale*. Dalle trasformazioni economiche sono scaturiti anche grandi *sconvolgimenti sociali*, per effetto dei quali ha preso forma un vera e propria classe sociale, quella del nuovo esercito industriale operaio, composto da contadini sradicati dalle campagne, artigiani spiazzati dal progresso industriale, donne e fanciulli. Operai privi di qualificazione professionale e che, oltre alla prole (da

cui la denominazione di *proletari*), possedevano soltanto le proprie, elementari energie lavorative. Le condizioni di lavoro e di reddito di questa nuova classe erano infime oltretutto se si considera che lo sgretolamento delle istituzioni feudali aveva portato ad un indebolimento di quei legami sociali che, per quanto nel contesto di rapporti di servitù, avevano garantito alle persone condizioni di prima sussistenza, con la conseguenza che l'operaio privo di lavoro o licenziato si trovava gettato nella più nera disperazione. Perciò la nuova situazione poneva l'esigenza di un adattamento della cultura politica liberale uscita dalla rivoluzione francese. Questa era stata condotta tanto in nome della libertà che ho delle eguaglianza, ma, aldilà delle esplosioni di radicalismo (i moti dei sanculotti, con la fallita *Congiura degli eguali* di Babeuf), l'eguaglianza del 1789, persino nella sua versione giacobina, non aveva messo in discussione la legittimità di un ordine sociale incentrato sulla proprietà privata, perseguendo il diverso obiettivo di rendere quest'ultima più contenibile in nome del principio di libertà economica e dell'abolizione dei privilegi del clero e dell'aristocrazia. Un'uguaglianza che restava indifferente, insomma, alla profonda diversità di condizioni sociali fra i proprietari delle terre e/o delle attività economiche e le classi subalterne. E tuttavia, mano a mano che, nei primi decenni dell'ottocento, il processo di industrializzazione a questa velocità, tanto mostra di una capacità di "distruzione creatrice" (espressione Schumpeter) la questione sociale ha iniziato a collocarsi al primo posto dell'attenzione dei governi e della parte più sensibile delle opinioni pubbliche.

2. La nascita del sindacalismo

Le nuove classi dirigenti non gradivano che le classi lavoratrici si organizzassero per difendere i propri interessi. Operava, in tale direzione, una *duplice* spinta: da un lato, l'esistenza di organizzazioni sociali intermedie tra cittadino e Stato era considerata un modo di fare rivivere le istituzioni corporative del vecchio mondo feudale; dall'altro, la sempre più dominante ideologia liberistica, che predicava il *laissez faire* e non tollerava interventi esterni che alterassero il funzionamento delle naturali leggi economiche, vedeva nell'azione di organizzazioni collettive rappresentative degli interessi dei lavoratori un mortale attentato alla libertà di commercio (in questi termini era definita e protetta dalla *common law* inglese).

In conseguenza di ciò, se instaurato, pressoché ovunque, un regime di *repressione penale* dell'incipiente sindacalismo, ad innescare il quale sono state proprio le tendenze anti-feudali proprio della rivoluzione. Il riferimento è alla famosa legge le Chapelier, del 1791, che, abolendo le corporazioni e introducendo il delitto di coalizione, prevedeva anche l'associazionismo dei lavoratori e lo sciopero, con l'argomento che il regime che aveva distrutto le corporazioni non poteva permettere che se ne ricostruissero di nuove, le quali si proponessero, da intermediari, tra lo Stato e cittadini. Di questa spinta hanno approfittato, in seguito, i ceti dominanti (forti del fatto che i sistemi politici si basavano sul suffragio elettorale che era ancora molto ristretto, per censo e cultura) anche essi interessati a tenere sotto scacco l'incipiente movimento sindacale. Ciò lasciava lavoratori in balia della *dittatura contrattuale* dell'imprenditore: in un contesto in cui le industrie utilizzavano masse di lavoratori non qualificati e privi di educazione, la condizione del lavoratore nel mercato era di strutturale debolezza, e si sostanzialmente in una vistosa *disparità di potere negoziale* nei confronti dell'imprenditore. Essa non era riconducibile soltanto alla tendenziale eccedenza dell'offerta sulla domanda di lavoro (gli economisti parlavano di mercato del lavoro come monopsonistico), ma anche al fatto che i beni in gioco dello scambio in questione avevano (e hanno) una diversa valenza relativa per i rispettivi titolari.

In pratica, avendo il lavoratore bisogno di lavorare, per esigenze di sussistenza proprie e della famiglia, più di quanto l'imprenditore e potenziale datore di lavoro, abbia bisogno di assumerlo, in un regime di libero mercato e di lavoro prevalentemente non qualificato, l'imprenditore non ha difficoltà a trovare chi sia disposto ad offrirsi a condizioni salariali inferiori di ipotetici concorrenti, con la conseguenza che ciascun lavoratore è posto di fronte all'alternativa tra accettare le condizioni di lavoro offerte rimanere disoccupato e privo di mezzi di sussistenza. Lo squilibrio di potere insito nella relazione contrattuale è stato il teatro sociale di partenza dal quale scaturito quel vasto contromovimento rivolto al riscatto delle classi lavoratrici, e in generale ad apportare correttivi sociali al mercato nel cui ambito sia sviluppato il diritto del lavoro. Tale processo si è svolto su più piani, il primo dei quali è stato quello, già evocato, del *sindacalismo*, che è scaturito da una reazione sociale spontanea, mossa dall'obiettivo di fronteggiare, e se possibile neutralizzare, il potere negoziale dell'imprenditore mediante la creazione di un *contropotere collettivo*. Questo contropotere si è manifestato in forme sempre più organizzate, che hanno sfidato regime di repressione legale: dalle coalizioni collettive, sino alla costituzione di libere associazioni (sindacati) con la missione di perseguire la tutela dei lavoratori intesi come una collettività di interessi. I sindacati sono prima entrati in scena nella *Gran Bretagna* della prima metà dell'ottocento (le *Trade Unions*) e poi negli altri paesi europei e negli Stati Uniti. L'obiettivo fondamentale che si ponevano (oltre a quello di organizzare forme di assistenza

mutualistica su lavoratori in stato di bisogno, esempio per malattia o maternità) era quello di imporre agli imprenditori, tramite l'arma dello sciopero, una contrattazione accorpata, collettiva, delle condizioni di lavoro.

Ciò presupponeva, però, che sindacati potessero liberamente esistere ed agire nell'ordinamento del diritto, e che era minacciato non soltanto dal regime di repressione penale, ma dall'assenza di garanzie sul terreno civilistico. Infatti, una volta accettati nel relativo ordinamento, i sindacati inglesi si trovavano a fronteggiare le azioni civili di responsabilità (per presunte attentato alla libertà di commercio protetta dalla *common law*) promosse dalle imprese per i danni causati da fatti di sciopero. E proprio per la necessità di incidere sul regime giuridico (ostile), il movimento sindacale britannico ha dato vita ad un partito politico, il *Labour Party*, cui ha affidato il compito di rappresentare gli interessi sul terreno politico-legislativo. Il risultato più immediato di tale azione è stato nel riconoscimento sindacati, per legge, "dell'immunità" dalla responsabilità civile per le azioni collettive da essi promosse. Il sindacalismo britannico ha conosciuto, da allora, un grande sviluppo, sulla base del sistema del *Closed shop*, che obbligava i lavoratori (come condizione per essere assunti) iscriversi al sindacato, così prevaricando nella libertà individuale, ma realizzandone un'efficace protezione sul piano collettivo; un sistema che è durato sino alle riforme (tendenzialmente *anti-union*) introdotte, negli anni '80 del secolo scorso, dal governo presieduto da Margaret Thatcher (e che sono state mantenute dai successivi governi laburisti). Tra l'altro, è stato per la forte penetrazione sociale del sindacato, che il diritto del lavoro britannico è stato, per lungo tempo, un diritto molto collettivo e poco legislativo (*Abstention of the law*).

Nei paesi dell'*Europa continentale*, il sindacato si è sviluppato con i medesimi intenti, ma secondo percorsi differenti, pure a partire dalla primordiale comune lotta per il riconoscimento della libertà sindacale (acquisita, in Francia, con la legge Waldek-Rousseau dal 1884, abolitiva della legge Le Chapelier). Nell'*Italia postunitaria* la seconda metà dell'ottocento è stata per il movimento operaio, periodo di inquietudine e di incubazione. Sono sorte le prime *società di mutuo soccorso* che hanno dato vita ad importanti esperienze di solidarietà dei lavoratori in relazione alle situazioni più classiche di bisogno, quali le malattie e infortuni. In una seconda fase, le società operaie hanno cominciato a trasformarsi in leghe di resistenza, aspiranti ad una qualche forma di regolazione negoziale delle condizioni di lavoro. Nell'ultimo decennio del secolo, il sindacalismo ha poi cominciato sempre più ad organizzarsi e a strutturarsi, a livello sia di territori (dove sono sorte entità associative come le *camere del lavoro*) che di settori produttivi, secondo il modello sempre più dominante del sindacalismo "di industria" (è del 1901 la costituzione della Federazione italiana Operai Metallurgici), poi detto "di categoria". È stato invece meno rilevante, rispetto ad altre esperienze, il ruolo dei sindacati "di mestiere". L'esistenza di queste coalizioni o associazioni era, di massima tollerata ma erano ripresi (salvo che in Toscana vera rimasti in vigore più liberale codice penale del 1786, cd. Codice Leopoldino) i fatti di sciopero. La situazione è mutata con l'avvento del *codice penale Zanardelli* del 1889, che ha segnato il passaggio da un regime di tolleranza legale dello sciopero, ma soltanto sul versante penalistico. Ma, a differenza di quel che era caduto nella meno politicizzata Gran Bretagna, in Italia l'azione sindacale avuto, sin dall'origine, connotazioni *anche* politiche. Ciò è esemplificato dal fatto che, all'opposto del caso britannico, il primo grande sindacato italiano, la *Confederazione Gentile Italiana del Lavoro* (CGIL), È stato costituito nel 1906, con la fusione delle associazioni sindacali formatesi nel decennio precedente, per impulso del partito del lavoratore italiano, puoi partito socialista Italiano, che era nato, e congresso di Genova del 1892 come formazione di impronta classicista, che si proponeva di utilizzare anche la lotta parlamentare per soddisfare le aspirazioni dei lavoratori. A fianco del sindacalismo di impronta socialista, si è sviluppato nel contempo, un sindacalismo "bianco" di ispirazione *cristiana*, che si richiamava alla nascente dottrina sociale della Chiesa. Era inoltre inevitabile, in questo contesto, che, al di là della pur cruciale dimissione sindacale, la questione del lavoro venisse posta sul terreno parlamentare politico, nel quale, ancorché da una comune prospettiva di critica del sistema capitalistico, si fronteggiavano visioni anche profondamente diverse (marxiste rivoluzionarie, anarchico-libertarie, riformiste), sia a proposito degli strumenti di lotta politica da utilizzare che sui fini ultimi da perseguire per l'emancipazione della classe lavoratrice. Ciò in un contesto caratterizzato, specialmente nell'ultimo decennio del secolo, da violenti moti sociali (dei fasci siciliani del 1892 alle agitazioni milanesi del 1898 contro il carovita), che mettevano a rischio la stabilità della ancor fragile democrazia parlamentare italiana.

3. I movimenti politici

Le risposte nei riguardi della questione sociale hanno iniziato a divaricarsi, nella seconda metà dell'ottocento: la divaricazione tra rivoluzionari e riformisti ha attraversato tutta la storia successiva della

sinistra europea, al punto che neppure la caduta del socialismo reale, nel 1989, è stata capace di riassorbirla completamente.

Secondo il padre del socialismo rivoluzionario, *Karl Marx*, il sistema capitalistico non poteva essere migliorato, essendo irrimediabilmente basato sullo sfruttamento di una classe sociale su un'altra, e doveva essere abbattuto, tramite una rivoluzione violenta che avrebbe avuto ad artefice la classe operaia.

Ma la rivoluzione non sarebbe scoppiata per una mera spinta volontaristica, bensì come l'inevitabile conseguenza della progressiva esplosione delle contraddizioni insite al capitalismo, le quali avrebbero provocato il crollo dell'interno; era questo l'aspetto "scientifico" del socialismo marxiano, che si accompagnava all'irrisione dei sogni di armonia sociale dei socialisti utopisti.

Dalla rivoluzione, sempre secondo Marx, sarebbe scaturita l'edificazione di un ordine politico e sociale senza classi, nel quale il libero sviluppo di ciascuno sarebbe stato la condizione del libero sviluppo di tutti, e ad ognuno sarebbe stato dato non secondo i propri meriti, ma secondo i propri bisogni. Era naturale che, da una visione del genere, la prospettiva di miglioramento lento della condizione dei lavoratori tramite l'azione sindacale e l'emanazione di leggi di ispirazione sociale, restasse fundamentalmente tagliata fuori. In effetti Marx considerava i "diritti" come un mero palliativo, incapace di spezzare il cerchio dell'egoismo proprietario-borghese, e dunque di condurre ad una vera emancipazione. Non di meno, è stata proprio la pressione immediata per i diritti, insomma l'urgenza di migliorare la condizione delle classi lavoratrici, che ha indotto una parte del movimento socialista di staccarsi dalle posizioni dei marxisti rivoluzionari (futuri comunisti), pur nell'ambito di una fedeltà di fondo al pensiero di Marx. Questo movimento, in senso lato progressista, si è manifestato in forme diverse nei vari paesi contesti politici, pur essendo accomunato da un orientamento più focalizzato sul presente, per nulla alieno dalla dimensione dei diritti. Un evento precorritore è stata l'animata discussione intercorsa nel 1848 tra i socialisti e i repubblicani francesi, nell'assemblea costituente della Seconda Repubblica, sull'opportunità di sancire in modo solenne una "diritto del lavoro". È emersa per la prima volta, in quell'occasione, una pur embrionale consapevolezza di trovarsi di fronte ad un "nuovo" diritto (diverso dai "vecchi" diritti di libertà e di proprietà), e nuovo perché, per essere soddisfatto, esige un profondo mutamento della concezione della funzione della statualità, comportando la transizione da uno stato che si limitava a controllare il rispetto della libertà-proprietà ad uno che si proponeva di incidere nei rapporti economico-sociali, in modo da assicurare a tutti l'accesso al bene sociale del lavoro. Di grande rilievo è stata altresì l'esperienza della *socialdemocrazia tedesca*, modello per tutti i futuri partiti socialisti europei, e la più decisa nell'inserire organicamente nei propri programmi politici la rivendicazione dei diritti sociali, pur tenendo fermo, per il lungo termine, l'obiettivo rivoluzionario. Un obiettivo, quest'ultimo, che tendeva invece a risolversi in un filone quel più revisionista del movimento, quello *riformista*, nel quale il compromesso con il sistema capitalistico, predicato dei socialdemocratici come mero adattamento *tattico*, assumeva una portata *strategica*, cioè era considerato l'obiettivo da perseguire. Il dissidio tra rivoluzionari e riformisti si è consumato in grande stile anche in Italia, prima delle tormentate vicissitudini del partito socialista, nel quale la decisione del riformista Turati (*) di appoggiare tra fine dell'ottocento e inizio del 900, i governi liberali moderati presieduti da Giuseppe Zanardelli e Giovanni Giolitti, i primi rivolte alla ricerca di una parziale compromesso sociale con le ragioni dei lavoratori, di questa ferocia opposizioni da parte della corrente massimalista guidata da Antonio Labriola.

Il culmine di tale dissidio è stato, nel famoso congresso livornese del 1921, successivo alla rivoluzione russa, la scissione fra comunisti e socialisti, proseguite in varie forme anche nell'epoca repubblicana, a perpetuazione drammatico travaglio della sinistra italiana. In questo insieme di partiti e movimenti sono rintracciabili le origini della lotta per i diritti del lavoro, e quindi la prima *reazione politica* alla questione sociale. Essa è stata alimentata, altresì, da ulteriori significative rapporti politico-culturali, come quelli della *dottrina sociale cattolica*, proclamata dall'enciclica *Rerum Novarum* di Leone XIII (1891). I cattolici denunciavano i mali sociali dell'industrialismo e della rivoluzione (laica) liberale, a partire dalla pretesa di risolvere la dinamica sociale nella contrapposizione tra singolo individuo e Stato, ignorando che l'uomo, oltreché cittadino (come aveva proclamato la rivoluzione francese), è produttore, come tale inserito nel contesto economico sociale. Occorre incoraggiare, quindi, l'associazionismo sindacale, al fine di temperare il disordine sociale arrecato dal capitalismo, senza tuttavia cadere nel male opposto del socialismo, che, propugnando una lotta di classe, aveva una concezione conflittuale della vita sociale. Le rivendicazioni sociali hanno fatto breccia, infine, anche nella parte più illuminata del pensiero liberale (John Mill e Thomas H. Green) e degli schieramenti politici che a tale andamento si richiamavano.

In conclusione, cavallo tra due secoli partiti di ispirazione laburista socialista hanno iniziato a far sentire la propria presenza sul terreno politico-legislativo mettendo da parte l'obiettivo rivoluzionario. Si è cominciato insomma a cercare di cambiare il capitalismo invece di provare ad abatterlo.

(*) intervento Filippo Turati del 1907 alla Camera dei deputati: “ quale è in fondo la differenza tra i socialisti riformisti e i socialisti rivoluzionari, o la loro sottospecie sindacalista? I primi, dei quali io sono, pensano, come gli altri, che il capitalismo sia una forma sociale caduca, sebbene necessaria e che convenga preparare trapassi a forme sociali più alte ed evolute; ma pensano, a differenza degli altri, che coteste trasformazioni, per quanto radicalissime, non possono utilmente avvenire se non per via di evoluzione, di penetrazione, di sostituzione graduale; pensano che la violenza tuttavia, nei cangiamenti sociali, abbia una funzione clamorosa e decorativa assai più che una funzione sostanziale“.

4. Il diritto del lavoro delle origini

L'eliminazione degli ostacoli legali all'esistenza e all'azione dei sindacati non poteva bastare per migliorare la condizione dei lavoratori, occorrendo penetrare, a tal fine, nel regno incontaminato del contratto di lavoro (all'epoca noto come contratto di *locazione di opere*). Non è passato molto tempo, peraltro, prima che il dogma del libro contratto di lavoro fosse messo in discussione. Verso la fine del XIX secolo, in un settore pur minoritario della dottrina giuridica, si sono manifestati filoni di pensiero (cd. socialismo della cattedra) che, a partire dalla constatazione di quanto diritto privato fosse inadeguato regolare il fenomeno del lavoro industriale, hanno sostenuto le ragioni di un *diritto privato-sociale*, animato dall'intento di riequilibrare la condizione di soggezione negoziale del lavoratore.

Tali leggi protettive hanno inizialmente assunto la veste di una *legislazione speciale* parallela al codice civile, e avente la forza di una normativa di ordine pubblico, ossia imperativa e non derogabile a danno del lavoratore (più rafforzata dalla previsione di sanzioni penali), e come tale non aggirabile attraverso pattuizioni individuali. Tali leggi hanno toccato i problemi più allarmanti della condizione operaia, tramite la previsione di norme limitatrici della libertà imprenditoriale di gestione dei lavoratori:

- il lavoro dei fanciulli, alla protezione dei quali è stata dedicata la prima legge sociale dell'11 febbraio 1886, poi modificata, da un testo più ampio esteso al lavoro delle donne;
- gli infortuni sul lavoro, per attuare le conseguenze dei quali è stata imposta alle imprese -con una legge del 1898- un'assicurazione obbligatoria degli operai;
- la condizione delle lavoratrici madri, in favore delle quali sono stati istituite, con legge 520/1910, le prime casse di maternità;
- il lavoro delle mondine e degli addetti ai forni;

A questi provvedimenti si è affiancata la *giurisprudenza dei probiviri*, che erano arbitri cui lavoratori potevano ricorrere per fare decidere, secondo equità, le controversie intentate verso i propri datori di lavoro, e quali si deve l'elaborazione del preavviso di licenziamento *ad nutum* e dell'efficacia meramente sospensiva (non risolutiva) dello sciopero sul contratto di lavoro.

Si ricorda poi la prima legge organica sugli impiegati privati (1919), antecedente di quella del 1924.

Nel frattempo, ha cominciato a svilupparsi, in connessione con lo sviluppo del sindacalismo di categoria, il sistema della contrattazione collettiva, sia nazionale (primo accordo nazionale per i metallurgici, con la riduzione dell'orario settimanale a 48, risale al 1919) che (nelle imprese di maggiori dimensioni) aziendale.

Si è avuto anche, con le *commissioni interne*, la nascita delle prime, embrionali, forme di rappresentanza dei lavoratori a livello aziendale. L'accordo stipite, in materia, è quello raggiunto presso la fabbrica Itala (la futura Fiat), di Torino, nel 1906. Le commissioni interne hanno avuto un notevole sviluppo soprattutto tra il 1919 e il 1922. Ma, se non le realizzazioni legislative, l'istituzione operaie sono entrati in crisi nel periodo di convulsione e violenza politica seguita alla fine della prima guerra mondiale, allorché si è consumata l'ultima crisi dell'Italia liberale.

5. Il ventennio fascista

Con l'ascesa al potere del fascismo, non soltanto le forze politiche di opposizione, ma anche i sindacati rossi e bianchi, sono stati di fatto eliminati. Ciò è culminato nel patto di Palazzo Vidoni del 2 ottobre 1925, con il quale l'associazione delle imprese industriali, la Confindustria, riconosciuto le associazioni sindacali fasciste il monopolio della rappresentanza sindacale, ottenendo in contropartita l'eliminazione delle commissioni interne.

Si è così aperta la strada all'edificazione del *regime corporativo* che esprimeva una visione organica e coesa della società, nella quale l'interesse dei singoli individui e delle classi doveva restare rigorosamente subordinata al perseguimento dell'interesse superiore della nazione, quali interpretato da uno stato edificato su basi autoritarie.

L'ideologia corporativa intendeva porsi come alternativa tanto al liberalismo (rifiutato per il suo individualismo) quanto al socialismo (criticato per il suo collettivismo). Essa partecipava, invece, di alcuni tratti della dottrina sociale cattolica, che inseriva, tuttavia, in una peculiare concezione statalistico-autoritaria.

- Sul versante *sindacale*, ciò si è risolto in un drammatico ritorno al passato, con la soppressione della libertà sindacale e di quella di sciopero, che erano giudicati incompatibili con ideologia che rigettava il postulato liberale del libero conflitto fra le classi sociali.

La *legge sindacale del 3 aprile 1926*, poi una serie di norme del codice penale del 1930, entrambe dovuta al guardasigilli Alfredo Rocco, hanno dato traduzione giuridica a questi principi.

Pur ammettendosi in astratto la possibilità di costituire più sindacati, il governo si riservava la facoltà, di conferire il riconoscimento giuridico (di diritto pubblico), per ciascuna categoria produttiva, a un solo sindacato, purché espressivo di almeno 10% dei lavoratori di quella categoria, guidato da persone "*di sicura fede nazionale*". È conseguito riconoscimento dei suoni sindacati legati al partito nazionale fascista, che hanno assunto la *rappresentanza generale* dei lavoratori e degli imprenditori appartenenti a ciascuna categoria. Il contratto collettivo stipulato da tali sindacati era dotato, di conseguenza, di una efficacia *erga omnes*, cioè estesa a tutte le imprese e a tutti i lavoratori della categoria come se il contratto avesse forza di legge.

Inoltre, tale contratto collettivo era proclamato *inderogabile* a livello individuale, in quanto fra il singolo lavoratore e il singolo datore di lavoro potevano aver corso pattuizioni diverse da quelle del contratto collettivo soltanto al fine di attribuire al dipendente condizioni di miglior favore. Così, attribuendo i sindacati al contratto collettivo una valenza apertamente *pubblicistica*, si lasciavano alle spalle le difficoltà teoriche circa l'efficacia giuridica da attribuire al contratto collettivo.

- Quanto allo *sciopero*, esso è stato penalmente incriminato nel codice penale del 1930, con disposizioni censurate, una volta sopravvenuto ordinamento repubblicano, dalla Corte costituzionale. Piuttosto che con lotte sociali, eventuali conflitti di lavoro avrebbero dovuto essere risolti da una speciale Magistratura del Lavoro, costituita presso le corti d'appello, con la partecipazione (accanto ai magistrati) di esperti; essa avrebbe definito le controversie collettive di lavoro attraverso sentenze, formalmente annoverate tra le fonti del diritto corporativo. Di fatto, i ricorsi sono stati molto limitati.

Si riconosce che, se la disciplina sindacale del ventennio ha segnato una netta cesura quell'età liberale, *la legislazione del lavoro e previdenziale* ha invece avuto, durante il ventennio fascista, un significativo sviluppo attestato da leggi:

- la legge sull'orario di lavoro rimasto in vigore per decenni;
- la legge sull'impiego privato;
- nuovi leggi sulle lavoratrici madri (r.d.l. 850/1929) e sul lavoro delle donne dei fanciulli (L. 653/1934);
- Legge istitutiva del diritto riposo domenicale e settimanale (L. 370/1934);
- perfezionamento, nel 1935, della legge delle mila 298 sul infortuni sul lavoro;
- istituzione della tutela pensionistica obbligatoria, successivamente della tutela mutualistica contro le malattie dei lavoratori.

La legislazione del periodo è culminata nel codice civile del 1942 che è sopravvissuto alla fase post-costituzionale, sino a rappresentare tuttora il cuore della normativa lavoristica per quel che attiene alla struttura obbligatoria del contratto di lavoro subordinato. Con il codice civile, in effetti, la nozione di lavoro subordinato (articolo 2094) ha fatto ingresso nella legislazione italiana, consegnando alla storia la locazione di opere e le altre nazioni contenute nella legislazione delle origini, non realizzando, tramite l'unificazione dello statuto giuridico di tutti lavoratori, l'estensione gli operai dei diritti già riconosciuti, dalle leggi del 1919-24, ai soli impiegati.

6. Il diritto del lavoro repubblicano: dalla Costituzione allo Statuto dei diritti dei lavoratori Dopo la caduta del fascismo, il 25 luglio 1943, sia creata una confusa situazione stroncata con l'ordinanza 28/1944 del governo militare alleato, la quale ha disposto la soppressione delle strutture sindacali-corporative e la

ricostituzione di un regime di libertà sindacale. Peraltro, per non lasciare i lavoratori privi di tutela sociale, sono state mantenute provvisoriamente e indefinitamente in vigore le norme dei contratti collettivi dell'epoca corporativa. Sul terreno sindacale il sindacalismo antifascista ha trovato una unità provvisoria nella CGIL, nella quale convivevano componenti comuniste, democristiane e socialiste. Ma tale unità si è rotta già nel 1948 -come conseguenza della spaccatura politica, nell'incipiente Guerra fredda, fra democristiani e social-comunisti-, derivandone la nascita, da costole della CGIL, della CISL (di ispirazione cattolica) della UIL (d'ispirazione repubblicano-socialista). Nel frattempo, dal 1 gennaio 1948, entrate in vigore la *Costituzione repubblicana*, che è parte autorevole di quel movimento costituzionale moderno che ha segnato la trasformazione dello Stato liberale classico in Stato *democratico liberale* sul piano dei rapporti politici, e in stato *sociale* su quello dei rapporti economico-sociali. La costituzione ha dato al diritto del lavoro un nuovo e rafforzato fondamento, indicandone la direzione di sviluppo. Dopo di che, proprio per l'imperativo di dare attuazione alla costituzione, andando oltre il fresco impianto normativo del codice civile (che aveva lacune protettive, non prevedendo, ad esempio, alcun limite alla libertà di licenziamento né garanzie sindacali), il testimone è passato, di nuovo, alla legislazione speciale.

A tal proposito, se gli *anni 50* del secolo scorso non hanno fatto registrare leggi significative, sul terreno sindacale si è avuto un certo sviluppo della contrattazione collettiva di categoria, ma il sindacalismo è rimasto, nel complesso debole e diviso anche a causa della difficoltà di penetrare nei luoghi di lavoro. D'altro lato, il vero salto di qualità c'è stato negli *anni 60*, che hanno visto l'avvento al governo del centro-sinistra (con il partito socialista), quindi rizzi programmatici la protezione dei lavoratori, in generale le istanze sociali, figuravano al primo posto. È iniziato allora un processo di riequilibrio economico-sociale contrassegnato da una maggiore presenza della contrattazione collettiva (per la prima volta anche a livello di singola azienda) e dall'emanazione di leggi a tutela del lavoro subordinato tra le quali la *L. 15 luglio 1966 numero 604* che ha limitato per la prima volta all'esercizio del potere imprenditoriale del licenziamento, superando il DOC ma liberale della libertà di recesso dal contratto a tempo indeterminato.

Negli *anni 70*, la tendenza verso una redistribuzione del potere della ricchezza a favore delle classi lavoratrici ha preso un eccezionale abbrivio intrecciandosi con fenomeni più vasti di *contestazione* dell'ordine politico e sociale esistente. *Nell'autunno caldo* del 1969, innescato dalla lotta per il rinnovo dei principali contratti collettivi di categoria, hanno avuto luogo grandi e partecipate agitazioni sociali, che si sono diffuse anche nei luoghi di lavoro, dando vita a fenomeni di sindacalismo spontaneo, spesso lo posiziona sindacalismo ufficiale e alle forze storiche della sinistra parlamentare. Nel clima di quegli anni e poi maturata, anche in ragione della preoccupazione della sinistra politica e sindacale di non farsi scavalcare dai movimenti extraparlamentari, l'emanazione di una legge da tempo attesa, lo *Statuto dei diritti dei lavoratori* adottato con la *legge 20 maggio 1970 n.300*.

Lo statuto, il cui padre riconosciuto fu Gino Giugni, aveva due finalità principali:

- stabilire norme a tutela della libertà e della dignità dei lavoratori;
- promuovere la presenza di organismi di rappresentanza dei lavoratori, collegati ai sindacati più rappresentativi, e lo svolgimento di attività sindacale, nei luoghi di lavoro.

Inoltre, lo statuto ha modificato (rafforzando la protezione del lavoratore illegittimamente licenziato) la L. 604/1966, con *quell'articolo 18* (titolato "*reintegrazione nel posto di lavoro*") che tanta importanza simbolica, politica e giuridica, ha avuto nella storia successiva. È di poco posteriore la legge 533/1973 che ha istituito un rito processuale speciale per le controversie di lavoro, rivolto a rendere più facile e spedita la tutela processuale dei diritti dei lavoratori, presupposto della creazione della magistratura specializzata del lavoro. Ci sono poi altre rilevanti provvedimenti legislativi relativi alla istituzione della "cassa integrazione guadagni straordinaria", alla tutela delle lavoratrici madri e alla parità fra uomo e donna sul lavoro. Quegli anni hanno altresì registrato un'imponente crescita della contrattazione collettiva, tanto nazionale quanto aziendale.

Oltre a radicare definitivamente il sindacato in azienda e a rafforzarne il ruolo politico complessivo, ciò ha fatto lievitare i livelli retributivi dando così luogo alla prima grande operazione redistributiva dopo il *boom* economico: le retribuzioni dei lavoratori erano protetti anche nei confronti dell'inflazione, mediante un meccanismo (la *scala mobile*) che comportava un incremento automatico in correlazione all'aumento del costo della vita, e che era stato modificato nel 1975 (con l'accordo Agnelli-Lama) in una direzione egualitaria.

Vi è stata dunque, in quel periodo, una grande valorizzazione del ruolo sociale e del peso politico delle classi lavoratrici tanto che ciò permesso al diritto del lavoro di toccare il proprio zenit, esaltandone la funzione protettiva di attuazione costituzionale. Anche a la giurisprudenza ha dato un importante apporto in tale

direzione esprimendo, in maggioranza, orientamenti *garantistici*, cioè rivolti alla difesa dei diritti dei lavoratori.

Tuttavia la storia ha proposto di lì a poco nuovi scenari.

7. Il diritto del lavoro della crisi: gli anni '80

L'impatto devastante, sulle economie mondiali, della crisi petrolifera innescata dalla guerra arabo-israeliana del 1973, aveva determinato il ritorno, dopo due decenni tranquilli, del problema *dell'inflazione*.

Un'inflazione giunta a lambire il 20% su base annua, e combinata oltretutto a fenomeni di stagnazione economica (stagflazione), e quindi di disoccupazione. L'inflazione induceva, nei lavoratori, la spinta ad ulteriori rivendicazioni retributive, che però, ove non corrispondenti ad incrementi di produttività, generavano nuove pressioni inflazionistiche da domanda e/o da costi. La stessa scala mobile aveva effetti controproducenti fungendo da moltiplicatore del tasso di inflazione.

In questo contesto, ha iniziato a porsi l'esigenza di contenere la dinamica ascensionale dei costi di lavoro, in generale di attuare una *politica dei redditi*, in modo da commisurare la crescita dei livelli di reddito (non solo dal lavoro) all'andamento dei parametri macroeconomici. Ciò richiedeva, peraltro, la collaborazione dei sindacati e a livello politico dei partiti di opposizione.

Nel periodo cd. della solidarietà nazionale sul finire degli anni 70 sono state emanate alcune leggi, poi chiamate *dell'emergenza*, miranti al contenimento dei costi del lavoro in funzione antinflazionistica. Nel 1978 con la svolta dell'EUR lo stesso sindacato ha trovato il coraggio di un'autocritica, riconoscendosi pubblicamente che il salario non può essere trattato come una variabile indipendente dell'andamento dell'economia. Quella presa d'atto ha posto le basi di un atteggiamento sindacale più responsabile disposto al dialogo con la controparte sociale e con il governo.

Che gli anni 80 si presentassero all'insegna di un arretramento del potere sindacale e una rivincita imprenditoriale, lo ha annunciato anche l'evento che ha simbolicamente inaugurato il decennio: la "marcia dei 40.000", ossia una grande manifestazione che quadri, impiegati e operai della Fiat hanno inscenato per le vie di Torino per far cessare uno sciopero che stava bloccando da lungo tempo l'attività dell'azienda. È stata la vittoria della linea sostenuta dall'amministratore delegato della Fiat, Cesare Romiti, e l'inizio di una fase di difficoltà per il sindacato, che ha giocato poi a favore di settori industriali che in quegli anni sono stati costretti a ristrutturarsi con pesanti ricadute in termini di occupazione. Si tenga altresì conto che era in atto un processo di transizione da un assetto produttivo occupazionale incentrato sull'industria ad una fondato sui servizi, che già negli anni 60 il sociologo americano Daniel Bell aveva teorizzato come avvento della *società post-industriale*. Sono maturate, in quel contesto, le condizioni per aprire trattative a tutto campo sui costi del lavoro sulle strategie industriali, sovente riassorbite nel più ampio alveo di una contrattazione trilaterale, cui partecipava anche il governo, tanto a presidio dell'interesse pubblico al controllo dell'inflazione, quanto per mettere a disposizione misure di politica economica (ad esempio fiscale) compensative dei sacrifici richiesti lavoratori su terreno retributivo o il ricorso ad "ammortizzatori sociali" come la cassa integrazione guadagni. La *contrattazione trilaterale* o "il *neo-corporativa*" ha registrato un primo importante successo con l'accordo Scotti del gennaio 1983, nel quale sono stati concordati alcuni ritocchi al sistema della scala mobile. Ma quando, nel febbraio 1984, la CGIL non accettò un ulteriore taglio temporaneo di alcuni punti di scala mobile, sempre in chiave antinflazionistica, il governo presieduto da Bettino Craxi operò uno strappo politico, concludendo un accordo "separato" con CISL e UIL, recependo i contenuti in un decreto-legge. Ne è scaturito un acceso dibattito sull'ammissibilità o no di un'ingerenza del legislatore in un campo come quello retributivo, tradizionalmente riservato alla contrattazione collettiva. Eppure il decreto Craxi è sopravvissuto tanto alla corte costituzionale, quanto è un referendum popolare proposto nel 1985 dal partito comunista, che ha rappresentato l'ultima battaglia (e sconfitta) politica del segretario Enrico Berlinguer.

La vicenda ha lasciato pesanti strascichi tra i maggiori sindacati che soltanto in seguito sono stati ricomposti (non per sempre). Quanto alla scala mobile nel 1992 c'è stata la definitiva soppressione dell'istituto stesso. Il difficile andamento economico, che rendeva urgente rilanciare un sistema produttivo appesantito da alti costi e bassa produttività, ha portato all'introduzione di normative tendenti a ridurre il peso di alcuni istituti, o a restituire alle imprese margini di libertà nella gestione del lavoro: in particolare sono state allargate le maglie del collocamento numerico, con maggiori possibilità di richiesta nominativa; è stato modificato il sistema dell'assunzione obbligatoria; l'irrazionale istituto dell'indennità di anzianità è stato soppiantato dal trattamento di fine rapporto (eccetera).

Non di meno, anche negli anni 80 è andata avanti una linea legislativa di continuità con il decennio precedente, rivolte a rafforzare le garanzie individuali dei lavoratori: si pensi alla riforma della disciplina

limitativa del licenziamento individuale (L.108/1990) che ha rafforzato il regime sanzionatorio di quell'articolo 18 legge 300/1970 e soprattutto ha esteso l'ambito della regola del giustificato motivo, seppure in versione debole, ai datori di lavoro di minima dimensione occupazionale.

Il diritto del lavoro ha dunque continuato a svilupparsi in modo disordinato, con un succedersi alluvionale di *stratificazioni normative* non sempre armonizzabili.

8. La crisi del diritto del lavoro: gli anni '90

Negli anni '90 del secolo scorso sono sopraggiunti nuovi processi di trasformazione economico-sociale a modificare lo scenario mondiale, tanto da creare una nuova realtà caratterizzata da una crescente interrelazione fra le diverse aree del mondo, fenomeno noto come *globalizzazione*. In esso troviamo:

- incremento dei rapporti di scambio commerciale fra le aree economiche, e accesso ai mercati mondiali di nuovi paesi (l'ultimo è stato quello cinese), caratterizzati da costi del lavoro incomparabilmente inferiori a quelli delle economie occidentali;
- incremento esponenziale della percentuale di prodotti importati da parte dei paesi del Primo Mondo, che provengono da economie in via di sviluppo (da 10% del 1970 al 50% di oggi);
- crisi drammatica di interi settori industriali nazionali (tessile, calzaturiero ecc), messi fuori mercato dei prodotti esteri;
- tentativo di arginare la crisi delocalizzando all'estero industrie o fasi della lavorazione, così da beneficiare del differenziale favorevole dei costi del lavoro;
- liberalizzazione totale dei movimenti di capitale;
- diffusione mondiale delle nuove tecnologie informatiche e telematiche;
- circolazione globale dell'informazione dei messaggi culturali anglosassoni a vari livelli (consumi, cinema eccetera), anche grazie al traino dell'inglese, nuova lingua universale;

Si è inoltre attivata, anche in virtù del formidabile impulso della rivoluzione tecnologica, una profonda trasformazione dei modelli produttivi e organizzativi dell'impresa. In luogo dell'impresa *Taylorista-Fordista*, orientata alla produzione di massa e organizzata all'interno su distribuzioni rigide di mansioni, a preso piede (ma senza sostituire completamente il precedente modello) l'impresa *post-fordista*: perennemente alla ricerca di innovazione; incentrata su manodopera più qualificata o comunque indotta da una continua riqualificazione, oltre che ad una partecipazione più attiva alla realizzazione degli obiettivi produttivi (con conseguente avanzamento di modelli più collaborativi); orientata a fornire risposte rapide e flessibili ai mutamenti delle richieste di mercato; propensa ad esternalizzare e in marcia verso il modello dell'impresa-rete (significativo per un'economia come quella italiana, caratterizzata dalla prevalenza di imprese medio-piccole dall'importante realtà dei distretti industriali).

È continuata anche la tendenza alla contrazione dell'industria e alla crescita del settore dei servizi, anche ad altri impiego di tecnologia (o terziario avanzato). Nello specifico dell'Italia, e poi da tener conto dei mutamenti provocati dal processo di *unificazione commerciale e monetaria europea* e, ancor più, a seguito del Patto di stabilità concordato nel trattato di Maastricht del 1992, è da tenere conto che l'Italia non ha potuto insistere oltre con la politica dei disavanzi di bilancio, ed è stata costretta, viceversa, ad iniziare un sofferto percorso di rientro (non ancora concluso) dal pesante indebitamento pubblico. I vincoli si sono fatti ancora più stretti con la susseguente adesione all'unione monetaria e (dal 2002) all'euro, in virtù della quale è divenuto impossibile compensare, con svalutazione della moneta nazionale, i *deficit* di competitività dei prodotti italiani. In questo scenario profondamente mutato, si è posto il problema dell'*efficienza del sistema produttivo*: ogni ritardo di produttività a cominciato a scaricarsi immediatamente sulla competitività commerciale dei beni e dei servizi italiani e quindi sulla crescita economica, che si è attestata sui livelli depressi. Questa situazione ha riguardato peraltro non solo l'Italia, ma tutti paesi dell'Europa continentale. Non è un caso che proprio in quegli anni sia stato proposto uno schema interpretativo incentrato sulla contrapposizione fra il *modello economico e sociale anglosassone* (che dà spazio preminentemente a valori come l'iniziativa individuale, la responsabilità, il merito, e che è di conseguenza meno protettivo) e quello *europeo continentale o renano* (tesi a conciliare, con una gamma di strumenti, efficienza economica e istanze sociali).

In considerazione delle migliori *performance* economiche delle economie anglosassoni, se ne traeva, da parte dei critici, la conseguenza che l'eccesso di regolazione, carichi fiscali e garanzie rappresentassero il vero *handicap* dalle economie continentali.

Un indice particolare veniva puntato sul diritto del lavoro, accusato di disincentivare l'assunzione e in generale di ostacolare i cambiamenti resi necessari dall'adattamento alla competizione globale. La *riforma*

strutturale da adottare era ravvisata, di conseguenza, in un incremento del tasso di flessibilità consentito nell'impiego del fattore lavoro, sulla premessa che soltanto un'impresa flessibile in grado di minimizzare i costi e leggere le sfide dei mercati internazionali.

Con l'espressione *flessibilità del lavoro* si fa riferimento ad una modalità di gestione della forza lavoro caratterizzata da un'elevata adattabilità alle variazioni dell'ambiente produttivo, in relazione alle esigenze dell'azienda come valutate dall'imprenditore.

La flessibilità può concernere aspetti diversi dalla relazione di lavoro, per cui si è soliti distinguere in:

- *numerica o quantitativa*, quando l'organico dell'impresa è adattabile (e riducibile) in relazione al mutevole fabbisogno produttivo.
- *funzionale*, che misura la facilità con cui l'imprenditore può mutare le mansioni del lavoratore o modificarne il luogo di lavoro;
- *temporale*, che attiene alla possibilità di modulare l'orario di lavoro in relazione ai ritmi della produzione e del mercato;
- *retributiva*, che consente, quando c'è, oscillazioni dei livelli retributivi *standard* di relazione all'andamento dell'impresa vado altre variabili.

Ebbene, essendo che rispetto a ciascuna di queste flessibilità la normativa lavoristica si frapponesse come un ostacolo, la domanda di più flessibilità si traduceva in una richiesta di *liberalizzazione* del mercato del lavoro, ovvero di superamento di certe garanzie di restituzione all'autonomia individuale di una facoltà di deroga rispetto ad esse.

A rendere la critica economica particolarmente delicata è stata, inoltre, l'accusa che la tradizionale rigidità del diritto del lavoro fosse un fattore causativo di disoccupazione, tale da mettere in pericolo, quindi, proprio il bene primario del lavoro. La critica in questione, avanzata anche da giuristi che hanno valorizzato il punto di vista dell'economia, si è spinta oltre, leggendo un certo diritto del lavoro come espressione di una protezione corporativa (cioè particolaristica) degli *insider* (lavoratori occupati garantiti) nei confronti degli *outsider* (i disoccupati e non occupati), che ne sarebbero pregiudicati come questa curati nella possibilità di accesso al mercato del lavoro. Da cui il suggerimento di superare una certa logica tutorial della protezione dati lavoratori, a beneficio degli *outsider* ma in ultima analisi degli stessi lavoratori occupati.

La critica economica si è saldata, inoltre, con una *critica socioculturale*. A partire dagli anni 90 del secolo scorso, si sono registrati rilevanti mutamenti a livello di assetti sociali e modelli culturali: per la prevalenza di un indistinto ceto medio (classe operaia) e per una crescente diffusione di culture e stili di vita *individualistici*, ciò in connessione con la maggiore presenza delle donne nel mercato del lavoro. In questo nuovo contesto è riemersa l'importanza del valore *libertà*: libertà di scegliersi il lavoro, di articolare piacerimento la distribuzione lavoro-tempo libero, di progettare individualmente la propria vita. Ciò non toglie che tanto la critica economica quanto quella socioculturale sono state contrastate da altre opinioni:

- Sul piano *economico*, si osservava che non vi è prova che la rigidità dell'apparato produttivo sia disfunzionale, in particolare che ha gravi problemi occupazionali;
- su quello *socio-culturale*, si obiettava che le condizioni di debolezza del lavoratore nel mercato del lavoro erano tuttora attuali, in specie nel mondo delle nuove forme di lavoro precario (oltre che nel lavoro informale o nero), che erano in atto processi di neo-proletarizzazione, e che, in ogni caso, non si dovevano incoraggiare le tendenze individualistiche, ma piuttosto contrastare il nome di valori collettivisti, o, quantomeno, solidaristici.

Avessero ragione gli uni o gli altri, uno scenario di *crisi del diritto del lavoro* ha cominciato a profilarsi. Si deve considerare anche che, per tutti gli anni 90, il paese è stato impegnato, prima nello sforzo di salvarsi dalla bancarotta, e poi nella lotta per entrare in Europa. Ho richiesto rigoroso controllo delle dinamiche dei redditi, inclusi quelli da lavoro, reso possibile non patto di collaborazione fra governi. Tutto questo si è tradotto in un andamento legislativo -iniziato dal governo Amato e Ciampi e proseguito dai governi di centro-sinistra durante gli anni 90- la cui cifra principale è stata la ricerca di una stabilizzazione macroeconomica da un lato, e di una prima apertura all'istanza di flessibilità, dall'altro. L'uno e l'altro obiettivo sono stati perseguiti, da parte dei governi del periodo, puntando fortemente sulla ricerca del consenso delle maggiori associazioni sindacali. Il simbolo di tale tendenza è stato il protocollo Ciampi del 1993, che è regolato per anni sistema della contrattazione collettiva, gettando le basi di un controllo della dinamica dei redditi da lavoro, il quale ha reso possibile il successo della marcia verso l'euro. Per quanto riguarda l'evoluzione legislativa, sono da ricordare:

- la *L. 23 luglio 1991 n.223* sui licenziamenti collettivi e la mobilità;
- la definitiva abolizione della scala mobile nel 1992;

- la *Legge 24 giugno 1997 n.196* (Legge Treu) Che ha legalizzato di lavoro interinale (oggi somministrazione di lavoro), reso possibile una modulazione più flessibile negli orari di lavoro, rilanciato l'apprendistato, ovviamente l'esperienza degli stage;
- il definitivo superamento dell'ormai decrepito collocamento pubblico, prima con la volizione della richiesta (anche nominativa) di assunzione e poi col decentramento a Regioni e Province, con l'apertura ai privati, del mercato dell'intermediazione della manodopera.

Grazie a queste leggi il tasso di flessibilità del sistema è cresciuto, il che probabilmente ha contribuito al declino del tasso di disoccupazione.

La maggior realizzazione normativa del decennio è stata però la "privatizzazione" del lavoro pubblico - i decreti legislativi in materia sono stati raccolti nel *d.lgs 30 marzo 2001 n.165*, Testo unico sul lavoro pubblico - rivolte all'ambizioso obiettivo di conciliare la tutela dei diritti dei lavoratori pubblici con un recupero di efficienza dell'apparato amministrativo.

L'azione di governo in questo periodo è stata alquanto complessa, non riconducibile ad un disegno unitario anche in considerazione della divisione che ha iniziato a profilarsi tra l'anima riformista e quella radicale.

9. Il libro bianco sul mercato del lavoro e il Decreto Biagi (2001-2006)

Lo sfondo obbligato dal dibattito sulla riforma del mercato del lavoro era l'Europa. Già nel 1997, con l'adozione della strategia europea per l'occupazione, erano state elaborate politiche animate dall'intento di ridare vitalità ai depressi i mercati di lavoro europei, sfidati dalla globalizzazione. Nel 2000 questa strategia è stata ulteriormente perfezionata dal consiglio europeo di Lisbona, che ha partorito l'ambizioso (e tuttora non realizzato) obiettivo di portare l'Europa allo stesso livello competitivo degli stati uniti, trasformandolo in una economia della conoscenza dedito alla ricerca e all'innovazione; con l'indicazione dell'obiettivo (del tutto mancato dall'Italia) di un tasso di occupazione [il tasso di occupazione misura la percentuale di popolazione occupata tra 15 e 64 anni] del 70% entro il 2010.

Sul versante nazionale è accaduto che entrambi gli schieramenti politici si siano richiamati al modello europeo. Ma l'Europa che avevano in mente non era la medesima: per il centro-sinistra era quella del modello renano e dei diritti sociali fondamentali, mentre per il centro-destra era l'Europa della modernizzazione del recupero competitivo, uscita allo scoperto a Lisbona. In realtà, entrambe le Europee esistono e devono essere tenute insieme: è fuor di dubbio, infatti, che tra le politiche del lavoro dei precedenti governi di centro-sinistra (specie con la linea legislativa culminate nella legge Treu) e quella del governo Berlusconi vi siano stati innumerevoli tratti di *continuità*.

È anche vero che nel contempo vi sono state significative *discontinuità*, ad esempio nel rapporto con le organizzazioni sindacali e in specie con nella CGIL. Il manifesto programmatico del governo Berlusconi per i temi del lavoro è stato il *Libro bianco sul mercato del lavoro*, presentato nell'ottobre 2001, la cui dichiarata priorità era l'incremento dell'insoddisfacente tasso di occupazione italiano, mediante politiche volte a rendere più dinamico e flessibile un mercato del lavoro ancora molto distante dagli obiettivi di Lisbona. Al fondo di tale strategia era rimarcata la necessità di spostare il baricentro della tutela del lavoratore *dal rapporto di lavoro al mercato del lavoro*: minore protezione dei già occupati, mediante un'ulteriore virata del sistema della direzione della flessibilità, e, in contropartita, più sostegno per consentire ai lavoratori, rimasti privi di posto, di ritrovarne al più presto un altro, se del caso pregia riqualficazione professionale, e con una rete di sicurezza economica degli intervalli tra uniti per altro. Una parte del programma del libro bianco è stata tradotta in provvedimenti legislativi: su tutte, sulla scia del Patto per l'Italia del 2002, stipulato con CISL e UIL nel dissenso della CGIL, ha spiccato la riforma del mercato del lavoro, adottata con il *d.lgs. 10 settembre 2003, n.276* (cd. Decreto Biagi). A questo ultimo decreto si debbono fare riforme: un'ulteriore apertura ai privati nei servizi per il lavoro; norme rivolte a favorire esternalizzazione; modificazioni, in senso più flessibile, della disciplina di alcuni contratti atipici, come lavoro a tempo parziale e il lavoro somministrato, introduzione di nuove tipologie flessibili (lavoro intermittente, lavoro ripartito, contratto di inserimento, lavoro accessorio); la riforma del contratto di apprendistato; introduzione del contratto di collaborazione a progetto; la nuova procedura di certificazione dei contratti di lavoro.

In sintesi, per quanto concerne la flessibilizzazione delle tutele nel rapporto di lavoro, il governo non ha avuto la forza politica di intaccare il nucleo della disciplina del rapporto di lavoro *standard*, ed ha puntato, di conseguenza sull'incremento di flessibilità "al margine", cioè sulla liberalizzazione dell'accesso a forme contrattuali *non-standard*, quali il contratto a termine e il contratto di somministrazione di lavoro.

Ciò ha continuato a smuovere il fronte occupazionale, ma ha altresì creato un dualismo nel mercato del lavoro tra lavoratori di serie A (tendenzialmente garantiti) e di serie B (con garanzie tendenzialmente deboli o nulle).

D'altronde, parti del programma delineato nel libro bianco -quelle che avrebbero dovuto dare una maggiore tutela del lavoratore nel mercato, come la riforma degli ammortizzatori sociali in generale delle misure di *Welfare*- non sono state realizzate, soprattutto a causa della grave carenza di risorse finanziarie pubbliche. Ed è proprio in relazione al combinato disposto delle due tendenze (minore tutele nel rapporto senza maggiori tutele nel mercato del lavoro), che si è cominciato a parlare di *precarietà* del lavoro, intesa come degenerazione patologica della flessibilità. La precarietà è definibile come "rischio per il lavoratore di non riuscire a provvedere nel medio periodo al proprio sostentamento attraverso il mercato del lavoro o la protezione sociale". Pertanto, "tale condizione riguarda tutte quelle persone a rischio di non raggiungere o non mantenere autonomamente, attraverso il proprio lavoro, un dignitoso livello di benessere economico perché la retribuzione è bassa o perché la loro carriera lavorativa è segnata da frequenti e lunghe interruzioni. In assenza di altre fonti di reddito, la precarietà si traduce in una condizione di disagio economico".

In sostanza, quello della precarietà è un fenomeno che dipende da un ampio novero di fattori, tre quali una configurazione non è equilibrata delle forme di sostegno economico ai disoccupati (cioè tale da privilegiare lavoratori *standard* che ha perduto il posto di lavoro, rispetto a quello flessibile che passa di continuo dal lavoro alla disoccupazione), e non è connessa dello specifico rapporto di lavoro. Anche il lavoratore a tempo pieno e indeterminato può quindi essere, in presenza di certe condizioni, precario.

A consuntivo, il decreto Biagi non ha avuto un impatto travolgente sull'andamento del mercato del lavoro, ma ha continuato e consolidato le tendenze flessibilizzanti già in atto dagli anni 90, che hanno permesso una qualche riduzione del tasso di disoccupazione e un incremento, pur debole, del tasso di occupazione. Essa però ha favorito, per converso, le pure già presenti tendenze dualistiche del mercato del lavoro italiano, senza con questo intaccarne le debolezze strutturali, legate al basso tasso di occupazione di donne, giovani ed anziani, all'alta percentuale di disoccupati di lunga durata, in generale della situazione del sud (negativa). Neppure è stato avviato a soluzione il problema del lavoro nero, stimato in circa il 25% del PIL.

10. Il breve ritorno del centro-sinistra (2006-2008)

Il ritorno al governo del centro-sinistra guidato da Romano Prodi, nell'aprile 2006, ha aperto una nuova fase delle politiche del lavoro. Ma non ha tardato a manifestarsi una difficoltà di fondo.

Da un lato, un programma di sinistra avrebbe dovuto condurre ad un intervento deciso sui provvedimenti legislativi firmati dal precedente governo, a cominciare dal decreto Biagi, del quale, difatti, la sinistra radicale domandava l'integrale abrogazione. Dall'altro lato, essendosi profilato il problema della bassa competitività della produzione italiana, non ci si poteva permettere di introdurre misure troppo rigide. Tra queste due istanze il governo Prodi ha eluso i nodi più difficili, concentrandosi su alcuni temi meno controversi: la tutela della salute e della sicurezza dei luoghi di lavoro, il contrasto la precarietà, la porno realizzata riforma degli ammortizzatori sociali, la lotta al lavoro nero (con la maxi-sanzione). Gli impegni programmatici del governo si sono condensati in un protocollo stipulato il 23 luglio 2007; alcuni invece di tali impegni sono stati tradotti in misure legislative, soprattutto grazie alla legge 247/2007, cui si deve, l'introduzione di misure correttive (sui contratti a tempo determinato e a tempo parziale) o abolitiva (del contratto di lavoro intermittente della somministrazione di lavoro a tempo indeterminato) di provvedimenti adottati dal centro-destra nella legislatura precedente.

Infine, dopo anni di gestazione, è stato emanato il *d.lgs 9 aprile 2008 n. 81*, Testo unico sulla tutela della salute della sicurezza dei lavoratori.

Nel frattempo sollecitazioni nuove ed importanti sono venute dalla comunità (oggi UE) che dopo essersi focalizzato sin dal 1997, con la Strategia europea per l'occupazione, sull'obiettivo dell'incremento del tasso di partecipazione mercati del lavoro, ha suggerito una linea di riforma dei sistemi nazionali di diritto del lavoro all'insegna dell'obiettivo della *flexicurity*, cioè di una *flessibilità bilanciata dalla sicurezza*. Con tale formula si è inteso suggerire che l'inevitabile apertura la flessibilità deve essere estesa a tutta la popolazione lavorativa, senza scaricare tutto il peso sui lavoratori atipici o *non-standard*.

Il contrappeso sociale della generalizzazione del verbo della flessibilità dovrebbe essere, per converso, una nuova accezione di sicurezza, concepita non più come garanzia del posto di lavoro, ma in termini di sostegno al reddito nelle fasi di disoccupazione involontaria, assistenza del mercato del lavoro e tutela pensionistica. La formula della *flexicurity*, criticata a sinistra, nonché accusata da molti di vaghezza, ha riscosso, ciò

nonostante, un successo duraturo, essendosi dimostrata capace di indicare una *direzione evolutiva di fondo*, alla quale le politiche del lavoro europee hanno tutte, bene o male, dovuto adattarsi.

11. Il centro-destra nella crisi globale (2008-2011)

Il ritorno al governo del centro-destra (per quanto in una composizione diversa), nel 2008, ha posto le premesse di una ripresa degli indirizzi di politica del lavoro che erano stati avviati nella XIV legislatura, dal Libro bianco in poi.

I primi interventi del nuovo governo Berlusconi sono stati all'insegna della formula "liberare il lavoro", lanciata dal ministro del lavoro, Maurizio Sacconi. In concreto, con provvedimenti dal 2008 e 2009, sono state adottate alcune misure nel segno della flessibilità in tema di lavoro straordinario, responsabilità solidale negli appalti di opere o servizi, contratto a tempo determinato, contratto di lavoro intermittente somministrazione di lavoro a tempo indeterminato, lavoro accessorio. In seguito, l'azione governativa è stata assorbita dal tentativo di attutire le conseguenze occupazionali della grave recessione globale scatenata dalla crisi dei mercati finanziari scoppiata nell'estate 2007. Il sistema degli ammortizzatori sociali ha retto ma ha dovuto essere integrato da misure eccezionali, inoltre ciò non è valso a scongiurare comunque il peggioramento della situazione occupazionale.

Sul finire del 2010, l'azione del governo avuto un'impennata, con l'approvazione della legge 183/2010 cd. Collegato lavoro: si è trattato di una serie di interventi, che ripreso proposta del libro Bianco del 2001, e si è altresì focalizzata su snodi delicati del sistema del contenzioso. In particolare:

- la riforma del regime di impugnazione del licenziamento e l'estensione del medesimo all'impugnazione di altri atti, come i contratti a tempo determinato;
- un regime risarcitorio alleggerito per il contratto a termine illegittimo;
- alcune norme finalizzate a limitare i poteri interpretativi del giudice;
- nuove misure di liberalizzazione dei servizi privati per il lavoro;
- norme di promozione dell'arbitrato, anche secondo equità.

Un grande movimento sia registrato, nel contempo, sul *versante sindacale*. Il 22 gennaio 2009 si è stipulato un *Accordo quadro per la riforma degli assetti contrattuali*, ma, a tale accordo, rivolto a realizzare una maggiore finalizzazione della contrattazione collettiva all'obiettivo di incremento della produttività, si è giunti in uno scenario di profonda divisione sindacale, tanto che esso non è stato sottoscritto dalla CGIL. Le prospettive sono dunque rimaste incerte; incertezze, la cui serietà si è rivelata appieno nella difficile vertenza che si aperta nell'estate 2010 presso lo stabilimento Fiat di Pomigliano d'Arco, per poi estendersi a tutto il gruppo Fiat. La vertenza Fiat ha assunto una connotazione epocale, perché innescata da una strategia di attacco di questa importante impresa, ormai una *global player* nazionale guidata da Sergio Marchionne, la quale ha condizionato l'effettuazione di alcuni ingenti investimenti all'adozione di soluzioni organizzative di efficienza e soprattutto di precise garanzie sindacali sull'effettivo rispetto di tali soluzioni da parte dei sindacati stessi e dei lavoratori. Ciò ha provocato la dura opposizione del maggiore tra i sindacati del comparto cioè la FIOM-CGIL. Successivamente, però, le parti sociali, incluse stavolta la CGIL (ma col di senso interno della FIOM) sono giunte a stipulare, con Confindustria, l'*Accordo interconfederale del 28 giugno 2011*, potenzialmente di grande importanza per il futuro delle relazioni sindacali. E su avuto il merito di affrontare alcune questioni relative alla contrattazione aziendale, avviandoli ad una possibile soluzione, seppure soltanto di matrice negoziale e non legislativa.

Il provvedimento più ambizioso del periodo è stato però il *d.lgs 27 ottobre 2009 n.150* (Decreto Brunetta) che ha riformato una volta di più la disciplina del lavoro pubblico, quello obiettivo dell'ottimizzazione della produttività e dell'efficienza delle pubbliche amministrazioni. Ciò tramite il rafforzamento dei poteri dirigenziali e dei criteri di meritocrazia nelle valutazioni dei dipendenti, la repressione dell'assenteismo ed un contenimento del ruolo sindacale. L'implementazione del nuovo sistema è stata bloccata, peraltro, da una serie di intoppi.

A livello di prospettive generali, il tema più dibattuto, anche alla luce della *flexicurity*, è stato quello di come contrastare il crescente dualismo del mercato del lavoro italiano, tra una fascia relativamente protetta se non stabile è una flessibile a costante rischio di precarizzazione. In questa logica hanno cominciato a circolare proposte diverse:

- insistere sulla linea del Decreto Biagi e della flessibilizzazione dei regimi contrattuali della contrattazione collettiva (centro-destra);

- rivisitare la normativa sui contratti istituendo un “contratto unico di ingresso“, a tempo indeterminato ma con un periodo iniziale triennale nel quale il datore potrebbe liberamente licenziare il lavoratore con un ridotto costo economico (proposta Boeri-Garibaldi: centro-sinistra riformista);
- consegnare un meccanismo di *flexicurity* in senso forte, in virtù del quale datore di lavoro potrebbe pagare la maggiore flessibilità in uscita con un sostegno anche economico alla ricollocazione del lavoratore licenziato (proposta Ichino: centro-sinistra riformista);

Questo finché il dibattito non è stato interrotto dall’aggravamento della crisi finanziaria che ha portato, nel novembre 2011, alle dimissioni del governo Berlusconi e alla nomina del governo tecnico presieduto da Mario Monti.

12. La Riforma Fornero

All’immediato indomani dell’entrata in carica del governo Monti, sul ministero del lavoro, guidato da Elsa Fornero, si è scaricata una prima urgenza legata alla riforma strutturale delle pensioni, che istituzioni europee e mercati finanziari chiedevano all’Italia di adottare al fine di riportare il sistema pensionistico su binari di sostenibilità finanziaria di lungo periodo. Questa prima riforma Fornero adottata con il d.l. 201/2011 convertito con *L. 22 dicembre 2011 n. 214* ha recato novità importanti tra le quali l’innalzamento dell’età pensionabile, la virtuale abolizione delle pensioni di anzianità (salvo che per i lavori usuranti), la generalizzazione del metodo contributivo.

Non appena effettuato questo intervento l’attenzione si è spostata sulla annunciata *riforma del mercato del lavoro*, anch’essa richiesta da Europa e mercati per dare una svolta alla situazione occupazionale, caratterizzata da scarso dinamismo e da crescenti squilibri disegno dualistico. Sin da subito apparso è apparso chiaro che, questa volta, la riforma avrebbe dovuto interessare anche il tema della flessibilità in uscita, esemplificato dall’articolo 18 L. 300/1970.

È cominciata, pertanto, una complessa fase di lavorazione di concertazione con le parti sociali dove più che la volontà delle associazioni rappresentative dei contrapposti interessi, era inevitabile che pensassero le determinazioni del governo tecnico, che pure doveva tenere conto della particolare maggioranza, comprendente forze di centro-destra, centro e centro-sinistra, che lo sostiene in parlamento.

Il risultato di questo faticoso processo di elaborazione e negoziazione è stata la *seconda* riforma Fornero che è stata approvata dal parlamento con *L. 28 giugno 2012 n. 92*. Tra le più significative misure di riassetto strutturale del mercato del lavoro si annoverano: misure volte a introdurre restrizioni normative e disincentivi economici al fine di scoraggiare l’abuso dei contratti flessibili, subordinati e non; un nuovo regime procedurale delle dimissioni del lavoratore, mirante a debellare la pratica delle dimissioni in bianco; misure per favorire l’inclusione dei giovani e delle lavoratrici nel mercato del lavoro (ecc.).

Nell’insieme, a caratterizzare la riforma (dalla quale è stato tenuto fuori lavoro pubblico), sono stati, in primo luogo, *lo scambio tra una minore o più difficile flessibilità in entrata (tipologie contrattuali) e una maggiore flessibilità in uscita*, che ha puntato ad invertire la tendenza della legislazione ad aggiungere flessibilità al margine del mercato del lavoro e a reindirizzare la domanda di lavoro sul contratto a tempo indeterminato (cosiddetto “contratto dominante”); in secondo luogo, la previsione di uno schema non ancora universale, ma di applicazione più estesa e maggiormente equo, di tutela contro la disoccupazione.

La ricerca, in buona parte ispirata dalla flexicurity, di nuovo ed inedito equilibrio tra norme *pro-labour* e *pro-business* non è bastata a proteggere la riforma dalle critiche; Nondimeno però, dato lo stato di necessità economico, la legge è stata approvata con un’ampia maggioranza parlamentare. Una volta subentrato al governo Monti, dopo le elezioni del febbraio 2013, il governo Letta (con Enrico Giovannini come ministro del lavoro), la persistente drammaticità della situazione occupazionale ha indotto ad un intervento rivolto ad attenuare alcune rigidità previste dalla riforma Fornero relativamente alle tipologie contrattuali flessibili, nonché ad introdurre nuove misure di incentivo all’assunzione a tempo indeterminato, soprattutto di giovani. Nel complesso, nel periodo in esame, ancora caratterizzato da una debolissima crescita, l’andamento del mercato del lavoro ha continuato ad essere negativo, né si sono manifestati segni di reviviscenza della assunzione a tempo indeterminato. La forma contrattuale dominante nelle nuove soluzioni è invece risultata, e risulta tuttora essere, il contratto a tempo determinato. Un notevole successo ha riscosso anche il lavoro accessorio. Sul fronte sindacale, il processo di autoriforma iniziato con l’accordo del 2011 è stato perseguito dal *Protocollo d’intesa del 31 maggio 2013*, che ha completato il primo con riferimento al sistema di misurazione della rappresentatività sindacale ai fini della stipulazione del contratto collettivo di categoria. Infine, gli accordi del 2011 del 2013 sono stati ripresi e coordinati dal *Testo unico sulla rappresentanza del 10 gennaio 2014*, che si candida ad essere il più importante documento sindacale dell’era repubblicana,

giacché delinea per la prima volta le coordinate di una regolazione matura del sistema della contrattazione collettiva, sulla base di una logica democratica incentrata sulla misurazione della rappresentatività sindacale e sul piano di maggioranza.

13. Il Governo Renzi e il *Jobs Act*

Il governo guidato da Matteo Renzi ha promesso iniziative forti sui temi del lavoro e quando la piaga della disoccupazione, in specie di quella che affligge le categorie più deboli dal punto di vista lavorativo. Cioa secondi il sabato nella messo in cantiere di una riforma radicale della normativa sul lavoro, presentata con la denominazione di *Jobs act*.

La riforma avere propria si è messa in moto una volta che è stata approvato dal parlamento, sulla base di un d.d.l. Promosso dal ministro del lavoro Giuliano Poletti, la *legge 10 dicembre 2014 numero 183*, che ha conferito al governo una serie di deleghe aventi ad oggetto la revisione di numerosi aspetti della normativa. I decreti legislativi di attuazione di tali deleghe sono stati emanati nel corso del 2015:

- il *d.lgs 4 marzo 2015 n. 22* Che ha riformato ulteriormente, sulla scia della riforma Fornero, il trattamento di disoccupazione, istituendo la nuova assicurazione sociale per l'impiego (NASpI)
- il *d. lgs 4 marzo 2015 n.23* Che ha introdotto, per i lavoratori subordinati assunti dal 7 marzo 2015, il più flessibile regime sanzionatorio del licenziamento illegittimo, incentrato sulla regola della tutela economica e sulla marginalizzazione di quella ripristinatoria/reintegratoria, e denominato “*contratto a tutele crescenti*”.
- il *d. lgs 15 giugno 2015 n.80* contenente misure per la conciliazione delle esigenze di cura, di vita e di lavoro;
- il *d. lgs 15 giugno 2015 n.81* contenente una nuova normativa sulle collaborazioni parasubordinate e sulle mansioni del lavoratore, oltre una riscrittura in riordino della disciplina dei contratti di lavoro *non-standard*;
- il *d. lgs 14 settembre 2015 n.148* di riforma degli ammortizzatori sociali in costanza di rapporto di lavoro (CIG e contratti di solidarietà difensivi);
- il *d. lgs 14 settembre 2015 n.149* di riforma dell'attività ispettiva in materia di lavoro;
- il *d. lgs 14 settembre 2015 n.150* in tema di servizi per il lavoro di politiche attive;
- il *d. lgs 14 settembre 2015 n. 151* contenenti una nuova disciplina dei controlli a distanza sul lavoro e dalle dimissioni, è svariate misure di semplificazione (esempio in tema di assunzione dei lavoratori con disabilità e di tutela della salute della sicurezza del lavoro).

Le linee portanti del progetto riformatore possono essere considerate le seguenti:

- affermazione della centralità del rapporto di lavoro subordinato a tempo indeterminato (inteso come forma comune di rapporto di lavoro), che è stata perseguita con una manovra a tenaglia, comprendente tre tipi di interventi:
 1. l'introduzione (per il 2015, ma a valere per tre anni) di un cospicuo incentivo contributivo all'assunzione a tempo indeterminato;
 2. la previsione di nuove e più flessibile regime delle conseguenze del licenziamento illegittimo, la cui finalità è quella di eliminare o ridurre, negli imprenditori, la paura di assumere lavoratori a tempo indeterminato;
 3. introduzione di una nuova normativa in tema di collaborazioni coordinate e continuative, tendente a ricondurre una buona parte all'ambito di disciplina del lavoro subordinato;
- un più flessibile regime del mutamento di mansioni del lavoratore è una più moderna disciplina dei controlli a distanza sul lavoro (informatica);
- semplificazione di alcuni adempimenti a carico del datore di lavoro, di esempio in tema di assunzione di lavoratori con disabilità e di tutela della salute e sicurezza dei lavoratori;
- una normativa ancora più rigorosa in tema di dimissioni, per debellare definitivamente il fenomeno delle dimissioni in bianco, e misure per favorire la conciliazione tra maternità, vita e lavoro; :una riforma degli ammortizzatori sociali, rivolte ad ampliare ulteriormente l'ambito ma anche ispirato a criteri di farli pagare di più alle imprese che ne facciano un effettivo utilizzo;
- una riforma del trattamento di disoccupazione, miranti ad elevare il tasso di copertura anche condizionare maggiormente la fruizione ad un effettivo impegno da disoccupato, assistito e servizi per il lavoro, nella ricerca di un nuovo lavoro (cd. principio di condizionalità);

- riforma del quadro istituzionale dei servizi pubblici per il lavoro, riportati sotto il controllo statale, piuttosto che regionale, tramite l'istituzione dell'agenzia nazionale per le politiche attive del lavoro (ANPAL).

Complesso, si è trattato della riforma che maggiormente ha incarnato il tentativo di piegare il diritto del lavoro italiano nella direzione della *flexicurity* (già abbozzato dalla riforma Fornero), il cui senso fondamentale è, da un lato, quello di rendere il rapporto di lavoro *standard*, e non soltanto quelli *atipici* o *non-standard*, molto più flessibile, così da permettere ad esso di attrarre il grosso della domanda di lavoro e di ridurre il dualismo del mercato, e, dall'altro, di controbilanciare la migliore tutela del rapporto di lavoro con una più efficace tutela del mercato del lavoro, fatta di migliori ammortizzatori e trattamenti di disoccupazione di più efficaci servizi per il lavoro.

I primi esiti empirici hanno segnalato una trasformazione di contratti di lavoro subordinato flessibile, nonché di collaborazioni non subordinate, in contratti di lavoro subordinato a tempo indeterminato. Tale effetto è stato prevalentemente dovuto agli incentivi contributivi. Si è registrato, comunque, un progressivo seppur lento calo del tasso di disoccupazione, specie per le fasce deboli come i giovani. Più di recente sono tornate a crescere in misura preponderante le assunzioni a termine.

Per quanto riguarda l'altro corno della *flexicurity*, cioè le politiche attive del lavoro, al di là dei generosi sforzi messi in campo, i ritardi sono rimasti notevoli, essendo appena partita la fase di sperimentazione di misure di sostegno di nuova fattura e filosofia, come l'assegno di ricollocazione. Qui ha giocato in senso negativo l'esito del *referendum* del 4 dicembre 2016 sulla proposta di revisione costituzionale che, se fosse stata approvata, avrebbe dato maggiori poteri al nuovo ente guida, l'ANPAL, rispetto alle regioni: si è confermata perciò la difficoltà di coordinare al meglio le competenze dello Stato e delle regioni in questo campo e di far decollare davvero le politiche attive. Per altro aspetto, si sono avuti promettenti risultati delle misure di incentivazione fiscale, nonché parte contributiva, in campo retributivo, che già governo Renzi aveva lanciato che sono state riproposte affinate dal governo Gentiloni, il quale, in linea generale ha continuato le politiche del predecessore. Il tutto è rimasto condizionato dall'andamento economico comunque debole e reiteratamente sfidato da fattori di incertezza, di natura sia interna (indebitamento pubblico) che esterna (terrorismo, Brexit e USA di Trump).

Nel contempo, però, è montata questa prevalenza di quanto il diritto del lavoro (dalle leggi, dei contratti collettivi e delle prassi) sia chiamato a tenere il passo di un'ulteriore grande trasformazione del lavoro, quella *digitale*, anche nota come passaggio *all'Industria 4.0*. Essa consiste nell'impiego su larga scala delle tecnologie digitali in modo da arrivare ad una produzione del tutto automatizzata e interconnessa, nella quale il ruolo del lavoratore sarà, più che di contributo manuale alla produzione, di gestione sempre più sofisticata delle macchine. Si tratta di un processo che prefigura, da un lato, gravi rischi di sostituzione di lavoro umano con macchine, con la conseguente perdita di posti di lavoro e conseguente timore di disoccupazione.

Dall'altro lato però, questa trasformazione presenta grandi opportunità positive per i lavoratori, che potrebbe uscirne come risorse sempre importanti, e quindi *valorizzate*, delle organizzazioni di impresa, con un parallelo contrasto della pericolosa tendenza opposta, quella del lavoro *usa-e-getta*, che impera quando il lavoro è troppo flessibile precario. Sul diritto del lavoro incombe la responsabilità di incoraggiare queste trasformazioni premiando le imprese che puntano davvero sul lavoro, e rafforzando la posizione del lavoratore anche con un corredo di diritti adeguato ai tempi (su tutti, quello della formazione professionale, in una prospettiva di *life-long Learning*). L'esigenza che si pone è dunque quello di dare maggiore organicità a questi interventi di trasformazione, pensandoli in un quadro di insieme: le tecniche di regolazione tradizionali, fondate su norme rivolte ad impattare in modo forte sulla realtà economico-sociale, dovranno essere supportate, in qualche caso sostituite, da tecniche più *soft*, rivolte a promuovere l'autoregolazione degli stessi attori, secondo il paradigma del *diritto riflessivo*.

14. Le politiche del lavoro del Governo Lega – 5 Stelle

Le elezioni politiche svoltesi nel 2018 hanno portato alla ribalta un inedita coalizione di governo trasversale al tradizionale schema destra-sinistra, nonché riconducibile movimenti *populisti* che tanto peso stanno acquisendo, perlopiù chiave di reazione anti-globalizzazione, nelle principali democrazie occidentali.

Il "contratto di governo" concluso tra due partiti vincitori delle elezioni non contiene un disegno organico in tema di politica del lavoro. Gli impegni di intervento sono i seguenti: previsione di un salario minimo legale nelle situazioni non coperte da contrattazione collettiva, riduzione del cuneo fiscale sul lavoro, semplificazione burocratica, riforma dei centri per l'impiego e rilancio delle politiche attive, contrasto alla

precarietà (e al *Jobs Act*, nella misura in cui avrebbe determinato una crescita), ripristino del lavoro accessorio, riorganizzazione del sistema educativo e formativo.

Torniamo a evocare l'immagine del mercato del lavoro italiano con un quadro spaccato in due immagini distinte diverse: da un lato, la facciata dei *lavoratori qualificati*, tecnologici (eccetera), che annuncia nuove magnifiche sorti; dall'altro, la fascia bassa dei *lavoretti su piattaforma digitale* e in generale del lavoro precario, sfruttato (eccetera), che ripropone lo spettro di un capitalismo predatorio. Ora, quanto più l'azione dei due precedenti governi sembra aver guardato al primo di questi mondi, quella del governo in carica pare rivolgersi prevalentemente al secondo, oltretutto, più ampiamente tramite l'annunciata introduzione di un *reddito di cittadinanza*, alla fascia delle persone espulse dall'innovazione tecnologica o cronicamente prive di lavoro o comunque in condizioni di povertà.

Un primo risultato di questo cambio di prospettiva è stata la predisposizione di una bozza di decreto sull'inquadramento e trattamento dei *gig worker*, seppure per il momento congelata in attesa che le parti riescano a fare un contratto collettivo del settore.

Più concreto è il passo che si è tradotto nell'emanazione del *decreto-legge 12 luglio 2018 numero 87* cosiddetto Decreto Dignità convertito con modifiche con legge 96/2018, che ha previsto interventi notevolmente restrittivi sui contratti di lavoro a termine e di lavoro somministrato, identificati come principali responsabili della precarietà. Il decreto in discorso ha altresì ritoccato verso l'alto l'importo risarcitorio previsto per il lavoratore ingiustificatamente licenziato nell'ambito del regime delle tutele crescenti, e ha previsto l'innovativa misura contro le delocalizzazioni di imprese italiane operanti in Italia, che saranno costrette, qualora trasferiscono la propria di vita all'estero, a restituire i contributi pubblici che abbiano percepito.

15. Modello sociale europeo e globalizzazione

La dimensione nazionale è sempre meno importante ma decisiva nell'elaborazione delle politiche del lavoro. Ciò fa parte della crisi della sovranità dello Stato nazionale, la quale è assorbita in misura crescente da entità più ampie (come l'Unione Europea), ed è altresì toccata da fenomeni globali dei quali non ha il minimo controllo.

Non si deve pensare che l'unico fattore di mutamento sia la concorrenza dei paesi emergenti (incluse le imprese nazionali che vanno a produrre o ad acquistare parti di produzione all'estero), facilitata dalla liberalizzazione del commercio mondiale. Infatti, quello che stiamo vivendo è impotenza una *grande trasformazione del capitalismo globale*, in virtù della quale l'enorme ampliamento, quantitativo (in termini di produttori e consumatori) e qualitativo (in termini di gamma dei beni servizi disponibili), dei mercati interni internazionali, sta producendo le condizioni strutturali di una prevalenza degli interessi dei *consumatori* e degli *investitori* su quelli dei lavoratori, con conseguenti tensioni verso il basso di *standard* sociali che parevano acquisiti e reversibili. Non si sbaglia, dunque, a ravvisare nella globalizzazione, intesa in senso ampio, la *causa di fondo* delle difficoltà attraversate dai sistemi di diritto del lavoro dei paesi economicamente avanzati, i quali erano stati concepiti nell'ambito di economia per lungo tempo privilegiate, oggi costrette a fare i conti con una feroce concorrenza esterna.

Quello della *flexicurity* del resto è stato un primo tentativo di risposta di respiro europeo, che si è liberato capace di dare un senso della comune tendenza evolutiva dei sistemi di diritto del lavoro del continente. Ma se la *flexicurity* rappresenta null'altro che un grande contenitore i cui contenuti possono essere declinati diversamente a seconda dei contesti nazionali, la sfida da affrontare è la medesima per tutti paesi: quella della *modernizzazione dei diritti del lavoro in generale dei sistemi di welfare europei*, a fronte di circostanze storiche che non corrispondono a quelle dell'epoca in cui tali sistemi si sono formati, e che debbono oggi tener conto dei grandi progressi di trasformazione digitale del lavoro. Che, seppure in vista della modernizzazione accennata, la dimensione sociale debba restare un dato caratterizzante dell'azione di un'Europa pur tuttavia frammentata, l'Unione Europea ha cercato comunque di ribadirlo proclamando, nel corso del 2017, il Pilastro europeo dei diritti sociali, che dà voce a una serie di obiettivi che si collocano sulla strada maestra della sostenibilità sociale dello sviluppo economico. In questo complesso quadro evolutivo, l'azione pubblica dovrà tornare a concentrarsi, oltre e più che sul lavoro come tale, sul fenomeno della *povertà*, vecchia e nuova, e in generale sull'emarginazione sociale. Dove la povertà vecchia e quella dei soggetti privi di occupazione di mezzi per vivere, mentre la nuova è quella che convive con l'avere un lavoro, ma sottopagato, precario eccetera (è il fenomeno, in crescita anche in Italia dei *working poor*).

Ma tutto dipende, infine, dal punto di vista dal quale ci poniamo essendo il nostro irriducibilmente *occidentale*. Se proviamo a porci dal punto di vista dei paesi emergenti, di quelli del quarto mondo, la prospettiva muta sensibilmente, e ci troviamo smarriti dell'altra metà del cielo della *globalizzazione*. La risposta alla domanda se la globalizzazione sia positiva o negativa sono dunque innumerevoli. Ciò significa che, al di là degli enormi problemi che ha lasciato aperti, o ha persino aggravato (come quelli dell'equilibrio ecologico del pianeta), la globalizzazione ha sottratto alla povertà quote enormi di popolazione mondiale, al che non si dovrebbe rispondere con indifferenza con critiche da salotto ispirato al mito della decrescita economica.

D'altra parte, soltanto un terzomondismo infantile poteva indurre a pensare che un riequilibrio del reddito mondiale non avesse ripercussioni sui livelli di ricchezza dei paesi più avanzati. Dopo di che, a partire dal *dato di fatto* della globalizzazione rimane irrisolto l'enorme problema del governo di questi fenomeni, sia perché non vi sono situazioni mondiali in grado di avere una sufficiente presa sulla realtà di un capitalismo, che per l'incertezza, a monte, sulle strategie da adottare.

È dunque difficile anche a proposito di globalizzazione, separare i buoni dai cattivi, per quanto si possa convenire su alcuni obiettivi minimali, come sulla necessità, proclamata dall'organizzazione internazionale del lavoro, di garantire a tutti alcuni diritti fondamentali e *standard* di lavoro "decente".

Ma ancor più importante sarebbe che lo sviluppo economico portasse con sé, nell'economia in crescita, la dote di una crescita dei livelli di protezione e, più in generale, degli *standard* sociali (segnali in tal senso provengono dalla Cina). Questo servirebbe ai lavoratori cinesi, ma anche a quelli occidentali, che sarebbero meno spiazzati dalla concorrenza della Cina di altri paesi con condizioni di vantaggio dal punto di vista dei costi. Nel frattempo, nei paesi della nostra parte di mondo crescono, ogni giorno di più, le resistenze di reazioni nei confronti di un processo di globalizzazione che ha provocato, in combinazione con l'avanzata tecnologica, gigantesche perdite di ricchezza e di lavoro.

Queste resistenze e reazioni sono sfociate nella spartiacque della presidenza Trump, che per la prima volta da molto tempo ha portato una maggiore economia mondiale sul fronte dell'opposizione alla globalizzazione e della protezione, anche con il vecchio strumento dei dazi, dell'economia nazionale. Ma pressoché in tutti i paesi ad economia avanzata la crescita dei movimenti di stampo *populista* ha avuto come cifra comune quella della sottrazione ad un'esposizione globale vissuta come destrutturante.

La vera e più profonda sfida resta, dunque, quella di come realizzare un *processo regolativo globale* orientato dalla *sostenibilità sociale*, che tuttavia, mancando uno Stato globale, per forza di cose dovrà procedere sulla base di tecniche regolative nuove, rivolte a promuovere l'autoregolazione degli attori (Stati, imprese multinazionali, sindacati, consumatori eccetera), anche qui secondo un paradigma di diritto riflessivo.

In ogni caso, soltanto la storia, in tutta la sua apertura al nuovo, potrà dire se l'auspicio di un'armonica evoluzione verso un progresso globale sostenibile, ed equamente distribuito, sia troppo ottimistico.

Capitolo III – DIRITTO DEL LAVORO E SCIENZE SOCIALI

1. Note minime su diritto del lavoro e politica

Nel capitolo introduttivo si è provato a spiegare perché, nella letteratura e nell'interpretazione del diritto, il punto di vista *interno* al sistema giuridico si intreccia con quello *esterno* a tale sistema. Tale intreccio comporta, per conseguenza logica, l'esposizione della conoscenza giuridica a *saperi non giuridici*, più o meno strutturati. Può trattarsi, anzitutto, di semplici saperi-esperienze, che cioè rimandano ad esperienze specifiche proprie di determinati campi d'azione. Il più rilevante fra essi è indubbiamente quello politico, per la ragione che il giurista è un cittadino che può nutrire opinioni politiche, che non possono non influenzarlo anche nell'approccio al diritto. La politica, inoltre, è anche la sede del potere legislativo, per cui è quasi fatale che il dibattito tra giuristi sul diritto posto (*ius conditum*) si intersechi, e talora si confonda, con quello sul diritto da porre (*ius condendum*).

Ma il giurista - rispetto alla politica- deve essere un mero tecnico, o può spendersi senza remore nella *politica del diritto*? La risposta alla stragrande maggioranza dei giuristi del lavoro, a cominciare dal capo scuola Gino Giugni, è sempre stata nel secondo senso, dal che è derivato l'impegno diretto di molti giuslavoristi, a vario titolo, nel ruolo di consulenti della politica, o di politici a tutti gli effetti. La politica del diritto viene in auge, in particolare, nelle fasi di trasformazione dell'economia e della società, come ad esempio quando, negli anni 90 del secolo scorso, è iniziato l'interminabile dibattito sulla crisi del diritto del lavoro e si è palesata la

critica mossa ad esso della predominante riflessione economica, inducendo un settore importante della dottrina a fare quadrato sui valori fondativi della materia in chiave di difesa dai nemici esterni.

Ma dal fatto che la politica non possano connotare il DNA del giurista del lavoro, non discende che si debba perdere il senso della *differenza* tra il diritto e la politica. Il legame con la politica è, peraltro, soltanto la punta più visibile di una capillare interazione -tanto a livello di elaborazione politico-scientifica a monte, quanto nelle dinamiche interpretative a valle- tre sapere giuslavoristico e *altri* saperi che si applicano agli stessi oggetti e contesti, o che sono presupposti da esso (come sfondo reale dei problemi della materia). Come esemplificazione di questo spirito Sono tratteggiate le principali *intersezioni* (nei prossimi paragrafi) che si sono prodotte tra il discorso giuslavoristico e quello proprio delle principali *scienze sociali* che si occupano, vario titolo, delle tematiche del lavoro.

2. La critica economica al diritto del lavoro

L'economia

è la disciplina che studia la produzione, la distribuzione e il consumo della ricchezza: a livello di consumatori individuali, gruppi di consumatori o aziende (*microeconomia*), o a livello di funzionamento generale del sistema economico delle sue variabili aggregate (*macroeconomia*). *L'economia del lavoro*, in particolare, è quella branca della *microeconomia* che studia il mercato ove è scambiata quella peculiare 'merce', che è il lavoro umano.

Ciò premesso, il dialogo tra giuristi del lavoro degli economisti è stato sempre quello tra gli abitanti di due pianeti diversi.

- L'economia ha classicamente l'unico valore guida, l'efficienza "paretiana", che misura il grado di allocazione ottimale delle risorse (scarse) disponibili in un certo mercato di riferimento. Tale obiettivo conoscitivo è perseguito mediante l'elaborazione di modelli di analisi che presuppongono assunti di comportamento degli attori economici improntati al prototipo Smithiano dell'*individuo razionale*, dedito alla massimizzazione delle proprie utilità tramite scelte fra opzioni alternative.
- il diritto del lavoro, di contro, si pone come strumento di realizzazione di valori *alternativi* all'efficienza economica, e antitetici, in particolare, al libero operare economico nel quadro di meccanismi di mercato. Ciò sulla base di un modello antropologico, il *lavoratore*, che non ha nulla dell'*homo oeconomicus*, impegnato a risollevarsi dalla propria condizione di minorità sociale, che trova la propria radice ultima, per dirla con Marx, proprio nei rapporti di produzione. Quello tra diritto del lavoro ed economia è stato dunque un rapporto di gelida indifferenza, sino a quando, negli anni 90 del secolo scorso, i reciproci percorsi si sono incrociati, perché la critica economica ha preso a contestare la *giustificazione* del diritto del lavoro sotto il profilo dell'efficienza, inducendo nella maggior parte dei giuslavoristi una reazione collettiva a difesa dei fondamenti valoriali della materia. Al fondo ultimo del dissidio c'è l'idea, propria del filone tuttora dominante del pensiero economico *neoclassico*, dell'*autoregolazione* del mercato (razionalizzazione del postulato Smithiano della "mano invisibile"). Semplificando, se il mercato, ivi compreso quello del lavoro, ha una tendenza naturale ad autoregolarsi -ossia di attestarsi sul prezzo del bene scambiato, che rappresenta il punto di equilibrio fra domanda e offerta-, ne segue che diritto del lavoro, nella misura in cui interferisce nei meccanismi di mercato, per un verso con i sindacati e la contrattazione collettiva, e per un altro con la rigidità delle protezioni legislative, è per definizione anti-economico, ed è, in specie, un potenziale fattore di disoccupazione. Infatti, secondo il paradigma neoclassico, se fosse consentito a livello della retribuzione discendere nelle fasi basse del ciclo produttivo di lavoro, il sistema si riequilibrerebbe da solo, in quanto la riduzione del saggio retributivo farebbe risalire la domanda di lavoro, riassorbendo l'eccedenza di questa sull'offerta di lavoro, e quindi la disoccupazione. Ma l'elasticità verso il basso della retribuzione (tramite concorrenza), è impedita proprio dalla contrattazione collettiva o da eventuali minimi retributivi fissati per legge, il che è, pertanto, all'origine ultima della disoccupazione. A realizzare identici risultati di efficienza concorrono gli altri *standard* legali.

Quando si tratta di mercato del lavoro, però, la purezza dei modelli neoclassici tende a cedere il passo al riconoscimento, da parte degli stessi economisti, che *il mercato del lavoro non è un mercato come gli altri*, e non perché è implicata la persona, bensì per i suoi particolari meccanismi di funzionamento per le sue rilevanti imperfezioni.

In particolare, in una prospettiva che guarda alla *macroeconomia*, l'idea che il mercato lasciato a se stesso riassorba automaticamente la disoccupazione è stata smentita sin dalla grande depressione degli anni 30 del secolo scorso, quando è stato verificato (da J.M. Keynes) che la retribuzione tende a non oscillare liberamente verso il basso anche nelle fasi di caduta della domanda di lavoro. Tale tendenza, poi variamente razionalizzata (con la teoria del salario di efficienza, o con quella *insider-outsider*), vale a colorare di una certa irrealtà l'ipotesi di mercato del lavoro affidato alla "mano invisibile", in quanto, anche se non esistessero i sindacati e i contratti collettivi, tale mercato non sarebbe in grado di aggiustarsi da solo, posto che il prezzo del lavoro non ha, né può avere, l'elasticità che è propria del prezzo di una qualunque merce. Parallelamente, a proposito dei *fondamenti microeconomici* delle discrete tendenze macroeconomiche, è stata criticata l'idea che il mercato del lavoro possa funzionare con un mercato perfettamente concorrenziale (ergo, efficiente). Nella sua configurazione primordiale, ottocentesca, tale mercato infatti un carattere tendenzialmente *monopsonistico*, giacché è contrassegnata dalla presenza di un unico acquirente di forza lavoro, il quale è in grado di stabilire unilateralmente, al ribasso, il prezzo del bene che acquista: questo induce le imprese a farsi la concorrenza cattiva (sui costi del lavoro), invece che buona (sulla qualità del bene o del servizio prodotti). L'immagine dell'acquirente unico è un modo di rappresentare la condizione di strutturale debolezza o disparità di potere del lavoratore nel mercato. Ciò vale a dire che "nel mercato monopsonistico, nel quale a un unico imprenditore che cerca manodopera si contrappone l'offerta di una pluralità di aspiranti lavoratori non coordinate e in concorrenza tra loro, questi ultimi si trovano in una situazione analoga a quella dei consumatori verso un produttore monopolista: cioè, in un mercato in cui livelli di occupazione e le retribuzioni sono innaturalmente ridotti rispetto a quanto accadrebbe in situazioni di concorrenza proprio venditori sul lato della domanda di manodopera".

Quella del *monopsonio strutturale* è, insomma, un'ipotesi limite, che corrisponde con maggiore approssimazione alla realtà del mercato del lavoro nelle prime fasi della rivoluzione industriale, ma tanto più distante dalla realtà, quanto più elevati sono lo sviluppo economico e tecnologico di un paese e livello di professionalità dei lavoratori che si offrono sul mercato. Inoltre, possono esservi aree territoriali e settori produttivi nei quali la domanda di lavoro è cedevole all'offerta, e non soltanto per figure di alta professionalità. Ma, anche se non nei termini estremi di monopsonio strutturale, si intende, tra i neoclassici, leggere il mercato del lavoro nei termini del *monopsonio dinamico*, che segnalano, comunque, un malfunzionamento del meccanismo concorrenziale.

Queste analisi giungono egualmente ad ammettere che i fattori di criticità del mercato del lavoro si concentrano sul lavoratore, per ragioni che spaziano dai suoi difetti soggettivi di cultura, esperienza e professionalità nella negoziazione, alle *asimmetrie informative* che lo affliggono a proposito del reale stato dell'impresa con cui sta negoziando dell'effettivo bisogno che il potenziale datore di lavoro ha della sua prestazione. Le asimmetrie possono caratterizzare anche il datore di lavoro, ai quali il lavoratore può tenere nascoste informazioni in merito alla propria propensione al lavoro o alla propria capacità professionale, ma si tratta di distorsioni di minor impatto complessivo. È significativo, insomma, che anche nell'indirizzo economico dominante sia penetrata l'idea che il mercato del lavoro è anomalo e costantemente a rischio di fallimento; e che da tale premessa siano scaturiti tentativi rivolti a dimostrare che l'esistenza di *standard* inderogabili di trattamento può essere economicamente efficiente. La stessa previsione di minimi retributivi da parte della contrattazione collettiva o della legge può ridurre gli effetti controproducenti della concorrenza al ribasso tra lavoratori. Anche tra i neoclassici, insomma, il quadro analitico è fluido, ma non c'è dubbio che quello esaminato rappresenti tuttora il filone *mainstream* del pensiero economico, soprattutto quello di gran lunga più influente a livello di istituzioni europee e internazionali (UE, FMI, Banca mondiale, OCSE), le quali incidono, a loro volta, sull'elaborazione delle politiche del lavoro (come è avvenuto con l'istituzione del "contratto a tutele crescenti" da parte del *Jobs Act*).

Quello neoclassico non è l'unico filone importante del pensiero economico contemporaneo. È interessante, in questa sede, la scuola economica *neoinstituzionalista* (fondata da Williamson), la cui metodologia di analisi è focalizzata non sulle grandezze macroeconomiche o sul mercato, ma sull'impresa. Uno degli assunti di questo filone è che è un'impresa è tanto più efficiente quanto più governata da meccanismi istituzionali (ergo, anche da regole giuridiche) che consentono di proteggere gli investimenti nel capitale umano. Tali meccanismi includono una pur relativa continuità nel tempo della relazione di lavoro, e la presenza di istituzioni capaci di garantire che tale relazione si svolga su una base di lealtà reciproca. Questo approccio è potenzialmente importante per il diritto del lavoro, perché lascia spazio alla giustificazione economica di diritti miranti a rafforzare le competenze professionali dei lavoratori, e anche di regimi limitativi del potere datoriale di licenziamento. Una proiezione macroeconomica del sopra menzionato indirizzo neoinstituzionalista è rappresentata dalla scuola della *Varietà dei capitalismo*, la cui idea di base, è che

esistono differenti modelli di capitalismo, dei quali non si può predicare *a priori* l'efficienza, in quanto ciascuno di essi ha punti di forza e di debolezza. In particolare le economie *coordinate di mercato* tipiche dei paesi europeo-continentale possono avere dei "vantaggi situazionali comparativi" rispetto a quelle *liberali di mercato* del modello anglosassone, i quali possono consentire alle prime, in certe circostanze, di rispondere in modo più efficiente alla globalizzazione.

Infine, in una posizione a cavallo tra economia, *business science* e filosofia, si pone la corrente che propugna una *responsabilità sociale dell'impresa* (RSI), vale a dire, "l'integrazione su base volontaria, da parte delle imprese, delle preoccupazioni sociali ed ecologiche nelle loro operazioni commerciali e nei rapporti con le parti interessate", e quindi l'adozione di "azioni, a parte delle imprese, che vanno al di là delle proprie obbligazioni legali nei riguardi della società e dell'ambiente".

L'impresa socialmente responsabile non è dedita soltanto alla ricerca del profitto, ma è animata anche da un senso di impegno nei riguardi di coloro che sono toccati dalle conseguenze delle proprie attività, ivi inclusi i lavoratori. Nel contempo, la pratica della RSI rivestono importanza crescente per la competitività delle stesse imprese, in termini di risparmio di costi, cioè se capitali, relazioni con i consumatori, capacità di innovazione. Il tema della responsabilità sociale, molto vivo a livello internazionale, in specie nel circuito delle imprese multinazionali e guardato con sospetto sia dei critici liberisti (quali sostengono con Milton Friedman, che la missione sociale dell'impresa è soltanto quella di fare profitti) che da quelli progressisti, tra i quali la maggioranza dei lavoratori (i quali temono che l'impresa si finga socialmente responsabile per farsi bella nei confronti dei consumatori e magari per affrancarsi dai vincoli legali e collettivi). In una prospettiva più costruttiva, il successo anche a mediatico del tema evidenzia un *bisogno di sostenibilità sociale*, che è autenticamente diffuso, a vari livelli, nella società, per cui è opportuno che se ne tenga conto nella elaborazione delle politiche pubbliche e di quelle sindacali. In virtù del descritto quadro d'insieme, resta più aperta che mai l'esigenza (teorica e pratica) di stabilire quale possa essere, anche soltanto sotto il profilo economico, una *buona regolazione* del mercato del lavoro.

Una ricerca, questa, che soprattutto quando è corroborata da *verifiche empiriche* non può non essere di grande interesse per il giurista del lavoro. A questi dovrebbe premere, infatti riconoscere le concrete *conseguenze economiche* delle misure di regolazione del lavoro: *a parità di altre condizioni*, la soluzione regolativa da preferire dovrebbe essere quella economicamente più efficiente. Ciò non significa rendere diritto del lavoro dipendente dall'economia: l'essenziale è piuttosto che il giurista, ponendosi come guardiano di *tutti* i valori espressi dall'ordinamento giuridico, rimanga libero di scegliere, nella lettura della normativa vigente e/o di quella che potrebbe arricchirla o sostituirla anche un punto di vista *non economico*, in virtù di una prevalente azione di valore.

Si è notato dunque che il diritto del lavoro è una versione raffinata del divieto di vendersi, per disperazione economica, come schiavo. Ebbene, quel divieto dovrebbe rimanere fermo anche se ad offrirsi schiavitù fosse un lavoratore *concretamente* non disperato, e che agisse così per fredda razionalità economica (ad esempio per conseguire in poco tempo lauti guadagni). Vendersi come schiavo, infatti, non è e non deve essere proibito perché è *irrazionale*, bensì perché *incivile*, sul che l'economia ha poco da dire.

3. Dalle norme ai fatti: il diritto del lavoro e la sociologia

La *sociologia* è la scienza che studia, con propri metodi di indagine e tecniche di ricerca, empiriche e non empiriche, i fondamenti, i fenomeni essenziali, i processi ricorrenti di strutturazione e destrutturazione, le manifestazioni tipiche della vita associata e le loro trasformazioni, i condizionamenti che le relazioni sociali esercitano sulla formazione sull'azione degli individui e che gli individui esercitano su di esse, quali si ritrovano globalmente nella società, in ogni tipo di collettività, seppure di minor scala; mirando a ricondurre la varietà degli eventi particolari a leggi o proposizioni generali.

Com'è altresì noto, fra gli oggetti che la sociologia eleva a oggetto di studio particolare può figurare anche il diritto: *la sociologia del diritto* (o sociologia giuridica) si dedica, infatti, allo *studio del diritto come modalità di azione sociale*. In tal senso, essa partecipa dell'impianto teorico della sociologia, ma deve adattarlo alla peculiarità del suo oggetto. Inoltre, poiché la riflessione sul diritto ha implicato, da sempre, anche una riflessione su altri e contestuali elementi della vita sociale, è lecito affermare che la sociologia del diritto a un'origine più antica della stessa sociologia, che risale all'ottocento.

Tuttavia, una volta inserita nell'alveo generale della ricerca sociologica, la sociologia del diritto ha trovato, a propria volta, una configurazione moderna scoprendosi complementare ad altri punti di vista sociologici: ciò accade in quei campi dell'azione sociale (tra cui il mondo dell'impresa e del lavoro), nei quali il diritto si pone come *uno* dei fattori di orientamento dell'azione e, conseguentemente, di strutturazione di codice di comportamento. Uno, ma *non l'unico fattore*, sicché, agli occhi del sociologo, il diritto appare come una variabile dell'azione umana, da considerare e misurare in relazione ad altre variabili parimenti influenti su essa. Al giurista, dunque, interessano tanto gli apporti specifici della sociologia del diritto, quanto i contributi a tutto campo della ricerca sociologica, che possono *illuminare* quegli spaccati di realtà economico-sociale nei quali hanno origine i problemi che il diritto del lavoro cerca di risolvere secondo determinate azioni di valore o scelte di razionalità tecnico-funzionale.

Ciò premesso, nel campo di pertinenza del diritto del lavoro si intersecano numerose diramazioni della ricerca *lato sensu* sociologica:

- la *sociologia industriale* che studia i fenomeni legati all'industrializzazione e al suo impatto con l'ambiente esterno;
- la *sociologia dell'azienda*, che studia la conformazione interna dell'azienda, ad esempio i rapporti di proprietà di controllo, i processi organizzativi e decisionali, le dinamiche relazionali;
- la *sociologia dell'organizzazione*, che studia, in generale, il funzionamento delle organizzazioni, nello specifico di quelle d'impresa (filone molto importante è dato dagli studi sul fordismo e sull'eventuale post-fordismo);
- la *sociologia del lavoro*, che studia, da un lato, le variazioni del valore, dell'organizzazione e della qualità del lavoro in differenti settori produttivi, mettendo in rapporto con il variare del modo di produzione, della tecnologia, della composizione sociale della popolazione (eccetera); dall'altro lato, gli effetti che citate aspetti del lavoro hanno sui comportamenti dei lavoratori, sulla stratificazione sociale, sulla qualità della vita;
- la *sociologia del mercato del lavoro*, che studia le dinamiche della domanda e dell'offerta di lavoro, inclusi i problemi dei lavoratori disoccupati, inattivi, immigrati eccetera.

Queste varie discipline possono fornire dati di conoscenza di estrema utilità per conoscere la realtà oggetto di indagine e, di conseguenza, per appoggiare le ipotesi di regolazione su analisi e valutazione empiricamente fondate. Ciò dovrebbe interessare in modo particolare giuslavorista, che ha sempre privilegiato la dimensione *dell'effettività* dei codici di azione sociale, ed ha presentato, di conseguenza, un'attenzione particolare a se, quanto e come le norme, che il diritto del lavoro propone e coltiva, riescono ad influenzare effettivamente il funzionamento quotidiano delle relazioni di lavoro.

Del resto la prossimità della riflessione lavoristica all'approccio sociologico discende dalla continuità della materia alla dimensione dei comportamenti collettivi, i quali, prima che nelle regole cui possono dare vita, debbono essere osservati e studiati nella loro dinamiche spontanee. Ciò, sia perché le regole possono sperare di aderire all'effettiva esperienza delle relazioni sindacali soltanto quando sono adeguate alle specificità di tali relazioni; sia perché le relazioni sindacali reali tendono sempre a fuoriuscire dal quadro giuridico-istituzionale entro il quale si svolgono, e a produrre forme proprie di autoregolazione, spesso non dotate di una diretta rilevanza giuridica.

I sindacati, le politiche e il sistema delle relazioni sindacali, sono oggetto di un filone della ricerca sociologica che, pur partecipando di vari degli indirizzi descritti (sociologia industriale, dell'azienda, del lavoro), ha acquisito nel tempo una spiccata autonomia, per quanto oggi messa in crisi dalle difficoltà del sindacalismo occidentale: è la disciplina, di ascendenza anglosassone, che ha per oggetto lo studio delle *relazioni industriali*, i cui rapporti sono di grande familiarità e utilità per il giurista del lavoro, in specie per lo studioso del diritto sindacale.

Infine, se già in ognuno dei campi esaminati il sociologo tende a trarre dall'osservazione dell'esperienza leggi generali di comportamento, alzando sempre di più la prospettiva di osservazione, non può stupire che la sociologia abbia cercato di elevarsi a *teoria sociale*. E la rilevanza sociale (oltre che politica) dei temi dell'impresa del lavoro è tale, che si fa teoria, intersecandosi con la riflessione economica e rilevanza sociale (oltre che politica) dei temi dell'impresa del lavoro e tale, che si fa teoria, intersecandosi con la riflessione economica e barra e/o con quella propriamente filosofica, non possono riguardare da vicino il diritto del lavoro (esempio dibattito sulla crisi o sulle trasformazioni della modernità; sulla profetizzata "fine del lavoro" e in generale sul posto e sul senso del lavoro nelle società contemporanee).

4. Tra eguaglianza e libertà: il diritto del lavoro e la filosofia sociale

Il diritto del lavoro si è sempre posto quale portatore di valori umanistici: difendendo l'uomo lavoratore dall'azione dura dei meccanismi di mercato, insomma proteggendolo dalle numerose vulnerabilità (economiche, sociali, esistenziali e psicologiche) nelle quali incorre chi si affaccia sul mercato di quella peculiare merce che è il lavoro, il diritto del lavoro ha partecipato, a pieno titolo, del progetto *illuministico* di un progresso umano guidato dalla *ragione*, che poi è quello nel quale si è incarnata l'idea di *modernità*. In tale guisa, il discorso lavoristico ha agito, con altri, da *contrappeso* delle derive tecnocratiche e disumanizzanti della stessa razionalizzazione moderna, prodotte dallo sviluppo che il capitalismo ha conosciuto nell'800 e nel 900, e che, nel passaggio di secolo, è stato ulteriormente alimentato dalla fine del socialismo reale e dalla globalizzazione. La connotazione umanistica di emancipazione del diritto del lavoro sia mantenuta intatta anche mentre si profilava, lungo il corso del 900 la crisi delle pretese totalizzanti del razionalismo contemporaneo, e quindi, più ampiamente, una *crisi della modernità*.

Preme però richiamare l'attenzione sul fatto che il grande rimescolamento di carte prodotto dalla globalizzazione, ha riaperto il dibattito sui modelli di *convivenza sociale* e sui rispettivi valori ispiratori. E pare tuttora difficile che quel dibattito possa prescindere dal tornare a misurarsi con le due più vecchie conoscenze della riflessione politica e sociale occidentale: la libertà ed eguaglianza. Nell'esperienza della rivoluzione francese, libertà ed eguaglianza erano riusciti a condurre una pur non tranquilla convivenza. Negli instabili assetti post-rivoluzionari invece i due concetti hanno preso strade diverse allorché è cresciuta la consapevolezza delle conseguenze sociali dell'industrializzazione. Si sono create, da quel momento, le condizioni di un crescente intervento diretto dello Stato nella sfera dell'attività economiche, in funzione correttiva delle dinamiche dei mercati, e quindi compensative degli impatti sociali delle stesse, quando lo dichiaratamente in vista di programmi di eguaglianza sociale mostri la finalità apertamente *redistributive*. A quel punto si è consumata una *divaricazione*, che ha fatto sì che libertà ed eguaglianza non riuscissero più a procedere di concerto.

Da un lato, la *libertà* è divenuta sinonimo di astensionismo legislativo e di concezione minimale del ruolo dello Stato. In questo modo, il liberalismo si è trovato schiacciato sul liberismo, e si è dimenticata o trascurata l'esistenza di un filone pur minoritario del liberalismo che pur a partire da premesse individualistiche ha sollecitato il dispiegamento di un'azione pubblica orientata in senso sociale, intesa come un *completamento* del programma della libertà.

Dall'altro lato, specularmente, *l'eguaglianza* è assurta a me la regola attiva dei programmi di azione pubblica rivolte incidere sui rapporti sociali di produzione, sostenuti dallo schieramento socialdemocratico o riformista. Dalle espressioni più partigiane del primato della eguaglianza principio di libertà è uscito svalutato a causa delle sue valenze individualistiche e della sua asserita carica mistificatrice. In quelle più moderate, invece, la libertà è stata comunque emarginata (ne è una dimostrazione il fatto che, nell'articolo 3 co 2 costituzione, in riferimento alla libertà sia stato soverchiato da quello all'eguaglianza), o del tutto rimossa.

Coerentemente con la messa al bando del principio di libertà, la cultura del diritto del lavoro - che ha eletto l'eguaglianza a proprio fondamento - ha adottato un'antropologia proiettata sulla dimensione collettiva. Ebbene, pare possibile sostenere che questa esclusiva propensione della materia all'eguaglianza, a scapito della libertà, debba essere oggi ripensata per adattare tale valore a un contesto pluralistico, nel quale possa trovare posto anche la libertà.

La globalizzazione, anzitutto, ha riportato in auge, anche culturalmente, il modello della *competizione concorrenziale*: tra economia e imprese, ma anche tra individui. Lo stesso fatto che oggi si vada ripetendo che la principale dotazione del lavoratore sia ormai la *conoscenza*, sparglia le premesse culturali del discorso laboristico, trascinandolo su un piano in larga misura estraneo. Quella del *merito individuale*, in particolare, che della competizione dovrebbe essere il criterio regolatore, è una categoria concettuale sociologica rimasta quasi del tutto nell'ombra del tradizionale approccio del diritto del lavoro. Per converso, il fatto che modelli collettivi sono in crisi e quelli individualistici siano tornati dominanti, non implica di per sé una resa senza condizioni al liberismo e, con essa, l'abbandono di prospettive di equità di coesione sociale. È possibile invece, continuare a coltivare una dimensione valoriale che consenta di fondare l'utilità di un'azione pubblica all'interno di una prospettiva di buona regolazione del mercato.

Ma il nome di quali valori dovrebbe essere sviluppata, dunque, l'azione pubblica? Si pensa che i tempi siano maturi affinché la cultura lavoristica cominciasse ad annoverare tra i propri riferimenti privilegiati quelle correnti del *liberalismo sociale*, che, si sono impegnate nello sforzo di riconciliare una visione del mondo, che pure continua da segnare un rango prioritario al principio di libertà con l'idea che debba essere non soltanto sopportata, ma promossa, un'azione pubblica finalizzata al perseguimento di obiettivi sociali.

Un'azione, quindi (Per rimanere alla versione del liberalismo di Amartya Sen e Martha Nussbaum che punta dritto verso la nuova teoria della giustizia sociale) rivolto a fornire a ciascuna persona quella "capabilities" (cioè le capacità di conseguire i funzionamenti desiderati, e di realizzare, così, il massimo possibile delle proprie aspirazioni di vita) che le restituiscano un'effettiva sovranità, ma con essa anche la piena responsabilità, sulla propria esistenza, e quindi capace di conferire uno spessore *sostanziale* ad un principio di libertà ormai saldato, concettualmente e politicamente, con quello di *eguaglianza di opportunità*. È altresì importante notare che è una nuova focalizzazione della cultura lavoristica sul principio di *libertà sostanziale* non è in antitesi con i diritti, che la libertà, se è così intesa, presuppone, nei limiti in cui tali diritti sono rivolte a proteggere promuovere la libertà di scelta dell'individuo, e non ad orientarla e condizionarla. Infatti, un eccessivo o poco calibrato ritrarsi dei diritti tende a ricreare condizioni di libertà senza autonomia, se non di vera e propria soggezione (come nel lavoro subordinato). Ne segue che tra i diritti da salvaguardare dovrebbero essere inclusi anche i tradizionali diritti "di contrasto", come quelli rivolti alla limitazione dei poteri imprenditoriali; una giustificazione liberale degli stessi può essere trovata nella posizione secondo cui la libertà deve essere anche una *libertà dal dominio altrui*.

5. I valori del diritto del lavoro

La gamma dei *valori di riferimento* del diritto del lavoro deve essere maggiormente articolata. Tra gli altri, Guy Davidov, ha menzionato i seguenti valori:

- la *democrazia*, intesa essenzialmente come democrazie nel posto di lavoro;
- la *redistribuzione*, in particolare delle risorse;
- la *protezione dei diritti umani* e della dignità della persona;
- la promozione dell'*inclusione sociale* e/o dell'idea di *cittadinanza sociale* (la cittadinanza sociale è un'idea suggestiva, ma sfuggente).
- la *stabilità e/o la sicurezza* delle relazioni di lavoro (la stabilità potrebbe essere riferita, più appropriatamente, agli scopi della disciplina limitativa del potere di licenziamento, piuttosto che del diritto del lavoro nel suo insieme).
- la *libertà* e le *capacità* umane;
- l'*efficienza economica*: quanto all'efficienza una cosa è sostenere che il diritto del lavoro deve tener conto dell'efficienza economica, ma un'altra, è includere l'efficienza tra i valori del diritto del lavoro.

Alcuni rientrano nel grande alveo della libertà e dell'eguaglianza.

Inoltre, non tutti i diritti dei lavoratori si possono qualificare come diritti umani.

In ogni caso, quello sui valori del diritto del lavoro resta un dibattito permanentemente aperto, per quanto si è discusso se esso debba fare riferimento a teorie di ordine generale (come quella in merito alla libertà e all'eguaglianza) o se debba, invece, focalizzarsi su riferimenti più specifici alla materia.

6. Il valore del lavoro

La proposta (non condivisa da tutti) focalizzazione sul valore della libertà a come corollario (parliamo qui di *filosofia del lavoro* e non della società) anche una sorta di svuotamento simbolico del lavoro, in quanto se il lavoro viene riguardato dalla prospettiva della libertà e delle vite individuali, non può non risultare che esso è, prima di ogni altra cosa, la fonte di produzione (quasi sempre unica) di credito, e quindi, sostanzialmente, un'attività economica qualitativamente affine ad ogni altra attività economica. È in questa aspirazione al reddito, oltre che ovviamente nei suoi diritti della persona nella sua libertà esistenziale anche sul lavoro, che il lavoratore deve essere primariamente tutelato. In altre parole, se la tutela si focalizza sulla persona, dovrebbe esserne oggetto, anzitutto, il lavoro come *mezzo* in vista di altri mezzi.

Ma questo non significa dimenticare che lavoro è anche un *fine*, ossia una dimensione fondamentale della vita personale e sociale di ciascuno, e quindi uno strumento di realizzazione della propria personalità e anche di socializzazione in senso ampio. A questo valore sociale del lavoro si potrebbe obiettare che ciascun individuo, in ultima analisi, il sovrano ultimo del *sensu da attribuire al lavoro*, e quindi dell'importanza di riconoscere allo stesso nell'ambito della propria singola e particolare esistenza. Sebbene questa semplice verità sia spesso indebitamente trascurata, essa nulla toglie alla rilevanza del lavoro come fonte di integrazione sociale e canale di accesso alla cittadinanza. E nulla toglie, quindi, al dovere dell'ordinamento di tutelare e promuovere la *qualità* complessiva del lavoro, indirizzando e incoraggiando l'impresa ad elevarla, così che un sempre maggior numero di lavoratori possa essere, almeno in parte, soddisfatto.

Ma quale lavoro? Quel lavoro *astratto* per troppo tempo elevato a categoria quasi metafisica, o il lavoro *concreto* dell'esperienza individuale sociale, del lavoratore in carne ed ossa? La risposta è facile da intuire. Può essere d'aiuto a tal proposito, la distinzione, che si deve ad una pensatrice originale e generosa come Hannah Arendt, fra il *lavoro* inteso come attività umana non creativa che fa parte del ciclo biologico naturale, rivolta a produrre beni di consumo e pertanto condannata a nascere e morire perennemente; e *l'opera* prodotta dalle nostre mani e/o dal nostro intelletto, che non dà luogo a beni di consumo ma ad oggetti d'uso, e il cui impiego, se appropriato, non ne determina la sparizione.

Pur nella consapevolezza di manipolarlo, è lecito trarre dal pensiero della Arendt uno spunto conclusivo per chiosare come uno dei bisogni del nostro tempo ossia quello di aggiungere alla nostra attività di lavoro quella soggettività e possibilmente quella creatività che possono permetterci di guardare al prodotto di quella attività, e riconoscerlo come *espressione di noi stessi*. Un lavoro a misura di uomo e di donna, alla portata di un numero sempre maggiore di persone: la sfida del futuro è anche questa.

Capitolo IV – LA COSTITUZIONE

1. Fondamento costituzionale del diritto del lavoro

La costituzione repubblicana, entrata in vigore il 1 gennaio 1948, a, per il diritto del lavoro italiano, un'importanza non soltanto *giuridica*, ma anche *storica*, come parte integrante di quel movimento costituzionale contemporaneo che ha accompagnato e consolidato la trasformazione dello Stato liberale in Stato democratico-liberale e sociale. Si è sottolineato (sezione 1 capitolo 3) come la carta costituzionale ha conferito al diritto del lavoro una definitiva *legittimità* nell'ambito dell'ordinamento giuridico, influenzando in misura decisiva i successivi sviluppi della legislazione del lavoro, in quanto diritto *di attuazione costituzionale*. È insomma nella costituzione, e nel compromesso che essa ha saputo realizzare fra le componenti cattoliche, laico-repubblicane, e socio-comuniste, che si rinvergono tuttora, non soltanto le fondamenta istituzionali, ma anche riferimenti di valore si quali si impernia il modello *dell'economia sociale di mercato*, in seno al quale debbono convivere e bilanciarsi i valori dell'efficienza e della coesione sociale. Ciò è avvenuto tramite il riconoscimento, in aggiunta alla tutela dei diritti *civili* (liberali) e *politici* (democratici), di una terza generazione di diritti, i *diritti sociali*, aventi ad oggetto *la protezione o liberazione da una condizione materiale di dipendenza e/o di bisogno*, suscettibile di impedire il soddisfacimento dei beni fondamentali dell'individuo, sia economico-sociali che morali e culturali. Proprio perché il presupposto del loro riconoscimento è una condizione *reale*, i diritti sociali non conoscono limitazioni di ambito, e, di conseguenza, comprendono:

- diritti aventi ad oggetto la pretesa *a prestazioni pubbliche*, erogate dallo Stato o da altri enti pubblici, come il diritto all'istruzione, ad una pensione decente, all'assistenza sanitaria, all'avviamento lavorativo in caso di disabilità eccetera;
- diritti aventi rilievo orizzontale, ossia afferenti al piano dei *rapporti interpretati*, quale il rapporto di lavoro subordinato. L'esempio più famoso è il diritto ad una retribuzione "sufficiente" garantito dall'articolo 36 co 1 della costituzione.

Questa seconda tipologia di diritti sociali è stata la più rivoluzionaria, avendo inciso sulle relazioni economico-sociali.

In generale il riconoscimento dei diritti sociali è andato ad arricchire, rendendolo tridimensionale, concetto moderno di *cittadinanza*, intesa come sintesi delle principali prerogative che denotano l'appartenenza dell'individuo alla comunità statale. È dunque pienamente lecito, in conclusione, parlare di un *fondamento costituzionale del diritto del lavoro*. Ciò nel senso letterale della parola fondamento, giacché la ricerca ha creduto di rinvenire nella costituzione, per quanto riguarda diritto del lavoro, un definitivo punto di approdo. Non a caso si è parlato di un nuovo diritto naturale.

Per quanto sulla solidità di tale fondamento mi siano numerose e diverse opinioni, si deve sottolineare che anche le costituzioni sono prodotti della storia, e che la loro costitutiva *storicità* si traduce nella necessità di un'interpretazione che deve muoversi tra il rispetto della volontà costituzionale e l'esigenza, altrettanto ineludibile, di una attualizzazione della medesima alla luce dell'evoluzione generale dell'ordinamento e, a monte, della società. L'interpretazione -che si rivolge innanzitutto al *policy-maker*, ma anche al giudice- si rende necessaria con riferimento alla categoria più numerosa di norme costituzionali, nonchè ampiamente valorizzata dalla teoria contemporanea del diritto che è quella delle norme a contenuto aperto, anche se orientato, che dettano principi.

In questo ambito l'interpretazione si dipana ad almeno tre livelli:

- la corretta interpretazione dei fini costituzionalmente posti;
- l'istituzione di priorità tra fini e la soluzione, anche sulla base di tali priorità, degli eventuali conflitti fra essi;
- la scelta dei mezzi appropriati alla realizzazione dei fini prescelti (merito alla quale la costituzione non si pronuncia fatto, lasciando tale compito al legislatore ordinario). Nondimeno, la carta costituzionale contiene anche norme contenenti regole, come tali dotate di un'immediata capacità precettiva, per quanto anch'esse debbano essere interpretate.

L'esempio più limpido, nel diritto del lavoro, è quello della nozione di retribuzione sufficiente, di quell'articolo 36 co 1 costituzione.

Ciò premesso, passiamo a soffermarci sui principi fondamentali posti dalla costituzione in tema di lavoro (quasi tutti raccolti nei primi articoli della carta).

2. "Fondata sul lavoro"

Se il diritto del lavoro si fonda sulla costituzione, la Repubblica italiana è, a propria volta, "*fondata sul lavoro*" (articolo 1 comma 1). Il principio del fondamento laburista dello Stato è ivi accostato, persino, al principio democratico. Una lettura definitiva della formula costituzionale non pare però proponibile giacché la sua ricchezza risiede proprio nell'essere aperta a molte possibili letture. È comunque indiscutibile che nell'articolo 1 vi sia molto più che una mera sottolineatura del "dovere di lavorare", anzi, più ampiamente, del dovere di contribuire al progresso materiale o spirituale della società, dal momento che tale dovere è specificamente previsto dal successivo articolo 4 comma 2. Il *quid pluris* consiste nel riconoscimento del *valore storico del lavoro* come caposaldo fondamentale del modello statale proposto dalla costituzione. Il lavoro del resto è proprio quell'apporto di energia che è nella potenzialità di ciascun singolo attore della compagine sociale.

Tale principio si salda alla perfezione con quello democratico, nella misura in cui il "*popolo*", che è titolare della sovranità, è anche il detentore di quella ricchezza che è reputata tanto importante, da costituire il fondamento della stessa Repubblica, ergo della convivenza sociale. L'articolo 1 sancisce l'avvenuto compimento di un processo di *ricomposizione storica*: l'inserimento a pieno titolo del Quarto Stato nel corpo sociale, dopo che la rivoluzione francese aveva segnato il trionfo del terzo Stato borghese. Peraltro, nel riferirsi al *lavoro* come astrazione, e non ai *lavoratori*, l'articolo 1 ha idealmente abbracciato tutti membri del consesso sociale (ivi compresi gli imprenditori possidenti) in un unico riconoscimento incentrato sul minimo comune denominatore del lavoro.

Tale riconoscimento non può non avere, sua volta, un'influenza diretta sul orientamento dell'azione politica dello Stato costituzionale. Se la Repubblica fondata sul lavoro, non può non annoverare tra le sue prime preoccupazioni la tutela dei lavoratori. È stato osservato, pertanto, che l'articolo 1 comma 1, ha inteso implicitamente affermare il *principio dell'impegno sociale dello Stato costituzionale*. Ciò acquisito, emerge pure, nell'affermazione costituzionale, un fondo eticizzante: vi risuona la grande considerazione nella quale lavora è stato tenuto negli ultimi due secoli, e quindi in un'epoca storicamente delimitata. Ma non è sempre stato così: *nell'antichità* il lavoro era considerato, socialmente, come attività secondaria, riservato agli schiavi e ceti inferiori, il culmine essendo la *vita contemplativa*, e non la *vita attiva*.

Solamente in poemi come *le Opere e i Giorni* di Esiodo, e successivamente in alcuni dialoghi di Platone, comincia ad affacciarsi timidamente l'idea del valore creativo dell'opera artigiana. L'idea del lavoro come attività umanizzante e liberatoria, e quindi come autentica realizzazione di sé, ha poi avuto una prima consacrazione nella regola di San Benedetto (ora et labora).

Ma l'idea del *valore sociale* del lavoro è, soprattutto, maturata gradualmente a ruota nello *sviluppo economico*, e ha perciò raggiunto il proprio apogeo nell'800-900, vale a dire nell'epoca dell'esaltazione produttivistica conseguente alla rivoluzione industriale, della quale è parte integrante la stessa concezione marxista (sebbene Marx si proponesse ambiguamente il fine ultimo di liberare l'uomo dalla tirannia del lavoro). Questa esaltazione culturale del lavoro denuncia forse segni del tempo: c'è chi la ritiene ancora attuale e imprescindibile; c'è chi invece la vede come qualcosa di mistificatorio; c'è poi ancora chi pensa che lavoro sia in via di sparizione, a causa della tecnologia.

Se quindi lavoro è un fenomeno che deve essere sempre collocato nella propria dimensione storica, ed è, come tale, soggetto continua evoluzione e trasformazioni, questo nulla toglie all'importanza dell'orientamento di valore fornito da un principio come quello dell'articolo 1 della costituzione italiana.

3. Diritti inviolabili

L'articolo 2 sancisce il riconoscimento e la garanzia dei *diritti inviolabili dell'uomo*, sia come singolo, sia nelle "formazioni sociali" in cui si svolge la sua personalità. Il principio include la garanzia dei diritti dell'uomo-lavoratore, in quanto una delle "formazioni sociali" più diffuse importanti è certamente l'impresa (qui intesa come esclusiva dello Stato-amministrazione). La differenza con le idee garantistiche discendenti dalla rivoluzione francese consiste, pertanto, nel fatto che l'uomo in quanto soggetto di diritti non è più considerato unicamente nella sua asettica individualità di cittadino, bensì come soggetto qualificato della condizione sociale. Ciò non implica che tutti i diritti dei lavoratori, anche se subordinati, si possono considerare diritti violabile dell'uomo. È innegabile, tuttavia, che tali diritti godono di uno statuto privilegiato nel complesso della normativa costituzionale, e che la garanzia dell'articolo 2 costituisce l'estremo sfondo concettuale di tale posizione. Di recente, oltretutto, si assiste a una ripresa di elaborazione della tematica dei "diritti fondamentali", o, in altra seppur connessa prospettiva, "umani", che però assume un significato diverso se riguardata nella prospettiva della globalizzazione, o in quella dell'Occidente sviluppato.

Nella prospettiva globale, il riconoscimento pieno dei diritti umani avrebbe un'implicazione fortemente progressiva. In quello occidentale, invece, nella quale il diritto del lavoro ha già una forte presenza (sebbene intaccata dai processi di liberalizzazione), esso equivale alla selezione di un nocciolo duro di diritti da sottrarre ad eventuali regressi, provocati dalla stessa globalizzazione, della normativa di tutela.

Oltre a sancire diritti, l'articolo 2 richiede l'adempimento "*dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale*". Al dovere di solidarietà possono essere ricondotti, infatti, lo stesso dovere dell'imprenditore di occuparsi, vari livelli, della condizione dei propri dipendenti, nonché quello di finanziare, tramite il pagamento dei contributi obbligatori, i trattamenti previdenziali destinati ai lavoratori.

4. Eguaglianza formale

Il co 1 dell'articolo 3 sancisce il principio di *eguaglianza formale*, secondo il quale tutti cittadini "*hanno pari dignità sociale e sono eguali davanti alla legge, senza distinzione di sesso, di razza, religione, di opinioni politiche, di condizioni personali e sociali*" [Esso è espressione del classico paradigma liberale].

Il principio della "*pari dignità sociale*" implica, in particolare, che l'eguaglianza dinanzi alla legge deve prescindere dalle diverse condizioni sociali. Non è ammesso, in altre parole, che vi siano condizioni sociali privilegiate o, viceversa, di minorità, dalle quali possano discendere differenze di trattamento. Il principio di eguaglianza formale comporterebbe, alla lettera, l'inaccettabilità di qualunque differenziazione di trattamento, che si troverebbe marchiata negativo come discriminazione. Ma ciò condurrebbe all'impossibilità di tenere conto della diversità di condizioni *di fatto* come base della giustificazione di trattamenti diversificati. Il legislatore sarebbe vincolato ad una cieca e razionale eguaglianza dei trattamenti. Un'impostazione del genere è però fuorviante dal momento che il vero problema è quello di valutare l'infinita gamma delle situazioni di fatto esterne, in modo da far corrispondere *trattamenti eguali a situazioni eguali, i trattamenti diversi a situazioni diverse*. È questo il senso dell'approccio consolidato della corte costituzionale italiana, ispirato alla concezione "*valutativa*" dell'eguaglianza, in base al quale il cuore del "giudizio di eguaglianza" consiste nello stabilire quanto una differenziazione di trattamento sia "*ragionevole*", ossia basata su una corretta considerazione della diversità venuta in gioco nel contesto di quella valutazione. Rimani aperto, ovviamente, il problema di avviare il giudizio di ragionevolezza su binari concettuali argomentativi corretti e verificabili. Alla luce di quanto osservato, non v'è dubbio che leggi tese a favorire l'avviamento al lavoro dei soggetti con disabilità, o in regime di lavoro delle lavoratrici madri, corrispondono ad un dovere costituzionale.

5. Eguaglianza sostanziale

Il co 2 dell'articolo 3 sancisce il dovere dello Stato di intervenire attivamente al fine di promuovere una maggiore equità e di favorire, per tale via, l'inclusione sociale; di promuovere, in una parola, una *eguaglianza sostanziale*. È compito della Repubblica, infatti, "*rimuovere gli ostacoli che, limitando di fatto la libertà di eguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della persona umana e l'effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all'organizzazione politica, economica e sociale del paese*".

La chiave è la locuzione "*di fatto*", da riferire a quella vasta gamma di situazioni economico-sociali che, pur non intaccando la eguaglianza formale, impediscono il raggiungimento di una uguaglianza reale, che renda possibile il pieno sviluppo della persona umana e l'effettiva partecipazione dei lavoratori alla vita del paese.

Anche sul significato di questo principio l'opinione si è divisa. Si è ritenuto, da taluni, che esso comportasse un'adesione da parte della costituzione a visioni fortemente *egualitaristiche* della società, tese, ad esempio, verso un livellamento dei redditi delle varie classi tramite l'impiego della leva fiscale: un'eguaglianza redistributiva in senso forte. Non v'è dubbio che il diritto del lavoro, attraverso le leggi protettive, la contrattazione collettiva, e la normativa previdenziale, abbia rappresentato, e rappresenti, uno dei principali strumenti redistributivi.

Non è un caso quindi che tutto il diritto del lavoro sia stato letto come attuativo dell'articolo 3 comma 2 (in sé è una norma programmatica). Pure nella persistente valutazione di tale nesso, circolano oggi anche letture più moderate, in virtù delle quali il compito dello Stato deve essere *in primis* quello di portare tutti cittadini, in particolare i lavoratori, *al di sopra di una soglia di soddisfacimento dei beni sociali essenziali*, garantendo, a partire da ciò, le condizioni per un'equa competizione tra gli individui e gruppi in vista di ulteriori possibili sviluppi economico-sociali. In tale ottica, fermo restando l'impegno sociale dello Stato, interventi specifici, miranti a equilibrare le condizioni comparative tra diverse classi di cittadini, sono possibili laddove si ritenga che una di queste classi non fruisca di eguali opportunità di partenza. Se l'ipotesi è corretta, l'eguaglianza sostanziale tende a riposizionarsi, in questo inizio di XXI secolo, nei termini di un'eguaglianza *delle opportunità* (e non anche dei risultati); aspettando poi agli individui e ai gruppi, di coglierle ed eventualmente di svilupparle. L'eguaglianza delle opportunità, ha, a propria volta, una stretta parentela con quel concetto di *libertà* di quell'articolo 3 comma 2 (*libertà sostanziale*).

6. Diritto al lavoro

Il comma 1 dell'articolo 4 sancisce il *diritto al lavoro*, stabilendo altresì l'obbligo per lo stato di promuovere le condizioni che rendono effettivo questo diritto. Si tratta, anche in questo caso, di una norma programmatica e non percettiva, che vincola lo Stato a perseguire una politica tendente alla piena occupazione.

Il riconoscimento del diritto al lavoro chiude il cerchio aperto dalla rivoluzione francese, la rivoluzione dei diritti che però non è arrivata a contemplare, fra essi, il diritto del lavoro oggetto, invece, di rivendicazione successive che rappresentano l'antecedente storico della previsione in commento.

Nella garanzia dell'articolo 4 comma 1 è implicita, altresì la *libertà di scelta del lavoro*. Da tale libertà potrebbe risultrne, ad esempio, una messa in discussione della legittimità di norme che frappongono barriere troppo rigide e corporative all'accesso a professioni come quella di avvocato (fermo restando che il lavoro considerato dall'articolo 4 non è soltanto il lavoro subordinato), pur in nome di un valore importante come quello dell'interesse pubblico a che sia abilitato a svolgere un'attività professionale soltanto chi dimostra di avere acquisito un adeguato livello di competenza.

Il comma 2 dell'articolo 4 sancisce (in modo poco coerente con i valori della carta) il "*dovere di svolgere, secondo le proprie possibilità e la propria scelta, un'attività o una funzione che concorra al progresso materiale spirituale della società*".

7. Tutela del lavoro

L'articolo 35 comma 1 recita che "*la Repubblica tutela il lavoro in tutte le sue forme e applicazioni*", in tal modo riprendendo riaffermando i principi di cui agli articoli 1 e 4. Qui come altrove, la costituzione fa riferimento, ampiamente, alla "*tutela del lavoro*" e non alla "*tutela del solo lavoratore subordinato*": si abbraccia dunque tutto il *lavoro senza aggettivi*, incluso il lavoro autonomo.

Pertanto, nel quadro del dibattito sulle ipotesi di riassetto della materia, l'articolo 35 comma uno, e talora invocato per giustificare un riequilibrio delle tutele a favore di alcune categorie-quelle supposte più deboli-di lavoratori non subordinati: per sostenere, insomma, l'opportunità di una transizione da una "*diritto del lavoro*" (subordinato) a un diritto di "*tutti i lavoratori*".

8. La libertà di iniziativa economica ed i suoi limiti

La collocazione tra i principi fondamentali della norma che garantisce la *libertà dell'iniziativa economica privata*, e con essa il carattere *di mercato* del sistema economico italiano (articolo 41 co 1), è negata dall'opinione tradizionale.

Nella costituzione, in effetti, il principio lavoristico, e in generale sociale, è nettamente preponderante sulla libertà economica, come attestato dallo stesso scivolamento dell'articolo 41 comma 1, nella parte della carta dedicata ai "rapporti economico-sociali".

A prescindere da queste incertezze di collocazione, la libertà di iniziativa economica è una componente integrante, se non del codice genetico del diritto del lavoro del sistema lavoristico, del quale condiziona innumerevoli svolgimenti (esempio la disciplina dei licenziamenti per motivi economici). Ma l'articolo 41 è importante, per il diritto del lavoro, anche soprattutto in ragione del comma 2, che, sul presupposto del riconoscimento della libertà di iniziativa economica, frapponne limiti all'esercizio della medesima, il quale "non può svolgersi in contrasto con l'utilità sociale o in modo da recare danno alla sicurezza alla libertà e alla dignità umana". È scolpita, in questo principio, la necessità di una *regolazione sociale* dell'economia di mercato. Questa norma, peraltro, non è considerata direttamente precettiva, richiedendo essa un'attuazione da parte del legislatore lavoristico (instancabile istitutore di *limiti esterni all'esercizio della libertà economica*, di modo che il diritto del lavoro nel suo insieme si può considerare una normativa di attuazione dell'articolo 41 co 2). Il che, nondimeno, non autorizza concludere che soltanto un certo diritto del lavoro, e non un altro, sia titolato a porsi come strumento di attuazione del principio di "utilità sociale". Le forme storiche di traduzione di tale principio sono, infatti, diverse e mutevoli.

9. La collaborazione dei lavoratori alla gestione dell'impresa

Il legislatore costituente non si era limitato a disegnare uno scenario di polarizzazione (e tendenziale contrapposizione) tra la libertà di intrapresa economica e l'utilità sociale, ma aveva altresì immaginato, in positivo, che "ai fini della elevazione economica e sociale del lavoro e in armonia con le esigenze della produzione", i lavoratori fossero chiamati a collaborare, nei modi e nei limiti stabiliti dalle leggi, alla gestione delle aziende (articolo 46). È qui contenuta la giustificazione costituzionale dell'idea della *partecipazione dei lavoratori* alla gestione dell'impresa, che è stata tuttavia oggetto di un vero e proprio discredito, dovuto alla sua matrice cattolica socialmente pacificatrice. Ciò in un contesto sindacale e culturale dominato dal rifiuto di compromessi strategici con la controparte imprenditoriale. L'epoca del discredito si è, alla fine, esaurita per sfinimento, tanto che gli istituti partecipativi si sono fatti strada nell'ordinamento, a livello prima di contrattazione collettiva e poi di legislazione. Il dibattito è tuttora aperto.

10. Il principio di buona amministrazione

L'articolo 97 co 1 secondo cui "i pubblici uffici sono organizzati secondo disposizioni di legge, in modo che siano assicurati il buon andamento e l'imparzialità dell'amministrazione", potrebbe sembrare estraneo al campo di interesse del diritto del lavoro, dal momento che concerne, per indirizzarla su direttrice di buona amministrazione nelle quali interesse di tutti cittadini, l'attività delle pubbliche amministrazioni. La riflessione su questa norma è tornata, tuttavia, di attualità, da quando il legislatore ha ritenuto, col processo di "privatizzazione" della disciplina del lavoro, che la finalizzazione pubblica dell'azione amministrativa possa essere salvaguardata (realizzata), sottoponendo i rapporti di lavoro pubblico alla logica, privatistica, della contrattualità, di marca sia collettiva che individuale.

Non a caso l'articolo 1 comma 1 del d.lgs. 165/2011 ha ufficialmente dichiarato che gli obiettivi della riforma della privatizzazione (accrescere l'efficienza delle amministrazioni, razionalizzare il costo del lavoro pubblico, realizzare la migliore utilizzazione delle risorse umane) costituiscono una modalità di attuazione dell'articolo 97 co 1. Il che significa che la privatizzazione è lo strumento di una finalità costituzionali che permane di natura pubblicistica.

11. Il Consiglio Nazionale dell'economia e del lavoro (CNEL)

Articolo 99 costituzione prevede l'istituzione di un organo ausiliario, denominato consiglio nazionale dell'economia e del lavoro (CNEL), e composto, nei modi stabiliti dalla legge, da esperti e rappresentanti delle categorie produttive e del mondo sindacale, in una misura che tiene conto della loro importanza numerica e qualitativa.

Il CNEL È presentato dalla costituzione come organo di consulenza del parlamento e del governo nelle materie dell'economia del lavoro. Esso, è inoltre, titolare del potere di iniziativa legislativa, e può contribuire all'elaborazione della legislazione economica e sociale secondo i principi e dentro i limiti stabiliti dalla legge.

Il CNEL È stato completamente istituito nel 1957 ed ha disciplinato dalla *legge 30 dicembre 1986 n.836*, e modifiche successive. Esso è composto da: 10 esperti della cultura economica, sociale, giuridica, dei quali 8 nominati dal presidente della Repubblica e 2 proposti dal presidente del consiglio; 48 rappresentanti dalle categorie produttive, in particolare dei sindacati dei lavoratori e dei datori di lavoro; 6 in rappresentanza delle associazioni di promozione sociale del volontariato. I membri del consiglio durano in carica 5 anni e possono essere riconfermati.

Le funzioni del CNEL sono soprattutto consultive (emissione di pareri eccetera) e di valutazione e studio (elaborazione di rapporti eccetera). Il CNEL gestisce, inoltre, l'archivio nazionale dei contratti collettivi di lavoro. L'idea alla base del CNEL era quella di trasportare in un ambito istituzionale la dialettica economico-sociale tra le categorie produttive, aprendo altresì un canale diretto tra i produttori e gli organi di governo e di legislazione.

L'obiettivo non è stato raggiunto: presso che mai il CNEL è stato nel cuore dei processi di elaborazione delle politiche del lavoro.

La sensazione diffusa che il CNEL fosse ormai un ente inutile e dannoso è rifluita nel ddl di revisione costituzionale proposto dal governo Renzi, nel quale era contenuta una disposizione che ne prevedeva l'abolizione. Peraltro, dopo essere stata approvata dal parlamento, la riforma costituzionale è stata respinta nel referendum popolare del 4 dicembre 2016, il che ha "resuscitato" il CNEL, mettendolo di fronte a dovere pubblico di ridefinire, nell'interesse del paese, la propria missione: la nomina del nuovo presidente, nella persona di Tiziano Treu rappresentata rappresenta la migliore partenza possibile.

Allo stato, il CNEL è soprattutto impegnato, su espressa e condivisa investitura, dell'opera di ricognizione dei contratti collettivi nazionali.

Capitolo V – IL DIRITTO DEL LAVORO INTERNAZIONALE E DELL'UNIONE EUROPEA

1. Il diritto internazionale del lavoro

L'ordinamento italiano si collega in vario modo a fenomeni istituzionali che ne travalicano, in vario modo, i confini. È il caso delle norme di *diritto internazionale del lavoro*, che in forza dell'adesione dell'Italia a trattati e/o convenzioni, debbono essere applicate dal paese, e del diritto dell'Unione Europea. Fra i tuoi diritti evocati vi è, tuttavia, un'importante differenza. Per quanto concerne il diritto dell'Unione Europea, l'adesione dell'Italia al Trattato (di diritto internazionale) istitutivo della comunità, oggi UE, ha determinato, una volta per tutte, la confluenza dell'ordinamento giuridico italiano in un nuovo ordinamento giuridico (cioè quello europeo).

Ne discende una rete di complesse interazioni, fra le quali rientra la possibilità che alcune norme di diritto europeo abbiano efficacia diretta nell'ordinamento italiano, nonché che prevalgano su eventuali norme nazionali difformi.

Questa dinamica non è replicabile a livello internazionale, a causa dell'inesistenza di uno spazio ordinamentale equiparabile a quello dell'Unione Europea. L'applicazione del diritto internazionale è, pertanto, il frutto dell'adesione dello Stato italiano ad una fonte, pattizia, di diritto internazionale, e della successiva adozione di norme interne di adattamento, in virtù dell'articolo 117 co 1 della costituzione, per il quale la potestà legislativa è esercitata nel rispetto dei vincoli derivanti dagli obblighi internazionali assunti dallo Stato.

Ciò implica che non si ha mai un'applicazione diretta della norma internazionale, bensì, al massimo, un'applicazione *indiretta*, ossia operante per il tramite di una norma nazionale di esecuzione. Alla norma internazionale, inoltre, non è riconosciuto il primato sul diritto nazionale, cosicché in caso di conflitto tra norme interne e norme internazionali il giudice nazionale è tenuto a sollevare la questione di legittimità della norma interna dinanzi alla corte costituzionale, alla quale spetterà anche di verificare la conformità della norma internazionale alla costituzione. In materia di lavoro, rientrano tra le norme internazionali pattizie:

- la *Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo*, adottata dall'assemblea Generale dell'Onu il 10 dicembre 1948;
- il *Patto internazionale relativo ai diritti economici, sociali e culturali*, adottato in seno all'Onu il 16 dicembre 1966;
- la *Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali* (CEDU), stipulata a Roma, il 4 novembre 1950, dal consiglio d'Europa e la cui applicazione è garantita dalla *Corte europea dei diritti dell'uomo*, con sede a Strasburgo.
- la *Carta sociale europea*, adottato dal consiglio d'Europa nel 1961, è modificata nel 1996;

- le numerose Convenzioni dell'organizzazione internazionale del lavoro (OIL), agenzia specializzata ONU con sede a Ginevra, della quale l'Italia fa parte sin dalla fondazione avvenuta nel 1919 e che ha il compito di promuovere nel mondo la tutela delle condizioni di lavoro, e il miglioramento dei *labour standard*. All'OIL si debbono anche innumerevoli raccomandazioni, nonché importanti e solenni dichiarazioni di principio, come la dichiarazione del 1998 in merito e quattro diritti fondamentali (libertà di associazione e contrattazione collettiva; eliminazione del lavoro forzato; abolizione del lavoro infantile; divieto delle discriminazioni in tema di lavoro o professione) e il programma di *Decent Work* finalizzato alla promozione di condizioni di lavoro decente.

In relazione alla giurisprudenza della CEDU si tende oggi a collocare il rilancio della tematica dei diritti sociali quali diritti umani fondamentali. Tra l'altro, i diritti di cui alla CEDU e alla carta sociale europea, hanno una pur dibattuta rilevanza anche all'interno del web, istituendo così un collegamento tra diritto internazionale e diritto UE. A ciò si aggiunga che, aldilà della sua classica dimensione istituzionale, della quale l'OIL continua ad essere il fulcro, il diritto internazionale del lavoro vive una stagione di transizione e rinnovamento. I problemi posti dalla globalizzazione (concorrenza al ribasso tra sistemi sociali), *deficit* regolativo, disegualianze su scala mondiale) richiedono, infatti, risposte di regolazione che, nella mancanza di un governo mondiale, stanno favorendo lo sviluppo di nuovi percorsi normativi, in quello spazio fluido, nel quale interagiscono accordi di regolazione del commercio internazionale (clausole sociali), codice di condotta ascrivibile la prospettiva della RSI, e naturalmente principi e linee guida delle grandi istituzioni internazionali.

È tutta una nuova giuridicità, basata fundamentalmente sul tecnica di *soft law* che è alla ricerca di una propria affettività nella dimensione transnazionale.

2. Il diritto sociale europeo: genesi e sviluppo

Il *diritto sociale europeo* (espressione derivante dalla francese *'droit social'* equivalente italiano di *'diritto del lavoro'*) ha avuto un'importanza crescente nello sviluppo del diritto del lavoro italiano e negli altri paesi membri della Unione Europea, inclusa persino l'euroscettica Gran Bretagna (sino alla Brexit).

La costruzione europea è stata istituita il 23 marzo 1957, da un nucleo ristretto di paesi fondatori tra cui l'Italia, con il *trattato di Roma*. Il Trattato di Roma (anche TCE, cioè trattato istitutivo della comunità europea) si propose l'obiettivo della creazione di uno spazio commerciale comune, nel quale merci, capitali e lavoratori potessero circolare, dunque competere, liberamente.

Tale *ratio* originaria della comunità è stata talora criticata, *a posteriori*, per il suo carattere mercantilistico, essendone rimasti fuori obiettivi di maggiore respiro, come quello dell'unificazione degli *standard* sociali. È possibile che la creazione di un diritto sociale proprio non rientrasse nella finalità originaria dei padri fondatori della comunità. La propensione sociale dei paesi europei era, beninteso, già chiaramente delineata, ma il radicamento istituzionale dei relativi diritti era ancora saldamente nazionale, come nazionale, in prevalenza, era la sovranità politica e legislativa. La versione originaria del TCE conteneva, infatti, soltanto due disposizioni con ricadute sociali (entrambe tuttora vigenti).

- La prima di esse (articolo 45 TFUE) stabilisce il principio della *libera circolazione dei lavoratori* (privati) tra tutti paesi dell'unione, con conseguente apertura delle frontiere alle migrazioni dei lavoratori da un paese ad un altro.
- L'altra disposizione sociale (articolo 157 TFUE) Sancisce la regola della parità di *retribuzione tra uomini e donne sul lavoro*, che è stata inserita nel trattato non tanto per una preoccupazione sociale, bensì come parte dello strumento finalizzato al perseguimento dell'obiettivo primario della comunità: proteggere e promuovere la *libertà di concorrenza* nell'area del mercato comune europeo. La concorrenza, infatti, è condizionata per buona parte dai differenziali dei costi del lavoro, per cui le imprese dei paesi che applicano *standard* protettivi inferiori (esempio sottopagando il lavoro femminile come accadeva in Italia) hanno buon gioco nel fare concorrenza alle imprese dei paesi socialmente più evoluti. A tal proposito, si è soliti designare tale fenomeno *dumping* (aggressività concorrenziale resa possibile da così artificialmente bassi) *sociale*. La norma ha acquisito, di fatto, un rilievo sociale, avendo finalità economico-commerciale; era presentato l'embrione del diritto sociale europeo, che però ha cominciato a prendere forma soltanto all'incirca dalla metà degli anni 70 del secolo scorso, sulla base della crescente consapevolezza che, per garantire una concorrenza paritaria tra le imprese europee, occorresse armonizzare il più possibile di standard sociali.

Lo strumento utilizzato a tal fine è stato quello della *direttiva*, una fonte del diritto UE tipicamente volta al ravvicinamento delle normative degli Stati membri. Ciò relativamente a: licenziamenti collettivi; diritti dei

lavoratori in caso di trasferimento di imprese; congedi parentali; lavoro a tempo parziale; contratto di lavoro a tempo determinato; orario di lavoro eccetera. Tali direttive hanno dato vita, col tempo, ad un *corpus* di diritto sociale, che ha profondamente inciso, perlopiù in senso modernizzante, sui diritti nazionali. Per questa via, il diritto sociale europeo ha cominciato a vivere di vita propria, trovando *in se stesso* la propria ragion d'essere, e determinando una ridefinizione delle funzioni e degli obiettivi (ormai anche sociali) della comunità. Tale ridefinizione, peraltro, ha trovato sponde anche alcune modifiche dei trattati.

Sulla scia dell'accordo sulla Politica Sociale concluso a Maastricht (1992), il trattato di Amsterdam (1999) ha impresso un'importante svolta in senso sociale al progresso di integrazione, aggiungendo l'articolo 3 TUE, I nuovi obiettivi del raggiungimento di un elevato livello di occupazione della parità tra uomini e donne nelle condizioni di lavoro, rafforzando, agli articoli 151 e ss TFUE, la base giuridica per l'esercizio di competenze normative del settore della politica sociale europea.

La tendenza all'approfondimento della dimensione sociale europea si è consolidata con il trattato di Nizza (2000), che ha attribuito all'unione europea nuove competenze normative nei settori della lotta contro l'esclusione sociale e della modernizzazione dei regimi di protezione sociale, e che ha adottato la carta di diritti fondamentali (detta anche carta di Nizza).

Successivamente, il trattato di Lisbona (2007; entrato in vigore 2009) ha conferito valore vincolante rango primario alla predetta carta dei diritti fondamentali, e ha introdotto, agli articoli 9-11, le cosiddette clausole sociali orizzontali, che stabiliscono che l'unione deve tenere conto, nell'elaborazione e nell'attuazione di tutte le sue politiche, delle esigenze connesse con la promozione di un elevato livello di occupazione, un'adeguata protezione sociale, la lotta contro l'esclusione sociale e le discriminazioni e la tutela dell'ambiente.

Tuttavia, le prospettive dell'unione del diritto sociale europeo sono oggi incerte e a rischio.

Da un lato, infatti, l'azione di ravvicinamento normativo, per quanto rallentata nel periodo recente, ha sempre una notevole forza propulsiva. Dall'altro lato, però, la sfida della globalizzazione resta ardua da fronteggiare, nell'Europa è sinora riuscito a mettere in atto quel rilancio della propria capacità produttiva e competitiva nel mondo, che aveva programmato nel 2000 con la strategia di Lisbona (oggi strategia Europa 2020), anche allo scopo di poter continuare a finanziare il proprio modello sociale.

Così, nell'attuale complicata fase economica, le tensioni sono esplose nella gravissima crisi dei debiti pubblici sovrani (tre quali, in prima fila, quello italiano,), che ha prodotto una frattura tra i paesi dell'area tedesca (all'avanguardia) e nordica e quelli, fortemente indebitati, dell'area mediterranea (con la Francia in posizione ambigua tra i due gruppi). Questi ultimi, in particolare, e la Grecia su tutti, si sono trovati costretti, per potere stare dentro l'area dell'euro, rispettare rigorose prescrizioni di stabilizzazione dei propri conti pubblici, che hanno avuto un impatto recessivo sulle loro economia, già colpite dalla crisi globale. In questo ripetuto e drammatico braccio di ferro, fondamentalmente intercorrente tra paesi del Nord e quelli del sud Europa, il sistema dell'euro è entrato in forte tensione, che perdura tuttora. La contraddizione di fondo discende dall'aver realizzato un'unione monetaria non supportata da una vera unione economica bancaria, che a sua volta avrebbe richiesto passaggi politici in senso federale. Lo stesso esito delle elezioni politiche italiane del 2018, che hanno fatto segnare la vittoria di movimenti con forti pulsioni anti-europea, hanno provocato nuove incertezze. C'è poi la mina vagante della Brexit, che dovrebbe giungere a una soluzione entro il 29 marzo 2019.

È comprensibile che, in uno scenario del genere, la politica sociale europea abbia fatto fatica a trovare nuovi spazi di sviluppo, infatti essa è sostanzialmente ferma. Anzi, tutto all'opposto, le esigenze della difesa dell'euro, tradotte del verbo dell'austerità, hanno portato, in particolare nei paesi più deboli come l'Italia, ad arretramenti dei diritti sociali (lavoro e Welfare) nazionali.

Non ha giovato alla politica sociale, tra l'altro, l'allargamento dell'Unione Europea a 28 paesi che ha reso sempre più difficile un'unificazione di altro profilo (*L'ever closer Union* aborrita dalla Gran Bretagna).

L'allargamento infatti ha creato, in particolare, difficoltà specifiche sul fronte sociale, in quanto i paesi dell'est europeo sono spesso inclini a strategie liberistiche che fanno slittare in secondo piano, gli obiettivi sociali, a maggior ragione se questi sono percepiti come imposti dalla parte più ricca dell'Europa.

Dirà il prossimo futuro se, l'Unione Europea, saprà trovare la forza di una sorta di *rifondazione istituzionale*, oltretutto valoriale. Le sfide esterne, dalla gestione dell'immigrazione e terrorismo islamista, dovrebbero spingerla in quella direzione, ma i popoli, oltre che i governi stanno purtroppo esprimendo, nel loro insieme, una crescente disaffezione verso l'Europa.

3. I Trattati europei e i diritti sociali fondamentali

La costruzione istituzionale europea poggia sul TUE (trattato sull'Unione Europea) e sul TFUE (trattato sul funzionamento dell'Unione Europea). La preoccupazione principale di questi trattati è quella di definire gli obiettivi generali delle politiche europee, le prerogative istituzionali degli organi dell'Unione Europea, e le regole che governano il riparto di competenze tra l'unione e gli Stati membri.

I trattati contengono, inoltre, il riconoscimento dei *diritti fondamentali* inerenti alla grande tradizione europea. Ciò innanzitutto in virtù dell'integrazione della *carta di Nizza* tra le fonti del diritto dell'Unione Europea (*cfr. art. 6 co 1 TUE). Per quanto concerne i diritti sociali fondamentali, in particolare quelli pertinenti i temi del lavoro, e se sono previsti vari luoghi della carta di Nizza, a partire dal principio di tutela della dignità umana (articolo 1), anteposto persino alla tutela del diritto alla vita (articolo 2), che riverbera nel divieto della schiavitù e del lavoro forzato (articolo 5).

- Nel Capo II, intitolato *Libertà*, risaltano l'articolo 15, che prevede la libertà professionale diritto di lavorare (ma con una declinazione più ristretta di quella di quell'articolo quattro comma uno costituzione), e l'articolo 16, che sancisce la libertà di impresa “*conformemente al diritto comunitario le legislazioni e prassi nazionali*”.
- Nel Capo III, intitolato *Eguaglianza*, campeggia l'articolo 20, che prevede il principio di eguaglianza formale dinanzi alla legge, cui fanno riscontro in generale divieto di discriminazione (articolo 21), il principio di parità fra uomini e donne in tutti campi, segnatamente “*in materia di occupazione, di lavoro e di retribuzione*”. Non c'è, invece, un'affermazione di principio equiparabile a quella di quell'articolo 3 comma 2 costituzione, limitandosi la carta di Nizza a sancire (articolo 23 co 2) il principio dell'eguaglianza di opportunità in favore delle donne, tramite il possibile mantenimento o l'adozione di misure che prevedano “*vantaggi specifici*” a favore delle medesime in quanto classe sottorappresentata. L'articolo 26 prevede il diritto delle persone disabili all'inserimento sociale.
- infine, del Capo IV, intitolato *Solidarietà*, solo da segnalare:
 1. in diritto dei lavoratori o dei loro rappresentanti all'informazione e la consultazione in merito alle decisioni più importanti dell'impresa (articolo 27);
 2. il diritto dei lavoratori dei datori di lavoro, o delle rispettive organizzazioni, di negoziare di concludere contratti collettivi, e di ricorrere, in caso di conflitti di interessi, ad azioni collettive per la difesa dei loro interessi, compreso lo sciopero (articolo 28);
 3. il diritto di accesso gratuito ai servizi di collocamento (articolo 29);
 4. il diritto di ogni lavoratore ad una tutela contro ogni licenziamento ingiustificato (articolo 30);
 5. il diritto condizioni di lavoro sane, sicure e dignitose, nonché a una limitazione dell'orario di lavoro e riposi giornalieri, settimanali e annuali (articolo 31);
 6. il divieto del lavoro minorile principe di protezione dei giovani su luogo di lavoro (articolo 32) e il diritto di ogni lavoratore ad una protezione in caso di maternità e di paternità;
 7. I diritti di sicurezza e assistenza sociale (articolo 34);

I diritti riconosciuti dalla carta di Nizza non possono andare, comunque, a scapito di quelli contenuti nelle costituzioni degli Stati membri, da intendersi come *contro-limiti*.

Ad una valutazione di insieme comunque, i diritti proclamati della carta sono riconducibili ad un *liberalismo sociale* attento ai diritti degli individui, in specie quelli di libertà, è rivolta all'instaurazione di condizioni di eguaglianza di opportunità tra gli individui e i gruppi. L'importanza della riconoscimento dei diritti fondamentali, al massimo livello istituzionale europeo, nasce anche dal fatto che le norme previste dai trattati è attribuita, qualora siano formulate in modo chiaro, preciso e incondizionato, l'efficacia diretta verticale, ossia l'applicabilità di rapporti tra cittadini e Stato, senza bisogno di norme nazionali di ricevimento. Soltanto ad alcune norme (ad esempio quella che sancisce il principio della parità di retribuzione tra lavoro femminile e maschile) è riconosciuta anche l'efficacia diretta orizzontale, ossia l'applicabilità nei rapporti tra privati. Si deve considerare, altresì, che quando c'è efficacia diretta, cioè anche la prevalenza della norma dell'unione europea sulla norma nazionale (è il principio del primato del diritto dell'Unione Europea), che determina l'obbligo, per il giudice nazionale, di disapplicare il diritto nazionale incompatibile con il diritto europeo. Ciò premesso, il tema non si può considerare ancora assestato nella giurisprudenza della Corte di Giustizia.

4. La politica sociale europea

Il TFUE contiene, per quanto riguarda le condizioni dei lavoratori, enunciazione degli obiettivi generali dell'azione dell'unione e l'indicazione delle rispettive materie di competenza, nell'ambito delle quali spetta

all'unione di emanare direttive finalizzate ad una sempre maggiore integrazione normativa tra gli Stati membri. Gli obiettivi generali dell'azione europea sono indicati dall'articolo 151, la disposizione di esordio del capitolo sociale del titolo X ("Politica sociale") del TFUE:

"l'Unione e gli Stati membri, tenuti presenti i diritti sociali fondamentali, [...] hanno come obiettivi la promozione dell'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. A tal fine l'Unione e gli Stati Membri mettono in atto misure che tengano conto della diversità delle prassi nazionali in particolare nelle relazioni contrattuali, e della necessità di mantenere la competitività dell'economia dell'Unione"

In esso, le finalità sociali sono ampiamente proclamate (esempio promozione dell'occupazione, miglioramento delle condizioni di vita di lavoro, dialogo sociale eccetera) il che consente di ritenere superato il vizio mercantilistica del diritto europeo. Viene in risalto, in specie, riferimento alla "*parificazione del progresso*", che esplicita l'intento di livellare verso l'alto gli standard di protezione sociale. Tali obiettivi, peraltro, debbono essere contemperati, sempre in virtù dell'articolo 151, con la salvaguardia della competitività dell'economia dell'unione, *ergo* con l'istanza economica.

Il fatto che l'azione europea debba muoversi su entrambi terreni (deve tenere insieme obiettivi di protezione sociale con quelli di efficienza), è l'espressione di una logica diversa da quella classica del diritto del lavoro, orientata alla protezione monotematica dei diritti dei lavoratori.

Ciò premesso, gli obiettivi indicati devono essere perseguite attraverso *politiche*, che competono in parte agli Stati nazionali, in parte alla stessa Unione attraverso i propri organi istituzionali. Ciò rende cruciale stabilire criteri di ripartizione delle rispettive competenze. Nel TUE campeggiano, tale riguardo, ai principi di *attribuzione* e di *sussidiarietà* (articolo 5), in base ai quali, rispettivamente, l'unione agisce esclusivamente nei limiti delle competenze che le sono attribuite dagli Stati membri, e interviene, nei settori che non sono di sua competenza esclusiva, soltanto se in quanto gli obiettivi dell'azione prevista possono essere conseguiti meglio a livello di unione piuttosto che di Stati membri.

Aldilà di tale principio generale, in campo sociale è decisiva l'indicazione delle *materie di competenza dell'Unione Europea*. Quanto più esse sono importanti e numerose, tanto più aperta la strada per l'adozione (da parte del parlamento europeo e del consiglio) di direttive in materia sociale, che possono essere adottate al fine di introdurre "*prescrizioni minime applicabili progressivamente, tenendo conto delle condizioni delle normative tecniche esistenti in ciascuno Stato membro*".

È cruciale, altresì, la regola procedurale (maggioranza o unanimità): l'unanimità consente, anche a uno solo fra i 28 Stati membri, di porre il veto. L'articolo 153 TFUE distingue, a tale riguardo, tre categorie di materie:

- co 1-2: materie nelle quali l'adozione di direttive, da parte del parlamento europeo del consiglio, è possibile secondo la procedura legislativa ordinaria, cioè la *maggioranza qualificata*, previa consultazione del comitato economico sociale e del comitato delle regioni (esempio miglioramento dell'ambiente di lavoro, per proteggere la sicurezza e la salute dei lavoratori; condizioni di lavoro; integrazione delle persone escluse dal mercato del lavoro; parità fra uomini e donne per quanto riguarda le opportunità del lavoro eccetera);
- co 1-2: materie nelle quali l'adozione di direttive possibile, da parte del consiglio, previa consultazione del parlamento europeo e dei predetti comitati, secondo una procedura legislativa speciale, soltanto *all'unanimità* (esempio sicurezza sociale e protezione sociale dei lavoratori; rappresentanza e difesa collettiva degli interessi dei lavoratori e dei datori di lavoro eccetera);
- co 5: materie nelle quali è *escluso* qualsiasi intervento degli organismi comunitari (retribuzioni, diritto di associazione, diritto di sciopero, diritto di serrata).

5. Le direttive

La fonte di gran lunga più importante del diritto sociale europeo è rappresentata dalle direttive. Tra i soggetti istituzionali deputati ad adottarle vi sono il consiglio, il parlamento e le *associazioni sindacali europee* (associazioni sindacali di secondo grado, che aggregano le rispettive associazioni nazionali: CES per i sindacati dei lavoratori, e UNICE per gli imprenditori). Tale concertazione è realizzata tramite la previsione (articolo 154 TFUE) di una procedura in virtù della quale, prima di presentare proposte, la commissione europea deve consultare le *parti sociali* a livello europeo, per conoscerne l'orientamento. In occasione di

tali consultazioni, le predette possono informare la commissione della volontà di addivenire, entro nove mesi salvo proroga, alla stipulazione di un accordo collettivo sulla materia oggetto della possibile direttiva.

Tale accordo può mantenere uno *status* di patto, oppure, se verte sulla materia di competenza dell'unione, può essere versato "a richiesta congiunta delle parti firmatarie", in una direttiva formale, e ciò in base di una decisione del consiglio adottata (a maggioranza qualificata o all'unanimità seconda della materia), su proposta della commissione. Il consiglio non è obbligato, d'altra parte, a recepire la volontà delle parti sociali, ma può soltanto, se del caso, rigettare la proposta, senza poterla modificare.

Sotto il profilo dell'*efficacia giuridica*, le direttive vincolano lo Stato membro (e non direttamente cittadini) per quanto riguarda risultato da aggiungere, ferma restando la competenza degli organi nazionali in ordine alla forma e ai mezzi rivolte a perseguire tali risultati. A differenza delle norme dei trattati dunque le direttive nascono come fonti prive di efficacia nell'ordinamento interno, e necessitano, pertanto, di essere recepite dalla normativa nazionale.

La direttiva continua non essere considerata efficace nei rapporti fra privati (*non ha un'efficacia diretta orizzontale*), ma può avere un'efficacia diretta verticale nel rapporto fra cittadini rispetto Stato, condizione, però, che le prescrizioni della direttiva in questione siano *chiare, precise e incondizionate* (direttive *Self-executing*).

Qualora tali attributi non ricorrano, e lo Stato non abbia ottemperato all'obbligo di recepire la direttiva entro termine concesso, il cittadino ha titolo al *risarcimento dei danni* da parte dello Stato di appartenenza (in tal senso, partire dalla famosa sentenza Francovich). L'efficacia verticale non riguarda quasi mai le questioni di diritto del lavoro, che si svolgono sul piano del rapporto privatistico tra lavoratore e datore di lavoro. Se fa difetto l'efficacia diretta, il soggetto interessato a far valere l'applicazione della direttiva (di solito lavoratore), o riesce a persuadere il giudice che la norma nazionale è interpretabile in conformità alla direttiva (è il *dovere di interpretazione conforme*) o non ha a disposizione rimedi decisivi, visto che se anche riesce a far sollevare dal giudice nazionale una questione pregiudiziale dinanzi alla corte di giustizia, e questa certa che la norma interna contrasta con la direttiva, non può, di regola, disapplicare tale norma. È poi da menzionare la norma nazionale ritenuta in contrasto con una direttiva pur non fornita di efficacia diretta è illegittima ex articolo 117 comma uno costituzione, che prevede che la potestà legislativa sia esercitata "nel rispetto dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali", con sottoposizione alla corte costituzionale della relativa questione di legittimità.

Ciò detto, il percorso normale è che la direttiva sia recepita dallo Stato nazionale, se possibile entro il termine all'uopo previsto. La recezione deve avvenire tramite una legge dello Stato che rimane sovrana in ordine alla scelta dei *mezzi* migliori per perseguire i *fini* indicati dalla direttiva. Del pari, la legge è libera di prevedere o mantenere trattamenti più favorevoli, per i lavoratori, di quelli previsti dalla direttiva, che contiene *prescrizioni minime* di trattamento. Effetti particolari si ricavano dalle direttive che contengono clausole, denominate di *non regresso*, le quali escludono che la tua azione di una direttiva da parte di uno Stato giustifichi il regresso dal livello di protezione, ora è garantito da quello stato in misura più elevata di quella prevista dalla direttiva. Le clausole tendono dunque ad evitare che l'esigenza di prevedere standard sociali minimi induca gli Stati membri dotati di ordinamenti socialmente più avanzati ad abbassare il livello delle garanzie. Una volta emanata, la legge di recepimento delle direttive non perde proprio collegamento con la direttiva: il giudice nazionale deve scegliere quella più linea con la direttiva (*interpretazione conforme*). Si deve tener conto, infine, che anche a proposito della ricezione delle direttive il TFUE riserva un ruolo significativo alle parti sociali, giacché prevede che uno Stato membro affidi ad esse, su loro richiesta congiunta, il potere di recepire la direttiva tramite un contratto collettivo. Ma nell'ordinamento italiano questa tecnica di ricezione non ha potuto essere utilizzata, in quanto il contratto collettivo di non dispone di un'efficacia *erga omnes*, a causa della non attuazione dell'articolo 39, seconda parte della costituzione.

6. La politica europea per l'occupazione

Gli Stati membri hanno acquisito, altresì, una crescente consapevolezza della necessità di un maggiore collegamento fra le politiche occupazionali europee, rivolta a migliorare l'efficienza dei rispettivi mercati del lavoro. Entro le coordinate istituzionale attualmente stabilite dagli articoli 145 e seguenti del TFUE, è stata così delineata una *Strategia europea per l'occupazione*, che prevede la presentazione annuale, da parte di ogni Stato, di *Piani nazionali per l'occupazione*, seguita da una discussione a livello europeo per valutare i risultati conseguiti da ciascuno Stato e consentire agli altri paesi di riprendere le soluzioni di maggiore successo (*Best practice*).

La strategia il discorso è basata sul *metodo di coordinamento aperto* (ascrivibile alla già invocata *soft law*), che si fonda sull'indicazione dei criteri guida dell'azione comune su strumenti non coercitivi di pressione politica. Si tratta di uno sviluppo dell'azione portata avanti attraverso le direttive, che pure contengono anche se, vincolando nei fini e non nei mezzi, prescrizione appartenenti al genere della *soft law*.

Del merito, la politica occupazionale europea è partita sulla base dei seguenti quattro pilastri:

- *occupabilità*, per promuovere la quale gli Stati sono sollecitati a promuovere la formazione e la qualificazione della forza lavoro, onde rendere i lavoratori, appunto, occupabili, cioè capaci di inserirsi i mercati del lavoro inevitabilmente più fluidi e dinamici di quelli del passato (nei quali sarà più facile perdere un posto di lavoro e più difficile trovarne un altro);
- *adattabilità*, un sinonimo europeo della flessibilità, che rimarca l'opportunità di una gestione dinamica della forza lavoro, adatto alle mutevoli condizioni produttive e commerciali;
- *imprenditorialità*, il cui sostegno comporta politiche miranti ad incentivare lo sviluppo di iniziative imprenditoriali qualificate;
- *pari opportunità*, la cui promozione implicazioni a favore delle categorie svantaggiate;

La strategia per l'occupazione ha contribuito all'integrazione delle politiche occupazionali europea, anche se la crisi globale del 2007-2008 ha indotto ciascuno Stato a reagire in modo isolato alle ricadute occupazionali della recessione, e si sono manifestati gravi squilibri finanziari. A tale indirizzo si è sovrapposta (prima con un libro verde nel 2006, poi con una comunicazione della commissione europea nel 2007, infine con una delibera formale del consiglio europeo nel 2008) l'adozione della strategia della *flexicurity*, con la quale gli organismi europei hanno alzato il tiro in favore di una riforma dei diritti del lavoro nazionali sotto il segno di una diffusa flessibilità, al fine di curare il crescente dualismo (tra lavoratori garantiti flessibili) dei mercati del lavoro, ma compensata da un maggiore livello di sicurezza del lavoratore nel mercato del lavoro.

L'esigenza, diffusamente sentita, di rilancio della costruzione sociale europea ha dato luogo

all'approvazione, da parte degli Stati membri, del *pilastro europeo dei diritti sociali*. Esso è stato introdotto dalla commissione europea il 26 aprile 2017, attraverso una raccomandazione (tipico atto di *soft Law*), per essere poi proclamato ufficialmente dal consiglio europeo al vertice di Göteborg del 17 novembre 2017.

Sono 20 i principi e diritti sociali che il nuovo pilastro intende tutelare: dal diritto all'occupabilità a quello dell'apprendimento permanente, dal diritto ad un'equa retribuzione ad un reddito minimo a quello alla parità di genere e ad una migliore conciliazione tra vita professionale e vita privata. Il Pilastro punta dunque a ribadire l'essenzialità della dimensione sociale dell'unione europea, incarnando una responsabilità condivisa che dovrà essere tradotta in azioni concrete nel rispetto e nell'assimilazione dei diversi approcci nazionali esistenti, tenuto conto della natura comune dei problemi europei e di una comune necessità di azione.

Capitolo VI – LE FONTI DEL DIRITTO DEL LAVORO

1. La base legislativa del diritto del lavoro

Il diritto del lavoro italiano ha da sempre puntato in modo forte, oltre che sulla contrattazione collettiva, sulla legislazione. *La legge statale* ne costituisce, in effetti, lo statura fondamentale, che si è formata nel tempo tramite un'opera incessante di addizioni e interpretazioni. Il panorama della legislazione lavoristica è, dunque, molto intricato, e soltanto in minima parte ha contribuito a semplificarlo l'avvento di alcuni "testi unici" (esempio sulla tutela della salute e della sicurezza) che poi, non escludono l'esistenza di altre normative (il che ingenera ulteriore incertezza). Oltretutto, il tasso di qualità della normazione ha subito uno scadimento anche a causa della prassi di inserire norme di settore, anche di diritto del lavoro, all'interno di maxi-provvedimenti (come disegni di legge collegati alle leggi finanziario di stabilità), che ha aggravato già seri problemi di *conoscibilità* delle norme. Nel disordine legislativo è divenuto sempre più difficile, oltretutto, scorgere le tracce di un sistema, e quando ciò accade l'interpretazione delle disposizioni, rischia di essere occasionale se non arbitraria.

Alla luce di ciò, è stato avanzato, da parte di Pietro Ichino, il progetto di un nuovo codice del lavoro, animato dall'idea di una semplificazione radicale della normativa. L'istanza di *semplificazione* ha trovato una prima traduzione, nel diritto positivo, in alcuni provvedimenti emanati nel quadro del *Jobs Act*, e in particolare nel decreto legislativo 81/2015, che ha previsto una disciplina organica delle forme di contratto di lavoro *non-standard*, tramite la riscrittura e il riordino delle norme precedenti, le quali sono state, nel contempo, espressamente abrogate.

Un diverso fenomeno è quello per cui la legislazione di diritto del lavoro tende sempre più a procedere per *decreti legislativi*, emanati sulla scorta di legge delega, tra l'altro spesso carenti sotto il profilo della

specificità dei principi criteri direttivi. Il rischio è quello di una sostanziale espropriazione, da parte del governo, delle prerogative parlamentari, a detrimento della qualità democratica. Tutto ciò premesso, il diritto del lavoro è da sempre caratterizzato da un accentuato *pluralismo* di fonti, che si sviluppa su vari piani.

2. La competenza legislativa statale e quella regionale

Nel vigore del testo originario (pre-2001) dell'articolo 117 costituzione, non v'era dubbio che il diritto del lavoro fosse di competenza esclusiva dello Stato. I decentramenti normativi realizzati in favore delle regioni avevano riguardato materie importanti, come quella della formazione professionale, e, con il d.lgs 469/1997, quella dei servizi per il lavoro. Alla luce del testo dell'articolo 117, come modificato dalla riforma (cosiddetta federalista) approvata con legge costituzionale 18 ottobre 2001 n. 3, di modifica del Titolo V della Costituzione, si è creata, una situazione di incertezza sulla ripartizione delle competenze normative nella materia del diritto del lavoro.

La riforma ha distinto fra tre categorie di materie:

- materie di *competenza statale esclusiva*, come la politica estera (articolo 117 comma 2);
- materie di *potestà legislativa concorrente* tra Stato e Regioni con competenza dello Stato in merito alla delineazione dei principi fondamentali, e dalle regioni per quanto concerne la relativa normativa di attuazione (articolo 117 comma 3);
- materie di *competenza regionale esclusiva*, cioè tutte quelle non comprese nelle categorie sub a) e sub b) (articolo 117 comma 4); nel regime precedente, invece, la competenza cd. residuale era dello Stato.

In ciascuna delle declaratorie corrispondenti alle tre categorie sono rintracciabili espressioni riferite in qualche modo a materie o istituti del diritto del lavoro che si prestano però a differenti interpretazioni:

- articolo 117 comma 2 lettera l): è di *competenza esclusiva dello Stato* la normazione in tema di “ordinamento civile“. Qualora si valorizzi il fatto, in sè incontrovertibile, che il diritto del lavoro fa parte del sistema del diritto civile, si è autorizzati a dedurre che il legislatore costituzionale ha inteso continuare a riservare allo Stato la competenza esclusiva in tema di diritto del lavoro;
- articolo 117 comma 2 lettera m): è di *competenza esclusiva dello Stato* la determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni, concernenti i diritti civili e sociali, che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale (nel novero dei diritti sociali vi sono diritti come quelli alla salute, all'istruzione o connessi alle condizioni di lavoratore);
- articolo 117 comma 3: la materia della “tutele sicurezza del lavoro“ è *regionalizzata*, fatta salva la determinazione dei principi fondamentali, riservata alla legislazione dello Stato. L'espressione ambivalente, e ne sono possibili più letture:
- tutto il diritto del lavoro è rivolto alla “tutela“ dei lavoratori, per cui se ne potrebbe trarre la conseguenza di un diritto del lavoro passato in blocco alla competenza legislativa regionale, sia pure in concorrenza con lo Stato;
- in un'accezione più specifica di “tutela“, lette in combinazione con la “sicurezza“, sarebbe demandata alle Regioni soltanto la disciplina della tutela della salute della sicurezza dei lavoratori;
- una terza interpretazione (la più saggia) attribuisce alle regioni, ex articolo 117 comma 3 le competenze inerenti alla regolazione del mercato del lavoro, cioè a collocamento, formazione professionale, assistenza e ricollocazione dei lavoratori disoccupati.

La possibilità di una regionalizzazione integrale aveva suscitato preoccupazione evocando lo spettro di una destrutturazione della regime normativo del lavoro, di una concorrenza competitiva tra le regioni, rivolto ad attrarre capitali di investimento per il rispettivo territorio.

Tanto premesso, la concezione che si è imposta in dottrina esclude il decentramento forte, in virtù della riconduzione del diritto del lavoro alla nozione di “ordinamento civile“, e, parallelamente, di una lettura riduttiva dell'espressione “tutela e sicurezza del lavoro“, intesa come circoscritta gli istituti di governo del mercato del lavoro, a cominciare dalla rete regionale dei servizi per il lavoro (fondata sui Centri per l'impiego) nonché con l'inclusione di istituti collegati col mondo della formazione professionale (di competenza esclusiva regionale), come l'apprendistato. Tali letture sono state avallate dalla Corte Costituzionale.

Sulla base del vigente articolo 117 può essere realizzato, in conclusione, un maggiore decentramento normativo, ma esclusivamente se, e nella misura in cui, siamo attribuite alle regioni, da leggi statali, competenze ulteriori relative alla regolazione del mercato del lavoro ampiamente inteso, e fatta salva

l'indicazione dei principi fondamentali da parte della legge statale. Di conseguenza, è lecito affermare che, per quanto il grado di decentramento sia destinato ad aumentare, *il diritto del lavoro permane fondamentalmente statale, e quindi nazionale.*

3. I regolamenti

Il peso dei regolamenti governativi è cresciuto in epoca recente, in funzione di esecuzione e di specificazione della normativa legale: le leggi non disciplinano tutti gli aspetti delle materie ma rimandano a regolamenti da adottarsi da parte del governo (d.p.r.), del presidente del consiglio dei ministri (DPCM), o di singoli ministri (d.m.).

La produzione regolamentare ha ulteriormente spostato il baricentro normativo della sede parlamentare quella governativa. È ascrivibile al medesimo fenomeno la cresciuto peso delle circolari della risposta ad interpello, prodotte dal Ministero del Lavoro, che se per alcuni versi e foriero di maggiori certezze per gli operatori, per altre comporta rischi di indebite sovrapposizioni tra il ruolo del legislatore e quello dell'interprete.

4. Le Autorità indipendenti

Le autorità indipendenti sono organismi istituiti per assolvere a varie funzioni di regolazione dei mercati. Nel campo del diritto del lavoro, si segnala, in particolare, la *commissione di garanzia per l'attuazione della legge 12 giugno 1990 numero 146*, istituita dalla legge omonima (articoli 12 e seguenti), alla quale è attribuita una serie di importanti compiti afferenti agli scioperi nei servizi pubblici essenziali, che comportano anche il potere di dettare, in caso di inerzia delle parti sociali, regole limitative di questi scioperi. È altresì da menzionare il *Garante per la protezione dei dati personali* i cui provvedimenti integrano la normativa di tutela della *privacy* riguardano spesso lavoratori subordinati. Si segnala, infine *l'autorità nazionale Anticorruzione (ANAC)*, col compito di valutare le performance e la trasparenza delle amministrazioni pubbliche, in particolare di prevenire la corruzione.

5. Il contratto collettivo

Il dibattito sulla possibilità di includere contratto collettivo tra le fonti del diritto del lavoro da sempre è molto acceso in dottrina.

Bisogna ricordare che questa "fonte", prima di essere un istituto riconducibili alle categorie del diritto statale, è un'istituzione viva, e multiforme, del sistema delle relazioni sindacali.

SEZIONE TERZA – IL CONTRATTO DI LAVORO

Capitolo I – LEGGE E CONTRATTO COLLETTIVO

1. Concorso e conflitto tra fonti

La legge il contratto collettivo sono le principali fonti del diritto del lavoro. Fonti tanto consolidate, quanto in perenne movimento, nella misura in cui ciascuna di esse tenta costantemente di ampliare, spesso a scapito dell'altra, il proprio raggio di azione: il che è l'espressione di conflitti di ruolo e di potere fra le istituzioni della democrazia parlamentare e quella della democrazia sociale. Le due fonti sono, peraltro, condannate a convivere: se la legge è garantita dall'essere l'espressione della sovranità popolare incarnata nel parlamento, la contrattazione collettiva è protetta dall'articolo 39 co 1 costituzione. Dall'esistenza di una riserva costituzionale in favore della contrattazione collettiva non si deve dedurre che esistono aree precluse alla legge, in quanto questa mantiene la facoltà di intervenire a protezione del ritenuto interesse *generale*; ma il suo intervento deve essere proporzionato, cioè limitato a quanto necessario per proteggere detto interesse. Nondimeno, le due fonti neppure possono fare a meno l'una dell'altra, al punto di intrecciare una fitta trama di rapporti, che danno frequentemente luogo ad un *concorso* di fonti nella disciplina del medesimo istituto. Si tratta, peraltro, soltanto dell'ipotesi di maggiore frequenza, giacché può anche accadere che un istituto sia disciplinato soltanto dalla legge o soltanto dalla contrattazione collettiva.

Il concorso può essere spontaneo, oppure promosso e mediato dall'esistenza di *norme legali di rinvio*, che danno luogo al fenomeno della contrattazione collettiva delegata. Concorso non equivale al conflitto:

- si dà un *concorso non conflittuale* ogniqualvolta le due fonti non pretendono di regolare il medesimo istituto o il medesimo elemento di un istituto, o perché (nell'ipotesi di concorso spontaneo tra legge e contratto collettivo) ciascuna è attenta a non invadere il campo dell'altra, o perché (nell'ipotesi di rinvio della legge e la contrattazione) la fonte delegata attua in modo rispettoso il programma della fonte delegante.
Un esempio è dato da una legge che assegni al lavoratore quattro settimane di ferie annuali, mentre un contratto collettivo ne preveda cinque (condizione di miglior favore) o, invece, tre (condizioni di peggior favore).
- si produce un *conflitto*, invece, quando (nell'ipotesi di concorso spontaneo) le due fonti si sovrappongono dettando discipline diverse sul medesimo oggetto, o (nell'ipotesi di rinvio legale) la previsione del contratto collettivo esci dai binari precostituiti dalla legge.
Ad esempio si immagina che un contratto collettivo abolisca il periodo di comporto per malattia, o lo determini in una misura palesemente insufficiente (ad esempio cinque giorni), tale da negare contenuto essenziale del diritto (condizione di peggior favore); viceversa che preveda, oltre ad un comporto adeguato, un periodo ulteriore di aspettativa per malattia, introducendo un diritto in più rispetto a quello riconosciuto dalla legge (condizione di miglior favore).

In entrambe le situazioni ipotizzate è necessario reperire un principio o criterio che consenta di sciogliere il concorso/conflitto selezionando fra le due disposizioni potenzialmente applicabili quella dominante. Ora, una norma atta a regolare in via generale tali conflitti non esiste, per cui gli interpreti hanno elaborato principi diversi per il lavoro privato e per il lavoro pubblico, soprattutto alla luce delle riforme cominciate con il decreto Brunetta, dalle quali è venuta una decisiva rivalutazione della legge -in quanto espressione diretta dell'interesse pubblico ex articolo 97 co 1 della costituzione- nei riguardi della contrattazione collettiva.

2. Il conflitto tra legge e contratto collettivo: il modello rigido

Il criterio classicamente utilizzato dal diritto del lavoro è quello della inderogabilità *in peius* della norma di legge, ove attributiva di diritti al lavoratore subordinato, da parte del contratto collettivo. L'inderogabilità *in peius* non è proclamata da alcuna norma generale, ma soltanto da singole disposizioni, come l'articolo 12 della legge 604/1966, sui licenziamenti individuali articolo 40 co 2 della legge 300/1970, le quali affermano che sono fatte salve le disposizioni dei contratti collettivi, che contengono *condizioni più favorevoli ai prestatori di lavoro*.

Il vuoto è stato colmato, quindi, dalla dottrina, che facendo leva su quelle disposizioni ma, più ampiamente, sulla *funzione protettiva di ordine pubblico* del diritto del lavoro, è stata unanime nell'identificare l'inderogabilità *in peius* come un *principio fondamentale* della materia. L'inderogabilità è una conseguenza del carattere *imperativo* della norma di legge lavoristica, che richiedono soltanto che la norma, in quanto fonte di un comando, sia osservata dai suoi destinatari, ma anche che essa non possa essere *derogata* tramite la conclusione di accordi in contrasto con essa. Ma poiché contrastanti con una legge che conferisce diritti ai lavoratori possono essere soltanto pattuizioni *peggiorative*, l'inderogabilità in discorso opera soltanto *in peius* per il lavoratore.

Inoltre se la valenza originaria tipica di tale principio si manifesta nell'incidenza della legge sulla contrattazione individuale, l'inderogabilità *in peius* è riuscita ad imporsi anche sul piano dei rapporti tra legge e contrattazione collettiva.

Ricordiamo che la contrattazione collettiva non è l'espressione del predominio della parte più forte, ma, all'opposto, l'istituzione sociale di autotutela collettiva dei lavoratori, in virtù della quale il predominio prenditoriale è controbilanciata e talvolta persino annullato. Inoltre, la contrattazione collettiva lavora per migliorare le condizioni dei lavoratori, e non per peggiorarle. Potrebbe non esservi bisogno, dunque, di mettere in sicurezza la legge anche nei riguardi della contrattazione.

Così, invece, almeno per un lungo periodo, è accaduto, sulla base di una concezione della legge che la intende come portatrice di una *dote minima di diritti* del lavoratore subordinato, che non può essere messo in discussione neppure da contratto collettivo. Ha giocato in tale direzione anche la natura fondamentalmente privatistica del contratto collettivo, che ha indotto a costruire il conflitto con la legge come un caso particolare del conflitto tra norma imperativa e contratto.

Ebbene, nel momento in cui si pone come inderogabile *in peius* anche la parte del contratto collettivo, la legge proibisce che simili scambi siano validamente effettuati: ciò sul presupposto dei beni protetti dalle norme imperative di legge debbono essere goduti, *immancabilmente*, dal lavoratore. Ciò comporta, altresì, che la comparazione tra due trattamenti (quello contrattuale quello legale) deve essere effettuata istituito per

istituto, e non mediante un'incerta valutazione complessiva di che cosa è meglio o peggio per i lavoratori. Da quanto esposto discende che la clausola collettiva in contrasto con una norma imperativa di legge è colpita dalla nullità. Ma tale nullità non si estende all'intero contratto collettivo, bensì si focalizza come *nullità parziale* sulla clausola contrattuale in contrasto con la legge, che comporta, per il combinato disposto degli articoli 1339 e 1419 comma 2 del codice civile, la sostituzione di diritto della clausola con la norma legale con la quale sei entrato in contrasto. Peraltro, ad essere colpita dalla nullità parziale non è tanto la clausola del contratto collettivo ma quella del contratto individuale che è stata integrata dalla previsione, reputata *contra legem*, dal contratto collettivo.

Sebbene quello appena descritto sia tuttora il principio base in tema di conflitto tra legge e contratto collettivo, si è assistito all'emanazione di disposizioni di legge che si sono autoproclamate *inderogabili anche in melius* il lavoratore, a pena di nullità, da parte del contratto collettivo. Un esempio è dato dalla legislazione antinflazionistica a cavallo tra anni 70 e 80 del secolo scorso, la quale ha posto, in varie occasioni (esempio decreto Craxi sulla scala mobile del 1984), tetti massimi e trattamenti riconoscibili ai lavoratori mediante la contrattazione collettiva.

3. Segue: il modello flessibile

Un sistema congegnato nei rigidi termini descritti presenta l'inconveniente di non lasciare spazio alle ponderazioni e alle selezioni di interessi ragionevolmente effettuabili a livello collettivo per stabilire, a partire dalla conoscenza di tutti gli elementi di una situazione concreta, che cosa è meglio o peggio per l'interesse dei lavoratori.

Era dunque fatale che dalla fine degli anni 80 del secolo scorso, la legge stessa fosse costretta ad ammettere *eccezioni* al paradigma dominante, consentendo ai contratti collettivi di prevedere norme derogatorie *in peius* a trattamenti di matrice legale. Ciò è avvenuto, tecnicamente, *riqualificando le norme legali di rinvio in modo da spiegarle ad essere anche norme autorizzatorie di deroghe*: il che significa che, accanto al classico rinvio, ha acquisito un peso crescente un rinvio contemplante la possibilità, per la fonte delegata, di prevedere una disciplina diversa, non necessariamente più favorevole, da quella stabilita dalla legge. Il denominatore comune di tali situazioni sul piano della politica del lavoro è risieduto nel fatto che il legislatore, in vista della protezione di interessi ritenuti superiori come l'avviamento al lavoro di disoccupati o la difesa di posti di lavoro minacciati da esuberi, ha acconsentito alla previsione di trattamenti derogatori di quelli *standard*, ma subordinandola al *controllo e all'approvazione dei sindacati più rappresentativi*.

Si tratta, peraltro, di un modello che ha perduto importanza, man mano che il ricorso a contratti *non-standard*, quali il contratto a termine e il contratto di somministrazione di lavoro, è stato liberalizzato. Lungi dall'arrestarsi, la tendenza discorsiva si è ulteriormente rafforzata nel secondo decennio del secolo, in virtù dell'accelerazione impressa dall'articolo 8 L. n. 148/2011, il cui comma 2 bis ha stabilito che:

“fermo restando il rispetto della costituzione, nonché dei vincoli derivanti dalle normative comunitarie e dalle convenzioni internazionali sul lavoro, le specifiche intese di cui al comma 1 (cioè i contratti aziendali o territoriali stipulati da soggetti sindacali rappresentativi, finalizzati agli obiettivi avere tanti sulle materie di cui alla norma operano anche in deroga alle disposizioni di legge che disciplinano le materie richiamate dal comma due e alle relative regolamentazioni contenute nei contratti collettivi nazionali di lavoro“.

Per effetto di questa norma, il potere derogatorio dalla legge è attribuito, in primo luogo, ai contratti aziendali stipulati secondo le procedure maggioritarie di cui al TU rappresentanza del 10 gennaio 2014 o di accordi analoghi. Per quanto concerne, invece, i contratti collettivi territoriali, si rimanda ai dubbi sollevati in merito alla tenuta giuridica della norma. In una direzione per molti versi analoga si è mosso il *decreto legislativo 15 giugno 2015 numero 81*, il quale ha riscritto la disciplina dei contratti di lavoro *non-standard*, prevedendo, per numerosi aspetti, la possibilità di vero e proprio che da parte della contrattazione collettiva. Esso si segnala anche per il tentativo di stabilizzare le norme di rinvio, molte delle quali anche autorizzative di deroghe, in esso contenute: l'articolo 51 di tale provvedimento dispone che

“salva diversa disposizione, ai fini del presente decreto, per contratti collettivi si intendono i contratti collettivi nazionali, territoriali o aziendali stipulati da associazioni sindacali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale e contratti collettivi aziendali stipulati dalle loro rappresentanze sindacali aziendali ovvero dalla rappresentanza sindacale unitaria“.

Di tale norma sono da rimarcare, in particolare, l'equiparazione tra livello nazionale e quello aziendale ai fini dell'attribuzione di poteri interrogatori, e l'equiparazione, agli stessi fini, tra contratto aziendale stipulato dall'associazione sindacale e quello stipulato dalla RSA o dalla RSU. Per quanto concerne la RSA, peraltro, il rinvio non è a qualunque RSA, bensì alle sole RSA che siano espressione di associazioni sindacali

comparativamente più rappresentative, onde scongiurare il rischio della stipulazione di contratti aziendali cosiddetti pirata con la complicità RSA di comodo. Un rischio che non dovrebbe esservi, invece, con la RSU che espressione diretta dei lavoratori.

Come valutazione conclusiva, il sistema delle fonti del diritto del lavoro versa in una fase di ambigua transizione, caratterizzata:

- dall'ufficiale persistenza dell'inderogabilità *in peius*, che si può ritenere, in effetti, ancora operante come regola di base, in mancanza di espresse previsioni legali di segno diverso;
- dalla collaterale diffusione, oramai con carattere di debordante prevalenza quantitativa nella legislazione di più recente generazione, di un modello diverso, tendente all'opposto principio della derogabilità della legge, eventualmente anche *in peius*, da parte della contrattazione collettiva, per quanto subordinato alla rappresentatività dell'agente sindacale.

Il tutto è ancora in attesa di una sintesi.

4. L'inderogabilità della legge nel lavoro pubblico

Nel lavoro pubblico il rapporto tra legge contratto collettivo chiarito da un'apposita disposizione di legge e cioè dall'articolo 2 co 2 del decreto legislativo 165/2001, da ultimo ritoccato con decreto legislativo 75/2017. L'articolo, dopo aver ribadito che le disposizioni dello stesso decreto legislativo 165/2001 hanno carattere *imperativo*, prescrive che *“eventuali disposizioni di legge... Che abbiano introdotto disciplina dei rapporti di lavoro la cui applicabilità sia limitato ai dipendenti delle amministrazioni pubbliche, ma categorie di essi, possono essere derogato nelle materie affidate alla contrattazione collettiva e sensi dell'articolo 40 co 1 e, nel rispetto dei principi stabiliti dal presente decreto da successivi contratti collettivi nazionali, e per la parte derogata, non sono ulteriormente applicabili, solo qualora ciò sia espressamente previsto dalla legge”*.

In sostanza, nel settore pubblico, la regola è quella della derogabilità della legge, in massima anche *in peius*, da parte del contratto collettivo ma ad alcune condizioni:

- la derogabilità è limitata alle materie affidate alla contrattazione collettiva ai sensi dell'articolo 40 comma uno del decreto legislativo;
- la facoltà di deroga è riservata ai contratti collettivi di livello nazionale (e non decentrato);
- le deroghe devono rispettare comunque i principi stabiliti dal decreto legislativo 165/2001.

Qualora le previsioni del contratto collettivo derogano ad una norma imperativa di legge al di fuori dei casi consentiti, di esse è altresì sancita, in modo espresso, la *nullità*.

Capitolo II – CONTRATTO DI LAVORO E AUTONOMIA INDIVIDUALE

1. L'integrazione eteronoma del contratto individuale di lavoro

La legge e il contratto collettivo, conformano la disciplina del *contratto individuale di lavoro subordinato*, quali fattispecie di riferimento della materia. Per quanto concerne il *contratto collettivo*, si vede come esso si svolga, tradizionalmente, sulla base dei canoni volontaristici e privatistici, cioè a partire, in ultima analisi, da (veri o supposti) atti di adesione individuale delle parti potenzialmente interessate. Si è pure mostrato, peraltro, come il canale privatistico sia integrato e contaminato da rilevanti tendenze pubblicistiche, che trascina nel contratto collettivo verso un ruolo di fonte. È ovviamente più semplice l'analisi di come la *legge* incide sulla contrattazione individuale.

Tale conformazione si realizza tramite il meccanismo *dell'integrazione degli effetti del contratto* (articolo 1374 del codice civile *“il contratto obbliga le parti non solo a quanto è nel medesimo espresso, ma anche tutte quelle conseguenze che ne derivano secondo legge...”*), la cui importanza è stata valorizzata da una corrente della dottrina civilistica in chiave critica delle tradizionali concezioni volontaristica del contratto. Secondo questa visione, il contratto non può più essere considerato un affare riservato alle parti, in quanto l'ordinamento giuridico ha sempre la possibilità di interferire con le valutazioni private, custode di valori che esso ritiene meritevoli di protezione. Disciplina del contratto è, di conseguenza, un *mix* di effetti voluti dalle parti e di effetti imputati dalla legge. Il contratto di lavoro subordinato rappresenta un esempio paradigmatico di tale interferenza. Risalta, insomma in ciò la principale *anomalia* dell'istituto: è un contratto nel quale, dopo l'iniziale libera manifestazione di consenso delle parti (a parte l'ipotesi dell'assunzione obbligatoria, il

contenuto della disciplina in pratica sequestrato dalle *fonti eteronome*, che attuano, in tal modo, la propria connaturata missione protettiva, riducendo al minimo il ruolo dell'autonomia individuale (cioè circoscrivendo dal potere di predisporre, qualora il lavoratore riesca ad ottenerle, le clausole di miglior favore).

Il tasso di integrazione eteronoma è tale da far sostenere a un autorevole benchè minoritario filone dottrinale, che, a prescindere dal rilievo del consenso delle parti il rapporto di lavoro subordinato non ha natura contrattuale, risolvendosi nella regolamentazione esterna che ne modella il contenuto. La principale implicazione di tale assunto, che fa leva anche sul dato formale che nell'articolo 2094 non è precisato se la subordinazione deriva o no da un contratto, è la sollecitazione a pensare il diritto del lavoro *secondo i propri principi*, cioè anche a prescindere dalle categorie del diritto civile.

Nondimeno, la maggioranza dell'opinione è schierata in favore della concezione contrattualistica del rapporto di lavoro, a partire dalla consapevolezza, ormai acquisita anche alla luce delle tendenze evolutive del diritto civile, che l'eteronomia non è incompatibile con la categoria dei contratti modernamente intesa. Ma se questa acquisizione apre la strada all'utilizzazione dei principi del diritto dei contratti, essa non si traduce affatto, per converso, in un appiattimento del diritto del lavoro sul diritto civile.

2. L'inderogabilità della disciplina e il ruolo dell'autonomia individuale

È possibile comprendere, a questo punto della trattazione, perché il diritto del lavoro, in quanto miranti a superare la "dittatura contrattuale" del datore di lavoro, abbia altresì la necessità di attribuire ai prodotti delle fonti eteronome (norme di legge e di contratto collettivo) la proprietà dell'*imperatività* e della *inderogabilità in peius* da parte della contrattazione di livello individuale. È proprio questo, anzi, il punto nel quale le istanze funzionali della materia si incardinano nelle regimi delle fonti.

Se invece la normativa, o non fosse imperativa affatto o pur essendo tale fosse liberamente derogabile tramite patti individuali, il predominio della parte più forte ritornerebbe e la funzione della materia ne risulterebbe vanificata.

Di conseguenza, il diritto del lavoro classico si fonda, programmaticamente, sulla negoziazione dell'autonomia individuale del lavoratore, sul presupposto che ogni spazio concesso a essa può consentire al datore di lavoro di riprendere il dominio del rapporto.

A seconda che sia riferita alla legge o al contratto collettivo, tale risultato è acquisito, peraltro, per vie diverse.

• 2.1 L'inderogabilità della legge da parte del contratto individuale

Per fondare l'inderogabilità della legge livello di contratto individuale di lavoro, basta fare riferimento alla regola per cui contratto è nullo se contrario a norme imperative di legge (articolo 1418 co 1 cc), da cui consegue che la clausola del contratto individuale, che comporta peggioramento di un trattamento di fonte legale, è affetta da *nullità parziale* ed è sostituita di diritto dalla norma legale violata (articolo 1339 e 1419 co 2 cc).

Sono validi, di contro, i patti individuali aventi un contenuto migliorativo.

• 2.2 L'inderogabilità del contratto collettivo da parte del contratto individuale

L'inderogabilità del contratto collettivo a livello di contratto individuale di lavoro è stata sempre difficile da fondare, posto che stabilire una relazione di gerarchia tra atti che sono pur sempre, entrambi, di natura contrattuale, richiederebbe un espresso chiaro pronunciamento da parte della legge. In verità, nel codice civile contenuto una disposizione, quella di quell'articolo 2077 co 2 nella quale la regola dell'inderogabilità *in peius* è chiaramente scolpita:

“Le clausole difformi dei contratti individuali, preesistente o successive al contratto collettivo, sono sostituite di diritto da quelle del contratto collettivo salvo che contengano speciali condizioni più favorevoli ai prestatori di lavoro”.

La disposizione riportata fa parte però della sezione "corporativa" del codice civile, improntata ad una concezione pubblicistica del contratto collettivo, per cui si è dubitato della possibilità di estenderla a contratto collettivo posto-costituzionale, di diritto comune.

Tuttavia, la giurisprudenza ha utilizzato egualmente tale disposto; a maggior ragione, da quando l'articolo 2113 co 1 del codice civile, novellato dalla legge 533/1973, ha fatto riferimento alle disposizioni "inderogabili" di cui (alla legge e) ai "contratti o accordi collettivi", confermando, seppure in via dimmi l'asserzione, quello che l'ha già, e tuttora è, un principio acquisito dell'ordinamento.

In ogni caso, quale che sia l'opinione sul fondamento normativo dell'inderogabilità del contratto collettivo (che ne presuppone l'imperatività), essa è ritenuta pacifica.

Ne segue che patti individuali di qualunque nome e tipo, che siano rivolti a regolare un rapporto di lavoro (da iniziare o in atto), sono da considerare *nulli*, qualora comportino la rimozione di diritti previsti (oltre che dalla legge) dal contratto collettivo. Inoltre, anche su tale piano, è tacitamente ritenuto operante lo stesso meccanismo (nullità parziale con le subentro della norma violata) che vale per la legge. Sono invece validi patti individuali aventi un contenuto migliorativo, come un incremento della retribuzione tabellare prevista dal contratto collettivo.

La regola dell'inderogabilità è pienamente vigente anche nel *lavoro pubblico*, ma con l'importante differenza che essa opera, per il vincolo dell'interesse pubblico anche *in melius* (oltre che *in peius*), con previsione, in caso di violazione della normativa imperativa, della nullità parziale della sostituzione automatica della clausola difforme. In particolare, non è possibile, anche per il principio della parità di trattamento tra lavoratori, fatti salvi i casi particolari, attribuire per contratto individuale trattamenti economici aggiuntivi a quelli del contratto collettivo.

3. Le rinunce e le transizioni aventi ad oggetto i diritti del lavoratore subordinato

Qualora il sistema si esaurisse in quello che si è descritto, esso sarebbe gravato, peraltro, da un'eccessiva e insostenibile rigidità, poichè le vicende del rapporto di lavoro propongono anche situazioni nelle quali si controverte sull'esatto soddisfacimento, sull'esistenza stessa, di diritti già maturati, dei quali, cioè, sia completata la fattispecie acquisitiva. [premessa pag. 359]

Il frutto del tentativo di conciliare questa esigenza è la disciplina di *quell'articolo 2113 codice civile* che si applica alla *rinuncia* (un negozio di laterale, esclusivamente dimissivo) alla *transazione* (un contratto) che hanno ad oggetto diritti del lavoratore subordinato (e parasubordinato), derivanti da norme inderogabili di legge o di contratto collettivo (*restano esclusi*, quindi, *i diritti previsti mediante contrattazione individuale*).

L'aver ad oggetto "diritti" deve intendersi nel senso che questi debbono essere stati concretamente *maturati*. Eventuali pattuizioni individuali sui diritti definibili, come futuri, sono infatti da considerarsi, secondo la giurisprudenza (che applica in questo, coerentemente, il principio dell'inderogabilità *in peius*), radicalmente nulle.

Ciò premesso, l'articolo 2113 dispone che eventuali rinunce o transazioni, aventi ad oggetto diritti come quelli menzionati "non sono valide"; l'invalidità ivi sancita è sanabile, nonchè persino evitabile se l'atto adottato in sedi particolari. Della sanabilità di fatto dell'invalidità si ha riscontro nel comma 2 della disposizione, per il quale *l'impugnazione* della rinuncia o della transazione deve essere proposta entro un termine di decadenza di *6 mesi*, non potendo più, altrimenti, essere fatta valere dal lavoratore. Per impedire il decorso del predetto termine non è necessario, comunque, proporre un'azione giudiziale contro la rinuncia o la transazione in ipotesi invalide. È sufficiente l'invio al datore di lavoro di un atto scritto, anche stragiudiziale (una lettera), nei quali sia espressa la volontà del lavoratore di impugnare l'atto. L'azione giudiziale è necessaria, invece, quando il lavoratore intende conseguire l'annullamento della rinuncia o della transazione, come premessa necessaria al fine di rivendicare il diritto che era stato oggetto dell'atto dispositivo assunto come invalido. Il *dies a quo* del termine semestrale giorno della rinuncia o della transazione, se queste sono state stipulate successivamente alla cessazione del rapporto. Tuttavia, la decorrenza del termine è differita sino al giorno della cessazione del rapporto, se la stipulazione della rinuncia o della transazione è avvenuta a rapporto di lavoro ancora in atto. Ciò sulla premessa che, in quanto dipendente, il lavoratore versa in una soggezione che può trattenerlo dal rivendicare i propri diritti.

Vi è di più. L'implicazione più importante della disciplina non risiede tanto nella regime di invalidità delle rinunce delle transazioni, sin qui descritto, quanto nelle *eccezioni*, previste dal comma 4 (più un'aggiunta introdotta dal decreto Biagi), all'operatività di tale regime. Le disposizioni di quell'articolo 2113 *non si applicano* e non si produce, dunque, alcuna validità quando la rinuncia o la transazione, pur avente ad oggetto una disposizione di diritti derivanti da norme inderogabili di legge o di contratto collettivo, è stipulata dal lavoratore:

- con l'assistenza di un'associazione sindacale dei lavoratori;

- davanti alla commissione provinciale di conciliazione costituita presso la sede territoriale dell'ispettorato del lavoro;
- davanti un giudice;
- davanti ad un organo abilitato la certificazione dei contratti di lavoro;

Si presuppone che, in tali sedi, la debolezza negoziale del lavoratore venga meno, grazie alla presenza di soggetti o organismi come il sindacato, o imparziali (come le commissioni di conciliazione e di certificazione, o il giudice) che assistono il predetto nella stipulazione dell'atto dispositivo, onde garantire che questo sia davvero il frutto di una volontà informata e soprattutto non coartata.

Con la previsione di questi meccanismi di *autonomia individuale assistita*, il sistema dell'inderogabilità si piega ad una logica più flessibile, che si traduce nella restituzione lavoratore, anche se sotto la vigilanza di terzi qualificati, di margini significativi di autonomia negoziale.

4. Tendenze evolutive in tema di autonomia individuale

È dibattuto se l'assetto del diritto del lavoro testé descritto sia ancora adeguato ai tempi: cioè se sia giustificata una così generalizzata sottrazione dell'autonomia negoziale al lavoratore, quali che ne siano la qualificazione professionale e la forza contrattuale. Peraltro, è tuttora dominante, tra i giuslavoristi, l'idea che la difesa dell'inderogabilità *in peius* è essenziale affinché la missione del diritto del lavoro possa essere perseguita. Né va dimenticato che, anche a livello internazionale, il carattere vincolante della disciplina rappresenta una caratteristica identitaria, anche se non onnipresente, dei sistemi di diritto del lavoro.

Ciò detto, uno sguardo alla dinamica evolutiva della disciplina restituisce un quadro più composito e in pur lento movimento. Aldilà del fatto che sottoscrivere un contratto di lavoro a certe condizioni è pur sempre una forma di esercizio di autonomia individuale, meno ovvio è sottolineare come tale autonomia può indirizzarsi anche sulla stipulazione di contratti *non-standard*, per quanto quasi sempre si tratti di scelte di fatto imposto dal datore di lavoro (qualunque lavoratore, preferirebbe essere assunto a tempo indeterminato). Ma anche nelle dinamiche di funzionamento del rapporto dei passaggi gestibile, tecnicamente, a livello di autonomia individuale, ci sono (in aggiunta alla possibilità di stipulazione di rinunce o transazioni):

- la stipulazione di patti accessori, come il patto di prova o il patto di non concorrenza;
- il consenso prestato allo svolgimento di lavoro straordinario;
- la stipulazione di clausole elastiche nel lavoro a tempo parziale;
- la negoziazione di alcuni trattamenti retributivi;
- la possibilità di richiedere che il TFR sia inserito in busta paga e quella di devolverlo a fondi di previdenza complementare;
- la facoltà di pattuire una sospensione convenzionale della rapporto di lavoro;
- le dimissioni o la risoluzione consensuale del medesimo rapporto.

Il d.lgs. 81/2015 ha aggiunto:

- la possibilità di stipulare patti di modifica anche *in peius* delle mansioni, della categoria del livello di inquadramento delle relativo trattamento retributivo in una delle sedi di cui sopra;
- La possibilità di stipulare clausole elastiche nel lavoro a tempo parziale, anche in mancanza di una disciplina contrattuale collettiva, poiché con l'assistenza di una commissione di certificazione.

Particolarmente significative sono, infine, gli spazi che si aprono per la contrattazione individuale tra le parti nell'ambito del lavoro agile, introdotto con legge 81/2017 essendo previsto che diversi aspetti di tale modalità di lavoro siano disciplinati tramite un accordo tra le parti, dai quali ciascuna di esse può, poi, eventualmente, recedere.

Sono ipotesi che fanno prefigurare una tendenza evolutiva, per quanto ancora limitata a taluni istituti.

5. L'arbitrati nelle controversie di lavoro (cenni)

Nell'autonomia individuale va menzionato anche il tentativo, da parte della L. 183/2010 di promuovere il ricorso *all'arbitrato*, piuttosto che al giudice, come strumento di risoluzione delle controversie di lavoro, con dichiarate finalità di riduzione del contenzioso giudiziario. Il ricorso all'arbitrato -che deve essere accettato da entrambe le parti del rapporto controverso- è sempre stato considerato con sospetto dal diritto del lavoro per il timore che lo statuto giuridico del lavoratore possa risultare indebolito.

Il vecchio articolo 412-ter c.p.c., prevedeva la possibilità di ricorrere all'arbitrato, su concorde decisione delle parti soltanto in relazione ad una controversia *già insorta* tra esse, nei limiti in cui tale facoltà fosse prevista dai CCNL.

Invece, l'articolo 31 legge numero 183/2010, consente alle parti individuali di deferire ad arbitri (variamente nominati) una controversia già insorta (cd. compromesso), anche a prescindere da una previsione a monte dei contratti collettivi, e altresì con la possibilità (*in precedenza non ammessa*) di richiedere agli stessi di decidere la lite *secondo equità*, pur nel rispetto dei "*principi generali dell'ordinamento e dei principi regolatori della materia*", e non secondo diritto. Inoltre le parti individuali sono autorizzate di inserire nel contratto di lavoro (ma non prima della conclusione del periodo di prova, o prima che siano trascorsi almeno 30 giorni dalla data di stipulazione del contratto di lavoro) una clausola (detta compromissoria) con la quale si impegnano, *prima che siano insorte introverso relative al rapporto*, sottoporre ai predetti arbitri: ciò la condizione che la facoltà di pattuire tale clausola sia prevista da contratti collettivi di lavoro stipulati dalle organizzazioni sindacali comparativamente più rappresentative (o tramite intervento sostitutivo del ministero del lavoro in caso di mancato accordo tra le parti), E che la clausola in questione sia certificata (a pena di nullità) da una commissione di certificazione. La clausola compromissoria può contenere anche la richiesta agli arbitri di decidere la lite secondo equità, ma non può riguardare controversie relative alla risoluzione del contratto di lavoro, e segnatamente all'impugnazione del licenziamento. Le incognite sono che nella stipulazione di clausole compromissorie si ricreino condizioni di soggezione del lavoratore al dominio negoziale del datore di lavoro; e, in aggiunta, che la possibilità di un arbitrato (su compromesso o su clausola compromissoria) "secondo equità", pur con il rispetto, non soltanto dei "*principi generali dell'ordinamento*", ma degli "*principi regolatori della materia*", apre la strada a destrutturazioni non controllate delle tutele del lavoro.

Sino ad oggi le norme sull'arbitrato non hanno avuto significativa applicazione nella pratica.

SEZIONE QUARTA – IL LAVORATORE E IL DATORE DI LAVORO

Capitolo I – IL LAVORO SUBORDINATO

1. Le coordinate storico-normative della subordinazione

Il diritto del lavoro è il *diritto dei lavoratori subordinati*, che pure rappresentano la componente più consistente della massa dei lavoratori. La subordinazione rappresenta, pertanto, la *fattispecie di accesso alla normativa protettiva*, secondo un programma che è stato confermato anche dalla "privatizzazione" del lavoro pubblico (che è il lavoro *subordinato* pubblico).

In sostanza, la logica seguita dal nostro ordinamento è stata quella del tutto o niente: al lavoratore subordinato, o dipendente, la normativa appresta una serie di protezioni tendenzialmente immancabili, mentre il lavoratore autonomo gode di poche tutele.

Chi è dunque il lavoratore subordinato?

Non si può totalmente approvare l'equazione *lavoratore subordinato – lavoratore debole* poiché incontra anche smentite, per l'esistenza di lavoratori subordinati non deboli, o poco deboli (i dirigenti o i quadri), e per converso di lavoratori non subordinati deboli quanto i subordinati (es. lavoratori autonomi di bassa professionalità e limitata capacità di stare sul mercato e/o che versano in una condizione di dipendenza economica da un imprenditore che ne è l'unico committente e che quindi costituisce l'unica fonte di reddito). Alla domanda dunque risponde la legislazione che è sempre stata alquanto netta, e tale continua ad essere anche alla luce della riforma che ha interessato nel 2015: il lavoratore subordinato non è identificato da caratteristiche di natura economico-sociale (debolezza di status o più misurabile dipendenza economica da un unico committente), bensì dal *tipo di relazione contrattuale* che intrattiene con il soggetto che gli chiede lavoro conseguentemente dal modo in cui presta tale attività di lavoro. Nella fattispecie giuridica della subordinazione dunque il dato economico-sociale sottostante non entra direttamente ma entra sullo sfondo: l'ordinamento presume cioè che chi si rapporta in un determinato modo al datore di lavoro e lavora con certe modalità nell'interesse dello stesso sia comparativamente bisognoso di una tutela in senso forte.

Ciò detto, la norma faro è ancora quella *dell'articolo 2094 del codice civile*, la quale ha fornito, per la prima volta, una base unitaria e aggregante ad una disciplina sino ad allora frammentata senza pervenire ad una nozione generale idonea a compattare la materia. Il merito del salto di qualità operato con l'art. 2094 deve anche essere ascritto agli sforzi di quella dottrina che – a partire dalla distinzione tra locazione di opere

(*locatio operarum*) e locazione di opera (*locatio operis*) corrispondente all'attuale lavoro autonomo – ha enucleato una nozione più adeguata alla realtà del lavoro di massa nell'industria. Nella locazione di opere, in effetti, poteva ricorrere l'elemento della deduzione, come oggetto del contratto, di un'attività lavorativa continuativa, che figura anche nell'attuale lavoro subordinato.

Nè era tuttavia assente il dato della sottoposizione del lavoratore al potere direttivo dell'imprenditore che nell'industria moderna era visto come “*capo dell'impresa*”.

In altre parole, l'invenzione della figura del lavoratore subordinato, quale versione incivile e corretta del lavoro servile (o, ancor prima, schiavistico), *serviva ai lavoratori*, potendo ragionevolmente favorire lo sviluppo della legislazione protettiva che poi ha assunto il nome di diritto del lavoro. Ma la subordinazione *serviva anche agli imprenditori*, che necessitavano di una solida forma giuridica, che consentisse procacciamento stabile di forza lavoro senza dover ricorrere a continue trattazioni con lavoratori autonomi, piccoli imprenditori fornitori di servizi (ecc), cioè che garantisse risparmi in termini di *costi di transazione* (i costi di tempo, amministrativi, legali eccetera), giacché il contratto con un lavoratore subordinato è stipulato una volta per tutte e può durare (se è a tempo indeterminato) per un periodo potenzialmente indefinito, senza bisogno di rinegoziarlo ogni giorno.

La storia del tipo contrattuale del lavoro subordinato, è, dunque, quella di una mutua convenienza: del *lavoratore*, a vedere riconosciuta dal diritto alla propria posizione economico-sociale, e a beneficiare, a partire da tale riconoscimento, delle contromisure delegate ai pubblici poteri e ai sindacati; e dell'imprenditore, a consolidare la propria supremazia nell'impresa, in vista del perseguimento dell'interesse economico di questa.

Ma le vicende della subordinazione sono anche quelle di ciò che insiste *nei dintorni di essa*, e che variamente preme per entrare nell'area della tutela. Infatti, qualora altre figure risultino egualmente o persino più deboli e bisognose di protezione a paragone di lavoratori subordinati o di talune categorie di essi, si pone l'esigenza politica di una più equa redistribuzione delle tutele.

Per lungo tempo, la pista seguita è stata quella di individuare una zona grigia del lavoro autonomo, quella in cui tale lavoro ha caratteristiche più simili a quelle della subordinazione (cioè è *parasubordinato*), per destinarvi alcune misure protettive sempre in procinto di evolvere in una disciplina organica in favore di queste forme di lavoro. Con il *d.lgs. 15 giugno 2015, n.81* di contro, l'intervento è decisamente cambiato: piuttosto che adottare misure per la zona grigia, il legislatore ha tentato di ricondurre le forme spurie di collaborazione lavorativa parasubordinata all'applicazione della disciplina del lavoro subordinato, ampliando, in tal modo, i criteri di identificazione dello stesso lavoratore subordinato. Ciò è avvenuto tramite l'affiancamento alla norma base di cui all'articolo 2094, di una norma di supporto, focalizzate sulle collaborazioni etero organizzate, che, pur restando non subordinate, sono state assoggettate alla disciplina del lavoro subordinato. In merito alla zona grigia tra subordinazione e autonomia la problematica più recente è quella dei cosiddetti *gig worker* (da *gig*, lavoretti), detti anche lavoratori su piattaforma, cioè dei lavoratori impegnati in attività come conducenti di Uber o i *riders* di Foodora (che consegnano cibo a domicilio), i quali si coordinano direttamente col cliente mediante un'applicazione informatica collegata ad una piattaforma digitale gestita dall'impresa. Essa trasmette al lavoratore la richiesta di intervento, rispetto alla quale il lavoratore ha la facoltà di dichiararsi o no disponibile, venendo poi pagato, con un importo prefissato, ad intervento effettuato. Si tratta, in generale, di lavoratori perlopiù giovani, di solito inquadrati come collaboratori autonomi, poco pagati e carenti, se non privi, di garanzie. Ovunque si discute se queste situazioni siano riconducibili o no alla fattispecie del lavoro subordinato. La prima sentenza italiana in argomento ha escluso che i *riders* di Foodora possano essere qualificati come subordinati. Il governo Conte, nel frattempo, ha predisposto una bozza di disciplina del lavoratore su piattaforma che, se approvata, porterebbe ad un inquadramento come dipendenti. Tale bozza è stata messa da parte, al momento, in quanto le parti, su sollecitazione dello stesso governo, hanno in corso un confronto finalizzato a pervenire alla conclusione di un accordo collettivo a tutela del lavoratore in questione. L'esigenza di apportare le tutele alle condizioni di effettivo bisogno, al di là degli incasellamenti giuridici, restano un'esigenza viva che richiede un costante monitoraggio.

2. La nozione di lavoro subordinato

L'articolo 2094 codice civile, definisce il lavoratore (o prestatore di lavoro) subordinato come chi “*si obbliga mediante retribuzione a collaborare nell'impresa, prestando il proprio lavoro intellettuale o manuale alle dipendenze e sotto la direzione dell'imprenditore*”.

Collocata nel Libro V sull'impresa, la disposizione non fa riferimento al contratto di lavoro subordinato, bensì direttamente, al lavoratore subordinato. Procediamo, ciò premesso, all'analisi della fattispecie:

- Il lavoratore subordinato “*si obbliga... A collaborare nell'impresa*“: collaborare significa lavorare con altri, ma, nel caso, la collaborazione non è *con l'imprenditore*, bensì, impersonalmente *nell'impresa* (in vista della realizzazione degli scopi della medesima). Tuttavia, l'elemento della collaborazione non può essere ritenuto esclusivo della subordinazione, dal momento che figura anche nella fattispecie della collaborazione coordinata e continuativa di cui all'articolo 409 numero 3 c.p.c., nella quale il collaboratore non è subordinato, ma si limita, in modo autonomo, a coordinarsi con l'organizzazione del committente;
- “*Prestando il proprio lavoro manuale intellettuale*“: ove il dato significativo non è che l'oggetto dell'obbligazione sia costituito da un'attività di lavoro, e neppure che tale lavoro debba essere “*proprio*“, ossia prestato personalmente, ma che esso possa essere, indifferentemente, di natura “*manuale o intellettuale*“. In tale locuzione è condensata l'unificazione normativa del lavoro operaio, impiegatizio e dirigenziale (privato), grazie alla quale è stata superata la condizione di privilegio di cui godevano, sino a quel momento, gli impiegati.
- “*Alle dipendenze... (dell'imprenditore)*“: questa locuzione è tautologica, perciò, per dare ad essa un senso, la dipendenza può essere considerata espressiva del fatto che il lavoratore subordinato si obbliga a prestare un'attività rivolta al perseguimento di un interesse altrui, e non assume, di conseguenza alcun rischio di impresa;
- “*Sotto la direzione (dall'imprenditore)*“: con tale locuzione, che identifica quello che, nell'esperienza applicativa dell'articolo 2094, è stato ritenuto, l'elemento caratterizzante della fattispecie, si intende che *il lavoratore è subordinato quando si obbliga a prestare un'attività lavorativa eterodiretta*, cioè diretta dall'imprenditore mediante l'esercizio del potere direttivo, che gli spetta per espresso effetto dell'articolo 2104 co 2, ma più in generale in quanto egli è il titolare dell'impresa.

Pertanto, al pari di quanto accade in numerosi altri ordinamenti, essenza della subordinazione è che il lavoratore subordinato si obblighi semplicemente a mettere a disposizione le proprie energie lavorative, cioè a prestare un lavoro astratto composto da una dose indefinita di opere (*locatio operarum*), che diviene concreto nei momenti in cui l'imprenditore, esercitando il potere direttivo, gli prescrive che *cosa fare, come, dove e quando farlo*. La messa a disposizione delle energie si svolge per natura in una dimensione allungata nel *tempo*, e quindi, (anche in un rapporto di pochi giorni) intrinsecamente *continuativa*.

Invece, nel *lavoro autonomo*, come definito dall'art. 2222, il prestatore si obbliga a compiere una certa opera o un certo servizio, cioè *a fornire un dato risultato lavorativo finale, ma non a prestare un'attività eterodiretta*. Il tempo non fa parte, di conseguenza, dalla dimensione obbligatorie di tale rapporto; peraltro, la distinzione delineata non implica che, per aversi lavoro subordinato, il potere di specificare la prestazione dovuta debba essere effettivamente esercitata e ogni giorno e istante: esso può anche rimanere allo stato potenziale. Inoltre, *l'intensità* della subordinazione, è variabile, essendo attenuata in quelle figure di lavoratori subordinati che godono, in ragione della ruolo professionale, di una maggiore autonomia, operativa o persino (nel caso del dirigente) decisionale. Ma deve comunque ricordare, anche queste figure di lavoratori la sottoposizione al potere direttivo, sebbene di grado minimo. Neppure è da pensare che al lavoratore autonomo non possono essere impartite, da chi gli ha commissionato il lavoro, alcune *direttive generali*, purché concernente il tipo di opera o servizio che il committente si attende e il termine finale di esecuzione del lavoro, e non le modalità organizzative temporali dell'incarico;

- “*Dell'imprenditore*“: dal fatto che l'articolo 2094 si riferisce all'imprenditore, essendo parte del libro del codice civile dedicato all'impresa, non si deve dedurre che rapporto di lavoro subordinato può essere attivato soltanto con un imprenditore. Esiste, infatti, una disposizione generale di rinvio (articolo 2239 codice civile), in forza della quale le disposizioni dedicate al lavoro subordinato nell'impresa, fra cui anzitutto quella di quell'articolo 2094, sono estese anche ai datori di lavoro non esercenti un'attività imprenditoriale. Pertanto la fattispecie di base è comune;
- “*Mediante retribuzione*“: è qui prefigurato il principale obbligo che la legge pone a carico dell'imprenditore, o più ampiamente del datore di lavoro; la menzione di tale elemento consente di estromettere dall'area della subordinazione il lavoro gratuito, del quale sono esempi il lavoro volontario, che, in virtù del decreto legislativo 117/2017 (codice del terzo settore), è quello

spontaneamente prestato per ragioni di solidarietà sociale, e *lavoro familiare*, reso nell'ambito del consesso familiare per ragioni di affetto e benevolenza. Peraltro, qualunque lavoratore a titolo gratuito ha facoltà di provare che le prestazioni da lui rese sono da inquadrare nello schema del lavoro subordinato (o, per il familiare, nella fattispecie intermedia *dell'impresa familiare* di quell'articolo 230-bis del codice civile); lo soccorre la presunzione che ogni attività oggettivamente configurabile come subordinata si reputa effettuata titolo oneroso, per cui l'asserita riconducibilità della medesima ad un rapporto giuridico diverso deve essere provata in modo rigoroso da chi vi ha interesse. Da questo, peraltro, non è dato di saltare alla conclusione che la retribuzione caratterizza soltanto il lavoro subordinato, essendo anche lavoro autonomo, di massima, oneroso. Dove esistono tradizionali differenze tra le due categorie è in ordine alla forma del corrispettivo: il lavoratore subordinato è compensato, di solito a lavoro concluso, e quindi in relazione al risultato realizzato, ma tali differenze non hanno una valenza assoluta, potendosi avere varie forme retributive, caratterizzate da contaminazioni fra le due tecniche.

Dall'analisi svolta si può trarre la conclusione che, in conseguenza della tecnica di definizione impiegata dell'articolo 2094, il dato cui occorre guardare per identificare la condizione giuridica del lavoro subordinato è l'obbligazione tipica assunta *dal lavoratore*, piuttosto che quella retributiva corrispettiva del lavoro, e che, di tale obbligazione, il tratto caratterizzante è il fatto di comportare la sottoposizione dell'attività del prestatore di lavoro alla direzione altrui. La nozione esaminata vale, a seguito della "privatizzazione", anche per il *lavoro pubblico*, nel quale, però, non può dirsi, neppure in presenza di rapporti di collaborazione utilizzati nei fatti come subordinati, la costituzione per sentenza di rapporti di lavoro subordinato. A impedire tale costituzione è il principio per cui la dotazione organica di una pubblica amministrazione non può essere modificata se non da provvedimenti formali della medesima amministrazione. La traduzione positiva di tale principio è nell'articolo 36 co 5 d.lgs. 165/2001: "in ogni caso, la violazione di disposizioni imperative riguardanti l'assunzione o l'impiego di lavoratori, da parte delle pubbliche amministrazioni, non può comportare la costituzione di rapporti di lavoro a tempo indeterminato con le medesime". Pertanto, se l'amministrazione utilizza in modo improprio (cioè come subordinato), un lavoratore autonomo, questi, può rivendicare, al massimo, il "risarcimento del danno derivante dalla prestazione di lavoro in violazione di disposizioni imperative", che la giurisprudenza calcola tra 2,5 e 12 mensilità dell'ultima retribuzione globale di fatto.

3. La subordinazione nel diritto giurisprudenziale

Per quanto la nozione dell'articolo 2094 sia stata ormai sviscerata, l'identificazione concreta delle situazioni di lavoro subordinato non è agevole, già che raramente l'eterodirezione si manifesta in modo conclamato, e gli elementi di fatto che il giudice deve soppesare sono molto eterogenei. Ciò rende cruciale stabilire canoni condivisi per l'accertamento giudiziale: canoni che finiscono per completare la definizione della fattispecie, la quale vive da sempre, oltre che nella norma, nel diritto giurisprudenziale che ad esso dà corpo.

L'occasione dell'intervento del magistrato del lavoro si crea in rapporti di lavoro autonomo (in particolare di collaborazione coordinata e continuativa), o comunque non subordinati (ad esempio lavoro familiare), dei quali il lavoratore viene a contestare la qualificazione tramite la richiesta che si è accertato il carattere sostanzialmente subordinato degli stessi. Tale richiesta è, a propria volta, la premessa logico-giuridica per domandare l'applicazione delle norme di tutela lavoristiche, e le condanne (es al pagamento di trattamenti retributivi ritenuti spettanti in forza della riqualificazione del rapporto come subordinato ecc.) che, dal punto di vista del lavoratore ricorrente in giudizio, debbono conseguire. L'Iniziativa di far valere il carattere subordinato di certi rapporti può provenire, peraltro, anche dagli enti previdenziali (Inps, Inail eccetera) e ispettivi (ispettorato del lavoro).

Ciò premesso, il primo elemento utile per qualificare un qualunque contratto dovrebbe essere rappresentato, di regola, dalle *dichiarazioni formali di volontà* condensate nel documento contrattuale, a cominciare dal *nomen iuris* attribuito dalle parti a tale contratto. Al riguardo, nei contratti per prestazioni autonome è contenuta, di solito, l'esplicita precisazione che il contratto non deve intendersi di lavoro subordinato bensì autonomo, e che esso esclude qualsiasi vincolo di subordinazione. Quale peso si deve attribuire, ai fini della qualificazione giuridica del contratto, queste dichiarazioni? Consentono di ritenere già conclusa l'indagine giudiziale? La risposta tradizionale è che il valore di tali dichiarazioni è debole, se non nullo: se consentissimo alle parti di qualificare come autonomo un rapporto di lavoro che si svolge, nei fatti, come se fosse subordinato, e se questa qualificazione fosse inattuabile, sarebbe facile eludere in blocco la normativa posta a protezione del dipendente. Ciò viene espresso dalla dottrina anche notando che il carattere

imperativo e inderogabile della disciplina comporta l'*indisponibilità del tipo contrattuale* del lavoro subordinato ad opera delle parti: essa significa che, come non è lecito derogare *in peius* (né sul piano collettivo né su quello individuale) a singoli aspetti della disciplina, *a fortiori* non è lecito derogarvi una volta per tutte, mediante l'assegnazione al contratto, di una denominazione giuridica difforme dall'effettiva sostanza obbligatoria del medesimo.

Tanto vale, anzitutto, se vi è contraddizione fra la denominazione usata e le dichiarazioni formali di cui al documento contrattuale: così se già le clausole del contratto prevedono la sottoposizione del lavoratore ai poteri della subordinazione, a nulla vale la menzione che il rapporto di lavoro è autonomo. In un simile caso, per giungere a conclusione della subordinazione non c'è bisogno di indagare su come è stato eseguito il rapporto.

Se quello ipotizzato è quasi un caso di scuola, molto più frequente è l'ipotesi in cui il contratto è stipulato con un'esatta corrispondenza tra nome e contenuto cartaceo del medesimo, ma il rapporto si svolge *concretamente* in modo diverso da quanto è stato prefigurato dalle parti.

In tale evenienza l'indagine giudiziale si appunta sui fatti che hanno connotato *lo svolgimento effettivo del rapporto*, e quindi sui comportamenti delle parti: essi servono al giudice perché permettono di ricostruire la *vera intenzione delle parti* sull'assetto giuridico del rapporto. Ciò in applicazione della regola di interpretazione del contratto secondo cui, per determinare la comune intenzione delle parti, si deve valutare il loro comportamento complessivo anche posteriore alla conclusione del contratto. Oggetto dell'indagine, in altre parole, sono pur sempre (non dei nudi fatti, ma) gli *obblighi* assunti dalle parti, in *particolare l'obbligo assunto dal lavoratore*.

Essendo l'eterodirezione cuore della fattispecie, tra la congerie di circostanze di fatto, il magistrato cerca di isolare quelle che possono considerarsi direttamente espressive dell'eterodirezione. La giurisprudenza è solita segnare rilievo, in tale ordine di idee, agli elementi che comprovano che il prestatore:

- È sottoposto a prescrizioni stringenti circa i contenuti e le modalità temporali del lavoro da svolgere, e a verifiche costanti sul lavoro eseguito; : non può rifiutarsi di svolgere la prestazione, ove richiesta, deve giustificare eventuali assenze (esempio per malattia);
- è sottoposto alle norme organizzative e disciplinari valevoli per i dipendenti (caso raro);
- è trattato, in generale, alla stregua dei dipendenti ai quali è affiancato o con i quali collabora.

Di frequente, tuttavia, la prova dell'eterodirezione non viene raggiunta in modo diretto nel processo. Da sempre, pertanto, la giurisprudenza è solita servirsi di *criteri sussidiari*, o indici sintomatici, della subordinazione, che si sostanziano non nel risalire ad essa da una serie di circostanze di fatto, nessuna delle quali decisiva, ma che, una volta assemblate e contestualizzate, possono disegnare un quadro riconducibile alla fattispecie ex articolo 2094. Ciò tende a sostanzarsi, processualmente, nell'impiego di presunzioni semplici, che consentono di desumere la prova di un fatto ignoto da quella di un fatto noto, quando tale deduzione sia giustificata da indizi gravi, precisi e concordanti. I criteri sussidiari più utilizzati sono:

- *inserimento stabile del collaboratore nell'organizzazione dell'impresa* (rivelato anche da segni formali quali lo svolgimento del lavoro in un ufficio della sede aziendale, l'inclusione dell'organigramma e nelle *mailing list* aziendali eccetera). L'*Inserimento organizzativo* ha tanta più importanza (il peso di questo elemento è confermato dalla norma sulla collaborazione eterorganizzata, introdotta dal decreto legislativo 81/2015) quanto più è difficile riscontrare un esercizio del potere direttivo in senso stretto, come nel caso di mansioni molto elementari e ripetitive, in quelle situazioni in cui il potere direttivo è posto in secondo ordine a causa dei prevalenti tratti postfordisti e del modello organizzativo o del ruolo apicale del collaboratore in questione (es un collaboratore autonomo investito del ruolo di direttore generale, con poteri gerarchici sul personale).
- la continuità nel tempo della prestazione lavorativa;
- Il praticare un orario di lavoro regolare per tutto il corso del rapporto;
- L'utilizzazione di strumenti di lavoro (ad esempio un'auto di servizio) di proprietà dell'azienda;
- l'erogazione di un trattamento economico maturato su tempo della prestazione e in generale l'assenza di rischio economico per il prestatore;
- L'esclusività dell'impegno lavorativo;

Nell'ambito di questa modalità di indagine (secondo la cassazione), anche il *nomen iuris*, ipoteticamente di lavoro autonomo, attribuito dalle parti al contratto, e più in generale le dichiarazioni di volontà delle medesime, possono tornare ad avere qualche rilievo a fini qualificatori. Ciò soprattutto nelle situazioni in cui si possa presumere, per l'elevato *status* professionale e culturale del prestatore coinvolto e per l'importanza

professionale ed economica della prestazione, che egli abbia espresso una volontà informata e libera in ordine al carattere genuinamente autonomo del contratto nei quali tale prestazione è stata dedotta. In altre parole, il rilievo della volontà delle parti, tanto maggiore, quanto più ci si allontana, in concreto, dal prototipo di debolezza (economica, sociale, culturale) del lavoratore subordinato. Da tutto quanto si è detto risulta che la qualificazione di rapporto in termini di subordinazione è la risultante di un'indagine complessa, che guarda non tanto al tipo di attività svolta, quanto al *modo in cui essa è svolta*. Infatti, come ripetere la giurisprudenza, ogni attività umana può essere astrattamente espletata, secondo la modalità della subordinazione (lavoro di un commesso o di un domestico), o secondo quella dell'autonomia (il lavoro di un consulente o di un avvocato). Ma la valutazione del giudice non può limitarsi a dare atto di tale presunzione, ma deve essere lavorata e motivata relazione ai requisiti della fattispecie normativa e criteri guida elaborate dalla giurisprudenza. La difficoltà, peraltro, è che i criteri utilizzati non sempre si rivelano adeguati a catturare le forme nuove di lavoro che si creano incessantemente nella realtà pratica, specialmente in connessione gli sviluppi della tecnologia (come nel caso dei lavoratori su piattaforma digitale).

4. La collaborazione eterorganizzata

Si è in precedenza rilevato come il legislatore del *Jobs act* abbia impresso una netta inversione alla tendenza dell'ordinamento a riempire la zona grigia tra autonomia e subordinazione mediante la creazione e la disciplina di forme contrattuali che rimangono autonome ma in qualche modo beneficiarie di speciali trattamenti assimilabili a quelli del lavoro subordinato. L'esempio più noto di tale tendenza è rappresentato dalla collaborazione a progetto.

Con il decreto legislativo 81/2015 la scelta è stata, invece, quella di sopprimere la collaborazione a progetto (anche se mantenendo la collaborazione coordinata e continuativa), riconducendo una parte delle collaborazioni definibili come parasubordinate alla disciplina della subordinazione, che quindi ha visto rinvigorita la propria forza attrattiva. Questo disegno di radicale semplificazione del mercato del lavoro è stato realizzato tramite l'articolo 2 comma 1 del suddetto decreto, secondo il quale *“a far data dal 1 gennaio 2016, si applica la disciplina dei rapporti di lavoro subordinato anche ai rapporti di collaborazione che si concreta in prestazioni di lavoro esclusivamente personali, continuative e le cui modalità di esecuzione sono organizzate dal committente anche con riferimento ai tempi e luogo di lavoro”*.

Sulla portata di questa norma si sono sviluppate intense riflessioni dottrinali: ma quello che si può fare, al momento, è avanzare l'ipotesi interpretative e costruttiva, al fine di armonizzare l'articolo 2 con l'articolo 2094. Anzitutto, non sembra dubbio che quello prefigurato dalla norma è un *ampliamento* di quello che per adesso è possibile definire genericamente *l'ambito* della subordinazione. Il concetto di *organizzazione*, esprime, una realtà dinamica caratterizzata da *un coordinamento stabile dell'azione di più soggetti in vista di uno scopo comune*. Ne segue che se un'attività affidata ad un collaboratore è, come le norme discorso prefigura, organizzate dal committente anche con riferimento ai tempi e luoghi di lavoro, ciò pare significare che *le principali modalità esecutive di tale attività, a cominciare da quelle inerenti ai tempi e luogo in cui si svolge, sono di fatto determinati dal committente*. Ora, non v'è dubbio che una situazione del genere si verifica quando la prestazione è eterodiretta (dunque subordinata ex articolo 2094): in sostanza, *ciò che è eterodiretto è, a maggior ragione, eterorganizzato*. Ma non è vera la reciproca, nel senso che *possono esservi collaborazioni che non sono eterodirette ma che sono eterorganizzate*: trattasi di quelle collaborazioni nelle quali il committente non esercita un potere direttivo in senso proprio, ma di fatto al collaboratore non resta che un apprezzabile margine di autonomia organizzativa su come, dove e quando svolgere la propria attività. Il che è rappresentabile con l'immagine dei cerchi concentrici: il cerchio esterno e più ampio è quello dell'etero organizzazione, mentre il cerchio interno è quello dell'eterodirezione.

Sono appunto queste collaborazioni, che non rientrerebbero nel raggio dell'articolo 2094 che l'articolo due, comma uno, va a catturare, riconducendo anch'esse alla disciplina del lavoro subordinato. Quanto acquisito induce a porsi un ulteriore interrogativo: la norma in discorso modifica e amplia la *fattispecie* della subordinazione, impattando così sull'articolo 2094, o si limita ad estendere l'ambito della disciplina che a quella fattispecie è riconducibile? La risposta che può essere tentata è che quella di quell'articolo due comma uno è una *norma che estende la disciplina della subordinazione pur senza modificare, formalmente, la relativa fattispecie*. Si tratta, cioè, di una norma che presume in via assoluta le collaborazioni esclusivamente personali, continuative, ed eterorganizzate, sono collaborazioni autonome spurie, che in realtà meritano di essere equiparate, sotto il profilo del trattamento, al lavoro subordinato. Ciò significa che la norma può essere letta come rivolta a consolidare nel diritto positivo la corrente acquisizione giurisprudenziale che considera l'inserimento stabile nell'organizzazione aziendale altrui come uno dei più rilevanti indici

presuntivi della subordinazione. Ne discende che l'elemento caratterizzante della fattispecie della subordinazione rimane quello della eterodirezione ex articolo 2094. Tuttavia, dall'esterno, l'eteroorganizzazione svolge la funzione di ulteriore supporto all'identificazione della fattispecie. Ciò detto, la norma sinora commentata prevede delle *eccezioni* (articolo due comma due), le quali comportano che al verificarsi delle stesse i requisiti della subordinazione restano quelli della subordinazione in senso stretto di cui all'articolo 2094 codice civile, e non quelli della subordinazione allargata di cui all'articolo 2 comma 1 d.lgs 81/2015.

In particolare, la disposizione non si applica con riferimento:

- A. alle collaborazioni per le quali gli accordi collettivi nazionali stipulati da associazioni sindacali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale prevedono discipline specifiche riguardanti il trattamento economico normativo, in ragione delle particolari esigenze produttive organizzative del relativo settore;

Tale previsione sub a) sottintende che se in un certo settore le collaborazioni hanno uno status, economico e normativo, conferito da un accordo collettivo stipulato da associazioni sindacali rappresentative, esse beneficiano di un sufficiente livello di protezione che rendono necessario attivare la nozione allargata di subordinazione.

- B. alle collaborazioni prestate nell'esercizio di professioni intellettuali per le quali è necessaria l'iscrizione in appositi albi professionali;
- C. all'attività prestate nell'esercizio della loro funzione dei componenti degli organi di amministrazione controllo della società e dai partecipanti a collegi e commissioni;

Quanto alle collaborazioni su b) e c) esse godono di un prisma di attendibilità, rispettivamente garantito dal fatto di muoversi nell'ambito delle professioni ordinistiche e di essere riconducibili a funzioni societarie consolidate (amministratori e sindaci) o ad attività collegiali normalmente circoscritte (partecipanti a collegi e commissioni).

- D. alle collaborazioni rese ai fini situazionali favore delle associazioni società sportive dilettantistiche facenti parte del sistema sportivo nazionale (incluso il CONI);
- E. Alle collaborazioni prestate nell'ambito della produzione e della realizzazione di spettacoli da parte delle fondazioni musicali;
- F. alle collaborazioni prestate dagli operatori del corpo nazionale soccorso alpino e speleologico.

Una norma di tenore identico all'articolo due comma uno è stato introdotto anche per le *amministrazioni pubbliche* da parte dell'articolo sette comma 5-bis del decreto legislativo 165/2001. C'è però l'importante differenza che nel caso in cui, nel settore pubblico, vengono effettuate collaborazioni eteroorganizzate, la conseguenza è radicalmente la nullità del contratto e la responsabilità erariale (cioè dinanzi alla corte dei conti) da dirigente che l'ha avviato, il quale è altresì penalizzato nella percezione della retribuzione di risultato.

5. I lavoratori subordinati: unitarietà della fattispecie e differenziazione delle discipline

Occorre domandarsi: ammesso che la nozione di lavoro subordinato, quale grande contenitore di tutte le relazioni lavorative che contengono gli elementi costitutivi dell'articolo 2094 del codice civile, integrato dall'articolo due comma uno decreto legislativo 81/2015, sia unica e di generale applicazione, a tale unicità della *nozione* corrisponde l'unicità della *disciplina* cui sono assoggettati i rapporti che dal fatto genetico del contratto di lavoro subordinato discendono? O ad essere unitaria è soltanto la fattispecie di base che poi esplose in una differenziazione delle discipline? Per lungo tempo la disciplina del rapporto di lavoro è stata fondamentalmente unitaria, rapportata come era ad un prototipo di lavoratore che neppure ci si preoccupava di definire *standard* poiché era considerato l'unico esistente in natura: di massima maschio, adulto, e legato all'impresa (ovviamente privata) dal rapporto di durata indeterminata e comportante un impegno a tempo pieno. Ciò non significa che la disciplina fosse totalmente indifferenziata, ma le masse di lavoratori subordinati, sia manuali che intellettuali, era raccolta attorno all'unico modello di contratto e ad una disciplina fortemente coesa, in corrispondenza al mondo del lavoro ancora poco diversificato e sociologicamente compatto.

Successivamente, all'incirca dagli anni 80 del secolo scorso, sono intervenute trasformazioni dell'economia (stanze di flessibilità da parte delle imprese) e dei mercati del lavoro (segmenti nuovi dell'offerta del lavoro in particolare giovani e donne), che hanno fatto apparire non più adeguato un assetto così monolitico. Per una fase, il diritto del lavoro italiano è venuto incontro a queste nuove esigenze mediante una doppia operazione: da un lato si è aperto a forme contrattuali flessibili, che si sono sviluppate ai margini di quella principale, e,

dall'altro lato, ha tentato di mantenere intatto, il nucleo essenziale della protezione. Ne è derivata una crescente diffusione di tipologie contrattuali (già esistenti ma rilanciate, come contratto a tempo parziale contratto a termine, o di nuovo conio), spesso denominate *atipiche*, proprio perché, pur restando nei confini del lavoro subordinato, esse si distaccavano per vari aspetti dal modello di disciplina che, quanto più il sistema si frammentava, ha cominciato ad essere definito standard, ma paradossalmente proprio nel momento in cui, di fatto, lo era sempre di meno. Quello che ne risultò è un diritto del lavoro più articolato e dualistico, diviso tra un diritto del lavoro tradizionale e un diritto del lavoro della flessibilità, così come dualistico tendeva ad essere il mercato del lavoro. Rispetto a questa linea di tendenza, espressa dal decreto Biagi, il *Jobs Act*, e in specie il decreto legislativo 81/2015, ha rappresentato una decisa inversione, rilanciando il ruolo del contratto di lavoro subordinato a tempo determinato come "*forma comune*", cioè principale o *standard* che dir si voglia, di rapporto di lavoro subordinato.

A fronte di questo relativo ricompattamento della normativa, sopravvivono pur sempre una serie di differenziazioni interne, legate a fattori di vario tipo, che danno luogo, di massima, a discipline particolari dei rapporti di lavoro (dette *speciali*) che a quei fattori sono riconducibili.

Traendo conclusioni dalle considerazioni svolte, può dirsi che il diritto del lavoro conosce differenziazione normativa in relazione a:

- A. *condizioni e qualità del lavoratore*: già all'interno delle coordinate delle categorie del lavoro subordinato, è da sempre considerata speciale quella dei *dirigenti*, per la base fiduciaria del rapporto che li lega all'impresa, che ha ricadute nella disciplina, specie sotto il profilo delle regole del licenziamento della libertà di stipulare contratti a tempo determinato. Profili di atipicità si realizzano altresì in particolari fasi del rapporto (come il periodo iniziale di prova), o in relazione a condizioni caratteristiche del lavoratore: *le persone con disabilità, le donne* (sia in generale che non lo stato di maternità), *i bambini e gli adolescenti* (per i quali esiste una disciplina protettiva *ad hoc*), *i giovani, gli anziani*. In questa categoria rientrano anche le discipline di vari rapporti considerati speciali in ragione delle particolari attività lavorative in essi edotte, come il lavoro giornalistico, il lavoro a domicilio, il lavoro domestico, il lavoro (interno ed esterno allo stabilimento penitenziario) dei detenuti;
- B. *dimensione temporale della prestazione lavorativa*: la figura contrattuale accanto a quella del contratto a tempo pieno è quella del contratto di lavoro a *tempo parziale*, al quale è accostabile il contratto di *lavoro intermittente*;
- C. *durata del rapporto*: l'alternativa del contratto a tempo determinato, che la legge definisce a "*forma comune*" di rapporto di lavoro, è rappresentata dalle varie versioni di contratto a *tempo determinato* presenti nell'ordinamento (contratto a termine base, contratti a termine per particolari situazioni, contratto a termine con lavori somministrati). Un particolare regime del licenziamento -che incide sulla durata del rapporto pur restando a tempo indeterminato- è altresì proprio del contratto di apprendistato;
- D. *condizioni e qualità del datore di lavoro*: svariate normative prevedono regimi differenziati a seconda della natura e della tipologia del datore di lavoro.

Capitolo II – LAVORO AUTONOMO, COORDINATO, OCCASIONALE

1. Lavoro autonomo e diritto del lavoro

Il lavoro autonomo non è stato ritenuto di pertinenza di interesse per il diritto del lavoro: il diritto del lavoro si è storicamente focalizzato sul solo lavoro subordinato. Tale restrizione non è da tempo più attuale, essendo stata riconosciuta, e recepita a livello normativo, la rilevanza delle istanze di tutela dei lavoratori che, pur senza essere tecnicamente subordinati, sono caratterizzati da un'identica debolezza economico-sociale, come collaboratori che operano in modo continuativo a favore di un unico committente. Questo riconoscimento si è sostanziato nella prefigurazione di uno *status* normativo intermedio (non subordinato, ma neppure più puramente autonomo) *per le collaborazioni autonome e parasubordinate*, per identificare le quali è stato chiamato in causa il carattere *coordinato* e temporalmente *continuativo*, oltre che personale, delle prestazioni lavorative rese in esecuzione delle stesse. Il disegno in questione era andato ulteriormente avanti grazie all'istituzione, da parte del decreto Biagi, di una sottospecie della collaborazione coordinata e continuativa, la *collaborazione a progetto* mediante la quale era stata realizzata una doppia operazione: da un lato, in considerazione dei diffusi abusi esistenti in questo campo, si era cercato di sottoporre a maggiori filtri la

conclusione di collaborazioni coordinate e continuative, imponendo ad esse, a pena di trasformazione in rapporti di lavoro subordinato a tempo indeterminato, le formalità e le modalità del progetto; dall'altro lato, in favore dei nuovi collaboratori a progetto era stato predisposto uno specifico corredo di diritti, secondo una linea di tendenza precedente verso l'identificazione di un *tertium genus* tra lavoro subordinato e lavoro autonomo.

Con il *Jobs Act* questa linea evolutiva è stata però interrotta, con l'abolizione delle collaborazioni a progetto e il mantenimento in vita delle collaborazioni coordinate e continuative. Se è vero, infatti, che anche queste ultime fruiscono di una specifica disciplina, tuttavia essa concerne aspetti collaterali a quelli strettamente lavorativi, sì che non può parlarsi di una "terza categoria" nel senso pieno del termine.

Nel contempo, con la norma sulla collaborazione eterorganizzata, si è cercato di sospingere la parte "più subordinata" delle collaborazioni coordinate e continuative verso la subordinazione. Che il disegno del legislatore del *Jobs Act* fosse agli antipodi dell'idea del *Tertium Genus*, lo ha ulteriormente dimostrato l'approvazione della legge 81/2017 che per la prima volta ha previsto misure per la *tutela del lavoro autonomo non imprenditoriale*. La legge in discorso (cosiddetto *Jobs Act* del lavoro autonomo) ha colmato uno storico vuoto di tutela, essendo la disciplina del lavoro autonomo, contenuta nel codice civile liberamente derogabili dalle parti. L'importanza delle nuove misure sta nel fatto di essere centrate sulle specifiche esigenze dei lavoratori autonomi, senza rincorrere il modello del lavoro subordinato. In attesa di vagliarne col tempo l'efficacia, si deve dunque prendere atto di questo passo, che conferisce maggior equilibrio al sistema di protezione del lavoro, rendendolo meno sbilanciato verso il solo rapporto di lavoro subordinato.

Del mondo dei lavori non subordinati fa parte, secondo la lettura che si reputa preferibile, anche il *lavoro occasionale*, che rappresenta una forma contrattuale a sé, pensata per lavori di modesto impegno temporale ed economico. L'istituto è venuto agli onori della cronaca allorché il governo Gentiloni, alle prese con l'allora imminente referendum abrogativo del precedente istituto del lavoro accessorio (tramite voucher) ha abrogato quest'ultima impedendo così lo svolgimento della consultazione.

A ridosso, con decreto legge 50/2017 convertito con legge 96/2017 all'articolo 54-bis, è stato introdotto il nuovo istituto del "lavoro occasionale", stavolta sdoppiato in due varianti ("libretto famiglia" e "contratto di prestazione occasionale").

2. Il contratto di lavoro autonomo

• 2.1. La nozione

Il contratto di lavoro autonomo (o "contratto d'opera") è definito dall'articolo 2222 del codice civile, come quel contratto con cui "una persona si obbliga a compiere verso un corrispettivo un'opera o un servizio, con lavoro prevalentemente proprio e senza vincolo di subordinazione nei confronti del committente".

La differenza fra tale fattispecie e quella attingua della *subordinazione* (Articolo 2094 del codice civile) consiste nel fatto che l'obbligo è assunto dal prestatore, nei confronti non di un datore di lavoro bensì di quello che la legge definisce un committente, "senza vincoli di subordinazione", nel senso che l'obbligo che ha ad oggetto il compimento di un'opera o di un servizio (*opus*), e non la messa disposizione delle energie (*operae*) in vista di un eterodirezione o anche soltanto di un eteroorganizzazione delle stesse.

Sull'opposto versante il lavoratore autonomo si differenzia *dall'imprenditore* per il fatto di prestare lavoro prevalentemente con la propria persona, senza un'organizzazione di mezzi (cose e/o persone) finalizzata alla produzione e allo scambio di beni o servizi, che è invece, a norma dell'articolo 2082 del codice civile, ciò che caratterizza l'imprenditore. Questa differenza si assottiglia al massimo se si rapporta il lavoratore autonomo al piccolo imprenditore (art. 2083 cc).

• 2.2. La disciplina

Ciò premesso, il citato articolo 2222 prevede che al contratto di lavoro autonomo, o d'opera, si applicano le norme del Capo I, Titolo III del codice civile, vale a dire gli articoli da 2223 a 2228. In esse sono contenute norme che concernono le vicende principali dell'esecuzione del rapporto: esecuzione dell'opera, corrispettivo, difformità e vizi dell'opera, recesso unilaterale (che sempre è

consentito al committente, ancorché sia iniziata l'esecuzione dell'opera), impossibilità sopravvenuta della prestazione dell'opera. Una specie particolare di contratto di lavoro autonomo è rappresentata dal contratto che ha ad oggetto l'esercizio di una *professione intellettuale* per l'esercizio della quale è necessaria l'iscrizione in appositi albi o elenchi (esempio notaio, avvocato eccetera), cui si applicano gli articoli da 2229 a 2238 del codice civile. Le menzionate norme del codice civile hanno, peraltro, carattere dispositivo, che significa che esse sono liberamente derogabili dalle parti. Nella sostanza, quindi, *per qual che discende dal codice civile* la disciplina dei singoli contratti di lavoro autonomo, rimane consegnata all'autonomia negoziale individuale, in termini economici alle dinamiche di mercato.

Questa situazione è però mutata per effetto dell'istituzione del primo "statuto" del lavoratore autonomo, contenuto nel Capo I (art. 1-17) della *legge 22 maggio 2017, numero 81*, la quale ha previsto, a favore di tutti lavoratori autonomi di cui al codice civile, inclusi quelli con una disciplina particolare e i professionisti, le seguenti principali *misure di tutela*:

- A. L'applicazione (articolo 2) delle misure in tema di velocizzazione dei pagamenti previste dal decreto legislativo 231/2002 (termine massimo di 60 giorni)
- B. l'inefficacia (articolo 3) di alcuni tipi di clausole contrattuali considerate abusive perché sbilanciati a favore del committente, con attribuzione al prestatore anche di un diritto al risarcimento dei danni patiti;
- C. L'accesso dei lavoratori autonomi, presso i centri per l'impiego, servizi personalizzati di orientamento, riqualificazione e ricollocazione;
- D. norme di tutela, sia attinenti alla conservazione del rapporto che di natura economico-previdenziale, in caso di maternità, malattia o infortunio del lavoratore;
- E. misure di agevolazione fiscale (esempio come la deducibilità fiscale delle spese sostenute per la propria formazione professionale).

In favore dei lavoratori autonomi e già da tempo previsto, infine, una *tutela previdenziale* obbligatoria, o presso la rispettiva Cassa di categoria (ad esempio la Cassa di previdenza avvocati), o (per i professionisti non iscritti ad altra forma di previdenza obbligatoria, e per i lavoratori autonomi occasionali con reddito complessivo annuo *superiore a euro 5000*) presso la gestione separata INPS, istituita per i collaboratori coordinati e continuativi.

3. La collaborazione coordinata e continuativa

- **La nozione**

La legge 533 del 1973 - che ha riconosciuto le norme di protezione nei confronti delle collaborazioni parasubordinate - istituì uno speciale rito processuale per le *controversie di lavoro*, al fine di favorire l'accesso dei lavoratori alla giustizia. Si ritenne che meritassero l'accesso a tale rito, oltre ai lavoratori subordinati, i collaboratori operanti nell'ambito di "[...] rapporti di collaborazione che si concretino in una prestazione di opera continuativa e coordinata [...]"

È così pienamente entrata nell'ordinamento la fattispecie del "*collaboratore coordinato e continuativo*" (co. Co. Co.), Connotata da:

- A. il carattere *coordinato* (ma non eterodiretto, diversamente dal lavoro subordinato) della collaborazione;
- B. il carattere *continuativo* (come nel lavoro subordinato) della medesima;
- C. il fatto che la prestazione di lavoro sia eseguita mediante l'opera *prevalentemente personale* del collaboratore (come nel lavoro subordinato, e diversamente dal lavoro imprenditoriale).

La pur labile distinzione con la subordinazione si è sempre giocata sulla tenuta della differenza tra il *coordinamento*, che esprime un'integrazione organizzativa debole, come quella che può riscontrarsi della collaborazione in discorso, e l'integrazione forte, rappresentata dall'eterodirezione che caratterizza la subordinazione.

L'avvento, a seguito dell'articolo 2 comma 1 decreto legislativo 81/2015, della collaborazione eterorganizzata costringe però a ripensare la linea di demarcazione con la collaborazione coordinata e continuativa. Quest'ultima, infatti, non può più essere una collaborazione coordinata dal committente, dal momento che una collaborazione eterocoordinata equivale sostanzialmente a una collaborazione eterorganizzata, e richiama pertanto la disciplina della subordinazione.

Per potere stare nel campo dell'autonomia, la collaborazione in discorso deve essere caratterizzata, pertanto, dal fatto che il coordinamento tra il collaboratore e l'organizzazione del committente concerne il momento dell'individuazione del risultato atteso della collaborazione che, non può che essere effettuata sulla base delle esigenze manifestate dal committente. Per quanto riguarda, invece, il momento esecutivo della collaborazione, esso deve essere gestito dal collaboratore *in autonomia organizzativa*, o al massimo, con un coordinamento concordato con il committente. Questa lettura confermata dalla norma interpretativa di cui all'articolo 15 co 1 lettera a, della legge 81/2017, secondo cui *“la collaborazione si intende coordinata quando, nel rispetto delle modalità di coordinamento stabilite di comune accordo dalle parti, il collaboratore organizza autonomamente l'attività lavorativa”*. È da rimarcare il rilievo dato dalla norma l'accordo delle parti, che configura il recupero dell'elemento della volontà del lavoratore.

✓ La disciplina

All'equiparazione sul piano processuale si aggiunse l'applicazione con lavoratori coordinati e continuativi di alcune norme sostanziali proprie del diritto del lavoro subordinato: l'articolo 429 co 3 del codice di procedura civile, che ha esteso a tali collaboratori la regola della *rivalutazione automatica dei crediti di lavoro* (in caso di mancato soddisfacimento tempestivo degli stessi), e l'articolo 2113 codice civile, che è stato modificato nel senso di estendere ai collaboratori coordinati e continuativi la disciplina delle rinunce delle transazioni aventi ad oggetto diritti derivanti da norme inderogabili previsti da legge o dai contratti collettivi. Si sono avute, in seguito, ulteriore estensione di norme di tutela. Ciò ha interessato gli *agenti di commercio*, che già conoscevano da tempo una contrattazione collettiva e un'assicurazione pensionistica obbligatoria.

A favore degli agenti sono stati previsti, tramite norme di legge imperative e inderogabili alcuni significativi diritti, perlopiù legati alle particolari vicende dell'agenzia, alcuni dei quali echeggiano però quelli dei lavoratori subordinati. Invece, per i collaboratori coordinati e continuativi semplici, sono stati introdotti:

- dal 1996, un'assicurazione pensionistica obbligatoria presso la Gestione separata Inps che comporta il pagamento obbligatorio di un contributo previdenziale ammontante, allo stato, al 34,23% (o al 24% nel caso di soggetto già iscritto ad altra forma previdenziale obbligatoria o titolare di pensione diretta) o del corrispettivo lordo del collaboratore. Tale contributo è posto per $\frac{2}{3}$ a carico del committente (in aggiunta al corrispettivo) e per $\frac{1}{3}$ a carico del collaboratore (con trattenuta dal corrispettivo). Alla maturazione del previsto requisito di età, i contributi accumulati in relazione a ciascun collaboratore daranno luogo ad un trattamento pensionistico calcolato secondo il metodo contributivo.
- l'obbligo di scrivere il collaboratore *all'assicurazione contro gli infortuni sul lavoro e le malattie professionali*, gestita dall'Inail;
- le medesime modalità di corresponsione della retribuzione (emissione della *busta paga*) di prelievo dell'imposta previste per i lavoratori dipendenti, con parallelo esonero dei collaboratori coordinati e continuativi dal regime dell'Iva;
- un'indennità di maternità a carico dell'Inps, per il periodo di congedo di maternità obbligatoria e di congedo parentale (indennità pagata anche se la lavoratrice continua a lavorare);
- un'indennità di disoccupazione (DIS-COLL) A carico dell'Inps. Sono state altresì estese a tutti i collaboratori coordinati e continuativi con legge 99/2013, le norme in tema di responsabilità solidale dell'appaltante nei confronti dei dipendenti dell'appaltatore. Nonostante le novità espone, il numero dei collaboratori coordinati e continuativi è andato per lungo tempo crescendo, in ragione dei costi del lavoro pur sempre inferiori (non applicazione delle tariffe retributive dei contratti collettivi ed istituti come le ferie, la malattia, il TFR eccetera), nonché dell'insussistenza, in tali rapporti, di garanzie di stabilità (con piena facoltà di recesso laddove la collaborazione sia a tempo indeterminato). Soltanto di recente la tendenza sembra essere decisamente verso la riduzione delle ricorso a tali figure.

Nelle *amministrazioni pubbliche*, la corsa alle collaborazioni è stata dovuta al desiderio di aggirare i blocchi legislativi pressochè totali dell'assunzione di ruolo. Ciò ha indotto il legislatore, da un lato, a procedere alla stabilizzazione di quote di questi quei lavoratori precari, e dall'altro lato, a prevedere norme restrittive dell'ulteriore ricorso a tali collaborazioni. Il tentativo non è particolarmente riuscito, al punto che il decreto legislativo 75/2017 ha modificato la disposizione citata nel senso di

espungere il riferimento alla facoltà di stipulare contratti di collaborazione coordinata e continuativa, che è da ritenersi dunque venuta meno, lasciando soltanto quello alla facoltà di stipulare contratti di lavoro autonomo non coordinato e continuativo e purchè non eterorganizzato.

4. Il lavoro occasionale

Uno dei cronici problemi di effettività del diritto del lavoro è quello di come qualificare con le prestazioni di lavoro che, per il loro carattere occasionale sfuggono a qualunque inquadramento alimentando l'area del lavoro irregolare. Nella speranza di ricondurre tale fenomeno alla legalità, decreto legislativo 276/2003 aveva introdotto la forma contrattuale, né subordinata né autonoma, del lavoro accessorio (noto come lavoro tramite *voucher*), pensata per attività lavorative saltuarie e di ridotta entità.

In ragione della rilevata crescita quantitativa del ricorso al lavoro accessorio, la CGIL ha promosso un referendum e per abrogare la relativa disciplina nella cui imminenza è stato però il governo stesso, con un decreto-legge, a procedere all'abrogazione. Il vuoto che ne derivato è stato successivamente colmato con l'articolo 54-bis della *legge 21 giugno 2017 numero 96*, che ha introdotto l'istituto del *lavoro occasionale*, a sua volta articolato nelle due versioni del "contratto di prestazione occasionale" e del "libretto famiglia". I nuovi istituti sono più restrittivi, onerosi e complicati da gestire di quello che li ha preceduti, sì da registrare, sinora, uno scarso successo, e da porre il problema di un eventuale "*ritorno ai voucher*". La legge numero 96/2018

ha ampliato e reso più flessibile, nel settore agricolo, alberghiero e turistico, la disciplina del "contratto di prestazione occasionale". Il ricorrente dibattito sul punto è se strumenti del genere penalizzino il lavoro, o, al contrario, non riscattino da sommerso. Va detto che attività lavorative occasionali e saltuarie è difficile che trovino casa nel lavoro subordinato.

Ciò premesso, per poter essere acquisite come occasionali le prestazioni di lavoro devono essere contenute in tre seguenti *limiti massimi di compenso*, rapportati ad un anno civile (comma uno):

- 5000 € per ciascun prestatore, con riferimento alla totalità degli utilizzatori;
- 5000 € per ciascun utilizzatore, con riferimento alla totalità dei prestatori;
- 2500 € per le prestazioni rese da ogni prestatore in favore del medesimo utilizzatore.

Vi è, altresì, un limite di *durata massima* delle prestazioni occasionali, nella misura di 280 ore nell'arco di un anno civile.

Un altro limite consiste nel fatto che non possono essere acquisite prestazioni di lavoro occasionale da soggetti con i quali l'utilizzatore abbia in corso o abbia cessato da meno di sei mesi un rapporto di lavoro subordinato di collaborazione coordinata e continuativa. Alle prestazioni possono fare ricorso:

- Le *persone fisiche*, non nell'esercizio dell'attività professionale di impresa, mediante libretto famiglia, impiegabile per il pagamento di prestazioni occasionali consistente in piccoli lavori domestici e di giardinaggio, assistenza domiciliare persone eccetera;
- gli altri utilizzatori (*imprese, professionisti eccetera*), mediante il "contratto di prestazione occasionale", definito dal comma 13 come "*contratto mediante il quale un utilizzatore... Acquisisce, con modalità semplificate, prestazioni di lavoro occasionale o saltuarie di ridotta entità*", ma eccettuate alcune categorie (utilizzatori che hanno le proprie dipendenze più di 5 lavoratori subordinati a tempo indeterminato, o più di otto lavoratori; imprese del settore agricolo; imprese dell'edilizia eccetera). Le amministrazioni pubbliche possono eccezionalmente fare ricorso al contratto di prestazione occasionale nell'ambito di progetti speciali in favore di soggetti deboli, per lavori richiesti da emergenza, per attività di solidarietà, per l'organizzazione di manifestazioni sociali, sportive, culturali e ricreative. Per l'accesso alle prestazioni occasionali in discorso sia gli utilizzatori che i prestatori sono tenuti a registrarsi all'interno di un' apposita piattaforma informatica gestita dall'Inps.

A partire da questo punto, la disciplina si biforca nelle varianti del libretto famiglia e del contratto di prestazione occasionale.

- il *libretto famiglia*, acquistabile anche tramite gli uffici postali oltre che sulla piattaforma Inps, è libretto nominativo prefinanziato, contenente titoli di pagamento per le prestazioni acquisibili, da uno o più prestatori, per le piccole attività domestiche, di assistenza, di insegnamento supplementare sopra elencate. I titoli di pagamento sono del valore nominale di euro 10, utilizzabili per compensare prestazioni di durata non superiore a un'ora. È altresì previsto a carico dell'utilizzatore, per ciascun titolo, il pagamento di una contribuzione previdenziale Inps pari a euro 1,65, di un premio Inail pari

a euro 0,25, e di un contributo alla gestione della piattaforma pari a euro 0,10. Onde consentire la tracciabilità del ricorso all'istituto, l'utilizzatore deve comunicare all'Inps, entro il giorno tre del mese successivo allo svolgimento della prestazione, le informazioni circa le prestazioni occasionali acquisite.

- *contratto di prestazione occasionale*: L'utilizzatore che intende attivarlo versa (anche tramite consulente del lavoro), attraverso la piattaforma informatica INPS le somme necessarie per compensare le prestazioni concordate con il lavoratore. La misura minima oraria del compenso è pari a *euro 9*, salvo che nel settore agricolo. L'1% dell'importo è trattenuto dall'Inps per le proprie spese. Si desume dall'altra disposizione tuttavia, che per ogni giornata di lavoro il lavoratore deve ricevere come minimo un compenso di *euro 36*, corrispondente all'impiego per non più di quattro ore continuative nell'arco di quella giornata. L'utilizzatore è altresì tenuto al pagamento di una contribuzione previdenziale in sé, nella misura del 33% del compenso, e di un premio INAIL nella misura del 3,5% del compenso. Al fine di assicurare la tracciabilità ispettiva di queste prestazioni, l'utilizzatore è tenuto, almeno un'ora prima dell'inizio della prestazione, a comunicare alla piattaforma informatica Inps una serie di informazioni (tra cui la data e l'ora di inizio e di termine della prestazione) circa le prestazioni che saranno acquisite. In caso di violazione dell'obbligo di comunicazione, l'utilizzatore è soggetto ad una sanzione amministrativa da euro 500 a 2500 per ogni prestazione lavorativa giornaliera per la quale risulta accertata la violazione.

In entrambi i casi L'Inps provvede al pagamento del lavoratore, mediante bonifico bancario entro il 15 del mese successivo a quello di svolgimento delle prestazioni, a meno che lavoratore opti per una modalità semplificate anticipata di pagamento presso lo sportello postale. I compensi percepiti dal lavoratore sono esenti da Irpef, non incidono sul suo stato di disoccupato e sono computabile ai fini della determinazione del reddito necessario per il rilascio o il rinnovo del permesso di soggiorno. Il rapporto di lavoro occasionale, perché concluso ed eseguito nel rispetto delle condizioni illustrate, resta escluso dall'applicazione delle norme di tutela del lavoro subordinato. Di contro, qualora le predette condizioni non vengano rispettate, il lavoratore occasionale può chiedere al giudice (salvo che nei confronti di un'amministrazione pubblica) di vedere trasformato il proprio rapporto con l'utilizzatore il rapporto di lavoro dipendente "*a tempo pieno indeterminato*", con applicazione della relativa disciplina legale e collettiva.

5. La certificazione dei contratti di lavoro

La qualificazione dei contratti di lavoro illustrato in questo paragrafo è da sempre a rischio di essere smentita in conseguenza di azioni giudiziali promossa dal lavoratore o da terzi interessati. Le conseguenze che ne derivano in termini di incertezza, di possibile rovesciamento ex post degli assetti negoziali inizialmente pattuiti, hanno stimolato la ricerca di dispositivi correttivi, il principale dei quali consiste nell'istituto della *certificazione* dei contratti di lavoro.

La procedura di certificazione prevista dagli articoli 75 e seguenti del decreto legislativo 276/2003, con finalità deflattiva del contenzioso in tema di qualificazione dei rapporti di lavoro, e di parallela produzione di certezza giuridica per l'operatore d'impresa. La certezza, cioè, che un contratto qualificato certificato in termini di lavoro autonomo non possa essere travolto *ex post*, magari dopo anni con conseguenti costi economici e organizzativi, da una sentenza che lo riqualifichi come subordinato. La procedura di certificazione è "*volontaria*" (articolo 75), per cui richiede l'assenso di entrambi le parti (fermo che il principale interessato alla certificazione è il committente).

Le parti possono richiedere, congiuntamente, dinanzi alla commissione lo scopo istituite, la certificazione di qualunque contratto "*in cui sia dedotta, direttamente indirettamente, una prestazione di lavoro*", in particolare, di contratto di lavoro autonomo puro e di collaborazione coordinata e continuativa, nonché di regolamenti interni delle società cooperative di produzione del lavoro, dei contratti di appalto di opera o servizio e dei contratti di somministrazione di lavoro.

Organi abilitati alla certificazione (articolo 76) sono:

- gli enti bilaterali, a livello territoriale nazionale;
- le sedi territoriali dell'ispettorato del lavoro e le province;
- l'università pubbliche e private;
- il Ministero del Lavoro-direzione generale della tutela delle condizioni di lavoro;
- i consigli provinciali dei consulenti del lavoro;

L'istanza di avvio della procedura, sottoscritta da entrambe le parti e rivolte ad ottenere un *atto di certificazione*, che è un atto amministrativo tramite il quale l'organo adito certifica che la qualificazione del contratto è corretta, e che quello sottoposto ad esame è realmente ad esempio, un contratto di collaborazione coordinata e continuativa, non un contratto di lavoro subordinato sotto mentite spoglie [nell'esempio appena fatto, ciò che viene certificata è, in sostanza, l'esistenza dei requisiti della subordinazione].

Il procedimento deve concludersi entro il termine di 30 giorni dalla ricevimento dell'istanza. L'atto di certificazione, che deve essere motivato, attesta la verità giuridica della qualificazione del contratto, anche nei confronti dei terzi. Gli effetti dell'accertamento dell'organo preposto alla certificazione, nel caso di contratti in corso di esecuzione, si producono dal momento di inizio del contratto, ove la commissione abbia appurato che l'attuazione del medesimo è stata, anche nel periodo precedente alla propria attività istruttoria, coerente con quanto appurato in tale sede. Nel caso di contratti non ancora sottoscritti dalle parti, gli effetti si producono soltanto nel momento in cui queste ultime provvedono a sottoscriverli. Impugnazione giudiziale avverso una certificazione può prendere due strade:

- un ricorso al *giudice amministrativo*, per violazione delle regole del procedimento di certificazione per eccesso di potere;
- un ricorso al *giudice ordinario del lavoro*, rivolta a sostenere:
 - A. *l'erroneità* giuridica della qualificazione;
 - B. *Che il rapporto si è svolto in modo difforme* dal programma negoziale concordato e certificato;
 - C. *il consenso di una delle parti* che si è presentata dinanzi all'organo di certificazione era affetto da vizi (errore, violenza morale, dolo).

Ciò premesso, giacché il denominatore comune di quasi tutte le controversie in tema di subordinazione è rappresentato proprio dalla difformità tra il contratto e l'esecuzione effettiva del rapporto di lavoro, il lavoratore può continuare a promuovere una tale controversia, anche qualora il contratto sia stato certificato. Anzi, in tali casi il ricorso non è propriamente diretto contro la certificazione, ma si fa forte di quello che è accaduto dopo di essa. A ciò si aggiunga la facoltà di impugnare la certificazione perché affetta da errore. Nei confronti delle parti, in specie del lavoratore subordinato, la certificazione non frappone, dunque, alcun vincolo particolare all'azione in giudizio; possono derivare, non di meno, effetti positivi sotto il profilo dell'educazione delle parti e tenere comportamenti negoziali più trasparenti e migliorare la fattura formale dei contratti. Il vero effetto preclusivo si manifesta, invece, nei confronti dei terzi, come gli enti previdenziali (INPS, INAIL) ed istituzionalmente ispettivi (ispettorato del lavoro), che non possono adottare provvedimenti amministrativi che presuppongono una qualificazione del contratto diversa da quella certificata. Ciò a meno che taglienti propongano un'azione giudiziale ex articolo 80.

Chiunque presenti ricorso giurisdizionale contro la certificazione deve previamente rivolgersi alla commissione che ha adottato l'atto certificato, per svolgere un tentativo obbligatorio di conciliazione. Si tratta dell'unico caso in cui tentativo di conciliazione anti-causa è obbligatorio. Nell'ordinamento tende ad affiorare, peraltro, anche un diverso impiego dell'istituto della certificazione, come strumento di assistenza all'autonomia individuale è finita erogatori anche *in peius* della disciplina legale. Si può richiamare l'ipotesi di quell'articolo 6 comma 6, del decreto legge numero 81/2015, concernente la possibilità di stipulare clausole elastiche nel rapporto di lavoro a tempo parziale ovvero regime di tali clausole non siano rubato da contratto collettivo: per essere valida, la stipulazione dell'avvenire avanti ad una commissione di certificazione.

Un'ultima ipotesi è quella della clausola compromissoria, che può essere validamente stipulata dal lavoratore, a prescindere da altre condizioni, soltanto se certificata. Qualora queste soluzioni si diffondessero, prenderebbe corpo un interesse delle imprese a richiedere la certificazione non soltanto di contratti di lavoro non subordinato, ma anche di contratti di lavoro subordinato.

Capitolo III – IL DATORE DI LAVORO

1. Note introduttive

Il datore di lavoro, in un certo senso, è il grande assente dal diritto del lavoro. Non soltanto per il fatto che, nella fattispecie del lavoro subordinato, l'enfasi ricade sul lavoratore e sull'obbligazione da questi assunta, bensì perché le caratteristiche del datore di lavoro non rilevano ai fini della qualificazione del rapporto di lavoro e dalla selezione della disciplina applicabile.

Non rileva il fatto che il datore di lavoro, qualora sia un imprenditore ex articolo 2082 codice civile, eserciti l'attività in veste di impresa individuale o di società, e che quest'ultima sia di persone o di capitali, e quotato o meno in borsa. Nell'ottica del diritto del lavoro, in effetti, l'impresa, per quanto rappresentata da persone fisiche, è sostanzialmente il titolare, impersonale, del contratto di lavoro subordinato, da cui scaturisce una certa insensibilità del giuslavorista alle implicazioni commercialistiche e societarie. Nondimeno esistono importanti aspetti della disciplina del contratto di lavoro, che sono modulate in relazione alle dimensioni e alla tipologia del datore di lavoro.

2. Dimensione dell'impresa e diritti del lavoro

Sono svariate le norme di diritto del lavoro che modulano l'applicazione di determinate discipline, la cui caratteristica comune è di imporre *vincoli e oneri* per l'impresa, in relazione alla dimensione della medesima misurata in termini di consistenza occupazionale (ossia di numero dei dipendenti in organico). Ciò sulla premessa che quando più un'impresa è grande, in termini di organico, tanto più è in grado di sopportare i vincoli e gli oneri. La più nota di tali norme è quella dell'articolo 18 della legge 300/1970 (conseguenze del licenziamento illegittimo per i lavoratori a tempo indeterminato assunti sino al 6 marzo 2015), la quale si applica ai datori di lavoro con più di 15 o (nell'agricoltura) 5 dipendenti in ambito comunale, o più di 60 in ambito nazionale.

In tema di retribuzione, le imprese con più di 50 dipendenti sono private della possibilità di mantenere presso l'azienda il trattamento di fine rapporto maturato dai lavoratori. Una logica un certo senso opposta presiede a quelle norme che riservano determinati *benefici*, come l'applicazione della normativa in tema di cassa integrazione guadagni straordinaria, ai lavoratori occupati da imprese con più di 15 dipendenti, in tal modo favorendo anche le imprese medesime. A tali benefici si accompagna, peraltro, l'imputazione a tali imprese di obblighi, di massima procedurali, come nei casi di trasferimento d'azienda di licenziamento collettivo, nonché gli oneri economici. L'esistenza di queste soglie rende delicata operazione di computo del numero dei dipendenti, in relazione sia al periodo temporale cui deve essere rapportata che alla tipologia di rapporti da prendere in considerazione. A questo ultimo riguardo è previsto, ai fini dell'applicazione del primo gruppo di normative sopra in esame (che prevedono vincoli e oneri), il non computo (dei lavoratori somministrati e degli apprendisti) o il computo parziale (I lavoratori a termine sono infatti computati secondo la media degli occupati a termine, dirigente inclusi degli ultimi due anni) di alcuni di tali contratti. La preoccupazione è quella di evitare che il timore di superare una certa soglia occupazionale, per il maggior pesi e costi che ne derivano, distolga l'impresa dall'assumere, oltre che lavoratori in pianta stabile, anche lavoratori *non-standard*.

3. Il datore di lavoro non imprenditore

Il fatto che l'articolo 2094 prende in considerazione un datore con i requisiti *dell'imprenditore*, ex articolo 2082 del codice civile, non significa che il codice civile circoscrive la subordinazione entro i confini dell'impresa. In virtù della norma generale dell'invio di quell'articolo 2239 codice civile "*i rapporti di lavoro subordinato che non sono inerenti all'esercizio di un'impresa sono regolati dalle disposizioni delle sezioni II, III e IV del capo I del titolo II (articolo 2094 ss), in quanto compatibili con la specialità del rapporto*".

L'effetto di tale disposizione è che, salvo esplicite disposizione di segno contrario, pressoché tutte le norme del diritto del lavoro sono applicabili anche al rapporto di lavoro subordinato con un datore di lavoro non imprenditore. Si è assistito infatti ad una progressiva eliminazione (con l'eccezione del lavoro domestico) dei regimi differenziati previsti per i datori di lavoro non imprenditori. Ciò, soprattutto dopo che la legge 108/1990 ha esteso *in toto* la disciplina limitativa del licenziamento individuale anche datore di lavoro non imprenditori, sebbene con l'eccezione delle *organizzazioni di tendenza* che sono una peculiare categoria di datori di lavoro non imprenditori, caratterizzata dallo svolgimento, senza fini di lucro, di un'attività qualificata dal perseguimento di un "tendenza", ovvero sia di natura politica, sindacale, culturale, di istruzione ovvero di religione o di culto. Un'analogia operazione estensiva ha riguardato la disciplina dei licenziamenti collettivi, anche qui con l'esonero della tutela ex articolo 18 legge 300/1970, per l'organizzazione di tendenza.

Il privilegio di queste organizzazioni è stato riassorbito, peraltro, nella disciplina del contratto a tutele crescenti nell'ambito della quale le predette sono assoggettate alla disciplina comune.

4. I datori di lavoro speciali

Circolano nell'ordinamento numerose differenziazioni normative collegate alla tipologia e alle caratteristiche del datore di lavoro, in ragione delle particolari esigenze del settore cui esso appartiene e/o della rispondenza dell'attività svolta dal datore di lavoro ad un interesse pubblico.

Un primo esempio rappresentato dal rapporto di lavoro in *agricoltura*, la cui regolamentazione presenta innumerevoli particolarità, tanto da fare del diritto del lavoro agricolo quasi una branca a se della materia.

Un ulteriore e risalente esempio è quello della normativa sugli *autoferrotranvieri*, concernente il rapporto di lavoro con le imprese esercenti servizi pubblici di trasporto, al quale è sempre stata attribuita una dimensione anche pubblicistica (la relativa disciplina è tuttora prevista dalla legge o decreto 148/1931).

Una situazione particolare è altresì quella del *socio di cooperativa di produzione e lavoro*. In tali società - nate come alternativa alle imprese capitalistiche - il socio apporta il proprio conferimento prestando lavoro (come ad esempio nelle cooperative di pulizia). Tale attività è sempre stata, materialmente, eterodiretta, ma il socio non era considerato, giuridicamente, un lavoratore subordinato, in ragione del contesto contrattuale e societario nel quale rende la propria prestazione, che gli dà titolo a prendere parte alla vita della società, tramite l'assemblea, nonché a partecipare agli utili prodotti dalla stessa.

Con legge 142/2001 è stato istituito il meccanismo del doppio rapporto (societario e di lavoro), in virtù del quale socio lavoratore deve intrattenere con la società *anche* un rapporto di lavoro, che, a seconda di quanto previsto dal regolamento interno della cooperativa, può essere autonomo o subordinato.

L'ipotesi di specialità di gran lunga più importante, comunque, è quella legata al carattere *pubblico* del datore di lavoro. Grazie alla "privatizzazione" del resto, è soggetto *pubblico* (Stato e altri enti pubblici) è pervenuto a sdoppiarsi, come titolare del potere organizzativo pubblicistico e come datore di lavoro assimilabile a quello privato, ma assoggettato, nel contempo, a una normativa per molti e corposi aspetti ancora speciale, a partire dal decreto legislativo 165/2001. È da registrare, infine, la tendenza alla creazione di un regime ibrido, pubblico-privato, per i rapporti di lavoro subordinato intrattenuti con società che, pur essendo privatistiche come regime giuridico, sono controllate o partecipate da enti pubblici (cosiddette *società pubbliche*), quali le società che gestiscono servizi pubblici locali. La disciplina relativa a queste società è contenuta nel decreto legislativo 175/2016, testo unico in materia di società a partecipazione pubblica. Esso concerne fondamentalmente le norme in tema di procedure di assunzione prevista dall'articolo 35 co 3 decreto legislativo 165/2001. Per il resto, questi rapporti si applicano le correnti norme del diritto del lavoro privato.

5. La successione tra datori di lavoro

La successione tra datore di lavoro è un altro -per atto tra vivi o *mortis causa*- nell'esercizio dell'impresa di un'attività, ossia quello che la legge conosce come trasferimento d'azienda, non ha effetti interruttivi della rapporto di lavoro, che si trasferisce automaticamente in capo al nuovo datore di lavoro. Ciò non esclude che la regolamentazione del rapporto subisca modifiche nel transito da un datore di lavoro all'altro. La relativa disciplina è incentrata sull'articolo 2112 del codice civile.

SEZIONE QUINTA – IL RAPPORTO DI LAVORO

Capitolo I – L'ACCESSO AL LAVORO

Sezione II - LA FORMAZIONE DEL CONTRATTO DI LAVORO

10. Contratto di lavoro e capacità

Dal lato del lavoratore, l'essere parte di un contratto di lavoro esige, oltre all'ordinaria capacità di agire, *una capacità giuridica speciale*, che si acquista quando si è concluso il periodo di istruzione obbligatoria, e quindi, allo Stato, a *16 anni*. L'ispettorato del lavoro può autorizzare, previo assenso scritto dei titolari della potestà genitoriale, l'impiego dei minori in attività lavorative di carattere culturale, artistico, sportivo o pubblicitario e nel settore dello spettacolo, purché si tratti di attività che non pregiudicano la sicurezza, l'integrità psicofisica e lo sviluppo del minore, la sua frequenza scolastica o la partecipazione a programmi di orientamento o di formazione professionale.

In generale, la protezione della salute e della sicurezza dei *bambini* (minori di 15 anni) e degli *adolescenti* (tra 15 e 18 anni) impiegati in attività lavorative, esiste un'apposita normativa, contenuta nella legge 977/1967 (rinnovata dal d.lgs 345/1999), la quale contiene divieti di adibire i bambini e gli adolescenti a

determinati lavori, speciali regimi di orario di riposo, un divieto di lavoro notturno, un particolare regime di sorveglianza medica.

11. Forma e contenuto del contratto di lavoro

La conclusione di un contratto di lavoro subordinato richiede una mutua e libera espressione di consenso, che può aversi in vari modi.

Il 99% dei contratti di lavoro subordinato (se regolari) è stipulato per iscritto, benché, per la tipologia *standard* di tale contratto, non siano richiesti requisiti di forma scritta, *né ad substantiam me né ad probationem*.

La forma scritta (quasi sempre *ad substantiam*) è invece obbligatoria nei contratti di lavoro subordinato *non standard* o atipici. Ciò che deve risultare per iscritto è proprio la clausola, o la parte del contratto, che realizza la deviazione dalla disciplina tipica: la clausola di prova, la clausola appositiva del termine, il contratto di lavoro a tempo parziale, il contratto di apprendistato.

Nel contratto di lavoro intermittente la forma scritta richiesta, di contro, soltanto ai fini della prova di determinati elementi del contratto.

Il testo del contratto di lavoro subordinato è predisposto, di solito, dalla parte datoriale, successivamente sottoscritto dal lavoratore. Il documento contrattuale contiene, sovente, soltanto le indicazioni essenziali per poter dar vita ad un rapporto obbligatorio: identità delle parti, luogo della prestazione, inquadramento professionale ma seguito e qualifica correlata, ed eventualmente le concrete mansioni assegnate; misura della retribuzione. Possono essere incluse nel contratto ulteriori clausole liberamente negoziate tra le parti, purché di miglior favore per il lavoratore.

Il *d.lgs. 26 maggio 1997 n.152* emanato in ottemperanza ad una direttiva europea, ha stabilito che il datore di lavoro, privato e pubblico, è tenuto a fornire al lavoratore, entro 30 giorni dalla data dell'assunzione, *informazioni* sui seguenti oggetti (art 1 co 1): identità delle parti; il luogo di lavoro (in mancanza di un luogo fisso e predominante, l'indicazione che il lavoratore è occupato in luoghi diversi); la data di inizio del rapporto di lavoro; la durata del rapporto di lavoro; l'importo iniziale della retribuzione relativa elementi costitutivi; la durata delle ferie retribuite e le modalità di determinazione e di fruizione delle stesse; l'orario di lavoro eccetera. Le predette informazioni possono essere contenute direttamente nel contratto individuale oppure in un altro documento scritto, da consegnare al lavoratore *entro 30 giorni dalla data dell'assunzione*. In caso di modifica degli elementi del contratto dopo l'assunzione il lavoratore deve essere informato entro un mese dall'adozione.

Qualora il datore di lavoro non adempia o adempia in modo ritardato, inesatto o incompleto agli obblighi anzidetti, il lavoratore può rivolgersi all'ispettorato del lavoro affinché intimi al datore di adempiere, sotto minaccia di sanzioni amministrative.

La sottoscrizione del *contratto* di lavoro subordinato comporta la regolare instaurazione del *rapporto* di lavoro subordinato, che, da quel momento (o dalla diversa data indicata nel contratto), può essere eseguito. Può accadere, talvolta, che il contratto di lavoro stipulato dopo l'inizio effettivo della prestazione (o non viene stipulato affatto instaurandosi un rapporto in nero), ma non si tratta di una prassi regolare. Anche il periodo di prova deve svolgersi nell'ambito di un contratto regolarmente stipulato.

12. Il carattere personale della prestazione di lavoro

Il fatto che nel contratto di lavoro subordinato, dal lato del lavoratore, sia dedotta una prestazione di *facere* che richiede l'erogazione di energie psicofisiche, implica che la prestazione in questione debba essere adempiuta *personalmente*; del resto, l'articolo 2094 definisce come "proprio" il lavoro del dipendente. In altre parole, il rapporto di lavoro è fondato su un *intuitus personae* e la prestazione di lavoro è soggettivamente *infungibile*: il lavoratore non può avvalersi di sostituti o ausiliari nell'adempimento dell'obbligazione, salvo che ciò avvenga con il consenso del datore di lavoro.

Per quanto concerne invece il datore di lavoro può aversi una successione con un terzo nella titolarità del contratto di lavoro subordinato (per effetto di un atto traslativo della proprietà o del godimento dell'azienda, come nel trasferimento d'azienda; per atto tra vivi, tramite una cessione, col consenso del dipendente, del contratto di lavoro; per successione *mortis causa*), con l'unica eccezione del caso in cui datore di lavoro sia una persona fisica (come nella rapporto di lavoro domestico, che si risolve automaticamente col decesso del datore), per il lavoratore tale successione non è mai possibile, né per atto tra vivi, né *mortis causa*. Ciò

comporta che il *decesso del lavoratore* costituisce un evento estintivo del rapporto di lavoro (articolo 2122 codice civile) per farne discendere l'attribuzione agli eredi (coniuge, figli e se erano a carico del prestatore di lavoro, parenti entro il terzo grado e affini entro secondo) del trattamento di fine rapporto e di un importo pari all'indennità sostitutiva del preavviso.

13. Il periodo di prova

A norma dell'articolo 2096 codice civile, al contratto di lavoro, nella fase iniziale della sua esecuzione, può essere apposta una clausola accessoria recante la previsione di un *patto di prova*.

Tale patto deve risultare, *ad substantiam*, da atto scritto; se non c'è l'atto scritto la clausola di prova si reputa come non apposta, conseguendone il carattere definitivo dell'assunzione.

La durata del periodo di prova è prevista dai contratti collettivi nazionali di categoria (entro un massimo legale di sei mesi).

La funzione tipica del periodo di prova (che è una fase speciale del rapporto di lavoro) è quella di consentire, da entrambe le parti, di valutare la convenienza dell'affare: al datore di lavoro permette di valutare l'attitudine professionale del lavoratore; a questi, di contro, la prova dà modo di sperimentare le proprie capacità, e di valutare, a propria volta, tipo di lavoro e l'ambiente.

Lo scambio fondamentale, lavoro contro retribuzione, e già operante: al riguardo, l'articolo 2096 comma 2 dispone che *“l'imprenditore e il prestatore di lavoro sono rispettivamente tenuti a consentire a fare l'esperimento che forma oggetto del patto di prova”*. Il datore di lavoro, in particolare, ha il dovere -in buona fede- di mettere il lavoratore in condizione di dimostrare le proprie titoli professionali, in relazione alle mansioni per le quali è stato assunto. Ciò richiede che tali mansioni siano specificate in modo esaustivo nel patto, a pena di nullità ed inefficacia del medesimo.

Il maggior tratto di specialità della disciplina del lavoro in prova è costituita dalle regime del *licenziamento*, che è un'eccezione alla regola del giustificato motivo, contemplando la facoltà di recesso *ad nutum*, senza obblighi di preavviso, per entrambe le parti; ma ciò purché il periodo di prova non si sia protratto per più di 6 mesi, tornando ad applicarsi, altrimenti, il normale regime limitativo.

Compiuto il periodo di prova, o comunque perseguita di fatto la prestazione, si ha la conferma del lavoratore, la cui assunzione diviene definitiva. Il periodo prestato a titolo di prova deve essere computato nell'anzianità di servizio del dipendente.

14. Nullità e annullabilità del contratto di lavoro

Come qualsiasi altro contratto il contratto di lavoro può essere dichiarato *nullo* nel suo complesso, ove stipulato in violazione di norme imperative di legge, o *annullabile* per incapacità naturale per vizi della volontà (errore, violenza o dolo) di uno dei contraenti. Il fatto che le prestazioni di lavoro sono state comunque espletate, per quanto nell'ambito di un contratto invalido, fa sorgere l'esigenza di salvaguardare i naturali diritti di chi ha reso le suddette prestazioni, il quale si troverebbe altrimenti subire, oltre danno, la beffa.

A ciò presiede l'articolo 2126 co 1 codice civile, stabilendo che, qualora il contratto di lavoro si è dichiarato nullo o annullato, la nullità o l'annullamento *“non producono effetti per il periodo in cui rapporto avuto esecuzione”*, cioè per il tempo in cui il prestatore ha lavorato. La rilevanza giuridica che è attribuita al *rapporto di lavoro di fatto*, legittima il lavoratore a rivendicare, anche in giudizio, la tutela dei diritti derivanti dallo svolgimento della prestazione, a cominciare da quelli retributivi (ad esempio, se un lavoratore ha ottenuto un posto a seguito di un concorso che è stato annullato per vizi intrinseci, per il periodo in cui ha comunque lavorato egli ha pieno titolo al pagamento della retribuzione).

L'effetto non retroattivo della nullità o dell'annullamento del contratto patisce un'eccezione, quando la nullità del contratto *“deriva dalla illiceità dell'oggetto o della causa”* (esempio svolgimento di un'attività criminale): in tal caso il lavoratore non può vantare diritti di sorta.

L'articolo 2126 comma 2, contiene, peraltro, un'eccezione all'eccezione. Se l'illiceità dell'oggetto o della causa discende dalla violazione di norme poste a tutela del lavoratore (esempio, quando un minore stato fatto lavorare in sfregio alle norme che vietano o limitano il lavoro minorile), questi ha, in ogni caso, diritto alla retribuzione.

Capitolo II – LA STRUTTURA DEL RAPPORTO DI LAVORO

1. Libertà di potere del datore di lavoro

La struttura obbligatoria fondamentale del rapporto di lavoro è disegnata, tuttora, dal codice civile. Essa si colloca in un contesto caratterizzato, Monte, dal fatto che una delle parti del rapporto di lavoro è, di regola, un imprenditore, ossia il titolare di quella entità organizzata di mezzi finalizzata alla produzione e allo scambio di beni e servizi, con scopo di lucro, che è denominata impresa (articolo 2082 codice civile). Quella dell'imprenditore nei riguardi del fare impresa è una posizione di *libertà* costituzionalmente garantita, alla luce dell'articolo 41 co 1 della costituzione, il quale sancisce il carattere di *economia di mercato* del sistema economico del paese. Tale libertà -anzitutto *negativa*, ossia una libertà dalle interferenze altrui e, in specie, quelle statali- comporta che l'imprenditore sia libero di intraprendere un'attività di impresa, nonché di modificare o cessare detta attività. Una libertà, quindi, che se può essere limitata dalle leggi in modo che non si svolga "*in contrasto con l'utilità sociale o in modo da recare danno alla libertà, sicurezza e dignità umana*" (articolo 41 co 2), non è però funzionalizzata al perseguimento di finalità sociali. Peraltro, la libertà decisionale spettante all'imprenditore in ordine a tutti gli aspetti dell'attività d'impresa (scelte produttive, organizzative, commerciali) non si estende agli atti e ai comportamenti adottati nei riguardi dei lavoratori, anche se le decisioni che costituiscono esercizio della libertà di impresa hanno inevitabili ricadute su di essi (esempio licenziamenti per ragioni aziendali).

L'acquisizione dell'energia dei lavoratori avviene come effetto della stipulazione di uno specifico *contratto*, per cui deve essere ricostruita tenendo conto della disciplina giuridica di questo e della sua struttura obbligatoria fondamentale. Tale struttura presenta caratteri peculiari rispetto a quella dei contratti tipici a prestazioni corrispettive in quanto si infila, in essa, l'elemento del *potere* dell'imprenditore, che a propria volta è un prolungamento concettuale giuridico della libertà di impresa, e nel quale si sostanzia la rilevanza dell'organizzazione di impresa della quale l'imprenditore è il titolare. Infatti, ciò che, nel generico esercizio dell'attività d'impresa, è mero esercizio di *libertà*, deve trasformarsi nei confronti dei lavoratori, in un potere è. La differenza tra le due posizioni incide sulle rispettive tecniche di regolazione. Per garantire una libertà, è sufficiente che l'ordinamento *si astenga*, ma per attribuire un potere è necessario che esso intervenga positivamente.

Ciò detto, se proviamo a trasportare questo schema di analisi nell'area del *lavoro pubblico*, viene in risalto una differenza essenziale: in luogo della libertà spettante all'imprenditore, la pubblica amministrazione è titolare di una posizione di *potere*, che essa deve esercitare di massima in modo *discrezionale*, cioè funzionalizzato al perseguimento dell'interesse pubblico, quale è individuato dalle leggi che regolano l'azione amministrativa e, a monte, dai principi di "*buon andamento*" e di "*imparzialità*" dell'amministrazione (articolo 97 comma uno). Inoltre, il potere amministrativo conosce, dopo la "*privatizzazione*" del lavoro pubblico, uno sdoppiamento concettuale e giuridico nelle due continue figure (a e b):

- un potere macro-organizzativo, di carattere pubblicistico in virtù del quale le amministrazioni pubbliche, tramite provvedimenti dei propri organi di governo, "*definiscono, secondo principi generali fissati da disposizioni di legge, e, sulla base dei medesimi, mediante atti organizzativi secondi rispettivi ordinamenti, le linee fondamentali di organizzazione degli uffici; individuano gli uffici di maggiore rilevanza e i modi di conferimento della titolarità dei medesimi; determinano le dotazioni organiche complessive*", ispirando l'organizzazione a criteri di funzionalità ed efficienza, flessibilità, collegamento dell'attività degli uffici, imparzialità e trasparenza dell'azione amministrativa, armonizzazione degli orari di servizio con le esigenze dell'utenza.

Il potere sub a) è tuttora e a tutti gli effetti potere amministrativo;

- il potere di gestione dei rapporti di lavoro, comprensivo delle "*determinazioni per l'organizzazione degli uffici*" e delle "*misure inerenti alla gestione dei rapporti di lavoro*", in particolare della direzione dell'organizzazione del lavoro nell'ambito degli uffici, che è esercitato dagli organi preposti alla gestione (i dirigenti), nell'ambito delle leggi e degli atti macro-organizzativi di cui sub a) e nel rispetto del principio di pari opportunità, "*con le capacità e i poteri del privato datore di lavoro*".

Il potere sub b) non è altro che il potere prefigurato dall'articolo 2094 codice civile, e attribuito dall'articolo 2104 co 2, rispetto al quale il rapporto di lavoro pubblico è equiparato a quello privato.

2. L'obbligo di diligenza

In virtù dell'articolo 2094, il contratto di lavoro subordinato è anzitutto un contratto mediante il quale un soggetto si *obbliga* a fornire una prestazione lavorativa nell'interesse di un altro soggetto, che ha, correlativamente, il *diritto* di ricevere tale prestazione.

Il primo degli obblighi del lavoratore ai sensi dell'articolo 2104 co 1, è l'*obbligo di diligenza*, che è l'obbligo di fornire, secondo diligenza, la prestazione lavorativa dovuta. La diligenza non è che la *misura* della prestazione minima dovuta il creditore ai fini del corretto adempimento dell'obbligazione. Il grado di diligenza richiesto è rapportabile a tre specifici parametri indicati dall'articolo 2104 co 2:

- ✓ *la natura della prestazione dovuta*: il lavoratore deve usare la diligenza richiesta, secondo canoni di perizia ed esperienza, dal tipo di attività che è chiamato a svolgere. Trattasi del canone di *diligenza professionale*, di quell'articolo 1176 co 2. Il parametro in discorso è integrato delle regole tecniche e di esperienza.
- ✓ *L'interesse dell'impresa* questa espressione è superflua, risolvendosi nel rimarcare quel che è giuridicamente ovvio, cioè che la prestazione dal debitore deve corrispondere all'interesse soggettivo dell'imprenditore-creditore;
- ✓ *L'interesse superiore della produzione nazionale*: è questa espressione tipica del corporativismo ed è nota che ciascun lavoratore contribuisce *pro parte* alla crescita della ricchezza nazionale, non è per questo accettabile l'idea che un inafferrabile interesse nazionale possa assurgere a parametro della diligenza debitoria.

I parametri di determinazione della prestazione minima dovuta sono, pertanto, la diligenza richiesta dalla natura di tale prestazione e soddisfacimento dell'interesse dell'imprenditore-creditore.

3. Potere direttivo e dovere di obbedienza

A norma dell'articolo 2104 co 2, "*il lavoratore deve inoltre osservare le disposizioni per l'esecuzione e la disciplina del lavoro impartite dall'imprenditore e dai collaboratori di questo dai quali gerarchicamente dipende*".

L'"*inoltre*", scandisce il collegamento col co 1: oltre la diligenza richiesta dalla natura della prestazione dovuta dall'interesse dell'imprenditore, il lavoratore deve osservare le disposizioni impartite dall'imprenditore medesimo, o dai suoi collaboratori, al fine di rendere possibile "*l'esecuzione*", e di garantire la "*disciplina*", del lavoro.

In questa affermazione normativa vi è il formale riconoscimento della spettanza l'imprenditore, in quanto parte di un contratto di lavoro subordinato, di un *potere direttivo* (che rientra tra i *diritti potestativi*), cui corrisponde, dal lato del lavoratore, il *dovere di obbedienza* (qualificabile in termini di *soggezione*).

Il potere direttivo è da un lato, ex articolo 2104 co 2, un effetto giuridico del contratto di lavoro subordinato (l'imprenditore titolare di un potere direttivo nei confronti del lavoratore subordinato che ha assunto), ma di essere altresì quell'elemento della fattispecie contrattuale, la cui ricorrenza è decisiva per essere di fronte a un contratto di lavoro subordinato (un lavoratore subordinato, in quanto si obbliga, col contratto, a sottostare, o ad "*obbedire*", il potere direttivo dell'imprenditore). La componente essenziale del potere direttivo consiste nel potere di dettare le disposizioni per *l'esecuzione* del lavoro, ovvero di *specificare* la prestazione dovuta dal lavoratore (potere di specificazione). È qui che la direttrice diritto-obbligo (articolo 2104 co 1) si *intreccia* con quella potere-soggezione (articolo 2104 co 2). L'obbligo del lavoratore di eseguire la prestazione (che corrisponde al diritto del datore di lavoro di riceverla) non può essere materialmente attuato sin quanto il datore di lavoro, facendo uso del potere di specificazione, non abbia segnato al lavoratore le mansioni da svolgere. In ciò si manifesta la sostanza più profonda della subordinazione, che è, da parte del lavoratore, la promessa di svolgere le prestazioni che gli vengono richieste dal datore di lavoro.

Ma il potere direttivo ha pure un'ulteriore finalizzazione: quella di dettare le disposizioni che sono necessarie per *disciplinare il lavoro*, vale a dire per conformare la condotta del lavoratore alle regole prescritte al fine di garantire il regolare ed efficiente funzionamento dell'organizzazione del lavoro. Del resto è caratteristico del rapporto di lavoro subordinato il fatto che ciascuna singola prestazione sia inserita in un (più o meno ampio) contesto organizzato (che richiede, ad esempio, il coordinamento degli orari di lavoro individuali).

La regola prioritaria non può che essere dunque quella del rispetto del carattere gerarchico dell'organizzazione, da cui consegue che un lavoratore che rifiuti di ottemperare alle disposizioni impartite per l'esecuzione del lavoro si rende responsabile, sia di inadempimento dell'obbligo principale di lavorare, che di violazione del dovere di obbedienza, ed è passibile, in entrambi i casi, di sanzioni disciplinari.

Ovviamente, dovendo tali prescrizioni complementari essere rivolta alla tutela dell'organizzazione aziendale,

non possono avere ad oggetto condotte estranee all'interesse creditorio dedotto o deducibile in contratto. L'ambito del potere organizzativo si rapporta, insomma, alla natura della prestazione dovuta, potendo estendersi ai comportamenti privati del lavoratore soltanto in casi eccezionali. Ad esempio, a meno che il dipendente operi a contatto con terzi, e l'averne un certo abbigliamento sia riconducibile ai doveri contrattuali, il datore di lavoro non dovrebbe poter condizionare la libertà del lavoratore di vestirsi come ritiene, purché entro i limiti della decenza.

Tuttavia, il confine di ciò che è estraneo all'interesse organizzativo creditorio muta con il mutare dei modelli organizzativi di impresa, e ancor più con le filosofie di impresa e le culture sociali. Un tema delicato, a tale proposito, è se l'imprenditore possa imporre ai lavoratori l'osservanza dei codici etici comprendenti, ad esempio, il divieto di intrattenere relazioni personali, non meramente amicali, con i colleghi di lavoro. Per concettualizzare queste altre simili questioni, che riguardano i confini dei poteri (o diritti potestativi) assegnati al datore di lavoro dall'ordinamento, in aggiunta ai limiti espressamente previsti dalla legge, è utilizzata la categoria dell'*abuso del diritto*. Altri preferiscono infatti zar è il dovere di rispettare, nell'esercizio dei poteri, i principi di *buona fede e correttezza*.

Detto in termini di analisi dell'art. 2104 co 2, il datore di lavoro imprenditore sta in tale contratto, non solo e non tanto come titolare di un diritto di credito della prestazione dovuta, agonisticamente inteso, quanto soprattutto come *titolare dell'organizzazione di impresa*, nell'ambito della quale le predette prestazioni, per il tramite del potere direttivo, devono poter essere utilmente inserite. Trova qui la propria ragion d'essere quell'influente filone dottrinale che ha cercato di cogliere l'essenza profonda del contratto di lavoro subordinato definendolo un *contratto di organizzazione*: un contratto, cioè, nel quale l'interesse imprenditoriale rilevante ha per oggetto non l'erogazione di questa o di quella prestazione isolata, bensì il *coordinamento organizzativo* di ogni prestazione con le prestazioni di altri lavoratori dell'azienda e con i mezzi materiali e tecnici dell'organizzazione. Questo si traduce in un ampliamento del contenuto della prestazione esigibile dal lavoratore, che, oltre a rispondere a parametri astratti di diligenza, deve essere proficuamente inseribile *nel contesto organizzativo aziendale* affinché l'imprenditore abbia interesse a riceverla.

4. Gli obblighi di non concorrenza e di riservatezza

La disposizione intitolata "obbligo di fedeltà" (articolo 2105) ha dato luogo di accesi dibattiti. La *fedeltà* allude, infatti, ad un vincolo personale, più che ad una relazione contrattuale, per cui ci si è domandati se un dovere di fedeltà inteso in quel senso possa essere fatto gravare sul lavoratore subordinato. Ebbene la dottrina maggioritaria è pervenuta con nettezza ad escludere la sussistenza di un dovere del genere. Di contro, la giurisprudenza insiste a parlare (talvolta in correlazione col concetto di *fiducia*, utilizzato nell'interpretazione della nozione di giusta causa di licenziamento), di obbligo di fedeltà, ad esempio quando valuta i limiti dell'esercizio del *diritto di critica* del lavoratore nei confronti dell'impresa, che, se da un lato è conseguenza del diritto di ogni lavoratore di manifestare liberamente il proprio pensiero, dall'altro lato incontra limitazioni, che si sostanziano nel divieto di diffondere notizie non veritiere a detrimento dell'impresa e quella di abusare, per far presa sull'opinione pubblica, dell'affidamento dei terzi circa la veridicità delle notizie comunicate.

Tuttavia, in queste simili fattispecie, la giurisprudenza utilizza questo dovere di fedeltà come l'equivalente dei più noti principi generali di *correttezza e buona fede*, che debbono informare l'attuazione di qualunque rapporto contrattuale. Si può concludere, quindi, che un obbligo di fedeltà inteso in senso stretto non sussiste, il che tuttavia non toglie all'imprenditore la facoltà di perseguire politiche tendenti a stimolare il senso di appartenenza o a fidelizzare il lavoratore. Ciò premesso, resta da soffermarsi sugli specifici obblighi che l'articolo 2105 testualmente prescrive. In primo luogo, è previsto, come effetto naturale del contratto di lavoro subordinato, un *obbligo di non concorrenza*: "*il prestatore di lavoro non deve trattare affari, per conto proprio o di terzi, in concorrenza con l'imprenditore...*". La concorrenza del dipendente è considerata illecita. L'obbligo di non concorrenza è da ritenersi violato ogni qualvolta il lavoratore (non importa se in forma subordinata, o autonoma, o imprenditoriale) tratta affari insistenti nel medesimo settore di attività dell'impresa, dalla quale dipende. Ciò anche se utilizza, a tal fine, schemi formali (Ad esempio imputazione dell'attività al coniuge eccetera).

In secondo luogo, il lavoratore è un obbligo di riservatezza, e segnatamente *l'obbligo di non divulgare notizie riservate*, che sono quelle "*attinenti all'organizzazione e ai metodi di produzione dell'impresa*", e comunque *di non farne uso "in modo da poter recare ad essa pregiudizio"*. Nelle ipotesi più gravi (rivelazione di segreti industriali), il comportamento in questione ha anche rilievo penale.

5. Il patto di non concorrenza

Un divieto di concorrenza può essere previsto anche per *la fase successiva alla cessazione del rapporto di lavoro*, allorché l'articolo 2105 non è più operante; ma tale ulteriore previsione richiede la stipulazione consensuale di un apposito *patto*, annesso al contratto di lavoro.

L'articolo 2125 codice civile, disegna la cornice giuridica entro cui il patto di non concorrenza è consentito dall'ordinamento, secondo una logica per cui, posto che tale patto comporta il temporale sacrificio del diritto al lavoro, la legge esige che il sacrificio richiesto al lavoratore sia adeguatamente compensato.

Anzitutto, ai sensi del comma 1, il patto deve risultare, a pena di nullità (requisito di forma *ad substantiam*), da un atto scritto.

In secondo luogo, deve essere pattuito una "corrispettivo" favore del lavoratore, che può consistere in un'indennità mensile, o in un'erogazione *una tantum* all'atto della cessazione del rapporto. La giurisprudenza chiarito che deve trattarsi, sempre piena di nullità, di un corrispettivo *adeguato* all'entità del vincolo pattuito, da cui anche la preferenza per l'erogazione *una tantum*, che rendono più calcolabile il corrispettivo. Infine, è previsto che il vincolo a lavorare in concorrenza deve essere contenuto "*entro determinati limiti di oggetto, di tempo, e di luogo*". Tuttavia, per limiti *temporali* del vincolo, è lo stesso articolo 2125 co 2 a chiarire che la durata dello stesso non può essere superiore a 5 anni, per i dirigenti, e a 3 anni, per gli altri lavoratori. Se è pattuita una durata maggiore, essa si riduce nella misura suindicata, secondo la tecnica della nullità parziale con inserimento automatico della disposizione di legge violata.

In caso di violazione del patto di non concorrenza, il lavoratore può essere chiamato a rispondere, ex articolo 1218 c.c. (responsabilità contrattuale), dei danni arrecati all'imprenditore; è diffusa, a tale proposito, la previsione di una clausola penale.

Capitolo III – OGGETTO E LUOGO DELLA PRESTAZIONE DI LAVORO

1. L'inquadramento dei lavoratori: mansione, qualifica, categoria

L'oggetto della prestazione di lavoro, come individuato nel contratto, tramite successivo esercizio del potere direttivo, si specifica in una pluralità di compiti concreti, i quali costituiscono la *mansione/i* assegnata/i al lavoratore. Tali compiti o mansioni sono identificati tramite il ricorso ad espressioni sintetiche, che variano a seconda dei settori produttivi e delle singole realtà aziendali, e che si sostanziano nella *qualifica* professionale riconosciuta ad un lavoratore, che rappresenta una sintesi riassuntiva delle mansioni a questi assegnate in misura prevalente (operaio specializzato, elettricista eccetera). Contestualmente, alla luce delle mansioni attribuite della qualifica, si procede all'operazione di inquadramento del lavoratore, che si sviluppa su due piani: il primo, più generale, è quello delle categorie previste dalla legge; il secondo, più stringente, è quello che si realizza in virtù dei meccanismi di inquadramento professionale previsti dei contratti collettivi, in particolare dei C.C.N.L. La legge e il contratto collettivo -mediante gli strumenti sopra menzionati- *classificano*, ciascuno nel rispettivo ambito, il personale dipendente, e, soprattutto, selezionano il (diverso) trattamento ad esso applicabile, a seconda delle mansioni espletate dal ruolo svolto nell'organizzazione del lavoro dell'impresa.

Una tematica diversa rivoluzionata dal *Jobs Act* è quella se, il datore di lavoro, a partire da certe mansioni, possa legittimamente *modificare* le stesse facendo esercizio del potere direttivo, ed eventualmente anche in senso peggiorativo per il lavoratore. L'importanza del tema si lascia afferrare, sol che si consideri che le organizzazioni del lavoro, a maggior ragione se ad alta intensità tecnologica sono soggetti a continui mutamenti.

2. Le categorie legali

Il primo livello del sistema di inquadramento di fonte legale.

L'articolo 2095 co 1 codice civile, intitolato "categorie dei prestatori di lavoro", distingue i lavoratori subordinati in quattro categorie (in ordine decrescente a seconda delle rilievo professionale): dirigenti, quadri, impiegati, operai. Il comma 2 della disposizione non si pronuncia, d'altra parte, sui requisiti di identità di tali categorie, ma rimanda alle *leggi speciali* e alle norme corporative (ossia ai *contratti collettivi*), affinché, "*in relazione a ciascun ramo di produzione e alla particolare struttura dell'impresa*", determinino

detti requisiti. L'importanza giuridica della distinzione in categorie è andata riducendosi col tempo e (con la più importante eccezione dei dirigenti) non corrispondono più apprezzabili differenze di trattamento giuridico tra esse. La distinzione il discorso è stato in qualche misura rivalutata dal d.lgs. 81/2015 il cui articolo 2 utilizza la nozione di categoria per circoscrivere l'ambito di esercizio del diritto del datore di lavoro di modificare le mansioni assegnate al lavoratore.

- **2.1 Il dirigente**

La definizione del dirigente privato non risiede nella legge, ma nella apposita contrattazione collettiva delle varie aree dirigenziali (industria, commercio, assicurazioni eccetera), che concordi nel definire il dirigente come la figura che, in stretta prossimità all'imprenditore, è investita di *competenze e responsabilità decisionali* con riferimento all'azienda o ad un ramo autonomo di essa. In virtù di tale collocazione apicale, l'intensità della subordinazione risulta attenuata, per quanto ciò non impedisca di ravvisare anche nelle posizioni manageriali, qualora inquadrare come subordinate, la necessità di una sottoposizione, sia pure con ampi margini di autonomia, ad un potere direttivo, o comunque di un inserimento organico del dirigente nella struttura dell'impresa e, comportando l'attribuzione formalizzata di ruoli e poteri nei riguardi del personale subordinato e/o di terzi. Il fatto che il dirigente sia il più stretto collaboratore dell'imprenditore fa sì che il relativo rapporto sia caratterizzato da un elevato grado di *fiduciarità*, che è poi la caratteristica da cui discendono i tratti di specialità del medesimo. Essi si focalizzano sul regime legale del licenziamento, nei quali non si applica la regola del giustificato motivo. Ma ne sono interessati anche altri istituti, come l'orario di lavoro (per il dirigente non vale l'orario normale contrattuale) e il patto di non concorrenza.

- **2.2 il quadro**

Il quadro è una figura di lavoratore situata in una posizione intermedia fra il dirigente, da un lato, e la massa degli impiegati operai, dall'altro. Esso corrisponde a quelle figure impiegatizie, talora operaie, che sono investite di significative responsabilità gestionali: pur senza essere un dirigente, il quadro tende verso la dirigenza, e svolge funzioni di tramite tra la base dell'impresa e l'apparato manageriale.

L'ambivalenza del quadro è all'origine di costanti inquietudini e crisi d'identità, cominciare dalle vicende che ne hanno segnato, negli anni 80 del secolo scorso (con l'evento simbolo della "marcia dei 40.000", con la quale i quadri Fiat ottennero la cessazione di un lungo sciopero proclamato dai sindacati), l'apparizione sulla scena sindacale. Nel nascente movimento dei quadri era montata, in particolare, una crescente insoddisfazione per la politica di egualitarismo retributivo seguita negli anni 70 dal sindacalismo confederale, dalla quale si ritenevano penalizzati. L'aspirazione dei sindacati dei quadri era quella di seguire la strada dei dirigenti, per essere riconosciuti come categoria autonoma e svincolarsi dal sindacalismo generale.

Peraltro, i sindacati dei quadri non sono mai riusciti a realizzare l'obiettivo del contratto collettivo separato, ma hanno ottenuto il riconoscimento legale: l'articolo 1 della *legge 13 maggio 1985 n. 190*, ha aggiunto, all'articolo 2095, comma uno, la categoria dei quadri, definiti come "*i prestatori di lavoro subordinato che, pur non essendo dirigenti, svolgono funzioni con carattere continuativo di rilevante importanza ai fini dello sviluppo e dell'attuazione degli obiettivi dell'impresa*". Anche questa disposizione, al pari di quella di quell'articolo 2095 co 2, rinvia alla contrattazione collettiva nazionale o aziendale per l'individuazione dei requisiti di appartenenza la categoria "*in relazione a ciascun ramo di produzione e alla particolare struttura organizzativa dell'impresa*". Il riconoscimento normativo del quadro è rimasto, peraltro, largamente simbolico, non essendo stato accompagnato dall'istituzione di uno speciale statuto giuridico della categoria: ciò ha riscontrato nell'articolo 2 co 3 L.190/1985, secondo il quale, salvo diversa espressa disposizione, si applicano al quadro le norme riguardanti la categoria degli impiegati. L'unica minima peculiarità del trattamento legale del quadro concerne la previsione espressa dell'obbligo del datore di lavoro di assicurare il quadro contro il rischio di responsabilità civile verso terzi, conseguente a colpa nello svolgimento delle mansioni contrattuali. Nel sistema di inquadramento di cui al CCNL, il riconoscimento del quadro ha avuto come ricaduta l'inserimento di tali lavoratori nei livelli più elevati della scala di classificazione, con la correlata attribuzione di indennità economiche *ad hoc*.

- **2.3 l'impiegato**

L'impiegato rappresenta, tra quelle legali, la categoria più antica. Nelle prime fasi dello sviluppo industriale, il colletto bianco era un lavoratore privilegiato, essendo esonerato dalla fatica del lavoro manuale, e potendo in genere contare sui elevato grado di istruzione.

Non è un caso che tale categoria sia stata la prima beneficiare di una disciplina di tutela, tramite la legge sull'impiego privato, emanata con il *r.d.l. 13 novembre 1924 n.1825*, nella quale è tuttora contenuta la definizione di impiegato. Il contratto di impiego privato è ivi presentato (articolo uno comma uno) come contratto “*per il quale una società o un privato, gestori di un'azienda, assumono a servizio dell'azienda stessa, normalmente a tempo indeterminato, l'attività professionale dell'altro contraente, con funzioni di collaborazione tanto di concetto che di ordine, eccettuata, pertanto, ogni prestazione che sia semplicemente di manodopera*”.

Collaborazione, professionalità e non manualità sono i requisiti identificativi di quella che, alla luce dell'articolo 2024, non è più tipologia contrattuale a sé, bensì una mera categoria, i requisiti di appartenenza la quale sono definiti, appunto, da una legge speciale. Tra tali requisiti, essendo la collaborazione e la professionalità ormai comuni a tutti lavoratori subordinati, l'unico dotato di una capacità distintiva-rispetto all'operaio-è rimasto quello della *non manualità*. Ma anch'esso si è appannato, in virtù dell'evoluzione dei lavoratori e della tecnica e delle dinamiche sociali. Ciò non significa che il rilievo sociale della distinzione tra “colletti blu” e “colletti bianchi” sia scomparso. Ancora oggi è normale che un operaio viva come una promozione il passaggio al lavoro impiegatizio, anche se ugualmente remunerato, mentre quella da impiegato operaio vissuta, di solito, come una retrocessione. Al riassorbimento della separazione fra le due categorie hanno contribuito anche la legge e la contrattazione collettiva che, recependo le tendenze socio-culturali in atto, hanno progressivamente eliminato la differenza di trattamento tra operai e impiegati.

- **2.4 l'operaio**

La definizione di operaio è rinvenibile non nella legge, ma nei CCNL che ancora conservano la distinzione operaio-impiegato, con tratti speculari a quella dell'impiegato. Come l'impiegato è connotato dalla non manualità, l'operaio si caratterizza per la natura prevalentemente *manuale* della prestazione di lavoro.

3. La classificazione professionale di cui ai contratti collettivi

La distinzione in categorie non è sufficiente al fine della selezione tra le diverse professionalità dei lavoratori e soprattutto dei diversi, correlati, trattamenti retributivi.

Sono invece i CCNL che contemplano tutti un sistema di inquadramento finalizzato a classificare lavoratori, a seconda dei ruoli professionali svolti, in un numero variabile (7/8) di *livelli* (categorie o parametri eccetera), o in 3 / 4 ampie aree professionali (come nei C.C.N.L. del settore bancario dei comparti pubblici).

Di ciascun livello e/o area sono offerti, dai CCNL, una *declaratoria* generale, e, nell'ambito di questa, *l'indicazione delle qualifiche (dei profili) professionali*, che sono l'espressione sintetica dell'insieme delle mansioni riconducibili a una data professionalità e degli attributi essenziali delle medesime.

I più ricorrenti attributi, sono l'autonomia e la discrezionalità esercitate nell'attività svolta, la difficoltà tecnica e/o gestionale della stessa, la responsabilità della conduzione di unità produttive o amministrative dell'azienda eccetera: il livello di inquadramento tende a crescere, in particolare, in misura proporzionale al grado di autonomia e discrezionalità, difficoltà, potere, responsabilità, inerente alle mansioni espletate dal lavoratore. L'indicazione delle qualifiche è arricchita, in molti C.C.N.L., da un'elencazione esemplificativa delle principali attività lavorative riconducibile a ciascuna qualifica o profilo. Facendo uso di queste griglie, si è in grado (anche se spesso con difficoltà) di attribuire a ciascun lavoratore il livello e il trattamento che gli competono.

Un siffatto sistema di classificazione taglia trasversalmente (con l'eccezione dei dirigenti) tutte le categorie, essendo stato previsto *l'inquadramento unico* degli impiegati degli operai che sono stati collocati, da quel momento (anche se in modo sfalsato, con impiegati nei livelli superiori e intermedi, e gli operai in quelli intermedi e inferiori), nella medesima scala di classificazione. Lo stesso è pervenuto per i quadri, nelle posizioni più elevate di tale scala.

4. Lo *ius variandi* del datore di lavoro

La classificazione professionale contenuta nei contratti collettivi rappresenta, di per sé, una limitazione alla libertà gestionale del datore di lavoro, in quanto comporta che a date mansioni corrisponda l'assegnazione di un dato livello di inquadramento, e, viceversa, che, possedendo dato livello di inquadramento, siano esigibili dal lavoratore soltanto le mansioni previste dal contratto collettivo con riguardo a tale livello.

Il datore di lavoro può facendo uso del potere direttivo *modificare* quelle mansioni (*ius variandi*). Il mutamento delle mansioni non richiede dunque una formale variazione contrattuale, che presupporrebbe l'acquisizione del consenso del lavoratore; e questo a prescindere dal fatto che gli possa essere informalmente interpellato sul proprio gradimento nei riguardi delle mansioni cui datore di lavoro intende destinarlo, e che possa, al limite, accettare di buon grado tale destinazione. Tuttavia, l'ambito di possibile esercizio dello *ius variandi* è sottoposto a *limiti* di natura imperativa, che sono posti a presidio della posizione, anzitutto professionale, e poi anche economica, del lavoratore.

Per *posizione professionale* si intende l'insieme di conoscenze, capacità ed esperienza, che si acquisiscono attraverso il lavoro e il ruolo professionale. Essa è protetta per la sua valenza economica (la professionalità è la chiave della capacità di produrre reddito), ma anche per quella personale e sociale (la professionalità è espressione della personalità del lavoratore incide sulla sua dignità sociale). Tra l'altro la giurisprudenza ne ha tratto l'ulteriore conseguenza che, se è protetta la posizione professionale, a maggior ragione deve ritenersi lecito che il lavoratore venga privato della possibilità di svolgere qualunque attività lavorativa*, come si verifica, in specie, nelle vicende di *mobbing*.

D'altra parte è appunto riconosciuta l'esigenza del datore di lavoro di poter vagliare, in tutto in parte, le mansioni del lavoratore, qualora ne ravvisi l'opportunità gestionale.

Il contemperamento tra le due contrapposte esigenze ha conosciuto alterni destini. Anteriormente al 1970, lo *ius variandi* non era limitato in alcun modo, per cui il datore di lavoro era libero di provocare, nel gioco delle mansioni, un arretramento professionale del lavoratore. Quella modifica dell'articolo 2103 codice civile, da parte della legge 300/1970, è stata invece predisposta un'incisiva normativa a protezione del lavoratore, le cui mansioni sono divenute immodificabili in peius. La normativa di cui all'articolo 2103 è stata riscritta e modificata in più punti *dall'articolo 3 del d.lgs. 81/2015*, fondamentalmente nel senso di una maggiore flessibilità nell'assegnazione delle mansioni, ferma restando la conservazione della posizione economica raggiunta dal lavoratore. La norma altresì aperto alla possibilità della stipulazione di patti comportanti la modifica in qualsiasi direzione delle mansioni, e anche del livello di inquadramento e del connesso trattamento retributivo.

*. Secondo l'opinione tradizionale, il lavoratore non ha diritto soggettivo di lavorare, ma soltanto di essere retribuito. Quello di lavorare è piuttosto un obbligo, a fronte del quale il datore di lavoro, come qualunque creditore, ha l'*onere* (non l'obbligo) di prestare la collaborazione necessaria affinché l'offerta della prestazione del lavoratore vada a buon fine; e qualora non assolva tale onere, il datore versa in una condizione di mora del creditore ex articolo 1206 c.c., e resta tenuto a corrispondere la retribuzione al lavoratore, ma quest'ultimo non può dolersi del fatto in sé di essere impedito di lavorare. Invece, alla luce dell'orientamento giurisprudenziale in discorso, si può ormai parlare di un diritto del lavoratore *al lavoro*.

- **4.1 i limiti allo *ius variandi*** L'art. 2103 co 1 c.c., come novellato dal d.lgs. 81/2015, si preoccupa anzitutto di frapporre un limite esterno all'esercizio dello *ius variandi*, in virtù del quale il prestatore di lavoro, oltre che alle mansioni "*per le quali è stato assunto*" può essere adibito soltanto a mansioni che siano "*ricongiungibili allo stesso livello e categoria legale di inquadramento delle ultime effettivamente svolte*". In sostanza, lo *ius variandi* può essere validamente esercitato soltanto in orizzontale, cioè verso mansioni di pari valore professionale delle ultime effettivamente svolte: dove il parametro di tale parità di valore è semplicemente il fatto che le mansioni di destinazione siano *ricongiungibili allo stesso livello di inquadramento contrattuale* delle mansioni di provenienza. Questo comporta affidare ai *contratti collettivi*, e di solito ai CCNL, la parola decisiva sulla comparazione tra le varie mansioni, per cui, qualora tali contratti ritengano di ridurre l'articolazione della scala di inquadramento, ad esempio con il passaggio dai tradizionali livelli è un numero minore di aree professionali, ampliando nel contempo il contenuto di queste ultime in modo da allargare lo spettro delle mansioni fungibili o di pari valore professionale, queste operazioni si traducono in una corrispondente estensione dell'ambito di esercizio dello *ius variandi*.

Il giudice, in sostanza, dispone di un parametro oggettivo (l'inquadramento da parte dei contratti collettivi) per valutare la correttezza dell'atto datoriale. Ma non è tutto, perché, oltre all'identità del livello di inquadramento, la valida effettuabilità del mutamento orizzontale di mansioni presuppone anche che le mansioni di destinazione *appartengono alla medesima categoria legale ex articolo 2095 c.c.*, delle mansioni di provenienza. Detto altrimenti, se la mansione di destinazione è di pari livello ma di diversa categoria legale (ad esempio operaia piuttosto che impiegatizia), il mutamento non può essere validamente disposto. Da quanto si è illustrato con riguardo alla fattispecie di quell'articolo 2103 comma uno, discende che, se, invece, il mutamento di mansioni comporta l'assegnazione del lavoratore a mansioni riconducibili ad un livello di inquadramento contrattuale inferiore, si verifica quello che nella pratica definito *demansionamento*, cioè l'atto datoriale non è legittimo. Questa regola ha però un'eccezione, che si realizza, a norma dell'articolo 2103 co 2 (seconda rilevante novità della riforma del 2015), nell'ipotesi in cui il mutamento *in peius* delle mansioni è determinato da una "*modifica degli assetti organizzativi aziendali che incide sulla posizione del lavoratore*". In sostanza, il datore di lavoro alla possibilità di retrocedere lavoratore ad una mansione di valore inferiore se adotta una riorganizzazione che incide in modo diretto sulla posizione del lavoratore. L'indagine che può svolgere, in tale circostanza, il giudice, ha ad oggetto la veridicità delle scelte aziendali a monte e l'esistenza di un nesso di causalità fra tale scelta è il demansionamento del lavoratore.

È dettato, altresì, requisito di forma *ad substantiam*: il mutamento di mansioni ex comma 2 deve essere comunicato per iscritto, a pena di nullità. Non è invece richiesto che la comunicazione sia motivata (cioè che sia specificata la riorganizzazione adottata): il datore di lavoro, tuttavia, può ritenere di inserire spontaneamente tale indicazione. Sono previsti, inoltre, una serie di limiti a questa eccezionale facoltà di mutamento in peius delle mansioni. Anzitutto, l'assegnazione può avvenire soltanto *a mansioni riconducibili al livello di inquadramento immediatamente inferiore nonché alla medesima categoria legale*.

In secondo luogo, il lavoratore non deve patire, oltre alla perdita professionale, una perdita economica, avendo diritto alla *conservazione del livello di inquadramento e delle correlato trattamento retributivo*, fatta eccezione per gli elementi retributivi collegati a particolari modalità di svolgimento della prestazione lavorativa.

Ulteriori ipotesi di assegnazione di mansioni appartenenti al livello di inquadramento inferiore, purché rientranti nella medesima categoria legale, possono essere previste dai contratti collettivi. Infine, sia per l'ipotesi di mutamento orizzontale che per quella di mutamento in peius, è prescritto che il mutamento di mansioni sia accompagnato, ove necessario dall'assolvimento dell'obbligo di impartire al lavoratore la necessaria formazione.

È precisato, tuttavia, che l'eventuale inadempimento, da parte del datore di lavoro, dell'obbligo formativo, non determina comunque la nullità dell'atto di assegnazione delle nuove mansioni. La normativa prevede, infine, ipotesi nelle quali il demansionamento non soltanto è consentito, ma anzi in qualche modo imposto, qualora materialmente possibile, in considerazione del passaggio in secondo piano della garanzia della professionalità del lavoratore, rispetto all'esigenza di evitare un licenziamento per giustificato motivo oggettivo.

Così l'articolo 42 co 1 del d.lgs. 81/2008, prevede che nel caso in cui il medico competente attesta l'inidoneità della lavoratore alla mansione specifica, il lavoratore deve essere adibito a mansioni equivalenti, o, in difetto, mansioni inferiori, venendo lì garantito il trattamento economico corrispondente alle mansioni di provenienza. L'obbligo di reinserire lavoratore in altre mansioni, equivalenti o al limite inferiori è altresì previsto per i lavoratori disabili la cui condizione si sia aggravata, per quelli divenuti tali in corso di rapporto.

- **4.2 Demansionamento e danno alla professionalità** Qualora il giudice accerti che il lavoratore è stato vittima di un declassamento professionale o demansionamento, illecito perché risposto al di fuori delle condizioni e delle possibilità previste dall'articolo 2103, dichiara anzitutto la *nullità* dell'atto, o del patto, che lo ha determinato, per cui lavoratore che ne stato vittima diritto di essere reintegrato nelle mansioni precedentemente svolte, o in altre purché equivalenti.

Inoltre, il demansionamento configura un *inadempimento contrattuale* del datore di lavoro, che può essere produttivo di danni risarcibili, sia patrimoniali (ad esempio per perdita di *chances* professionali) che non patrimoniali.

È diffusa la pratica di richiedere il risarcimento dei danni non patrimoniali derivanti dal pregiudizio perpetrato alla professionalità del lavoratore. La giurisprudenza di cassazione sostiene, tuttavia, che, per poter essere risarcito, il danno professionale deve essere allegato e provato in modo specifico dal lavoratore, anche se tramite l'allegazione e la prova di indizi gravi, precisi e concordanti dei quali si possa risalire ad esso.

Quanto alla liquidazione del danno in discorso, sono in uso, nella pratica giudiziale, criteri equitativi, in forza dei quali il risarcimento è commisurato a una percentuale (oscillante tra il 30% al 100% a seconda della gravità del demansionamento) della retribuzione percepita dal lavoratore, moltiplicata per i mesi nei quali si è protratto l'illecito.

- **4.3 Gli accordi individuali di modifica delle mansioni e dell'inquadramento** La logica vista all'opera nelle norme (concernente i lavoratori con disabilità) che rendono doverosa l'adibizione del lavoratore ad altre mansioni, anche inferiori (fermo restando il livello retributivo) per evitare il licenziamento, è stata raccolta dall'articolo 3 co 6 del d.lgs. 81/2015, il quale ammette che possono essere validamente stipulati *accordi individuali* di modifica sia delle mansioni che della categoria legale e del livello contrattuale di inquadramento assegnati al lavoratore e del correlativo trattamento retributivo, purché nel rispetto delle seguenti due condizioni.
 - La prima, difficilmente controllabile da un giudice, è che tali patti siano conclusi nell'interesse del lavoratore alla conservazione dell'occupazione (esempio come unica alternativa ad un licenziamento per giustificato motivo oggettivo), all'acquisizione di una diversa professionalità (esempio per passare ad altra mansione più gradita al lavoratore, al limite anche per ragioni di salute) o al miglioramento delle condizioni di vita (esempio per realizzare una migliore conciliazione vita-lavoro).
 - La seconda condizione, che incide direttamente sulla validità dell'accordo, è che esso sia stipulato in sede assistita, vale a dire nelle sedi di quell'articolo 2113, ultimo comma, c.c., o dinanzi alle commissioni di certificazione.

La norma è di notevole rilievo sistematico, già che riconosce all'autonomia individuale assistita spazi di deroga *in peius* a valere per il futuro del rapporto di lavoro.

È ispirato alla medesima *ratio* l'articolo 4 comma 11, della legge 223/1991, secondo il quale, per evitare in tutto o in parte un licenziamento collettivo, possono essere conclusi accordi sindacali prevedenti l'assegnazione, ai lavoratori minacciati dalla riduzione di personale, di nuove mansioni *anche in deroga all'articolo 2103*. In tale ipotesi l'autorizzazione al declassamento proviene direttamente dall'accordo sindacale, senza necessità di patti individuali con i lavoratori interessati.

5. Esercizio di mansioni superiori e promozione del lavoratore

Oltre che mansioni di pari livello e categoria (e, nell'ipotesi di quell'articolo 2103, comma due, mansioni inferiori), il lavoratore può vedersi assegnare -sempre tramite l'esercizio dello *ius variandi*- mansioni superiori alle ultime effettivamente svolte e quindi una retribuzione più elevata. Tale assegnazione può essere formalizzata, sin dall'inizio, come vera e propria promozione alla quale deve accompagnarsi l'attribuzione del superiore livello professionale e retributivo, ma può anche essere disposta, nel lavoro privato qui in esame, in via di mero fatto. Con specifico riferimento a quest'ultima ipotesi l'articolo 2103 co 7 stabilisce che l'esercizio delle mansioni superiori, oltre a comportare la spettanza della corrispondente retribuzione, diviene definitivo -e determina l'acquisizione definitiva del superiore livello di inquadramento- quando si protrae per un periodo fissato dai contratti collettivi, o, in mancanza, dopo sei mesi continuativi. In sostanza, il termine base (anche più lungo di un semestre) è quello fissato dai contratti collettivi, e soltanto in via suppletiva di *default*, ove i contratti non provvedano, si applica il termine legale. Trascorso il periodo rilevante, il lavoratore acquisisce in via definitiva il livello superiore non può più essere retrocesso in quanto la garanzia dell'equivalenza professionale si posiziona a tale più elevato livello. È fatta salva l'ipotesi in cui il lavoratore esprime una diversa volontà rispetto la definitività dell'assegnazione (esempio per il desiderio di tornare ad una mansione meno impegnativa), nel qual caso ha diritto ad essere riassegnato alle mansioni

precedentemente svolte o ad altre mansioni di identico livello. Il protratto svolgimento di mansioni assunte come superiori deve essere allegata e provata, in giudizio, dal lavoratore ricorrente, il quale deve altresì dimostrare che tali mansioni eccedono l'inquadramento attribuito, e soprattutto che esse corrispondono alla declaratoria dei profili professionali di un livello superiore.

L'unica eccezione alla regola in esame si ha nel caso in cui l'assegnazione alla mansione superiore avviene per sostituire un lavoratore assente dal servizio (ad esempio in malattia e maternità, o in ferie): in tale ipotesi il superamento della soglia temporale non fa scattare il diritto del sostituto all'inquadramento nel livello superiore.

7. Le modificazioni del luogo della prestazione: trasferta e trasferimento

All'atto dell'assunzione, il luogo della prestazione lavorativa è precisato nel contratto. Tale luogo, tuttavia, può andare soggetto a successive modifiche, anche unilaterali, ma entro determinati limiti.

È ammesso, anzitutto, che il datore di lavoro possa inviare il lavoratore in *trasferta* presso un luogo diverso dalla sede, di solito con l'attribuzione di un'indennità compensativa a chi gode di un regime previdenziale di favore. Perché possa parlarsi di trasferta, occorre, però, che esso sia *temporanea*, e dunque che non venga meno il legame funzionale del lavoratore con la sede di appartenenza.

Si configura, invece, un *trasferimento*, quando si ha una modifica tendenzialmente definitiva (anche se sempre reversibile) del luogo di lavoro del dipendente. Il potere di trasferire è sempre stato ritenuto compreso nel potere direttivo datoriale, che non soffriva, anteriormente al 1970, limiti di sorta.

L'art. 13 legge 300/1970, che ha novellato l'articolo 2103 c.c., ha inciso in modo significativo anche su questa prerogativa, stabilendo che il lavoratore può essere trasferito da un'unità produttiva ad un'altra soltanto quando sono dimostrate dal datore di lavoro le *ragioni tecniche, organizzative e produttive che lo giustificano*.

La tecnica limitativa del potere di trasferimento è diversa da quella impiegata per lo *ius variandi*, non incentrandosi sul rispetto di un limite preciso, bensì su una clausola generale, analoga a quella prevista per il giustificato motivo oggettivo di licenziamento. Ciò implica un più ampio margine di valutazione per il giudice investito dell'impugnativa di un trasferimento, il quale chiamato esercitare un controllo sulla veridicità e sull'attendibilità delle ragioni addotte dall'imprenditore (con riferimento sia all'unità produttiva di provenienza che è quella di destinazione), e, in secondo luogo, sulla sussistenza di un nesso di causalità fra esse e il trasferimento.

Alla luce della garanzia di libertà ex articolo 41 comma uno costituzione, il giudice non può però sindacare *nel merito* (sotto il profilo dell'opportunità economico-organizzativa e della inevitabilità) la decisione imprenditoriale che è all'origine del trasferimento.

8. Il lavoro agile

L'assetto tradizionale fondato sull'identificazione di un preciso luogo di svolgimento della prestazione lavorativa, nonché sulla qualificazione come trasferta trasferimento delle modificazioni di detto luogo, è messo alla radice in discussione dalla possibilità di una nuova modalità flessibile di esecuzione del lavoro, finalizzata anche ad una migliore conciliazione vita-lavoro, che dopo essere stata adottata da alcune grandi imprese, è stata infine disciplinata da apposite norme contenute (articoli 18-24) nella *legge 22 maggio 2017, numero 81*, con le quali ha fatto ingresso nell'ordinamento il *lavoro agile (cosiddetto smart work)*. Il lavoro agile consiste in una particolare *modalità* della prestazione di lavoro subordinato, contrassegnata da:

- esecuzione della prestazione lavorativa in parte all'interno dei locali aziendali e in parte all'esterno, nel secondo caso senza assegnazione ad una postazione fissa;
- assenza di un orario normale di lavoro, e rispetto dei soli limiti di durata massima dell'orario di lavoro giornaliero settimanale, derivanti dalla legge e dalla contrattazione collettiva;
- possibilità dell'utilizzo di strumenti tecnologici per lo svolgimento dell'attività lavorativa.

Si tratta, in pratica, di un lavoro che può essere effettuato, di solito grazie alle risorse della tecnologia, *in qualunque luogo*, a casa o altrove, così come, almeno in parte, anche in azienda, nonché, quando all'esterno, *in qualunque tempo**. L'adozione della modalità del lavoro agile richiede un *accordo tra le parti*, accessorio al rapporto principale, e da concludersi in forma scritta a pena di nullità. L'accordo il discorso disciplina: le concrete modalità di esercizio del lavoro svolto all'esterno dei locali aziendali; le forme di esercizio del

potere direttivo del datore di lavoro; i tempi di riposo del lavoratore; l'eventuale diritto del lavoratore agile all'apprendimento permanente e alla periodica certificazione delle competenze eccetera.

Tra gli elementi che devono essere concordati non rientra il luogo di possibile svolgimento della prestazione, che può essere lasciato alla libera individuazione del lavoratore, con eventuale previsione di un dovere di comunicarlo al datore e o con la possibile esclusione di alcuni luoghi (ad esempio locali pubblici). L'istituto si segnala, pertanto, anche per lo spazio notevolmente ampio lasciato alla libera contrattazione individuale tra le parti e alla libertà di azione del lavoratore. Ciò non toglie che i vari aspetti di questa forma di lavoro possono essere disciplinati anche dalla contrattazione collettiva in specie aziendale, come accaduto soprattutto nel Nord Italia. Il lavoratore agile ha diritto a un trattamento economico e normativo non inferiore a quello complessivamente applicato ai lavoratori che svolgono le medesime mansioni esclusivamente all'interno dell'azienda. Il datore di lavoro resta tenuto a garantire la salute e la sicurezza del lavoratore in modalità agile, ma assume spessore più ridotto di quello che ha di regola, nella misura in cui il datore di lavoro non conosce il luogo ove viene resa la prestazione agile, per cui non può essere tenuto responsabile dei fattori causali che sono al di là delle sue possibilità di intervento.

Di fatto, quindi, il dovere di sicurezza si risolve nel consegnare al lavoratore e al rappresentante per la sicurezza, con cadenza almeno annuale, un'informativa scritta individuante i rischi specifici connessi all'agilità del lavoro, nonché in quello di mettere a disposizione del lavoratore un'attrezzatura informatica a norma di sicurezza.

Il lavoratore è tenuto a cooperare all'attuazione delle misure di prevenzione.

Il lavoratore, inoltre, ha diritto ad essere assicurato contro gli infortuni sul lavoro e le malattie professionali, sia ovviamente per gli infortuni occorsi in occasione del lavoro che per quelli verificatisi durante il normale percorso di andata e ritorno dal luogo di abitazione a quello prescelto per lo svolgimento della prestazione lavorativa all'esterno dei locali aziendali.

L'accordo sul lavoro agile può essere a termine o a tempo determinato.

Nel secondo caso, ciascuna delle parti può recedere da esso con un preavviso di 30 giorni, elevati a 90 nel caso di lavoratori disabili. Peraltro, in presenza di un giustificato motivo, ciascuno dei contraenti può recedere prima della scadenza del termine nel caso di accordo a tempo determinato, senza preavviso nel caso di accordo a tempo indeterminato. Se, a seguito del recesso di una delle parti, l'accordo viene meno, il rapporto di lavoro torna alla modalità non agile.

*. Il lavoro agile si differenzia dal *telelavoro* subordinato in quanto quest'ultimo, quando è svolto da casa, rappresenta una modalità della prestazione di lavoro subordinato che implica l'assegnazione di una postazione fissa presso il domicilio del lavoratore.

Capitolo IV – IL TEMPO DELLA PRESTAZIONE DI LAVORO

1. Profili generali e fonti

L'estensione temporale della prestazione lavorativa è uno degli elementi caratterizzanti del rapporto di lavoro subordinato. La previsione di limiti a tale estensione, in relazione alla giornata e alla settimana, discende dall'esigenza di tutelare l'integrità fisica del lavoratore e la sua partecipazione alla vita familiare e/o sociale (conciliazione vita-lavoro). È importante, altresì, la collocazione oraria della prestazione (che può essere distribuita su massimo di tre turni, mattina-pomeriggio-notte) nel corso della giornata.

Si è avuto un incremento dei margini di gestione flessibile degli orari per l'esigenza di favorire l'incremento della competitività delle imprese e lo sviluppo dell'occupazione. È invece più ridotto lo spazio riservato a una modulazione degli orari in vista delle esigenze personali dei lavoratori.

Si sono manifestate anche linee di politica del diritto tendenti a favorire, o persino ad imporre, riduzione generalizzata dell'orario di lavoro, in modo da distribuire fra il maggior numero possibile di persone le occasioni di lavoro a disposizione ("lavorare meno per lavorare tutti").

Se tale approccio ha attecchito in Francia, in Italia ha prevalso, semmai, un approccio opposto, ispirato dalla premessa che gli orari italiani dell'operaio sono troppo brevi, in specie a paragone di quelli del lavoratore nordamericano, da cui l'introduzione di misure di defiscalizzazione dei compensi per lavoro straordinario, così da rendere conveniente il ricorso a questo ultimo.

All'interno di questo quadro generale, la disciplina dell'orario di lavoro si è dipanata per sentieri tortuosi e complicati.

Nella costituzione (articolo 36 comma due) si ricava, la necessità di stabilire, per legge, un limite alla durata massima della giornata lavorativa. All'epoca, un sistema legale di limiti all'orario già esisteva, ma non è codice civile bensì nella legislazione speciale: l'articolo 1 co 1 r.d.l. 692/1923 prescriveva che *la durata massima* dell'orario di lavoro degli operai e impiegati nelle aziende industriali o commerciali di qualunque natura, in ogni caso ovunque e pressato lavoro salariato o stipendiato *“alle dipendenze e sotto il controllo diretto altrui”* (un articolo 2094 *ante litteram*), non eccedesse le 8 ore giornaliere o le 48 ore settimanali di lavoro effettivo. Al di sotto di tale tetto, si era liberi di praticare orari normali più ridotti, come quelli di fatto introdotti dalla contrattazione collettiva, che ha abbassato l'orario settimanale medio a 40 ore mediante l'adozione della settimana corta (8 ore su 5 giorni lavorativi). Per decenni, il quadro legislativo è rimasto incentrato sulla legge del 1923, rimettendosi in movimento soltanto quando è stata adottata la direttiva 93/104/CE del 23 Novembre 1993 in merito a *“taluni aspetti dell'organizzazione dell'orario di lavoro”*, che ha sollecitato gli Stati ad una riforma organica della disciplina.

In Italia è stata recepita con l'articolo 13 della legge 196/1997 (Legge Treu), che ha introdotto un orario normale settimanale di 40 ore, ed ha reso possibile una modulazione flessibile dell'orario su base plurisettimanale. Il processo di riforma si è poi arenato riprendendo nella XIV legislatura, ove è approdato al d.lgs 8 aprile 2003 n. 66, che ha accorpato in un unico testo, per la prima volta, la disciplina dell'orario di lavoro e quella dei riposi, con abrogazione di quasi tutte le disposizioni precedenti.

Il d.lgs 66/2003 ha rispettato il ruolo tradizionalmente svolto dalla *contrattazione collettiva* come fonte della disciplina dell'orario, al punto di devolvere ad essa numerose facoltà di deroga *in peius* agli orari legali; ciò con il limite che i contratti in discorso devono essere stipulati da *“organizzazioni sindacali dei lavoratori comparativamente più rappresentative”*.

Siffatte deleghe in bianco alla contrattazione collettiva hanno aperto la strada ad una notevole flessibilizzazione dei limiti di orario. Ciò non toglie che la normativa continua ad assolvere anche la tradizionale funzione di porre limiti temporali all'impiego dei lavoratori, a presidio della salute degli stessi, e la cui violazione può dare luogo a doglianze, e in particolare a richieste di risarcimento danni, degli interessati, all'irrogazione di sanzioni amministrative da parte dell'ispettorato del lavoro. Va aggiunto che il tema dell'orario di lavoro dovrà essere rivisitato in relazione alla realtà del *lavoro interconnesso*, che include situazioni di vario tipo, dal *“lavoro agile”* (in relazione al quale viene prospettato una *“diritto alla disconnessione”*), sino all'esperienza di chi continua lavorare da casa, ricevendo e inviando *e-mail*.

2. L'orario normale settimanale

L'*“orario normale di lavoro”* rappresenta *la misura dell'estensione temporale ordinaria della prestazione lavorativa*, e quindi limite temporale o tre quali le prestazioni cessano di essere ordinarie e divengono straordinarie.

Quando si parla di orario normale, ci si riferisce di solito *all'orario collettivo* praticato presso un'impresa e tale orario è la risultante degli orari dovuti da ciascun singolo lavoratore.

Si precisa che per *“orario di lavoro”* si deve intendere qualunque tempo in cui il lavoratore sia a disposizione del datore di lavoro nell'ambito del contratto di lavoro.

L'articolo 3 comma 1 del decreto legislativo 66/2003, dispone che *“l'orario normale di lavoro è fissato in 40 ore settimanali”*. Peraltro, *“i contratti collettivi di lavoro possono stabilire, ai fini contrattuali, una durata minore e riferire l'orario normale alla durata media delle prestazioni lavorative in un periodo non superiore all'anno”*.

Ne segue che l'orario normale di lavoro rimane fissato dalla legge in 40 ore settimanali, ma i contratti collettivi, di qualsiasi livello (anche non nazionale), purché stipulati da organizzazioni sindacali dei lavoratori comparativamente più rappresentative, possono stabilire, *“ai fini contrattuali”* una *durata minore* (non una durata maggiore).

Nel contempo, ai contratti collettivi è data la facoltà di prevedere *orari multiperiodali*, ossia calcolati rapportando l'orario normale alla durata media delle prestazioni lavorative, in un arco temporale che può estendersi, al massimo, sino ad un anno. Nel quadro di tali regimi di orario flessibile, l'orario *normale* si considera osservato se è rispettata la *media* delle 40 ore nell'arco temporale dato, che significa che in alcuni periodi lavorativi può essere superata la soglia delle 40 ore *-attraverso prestazioni non qualificabili come di lavoro straordinario, e dunque non comportanti il pagamento della relativa maggiorazione-*, purché tale superamento sia compensato da altri periodi con orari inferiori a tale soglia.

È pur sempre doveroso rispettare, tuttavia, il limite massimo settimanale dell'orario, come determinato dagli articoli 4 e 6.

Sono previste, infine, *eccezione all'applicazione della disciplina dell'orario normale*, che riguardano (articolo 17 comma 5) quei lavoratori *“la cui durata dell'orario di lavoro, a causa delle caratteristiche dell'attività esercitata, non è misurata o predeterminata o può essere determinata dai lavoratori stessi”*, fra i quali, *“in particolare”* (non è un'elencazione tassativa):

- *dirigenti, personale direttivo delle aziende o di altre persone aventi potere di decisione autonomo;*
- *manodopera familiare;*
- *lavoratori nel settore liturgico della Chiese e delle comunità religiose;*
- *prestazioni rese nell'ambito di rapporti di lavoro a domicilio e di telelavoro.*

Nei confronti di questi lavoratori deve essere garantito il *“rispetto dei principi generali della protezione della sicurezza e della salute dei lavoratori”*; il che comporta che essi non devono essere costretti ad un superlavoro.

Esentato dal rispetto dell'orario normale è anche il *lavoratore agile*, al quale si applicano soltanto i limiti di durata massima dell'orario di lavoro giornaliero settimanale, derivanti dalla legge e dalla contrattazione collettiva.

3. L'orario massimo settimanale

Al di sopra dell'orario normale, è stabilito, su base settimanale, un *orario massimo*, da calcolare *includendo le ore di lavoro straordinario*. Il bene tutelato è quello dell'integrità psico-fisica del lavoratore.

Non ha rilievo, a questo fine, che si tratti di prestazioni di lavoro tecnicamente straordinarie, oppure svolte in regime di orario multiperiodale, giacché l'orario massimo deve essere comunque rispettato. Ciò premesso, la fissazione dell'orario massimo settimanale è demandata ai contratti collettivi di lavoro (di qualsiasi livello).

Tali contratti, tuttavia, sono assoggettati ad un limite legale *“in ogni caso”* non superabile, né derogabile *in peius*, che è quello di *48 ore per ogni periodo di sette giorni*. Una soglia, quella delle 48 ore, che non deve essere necessariamente rispettata settimana per settimana, bensì, stando dentro una certa durata media dell'orario di lavoro: è stabilito che articolo 4 comma 2 *“la durata media dell'orario di lavoro non può in ogni caso superare, per ogni periodo di sette giorni, di 48 ore, comprese le ore di lavoro straordinario”*.

A tali fini, aggiunge il comma 3 *“la durata media dell'orario di lavoro deve essere calcolata con riferimento ad un periodo non superiore a quattro mesi”*. Ne deriva che un'impresa può praticare, per alcune settimane, un orario di 60 ore (sino ad un massimo teorico di 78, derivante da un utilizzo pieno del limite giornaliero di 13 ore per sei giorni), purché rispetti la media di 48 ore in un arco di 4 mesi.

Inoltre, in aggiunta a tale normale flessibilità dell'orario massimo, la legge rende possibile l'introduzione di un'ulteriore dose di flessibilità, permettendo che 4 mesi di cui al comma 3 possono essere estesi sino a 6 o persino a 12 mesi, tramite previsioni derogatorie dei contratti collettivi di qualsiasi livello. In sostanza, mentre l'estensione dell'arco temporale sino a 6 mesi può essere prevista senza alcuna motivazione dai contratti collettivi, qualora questi ultimi tendono a spingersi oltre (sino al massimo di 12 mesi legalmente consentito) hanno l'onere di giustificare la deroga. Infine, anche la disposizioni in tema di orario massimo non trova applicazione nei confronti delle categorie di lavoratori individuate dall'art. 17 co 5 (riportate al paragrafo 2).

4. La giornata lavorativa: orario e riposo

Essendo l'orario legale, tanto normale quanto massimo, previsto unicamente su base settimanale, rimane aperta la questione dell'estensione *dell'orario giornaliero*.

Il problema si pone non tanto per l'orario *normale*, quanto per quello *massimo*, già oggetto del vecchio limite di otto ore (+2 di straordinario) e unica forma di orario presa in considerazione della costituzione, la quale sollecita la legge a stabilire *“la durata massima della giornata lavorativa”*.

Non vi è dubbio che limite delle 8 ore non esista più, ferma restando la facoltà dei contratti collettivi di reintrodurlo, i quali si limitano a prevedere un *orario normale giornaliero* (di solito, proprio di 8 ore), e non anche un orario massimo (vale a dire, un orario da rispettare anche i regimi di orario multiperiodale, oppure a fronte di lavoro straordinario). Tuttavia, nel sistema del decreto legislativo 66/2003 un limite alla durata massima giornaliera della prestazione di lavoro deriva direttamente dalla previsione (articolo sette) di un diritto a *11 ore di riposo consecutivo ogni 24 ore*. Ne discende che *la prestazione di lavoro non può svolgersi per più di 13 ore giornaliere*.

La disposizione che garantisce il predetto riposo giornaliero è inserita dall'articolo 17 comma uno tra quelle che possono essere derogate (anche *in peius*) *“mediante contratti collettivi stipulati a livello nazionale con le organizzazioni sindacali comparativamente più rappresentative”*, o -nel settore privato- mediante *“contratti*

collettivi territoriali o aziendali stipulati con le organizzazioni sindacali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale“.

Per quanto riguarda il distinto profilo (inerente non al quanto bensì al quando del lavoro) della *collocazione oraria* della prestazione lavorativa nella giornata, essa può essere disciplinata dei contratti collettivi, anche aziendali, o lasciata alla libertà gestionale del datore di lavoro.

5. Il lavoro straordinario

Si definisce straordinario (art. 2 co 1 lett. c) il lavoro che eccede l'orario normale settimanale di lavoro, pari a 40 ore.

La regola base, al riguardo, è quella per cui *“il lavoro straordinario deve essere computato a parte e compensato con le maggiori retributive previste dai contratti collettivi di lavoro”*. In sostanza, la legge rinvia ai contratti collettivi per quanto concerne l'ammontare delle maggiorazioni, che oscillano tra il 10% e il 50-60% a seconda delle condizioni nelle quali il lavoro straordinario è prestato (e se sono più elevate, ad esempio, in caso di straordinario notturno o festivo). Gli importi erogati a titolo di compenso per lavoro straordinario sono assoggettati, inoltre, ad un'aliquota fiscale ridotta (10%).

I contratti collettivi possono consentire che, *“in alternativa o in aggiunta alle maggiorazioni retributive, I lavoratori usufruiscono di riposi compensativi”*. È qui legittimato il meccanismo della cosiddetta banca delle ore, in virtù del quale lo straordinario è compensato non in denaro ma in natura, ossia con una quota aggiuntiva di riposi. Sono previste, altresì, limitazioni per il ricorso all'istituto. L'articolo 5 comma 1, afferma che *“il ricorso a prestazioni di lavoro straordinario deve essere contenuto”*. In modo più stringente, l'articolo 5 comma 3, prescrive che *“il ricorso al lavoro straordinario è ammesso soltanto previo accordo tra datore di lavoro e lavoratore per un periodo che non superi le 250 ore annuali”*. Tuttavia, entrambi i limiti hanno una portata relativa, potendo essere derogati, anche *in peius*, dai contratti collettivi: essi valgono infatti, *“in difetto di disciplina collettiva applicabile”*. Sono esclusi dal regime del lavoro straordinario i lavoratori cui non si applica l'orario normale.

6. Il lavoro notturno

La legge definisce “lavoratore notturno” (art. 1 co 2 lett. d-e) qualsiasi lavoratore che svolga durante il periodo notturno (almeno sette ore consecutive comprendenti l'intervallo tra le 24 le cinque) almeno tre ore del suo tempo giornaliero normale per un minimo di 80 giorni lavorativi all'anno, o una parte del suo orario di lavoro secondo la previsione dei contratti collettivi.

I contratti collettivi stabiliscono i requisiti dei lavoratori che possono essere esclusi dall'obbligo di effettuare lavoro notturno. È vietato adibire le donne al lavoro, dalle 24 alle 6, dall'accertamento dello stato di gravidanza fino al compimento di un anno di età del bambino. Non sono inoltre obbligati 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 12 anni;
- la lavoratrice o il lavoratore che abbia a proprio carico un soggetto disabile.

L'introduzione del lavoro notturno deve essere preceduta da una consultazione con le/a RSA/RSU o, in mancanza, con le organizzazioni sindacali territoriali dei lavoratori, che deve concludersi entro un massimo di 7 giorni e non impedisce al datore di lavoro, che in caso di dissenso sindacale, di adottare tale modalità di lavoro. L'orario di lavoro dei lavoratori notturni non può superare le otto ore in media nelle 24 ore.

È rimessa alla contrattazione collettiva la previsione di riduzioni dell'orario di lavoro di trattamenti economici indennitari (cospicue maggiorazioni) in favore dei lavoratori notturni. Sono previste, infine, misure a tutela della salute del lavoratore notturno. Qualora sopraggiungano condizioni di salute che comportino l'inidoneità lavoro notturno, accertata dal medico competente dalle strutture sanitarie pubbliche, il lavoratore deve essere assegnato al lavoro diurno, in altre mansioni equivalenti, se esistenti e disponibili

7. il riposo settimanale

I vari riposi previsti dalla normativa lavoristica (giornaliero, settimanale, annuale), e, dall'articolo 36 co 2 e 3 costituzione, configurano limiti inderogabili alla estensione temporale della prestazione lavorativa. Mai essi configurano, altresì, un *diritto di natura assoluta* (la cui violazione dà origine anche di una responsabilità

extracontrattuale), posto a tutela della salute fisica e psichica del lavoratore, così come della libertà di questi di disporre del proprio tempo.

Il lavoratore ha diritto ad un periodo di riposo settimanale di *24 ore consecutive ogni sette giorni* “*da cumulare con le ore di riposo giornaliero di quell’articolo sette*“. Ciò per un totale di 24 + 11 ore, cioè 35 ore consecutive di riposo ogni settimana (articolo 9 comma 1 decreto legislativo 66/2003).

Si aggiunge, peraltro, che “*suddetto periodo di riposo consecutivo è calcolato come media in un periodo non superiore a 14 giorni*“. Il regime della media vale anche nel riposo settimanale.

In caso di lesione del diritto al riposo, il lavoratore abilitato richiedere il risarcimento dei danni (biologici, esistenziale eccetera) patiti, che giudici tendono a liquidare in via equitativa.

Una distinta questione è quella della *coincidenza o no del riposo settimanale con la domenica*.

Le radici cristiane dell’Europa hanno -a scapito dell’ethos multiculturale, ragione del quale si era prospettata l’abolizione del riposo domenicale- prevalso, e il principio per cui riposo settimanale deve coincidere, “*di regola*“, quella domenica è stato ribadito dall’articolo 9 comma 1 del decreto legislativo 66/2003.

Sono previste, peraltro, numerose eccezioni nelle quali lavoro domenicale consentito, in particolare nel settore dei servizi.

L’articolo 9 nulla dice però dal trattamento retributivo per il lavoro prestato di domenica. Secondo un orientamento della giurisprudenza, essendo socialmente più penoso, tale lavoro è da ritenersi di maggiore “*qualità*“, per cui merita di essere compensato in modo specifico.

8. Le ferie

Il decreto legislativo 66/2013 prima anche le ferie annuali, peraltro in combinazione con l’articolo 2109 comma 2 e 3 c.c.

A norma dell’articolo 10 comma uno “*il prestatore di lavoro ha diritto ad un periodo annuale di ferie retribuite non inferiore a quattro settimane*“ (inclusi i giorni non lavorativi). I contratti collettivi possono estendere tale periodo, ma non ridurlo (divieto di deroga *in peius*).

La corte costituzionale, con sentenza 616/1987 a stabilito -dichiarando parzialmente illegittimo l’articolo 2109 codice civile- che *la malattia sopravvenuta durante le ferie ne sospende il decorso*, per cui il lavoratore è abilitato a recuperare i giorni di ferie perduti.

Ma, affinché si produca l’effetto sospensivo, occorre che il lavoratore sia affetto da una malattia tale da impedire in modo apprezzabile la fruizione delle ferie; è considerata tale una malattia con prognosi di almeno tre giorni. Il principio in esame ha rafforzato l’effettività del diritto alle ferie, inteso come diritto irrinunciabile della persona a disporre di una dotazione di tempo *libero dal lavoro*, riservato, come tale, alle proprie libere scelte.

La *collocazione temporale* del periodo di ferie spetta, in base all’art. 2109 c.2 cc, al datore di lavoro, tenuto però conto degli interessi del lavoratore. Ma le ferie devono essere godute per almeno due settimane nel corso dell’anno di maturazione, e, per le restanti due, nei 18 mesi successivi al termine di detto anno. Spetta, durante le ferie, la normale retribuzione: il trattamento feriale è limitato alla retribuzione base e alle voci più ricorrenti; ma sono sovrane, al riguardo, le determinazioni dei contratti collettivi.

Il c.2 dell’art. 10 prescrive, infine, che “*il predetto periodo minimo di quattro settimane non può essere sostituito dalla relativa indennità per ferie non godute, salvo il caso di risoluzione del rapporto di lavoro*“. È così formalizzato il principio della fruizione *reale* del diritto alle ferie, che non è sostituibile dal diritto all’indennità risarcitoria per ferie non godute.

Ne discende l’invalidità delle norme collettive che prevedono la monetizzazione delle ferie. L’unica eccezione al divieto di monetizzazione quella in cui le ferie non possono più essere consumate, per essere cessato rapporto di lavoro.

La questione dello smaltimento delle ferie può dare luogo a conflitti in seno all’organizzazione: l’accumulo di ferie non godute è riconducibile a disfunzioni organizzative o il fatto che il lavoratore non esaurisce tutto il monte ore a disposizione, in modo da monetizzare il valore. Spetta al datore di lavoro, in questo secondo caso, sollecitare il dipendente di andare in ferie.

Le problematiche segnalate assumono una pregnanza accentuata nel *settore pubblico*, nel quale i vincoli gerarchici sono più allentati.

Capitolo V – POTERE DI CONTROLLO E TUTELA DELLA PRIVACY

1. Il potere di controllo

Il potere di controllo sui lavoratori, pur non esplicitamente menzionato dal codice civile, è da sempre ritenuto una componente naturale del potere direttivo. Esso è strettamente inerente alla posizione dell'imprenditore in quanto "capo" dell'impresa, essendo finalizzato a garantire la corretta e tempestiva esecuzione degli obblighi lavorativi, nonché l'osservanza delle regole che disciplinano la condotta del lavoratore dentro l'impresa.

Quanto più l'esercizio di tale potere va esente da limiti, tanto più ne viene esaltato il carattere autoritario dell'impresa. Un diritto del lavoro che si proponga di rendere l'organizzazione del lavoro nell'impresa più democratica, rispettosa della libertà e della dignità del cittadino lavoratore non può non preoccuparsi di limitare le forme e le modalità di esercizio dei controlli.

E se ne è preoccupato con delle disposizioni di cui al Titolo I dello Statuto dei diritti dei lavoratori (alle quali si deve anche formale riconoscimento del potere in questione). In una successiva stagione legislativa, tali limiti si sono affiancati a quelli previsti a tutela della *privacy* di ogni cittadino, che hanno inciso anche sulla dimensione dei controlli. È apparsa sempre più evidente, nel contempo, l'obsolescenza di una norma come quella statutaria sui controlli a distanza, a fronte di tecnologie (informatiche) divenute un tutt'uno con le strettamente deve ordinare attività lavorativa e che consentono anche particolari possibilità di controllo sull'operato dei dipendenti.

Queste esigenze di aggiornamento, sono state infine raccolte dal *decreto legislativo 151/2015*, emanato nel quadro del *Jobs Act*, che ha riscritto la disciplina di quell'articolo quattro dello statuto dei diritti dei lavoratori. Nel frattempo, anche la normativa a tutela della *privacy* si è voluta, acquisendo una dimensione europea: dal 25 maggio 2018 è in vigore in ogni Stato membro il *Regolamento UE 2016/679* del parlamento europeo del consiglio sulla protezione dei dati personali, che è subentrato ai precedenti codici nazionali.

2. Le guardie giurate

L'articolo 2 legge 300/1970, limita l'uso delle *guardie giurate* (non dipendenti dell'imprenditore), disponendo, al comma 1, che esse possono essere utilizzate dal datore di lavoro "*soltanto per scopi di tutela del patrimonio aziendale*", e, comma 2, che "*non possono contestare ai lavoratori azioni o fatti diversi da quelli che tengono la tutela del patrimonio aziendale*".

Il comma 3 chiarisce che "*è fatto divieto al datore di lavoro di adibire alla vigilanza sull'attività lavorativa le guardie di cui al primo comma, le quali non possono accedere ai locali dove si svolge l'attività, durante lo svolgimento della stessa, se non eccezionalmente per specifiche motivate esigenze attinenti compiti di cui al primo comma*".

Da tale insieme di divieti si trae che le guardie giurate non possono essere impiegate per controllare i lavoratori, ma soltanto per tutelare il patrimonio aziendale. Le informazioni che esse raccolgono in merito alla dirigenza lavorativa dei dipendenti, sono, inutilizzabili; ma qualora la condotta negligente di un lavoratore si sia risolta, contemporaneamente, nella commissione di un illecito penale contro il patrimonio aziendale (ad esempio un furto), tali formazioni tornano ad essere a pieno utilizzabili, anche in giudizio.

In caso di inosservanza della disposizione (articolo due comma quattro), la guardia giurata è punito con la sospensione del servizio, e, nei casi più gravi, con la revoca della licenza.

Inoltre, tanto la guardia giurata quanto il datore di lavoro sono sanzionabili penalmente.

3. Il personale di vigilanza

L'articolo 3 legge 300/1970, dedicato al *personale di vigilanza* è finalizzato a prevenire controlli occulti effettuati tramite persone, sul presupposto che si siano intrinsecamente sleali e lesivi della dignità del lavoratore. A fronte di tale esigenza, dietro quella del datore di lavoro a prevenire e/o verificare la commissione di illeciti, specialmente in quell'attività a rischio di furti e di irregolarità di vario genere da parte dei dipendenti. Il precetto normativo è, in sé, chiaro: "*i nominativi e le mansioni specifiche del personale addetto alla vigilanza devono essere comunicati lavoratori interessati*".

Tuttavia, onde evitare che un'applicazione troppo rigorosa della norma rende impossibile la repressione degli illeciti aziendali, la giurisprudenza le interpreta nel senso di ritenere legittimo, in quanto avente una funzione *difensiva*, il controllo occulto (ad esempio operato da dipendenti in borghese) sulla base di una valutazione *ex post*, cioè quando esso permette di accertare la commissione, da parte dei lavoratori, di illeciti tendenzialmente di rilievo penale, o comunque di particolare gravità.

Peraltro, dal momento che il comportamento lavorativo integrante gli estremi di un reato rappresenta, nel contempo, anche un grave inadempimento contrattuale, sulle informazioni così raccolte (ad esempio furto posto in essere dal dipendente) può essere legittimamente fondato un provvedimento disciplinare, incluso il licenziamento.

4. I controlli a distanza sul lavoro

I controlli a distanza sul lavoro, effettuati tramite impianti audio visivi (ad esempio telecamere a circuito chiuso) o altri strumenti (inclusi quelli elettronici e informatici) sono disciplinati dall'articolo 4 legge 300/1970, che è stato reiscritto dall'art. 23 d.lgs n.151/2015.

L'articolo 4 comma 1, primo periodo, così dispone *“Gli impianti audiovisivi e gli altri strumenti dai quali derivi anche la possibilità di controllo a distanza dell'attività dei lavoratori possono essere impiegati esclusivamente per esigenze organizzative e produttive, per la sicurezza del lavoro e per la tutela del patrimonio aziendale e possono essere installati previo accordo collettivo stipulato dalla rappresentanza sindacale unitaria o dalle rappresentanze sindacali aziendali”*.

Dalla norma di portata è ricavabile un doppio ordine di limiti all'esercizio del potere di controllo: uno di natura sostanziale, l'altro di natura procedurale. Secondo il primo, installazione (e, conseguentemente, l'utilizzazione) di tali impianti e strumenti è consentita esclusivamente quando avviene *“per esigenze organizzative e produttive, per la sicurezza del lavoro e per la tutela del patrimonio aziendale”*, quand'è che ne derivi la possibilità di un controllo a distanza dell'attività dei lavoratori. Se ne ricava, *a contrario*, che la predetta installazione è vietata se mossa dall'esclusiva finalità del controllo a distanza dell'attività dei lavoratori.

Per la seconda condizione (limite procedurale), l'installazione deve essere autorizzata da un previo *accordo collettivo* stipulato tra datore di lavoro e la RSU o le RSA. In alternativa, nel caso di imprese con unità produttive ubicate in diverse province della stessa regione ovvero in più regioni, l'accordo può essere stipulato a livello nazionale, purché con le associazioni sindacali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale. In mancanza di accordo, gli impianti e gli strumenti possono essere utilizzati previa *autorizzazione amministrativa* rilasciata dalla sede territoriale dell'ispettorato del lavoro o in alternativa, nel caso di imprese con unità produttive dislocate negli ambiti di più sedi territoriali, dalla sede centrale del predetto ispettorato. La funzione dell'accordo o dell'autorizzazione amministrativa è quella di verificare e di validare la sussistenza delle esigenze aziendali che ne giustificano l'installazione.

L'articolo 4 comma 2, prevede, peraltro (prima rilevanti novità del 2015 per sapere) che la disposizione di cui al c.1 non si applica *“agli strumenti utilizzati dal lavoratore per rendere la prestazione lavorativa e agli strumenti di registrazione degli accessi e delle presenze”*.

In sostanza, gli strumenti che l'impresa mette a disposizione del lavoratore per rendere la prestazione lavorativa (quali *computer, tablet e smartphone*), così come i *badge* che registrano accessi e uscite dei dipendenti, possono essere utilizzati, anche se dai si deriva la possibilità di incontrare a distanza sull'attività dei lavoratori, senza dover passare per un accordo sindacale o un'autorizzazione amministrativa. Il legislatore dà per scontato, in sostanza, che l'impiego di questi strumenti risponde ad una giustificazione oggettiva. L'individuazione di quali strumenti rientrino nel comma 1 e quali nel comma 2 è, peraltro, problematica. Allo stato dell'interpretazione Corrente, affinché operi l'esenzione della procedura autorizzativa occorre che lo strumento sia immediatamente di esclusivamente finalizzato all'espletamento del lavoro. Qualora, invece, lo strumento abbia finalità organizzative *ulteriori* che trascendono quello che è strettamente necessario al dipendente per lavorare (esempio sistemi di geolocalizzazione consistenti anche in applicativi installati sugli *smartphone* in dotazione), per poterlo installare il datore di lavoro deve munirsi dell'autorizzazione di cui al comma 1.

La seconda rilevante novità recata dalla riforma del 2015 si rinviene comma 3, ove si prevede che le informazioni raccolte o tramite gli strumenti di controllo autorizzati o tramite gli strumenti di lavoro esenti da autorizzazione sindacale amministrativa sono utilizzabili dal datore di lavoro a tutti i fini connessi al rapporto di lavoro, ma a una duplice condizione:

- Che sia stata data al lavoratore, dal datore di lavoro, preventiva e adeguata informazione delle modalità d'uso degli strumenti e delle modalità di effettuazione dei controlli;
- Che siano state rispettate, in generale, le prescrizioni del decreto legislativo 196/2003 (codice *privacy*), le quali includono principi regolatori del trattamento dei dati (come il principio per cui il trattamento

deve essere esercitato in modo proporzionato e il meno possibile invasivo) e una serie di canoni di condotta specificati, in vari provvedimenti, dal Garante per la protezione dei dati personali. Per quanto appena detto, l'illustrazione della disciplina presuppone il coordinamento e l'integrazione della normativa dell'articolo 4 con quella della normativa *privacy*. Inosservanza dell'articolo 4 è punita con la sanzione penale di cui all'articolo 38 legge 300/1970.

5. Le visite personali di controllo

È strutturato in maniera analoga all'articolo 4, l'articolo 6 legge 300/1970, il cui comma uno proibisce le visite personali di controllo (cosiddette perquisizioni) sul lavoratore, fuorchè nei casi *“in cui siano indispensabili ai fini della tutela del patrimonio aziendale, in relazione alla qualità degli strumenti di lavoro o delle materie prime o dei prodotti”*.

Ricorrendo tale condizione, tali visite possono essere effettuate, *“soltanto a condizione che siano eseguite all'uscita dei luoghi di lavoro, che siano salvaguardate la dignità e la riservatezza del lavoratore e che avvengano con l'applicazione di sistemi di selezione automatica riferite alla collettività o a gruppi di lavoratori”*.

Le ipotesi nelle quali possono essere disposte -se sussistono l'esigenza di cui al comma uno- le visite personali, nonché le relative modalità, devono essere concordate dal datore con le RSA o con la RSU, oppure, in difetto di accordo, devono essere oggetto di un provvedimento autorizzativo dell'ispettorato del lavoro.

L'inosservanza dell'articolo 6 è penalmente sanzionata, ex articolo 38 legge 300/1970.

6. Il divieto di indagini sulle opinioni del lavoratore

Lo statuto dei lavoratori si è preoccupato di garantire la libertà e dignità del lavoratore sotto il profilo della protezione della sfera privata del lavoratore. Tale protezione è un diritto del lavoratore, in quanto cittadino, ma altresì una precondizione essenziale affinché non si creino situazioni di soggezione, dalle quali potrebbero scaturire discriminazione a danno del lavoratore.

La disposizione centrale, al riguardo, è quella di quell'articolo 8 legge 300/1970: *“è fatto divieto al datore di lavoro, ai fini dell'assunzione come nel corso dello svolgimento del rapporto di lavoro, di effettuare indagini, anche a mezzo di terzi, sulle opinioni politiche, religiose o sindacali dei lavoratori, nonché su fatti non rilevanti ai fini della valutazione dell'attitudine professionale del lavoratore”*.

Dal divieto in questione discende che vi è una vasta gamma di private informazioni (esempio su opinioni politiche, fede religiosa eccetera) che datore di lavoro non è autorizzato ad acquisire, a cominciare dai colloqui preassuntivi. La valenza del divieto deve essere commisurata, peraltro, al tipo di attività: per alcuni lavori comportanti il maneggio di denaro o di materiale prezioso può essere legittima anche la richiesta, di solito non consentita, del certificato penale.

La giurisprudenza considera invece lecite, alla luce dell'articolo otto, le indagini (anche a mezzo di investigatori professionisti) sul comportamento del lavoratore malato o in permesso, al fine di verificare la commissione di eventuali condotte abusive. Ciò sulla premessa che tali condotte sono potenzialmente *rilevanti* ai fini della valutazione dell'attitudine professionale del lavoratore. L'inosservanza dell'articolo 8 è sanzionata penalmente ex articolo 38 legge 300/1970.

7. La tutela della privacy nel rapporto di lavoro

Dal 25 maggio 2018 la disciplina nazionale posta a protezione della *privacy* dei cittadini, che risaliva al 1996 ma era stata raccolta nel decreto legislativo 196/2003 (codice *privacy*), è stata soppiantata dal *Regolamento UE 2016/679* del parlamento europeo e del consiglio sulla protezione dei dati personali (indicato come GDPR). La compiuta applicazione di questa disciplina necessita dell'emanazione di un decreto legislativo non ancora emanato.

In termini generali, comunque, la normativa *privacy* si propone di tutelare ciascun cittadino, *ergo* anche lavoratore, sotto il profilo della corrente effettuazione del trattamento di informazioni che lo riguardano, e che sono detenute da altri, nella specie il datore di lavoro.

È da tener conto, a riguardo, che la gestione amministrativa di rapporti di lavoro comporta l'acquisizione, il trattamento, di numerosi dati personali inerenti ai lavoratori. In aggiunta a ciò, tali dati possono essere

raccolti tramite l'esercizio di una delle illustrate forme di controllo. Si ha, in tal caso, una sovrapposizione con le commentate disposizioni statutarie, con la differenza che queste ultime incidono nel momento dell'acquisizione dei dati, non in quello, consequenziale, della gestione dei medesimi. Insomma può esservi una gestione di dati personali pervenuti al datore di lavoro a prescindere dall'effettuazione di controlli; all'inverso, quando c'è un controllo sul lavoro, esso comporta sempre l'acquisizione, è di conseguenza la gestione di qualche dato personale. Questi diversi passaggi sono però ricondotti ad unità dall'ampia nozione di "trattamento" del dato personale, che la normativa mira a regolare, e che include anche la raccolta e la registrazione del dato medesimo. Non v'è dunque complementarità, fra i due nuclei normativi, nel senso che la tutela di quella normativa in tema di *privacy* si aggiunge a quella di cui all'art. 4 legge 300/1970. Il GDPR prevede una serie di principi generali di condotta, in base ai quali, ai dati personali devono essere trattati in modo lecito, corretto e trasparente nei confronti dell'interessato; raccolti per finalità determinate, esplicite e legittime, trattati in modo compatibile con tale finalità ("limitazione delle finalità"); adeguati, pertinenti e limitati rispetto alle finalità per le quali sono trattati ("minimizzazione dei dati"); esatti e aggiornati ("esattezza"); conservati per un arco di tempo non superiore al conseguimento delle finalità per le quali sono trattati ("limitazione della conservazione"); Trattati in modo da garantirne "integrità e riservatezza".

Il GDPR prevede, inoltre, che il valido *trattamento* dei dati personali è condizionato alla previa *informativa* e all'espressione del *consenso* della persona cui esse si riferiscono (la quale ha un diritto di accesso ai dati - articolo 15).

Si deve considerare, tuttavia, che la maggior parte dei dati raccolti e trattati dal datore di lavoro nella gestione quotidiana della rapporto (ad esempio, quelli concernenti le presenze assenze dei lavoratori) è finalizzata all'esecuzione di obblighi posti a carico dello stesso datore, a cominciare dall'obbligo retributivo. In vista di tale raccolta non sono richiesti né l'*informativa* né il *consenso*. Diversa è l'ipotesi in cui dati vengono raccolti, e quindi trattati, tramite strumenti che consentono anche un controllo a distanza sui lavoratori. Tuttavia, anche in questi casi, essendo il trattamento effettuato per il perseguimento di un "legittimo interesse" del datore di lavoro, l'istallazione dello strumento non necessita del *consenso* del secondo. Vale pienamente, invece, il dovere di *informativa* allo stesso lavoratore su come saranno trattati, i suoi dati personali. Sul tasto dell'informazione della trasparenza ha sempre battuto anche il Garante, sollecitando le imprese a mettere a punto, e pubblicizzare nei riguardi dei lavoratori, la propria *policy* interna, in particolare con riguardo all'impiego degli strumenti informatici aziendali. Per quanto riguarda, poi, come tradurre ai principi generali di liceità, limitazione delle finalità, minimizzazione dei dati ecc, in regole d'uso gestibili dagli operatori, nel caso dei datori di lavoro, si deve tenere conto dei numerosi provvedimenti sia generali che particolari adottati dal Garante in relazione alle varie tipologie di strumenti.

Le indicazioni che si traggono da questi provvedimenti sono numerose, anche se non sempre chiare per le imprese: privilegiare, sui controlli *ex post* sugli accessi a Internet dei lavoratori, i dispositivi che bloccano l'accesso ai siti estranei all'attività lavorativa; non effettuare un monitoraggio prolungato e indiscriminato sull'uso della posta elettronica; non sorvegliare dipendenti modo continuo tramite dispositivi che consentono la loro geolocalizzazione eccetera. L'importanza del rispetto di queste indicazioni è cresciuta da quanto l'articolo 4 comma 3 legge 300/1970, ha individuato l'osservanza delle prescrizioni *privacy*, come condizioni per l'utilizzabilità delle informazioni acquisite ai fini contrattuali e disciplinari.

Una considerazione a parte meritano i *dati sensibili*, ossia i dati personali rivolti a rivelare l'origine razziale o etnica, di opinioni politiche, le convinzioni religiose o filosofiche, l'appartenenza sindacale, lo stato di salute, la vita o l'orientamento sessuale poiché il trattamento di questi dati richiede particolari cautele.

Capitolo VI – IL POTERE DISCIPLINARE

1. Potere disciplinare e contratto di lavoro

Di norma, la violazione di obblighi privati produce il diritto del creditore (da contratto), o del danneggiato (o nella responsabilità extracontrattuale), al risarcimento del danno. Anche nel rapporto di lavoro -di natura contrattuale- il lavoratore che si sia reso responsabile della violazione di un obbligo di natura contrattuale può essere perseguito con un'azione *ex articolo 1218 c.c* (responsabilità contrattuale).

Ma un'azione di questo tipo deve essere proposta davanti ad un giudice, con tempi ingestibili per la vita aziendale. Così, a fianco della classica responsabilità contrattuale, il codice civile ha previsto una parallela forma di responsabilità, quella *disciplinare*, cui corrisponde la titolarità di uno specifico *potere* in capo al

datore di lavoro. In altre parole, la legge consente che il lavoratore inadempiente possa essere perseguito anche con l'irrogazione diretta, da parte del datore di lavoro, di misure di contenuto afflittivo, dette *sanzioni disciplinari*. Ciò sia quando l'inadempimento del lavoratore ha ad oggetto l'obbligo principale di lavorare (art. 2104) o l'obbligo di fedeltà (art.2105), sia quando consiste nell'in ottemperanza a disposizioni “*per l'esecuzione e la disciplina del lavoro*” impartite dal datore di lavoro.

Il potere disciplinare è considerato un esempio di quel fenomeno eccezionale del diritto privato, rappresentato dalle pene private, che si caratterizza per l'importazione di categorie pubblicistica in un rapporto privatistico. Nel rapporto di lavoro, e dato interiormente peculiare che il potere di irrogare la pena privata in questione conferito dalla disciplina legale del contratto di lavoro subordinato.

2. I presupposti sostanziali del potere disciplinare

Il fondamento normativo del potere disciplinare risiede nell'articolo 2106 c.c., ove sono indicati i presupposti sostanziali di esercizio, che consistono, nell'inosservanza, da parte del lavoratore, dei tre obblighi di quegli articoli 2104 e 2105.

Fermi tali presupposti, principio orientativo dettato dell'articolo 2106 per il concreto esercizio del potere disciplinare è quello della *proporzionalità* della sanzione all'infrazione commessa. L'articolo 2106, inoltre, opera un rinvio ai contratti collettivi (“*in conformità alle norme corporative*”) circa le altre condizioni di esercizio del potere disciplinare. L'ingerenza dei contratti collettivi è servita a rendere meno arbitrario tale esercizio, in ordine all'individuazione delle *infrazioni* (ciò che lavoratore non deve fare) e delle *sanzioni* (ciò che rischia se commette di frazione).

Tuttavia, l'espressione usata a tale riguardo (“*in conformità...*”), Non è stringente dal punto di impedirne l'abuso. All'epoca dell'emanazione dello statuto dei lavoratori, l'esigenza di contrattualizzare il potere disciplinare era pertanto molto sentita. Del resto, allorchè si tollera l'instaurazione di un ordine disciplinare all'interno di una comunità ristretta, e gerarchicamente ordinata, come l'azienda, il tasso di attenzione dell'ordinamento deve essere elevato, a tutela dei valori di dignità della persona.

Venendo incontro a questa istanza, definita dalla corte costituzionale di “*civiltà giuridica*”, l'articolo 7 legge 300/1970 -una delle norme più importanti, e applicate, dello Statuto dei diritti dei lavoratori-introdotta la disciplina di taglio garantistico che ha modificato il volto del potere disciplinare, tanto sotto il profilo sostanziale che procedurale.

Dal punto di vista *sostanziale*, la fonte principale di determinazione dei presupposti del potere divenuto il contratto collettivo: “*Le norme disciplinari relative alle sanzioni, alle infrazioni in relazione alle quali ciascuna di esse può essere applicata e alle procedure di contestazione delle stesse... Devono applicare quante materie stabilito da accordi e contratti (collettivi) di lavoro ove esistano*”.

Ne deriva che datore di lavoro non può più prevedere infrazioni e sanzioni a proprio piacimento, ma deve applicare obbligatoriamente le norme dei contratti collettivi che prevedono, di solito a livello di C.C.N.L., il *codice disciplinare*. L'investitura della fonte collettiva si accompagna, pertanto, al principio garantistico -che richiama il principio di legalità- secondo cui la fonte a ciò deputata deve stabilire preventivamente l'ipotesi di legittimo esercizio del potere, sia come frazioni (*nullum crimen sine lege*) che come sanzione (*nulla poena sine lege*).

Ciò non esclude peraltro, che, tramite un regolamento od ordini di servizio di varia natura, il datore di lavoro possa *specificare* le previsioni generali dei C.C.N.L. in ordine alle *infrazioni*, tenuto conto delle concrete esigenze dell'azienda. Quanto alle *sanzioni*, quelle di natura conservativa (che non comportano la risoluzione del rapporto di lavoro) previste dai C.C.N.L. sono, in ordine crescente di gravità, le seguenti: rimprovero verbale, rimprovero scritto o censura, multa, sospensione dal lavoro e dalla retribuzione. Peraltro, l'articolo 7 comma 4, prescrive, con effetto imperativo anche nei riguardi dei contratti collettivi, che la *multa* non può essere disposta per un importo superiore a quattro ore della retribuzione base, e che la *sospensione* non può protrarsi per più di 10 giorni. Inoltre, in base alla norma, non possono essere inflitte (a parte il licenziamento) sanzioni che comportino *mutamenti definitivi* del rapporto, come un mutamento di mansioni o un trasferimento, se determinati da ragioni disciplinari. Ne segue che, ove un lavoratore ritenga che tali atti gestionali, pur ufficialmente motivati in modo diverso, siano determinati, in realtà, da non dichiarate ragioni disciplinari, può impugnarli in giudizio, e, qualora riesca a fornire la prova di quanto asserisce, far dichiarare nulli o comunque illegittimi tali atti.

Il codice disciplinare deve esplicitare anche *rapporto di corrispondenza fra infrazioni e sanzioni*. Talvolta i codici contrattuali lasciano al datore di lavoro un eccessivo margine di discrezionalità, oltre quello fisiologico che è legato alla valutazione della colpevolezza soggettiva del lavoratore, mai calcolabile in

anticipo (a tale riguardo, i C.C.N.L. prevedono che nella scelta della sanzione si deve tener conto dell'intensità del dolo o della colpa del dipendente). Per il resto, nei codici disciplinari vi è naturale progressione, dai comportamenti meno gravi, passibili di lievi sanzioni, a quelli più gravi, per i quali cresce proporzionalmente la gravità della sanzione. Ad esempio, l'assenza ingiustificata dal lavoro sino a 3 giorni comporta, di solito, una sospensione, ma dal 4 giorno consente l'irrogazione di un licenziamento, di solito per giustificato motivo soggettivo. Il giudice conserva, peraltro, la facoltà di sindacare la congruità del codice disciplinare, sotto il profilo del rispetto del principio di proporzionalità ex articolo 2106.

Quasi tutti i contratti collettivi prevedono, altresì, la *recidiva*, che opera come fattore di aggravamento della responsabilità disciplinare, nel senso che, quando il lavoratore già in corso in una sanzione per una condotta simile (recidiva specifica, più grave) o in altre sanzioni per fatti diversi (recidiva generica meno grave), una certa infrazione può dare luogo ad una sanzione più grave di quello ordinariamente prevista. L'articolo 7 comma 8, prescrive, peraltro, che ai fini della recidiva non possono rilevare sanzioni disciplinari applicate più di 2 anni prima. Infine, l'articolo 7 comma 1, onde garantire che lavoratori sia dato un'informazione adeguata in ordine il codice disciplinare, dispone che questo sia *affisso in luogo accessibile a tutti*.

3. Il procedimento disciplinare

A caratterizzare la normativa dell'articolo 7 è, soprattutto, la previsione di una *procedura di irrogazione* della sanzione disciplinare, finalizzato a consentire al lavoratore di difendersi di fronte alla minaccia di un provvedimento avente quel carattere. Tale procedura si applica alle sanzioni di tipo *conservativo*, per le quali è stata pensata. Si è a lungo discusso, altresì, se essa debba essere applicata anche al *licenziamento*, quando essa ha carattere *disciplinare*, ossia è motivato dal comportamento riprovevole del lavoratore (e sono tali, il licenziamento per *giusta causa* e quello per *giustificato motivo soggettivo*). La giurisprudenza, prima costituzionale e poi di cassazione, ha risolto la questione in senso affermativo, anche se limitatamente alle fasi della contestazione e della difesa. Ciò premesso, i passaggi del procedimento disciplinare sono quelli illustrati di seguito.

- **3.1 la contestazione dell'addebito**

Il datore di lavoro, una volta accertato un comportamento disciplinarmente rilevante, deve contestare al lavoratore, mediante comunicazione scritta l'asserita commissione di tale fatto, indicandone, con la maggior precisione possibile (in modo da consentire al lavoratore di difendersi), le circostanze materiali, di luogo e di tempo.

- **3.2 la difesa del lavoratore**

Tra la ricezione della contestazione da parte del lavoratore, e l'eventuale adozione della sanzione, deve intercorrere un termine dilatorio di almeno *5 giorni*, che il lavoratore può utilizzare per presentare le proprie difese in ordine all'addebito contestato, tanto per iscritto quanto realmente, se del caso con l'assistenza di un rappresentante dell'associazione sindacale cui predetto aderisce o conferisce, nell'occasione, mandato ad assisterlo. Il datore di lavoro è tenuto, a propria volta, a consentire il pieno esercizio di tale diritto di difesa.

- **3.3 l'irrogazione della sanzione**

Se il datore di lavoro reputa inattendibile o non sufficienti le giustificazioni presentate dal lavoratore, o comunque se trascorre il termine a difesa senza che siano state presentate giustificazioni, datore di lavoro, qualora avessi convinto della responsabilità del dipendente, può procedere all'adozione della sanzione, tramite una comunicazione scritta inviata al predetto.

È corretto che, nella formulazione della lettera di irrogazione della sanzione, il datore di lavoro faccia riferimento alle difese avanzate dal lavoratore. Ma egli non è tenuto a motivare nel dettaglio le ragioni per cui ritiene di non accogliere tali difese, né tanto meno provare la veridicità dei fatti contestati a fondamento della sanzione disciplinare. L'adozione della sanzione non è obbligatoria, nel qual caso il procedimento si conclude con l'archiviazione della contestazione.

- **3.4 l'impugnazione della sanzione**

Una volta ricevuta la sanzione, il lavoratore può impugnarla per ragioni sia *sostanziali* (insussistenza del fatto addebitato, esistenza di circostanze attenuanti, sproporzione della sanzione) che *procedurali*

(genericità o omessa affissione del codice disciplinare, omissione o genericità della contestazione dell'addebito eccetera), che integrino gli estremi di una violazione degli articoli 2106 c.c., e 7 legge 300/1970, oltre che dalla normativa rilevante del C.C.N.L. L'impugnazione, che è rivolta a far valere la nullità della sanzione, per violazione della normativa imperativa rilevante, può essere proposta al giudice del lavoro, oppure dal collegio arbitrale istituito presso l'ispettorato del lavoro.

4. Il potere disciplinare nel lavoro pubblico

Il regime del potere disciplinare nel lavoro pubblico richiede una trattazione differenziata, essendo caratterizzato da numerosi tratti di specialità.

Il primo tratto di specialità consiste nel fatto che alcune fattispecie sanzionatorie sono previste non nei contratti collettivi, ma dalla legge, e non sono modificabili, neanche *in melius* per il lavoratore, dal contratto collettivo, a pena di nullità accompagnata dalla sostituzione automatica della clausola collettiva da parte della norma legale imperativa. In alcune di queste ipotesi (esempio la falsa attestazione della presenza in servizio) è prevista, come unica sanzione possibile, il licenziamento disciplinare, con o senza preavviso; in altre (esempio quella del dipendente che, essendo a conoscenza di informazioni rilevanti per un procedimento disciplinare relativo a terzi, si rifiuta di collaborare con l'amministrazione), la sospensione dal servizio senza retribuzione, per un importo temporale di volta in volta fissato.

Per il resto, infrazioni e sanzioni sono previste, come nel lavoro privato, dai contratti collettivi nazionali di comparto. Le tipologie di sanzione sono le medesime del lavoro privato con l'aggiunta della sanzione della sospensione fino massimo di 6 mesi (anche per il dirigente).

L'affissione del codice disciplinare, necessaria nel lavoro privato, è qui realizzata tramite la pubblicazione dello stesso nel sito istituzionale dell'amministrazione.

Un'importante differenza con il lavoro privato è che, mentre in questo l'esercizio del potere disciplinare è nella piena discrezionalità potestativa del datore di lavoro, nel lavoro pubblico, pur avendo il potere disciplinare natura privatistica, addossato al dirigente competente un vero e proprio *obbligo* legale di promuovere l'azione disciplinare, la cui violazione è configurata come fonte di responsabilità contrattuale, con conseguenze sia disciplinari (sino al licenziamento, che retributive).

Questa regola è un espressivo esempio dal tentativo di sollecitare il dirigente ad assumersi la piena responsabilità della funzione svolta, ad usare maggiormente il potere disciplinare. La normativa che regola il *procedimento disciplinare* è prevista dall'articolo 55-bis (più volte modificato, da ultimo con il decreto legislativo 116/2016 e 75/2017).

La titolarità del procedimento appartiene *all'ufficio competente per i procedimenti disciplinari*, che deve essere individuato da ciascuna amministrazione, e quale responsabile della struttura trasmettere informazione della debito e a tutte e tutti gli atti connessi (entro 10 giorni dalla notizia del fatto). Nel caso in cui i fatti oggetto del procedimento disciplinare sono anche oggetto di *indagine penale*, di solito il procedimento viene sospeso in attesa dell'esito di tali indagini, a meno che l'ufficio disponga venga successivamente in possesso di elementi sufficienti a concludere il procedimento.

Una volta che il procedimento penale è giunto a conclusione, la sentenza penale irrevocabile di assoluzione o di condanna del lavoratore ha efficacia di giudicato nel procedimento civile promosso dal lavoratore per impugnare la sanzione disciplinare. Non possono essere previste, a pena di nullità, in regolamenti o contratti collettivi, requisiti che rendono più difficile, dal punto di vista dell'attore di lavoro, il procedimento disciplinare.

Guardiamo ora ai passaggi del procedimento: gli unici termini perentori sono soltanto quelli per la contestazione dell'addebito e per la conclusione del procedimento, mentre l'eventuale violazione di altri termini non dà luogo a nullità.

- **4.1 la contestazione dell'addebito e la convocazione a difesa del lavoratore**

Per le infrazioni per le quali è prevista l'irrogazione di sanzioni superiori al rimprovero verbale il responsabile della struttura presso cui presta servizio il dipendente segnala entro 10 giorni, all'ufficio competente per i procedimenti disciplinari, i fatti ritenuti di rilevanza disciplinare di cui avuto conoscenza.

L'ufficio competente per i procedimenti disciplinari, non oltre 30 giorni decorrenti dal ricevimento della predetta segnalazione, ovvero dal momento in cui ha avuto altrimenti conoscenza dei fatti ritenuti di rilevanza disciplinare, provvede alla contestazione scritta dell'addebito (tramite PEC o

consegna a mano o raccomandata a/r) e contemporaneamente alla convocazione da dipendente per l'audizione in contraddittorio sua difesa, con un preavviso di almeno 20 giorni (nel lavoro privato è il lavoratore a dover richiedere di essere sentito).

Una procedura particolarmente rapida è stata prevista, dal decreto legislativo 116/2016, per il caso di *falsa attestazione della presenza in servizio* (i cosiddetti "furbetti del cartellino"). Qualora essa sia accertata, in flagranza o mediante strumenti di sorveglianza di registrazione degli accessi o delle presenze, il responsabile della struttura deve contestare al dipendente, contemporaneamente sospendendolo dal lavoro a titolo cautelare, al massimo entro 48 ore da quando è venuto a conoscenza. Con il medesimo provvedimento lavoratore convocato per la difesa, con un preavviso di almeno 15 giorni.

- **4.2 la difesa del lavoratore**

Nell'audizione a difesa il dipendente può farsi assistere da un procuratore ovvero da rappresentante dell'associazione sindacale cui aderisce o conferisce mandato. In caso di grave e oggettivo impedimento, il dipendente può richiedere che l'audizione a difesa sia differita, per una sola volta, con proroga del termine per la conclusione del procedimento. Per potersi difendere, il dipendente ha diritto di accesso agli atti istruttori del procedimento che lo riguarda, salvo che per il nominativo del dipendente che abbia eventualmente segnalato il comportamento illecito.

- **4.3 l'irrogazione della sanzione o l'archiviazione del procedimento**

Il procedimento deve concludersi di regola, entro 120 giorni, decorrenti dalla data di contestazione della debito, con irrogazione della sanzione ovvero con un atto di archiviazione del procedimento (che, nel lavoro pubblico, deve essere formalmente adottato). Invece, nel caso che sia stata contestata la fase attestazione della presenza in servizio, il procedimento deve concludersi entro 30 giorni dalla ricezione, da parte del dipendente, della contestazione dell'addebito. All'irrogazione della sanzione possono, in alcuni casi debbono, accompagnarsi, la denuncia del fatto al pubblico ministero (se vi è il *fumus* di un reato) e/o la segnalazione alla procura regionale della corte dei conti (se vi sono gli estremi della responsabilità contabile). Gli atti del procedimento devono essere trasmessi, altresì all'Ispektorato per la funzione pubblica.

- **4.4 l'impugnazione della sanzione**

L'impugnazione della sanzione può venire soltanto dinanzi al giudice. Resta ai contratti collettivi la facoltà di prevedere procedure di conciliazione obbligatoria, preventiva all'adozione della sanzione, che possono concludersi con un patteggiamento, per effetto del quale la sanzione concordata tra le parti non è impugnabile.

Capitolo VII – LA RETRIBUZIONE

1. Retribuzione e corrispettività nel contratto di lavoro

La retribuzione è il principale diritto del lavoratore subordinato, e l'obbligo di corrisponderla costituisce il principale obbligo del datore di lavoro. Nell'essere la prestazione di lavoro promessa a fronte di una retribuzione (articolo 2094 c.c.), che matura *dopo* che tale prestazione è stata effettivamente resa (secondo la regola della post-numerazione), si coglie, la natura *corrispettiva* del contratto di lavoro subordinato: la retribuzione infatti è il corrispettivo del lavoro.

Il principio di corrispettività dovrebbe comportare, altresì, che lavoratore dovrebbe avere diritto alla retribuzione *soltanto* a condizione di avere effettivamente lavorato.

Tuttavia, se questa è tuttora la *regola*, essa conosce numerose *deviazioni*: cioè ipotesi normative nelle quali il lavoratore, pur non svolgendo la prestazione di lavoro -per essere consentita dall'ordinamento, in questi casi, la *sospensione* del lavoro (malattia, maternità, permessi sindacali eccetera)- ha diritto a percepire la normale retribuzione. In tale ipotesi, la retribuzione assume apertamente, accanto alla dominante funzione *corrispettiva*, una funzione sociale, vale a dire di sostegno al reddito del lavoratore in situazioni di particolare bisogno, comunque qualificate dal perseguimento di interessi meritevoli di tutela.

2. la retribuzione sufficiente

Si

è rilevato come la garanzia costituzionale di una retribuzione “*sufficiente*” ad assicurare al lavoratore alla sua famiglia “*un’esistenza libera e dignitosa*” (cfr articolo 36 co 1 costituzione) comporti, indirettamente, un’estensione a tutti lavoratori dell’efficacia delle clausole devo dire contenute, di regola, nei C.C.N.L. Ciò avviene tramite l’assunzione delle tariffe retributive contrattuali (ma limitatamente alla “retribuzione base” da essa prevista) come parametro di determinazione della nozione costituzionale di sufficienza.

L’Orientamento della cassazione sull’articolo 36 rappresentato la modalità con cui, in Italia, è stato introdotto, anche se in misura diversa in ciascun settore produttivo, un *minimo retributivo*, in altri paesi è previsto (in misure percentuali oscillanti tra i 45% e il 60% della retribuzione media) da apposite norme legislative o regolamentari.

Essendo la cosiddetta paga sindacale stabilità, per ogni categoria, livello nazionale, quest’orientamento giurisprudenziale ha garantito una pur relativa *unità retributiva* tra le varie aree del paese, superandosi così “le gambe salariali”, tipiche della contrattazione degli anni 50 del secolo scorso. Ciò non significa che le retribuzioni sono identiche in Lombardia e in Sicilia: unici sono i minimi tariffari, ma un differenziale retributivo, vantaggio delle regioni del nord (dove il costo della vita è più elevato), tende a ricrearsi per effetto di vari fattori, tra i quali la scarsa diffusione, al sud, di una contrattazione territoriale o aziendale integrativa.

L’importanza delle tariffe retributive stabilite le C.C.N.L. ai fini della regolazione del mercato della retribuzione è ulteriormente potenziata da alcune norme legislative: la più importante di esse è quella di cui all’art 1 co 1 L. 389/1989, ai sensi della quale la retribuzione da assumere come base per il calcolo dei contributi obbligatori di previdenza e assistenza sociale, dovuti agli enti previdenziali e in particolare all’Inps, non può essere inferiore all’importo della retribuzione stabilita dai contratti collettivi stipulati dalle organizzazioni sindacali più rappresentative sul piano nazionale.

L’articolo 36 comma uno costituzione, sancisce altresì il diritto del lavoratore a una retribuzione “*proporzionata alla quantità e qualità del lavoro*”.

Il contratto collettivo (che ha dato concretezza a tale proporzione) mediante la fissazione della retribuzione oraria o mensile (quantità) e tramite sistemi di inquadramento professionale (qualità), provvede ad articolare la struttura della retribuzione. In teoria, l’articolo 36 potrebbe consentire, anche per questo aspetto, un sindacato del giudice, che avrebbe la possibilità di ritenere il trattamento retributivo di un lavoratore, poi stabilito dal contratto collettivo, non proporzionato alla “*qualità*” professionale della prestazione. Tuttavia, ciò non è quasi mai accaduto, il che significa che questa parte della previsione costituzionale non è considerata direttamente invocabile nei rapporti tra privati.

Tale posizione è confermata dall’ormai costante negazione, nella giurisprudenza, dell’esistenza di una regola inderogabile di *parità di trattamento*, la quale comporterebbe che, a parità di qualità oggettiva del lavoro, tutti i dipendenti avrebbero titolo ad un eguale retribuzione, per cui potrebbero rivolgersi al giudice, ove si ritenessero vittime di disparità.

Invece, le uniche regole di parità ammesse nell’ordinamento sono quelle che risultano dai divieti di discriminazione previsti da apposite disposizioni di legge.

Quanto sopra vale, peraltro, per il solo lavoro privato, dato che per il *lavoro pubblico* la regola del pari trattamento è sancito in modo esplicito dalla legge.

3. le fonti della retribuzione

Nella legislazione ordinaria, la disposizione centrale del sistema delle *fonti* in materia di retribuzione, è l’articolo 2099 comma 1-2 c.c., la cui asserzione principale è che la determinazione della misura della retribuzione è rimessa alle norme corporative, *ergo* ai contratti collettivi, nonché, in subordine, all’accordo fra le parti o, in mancanza di accordo, al giudice secondo equità. Esistono poi, nel codice civile e nella legislazione speciale, innumerevoli disposizioni che prevedono varie tipologie di trattamenti retributivi, collegati a causali specifiche, per la determinazione dei quali anche tali norme rinviano ai contratti collettivi. Nel lavoro pubblico, la competenza dei contratti collettivi in tema di definizione del trattamento economico fondamentale e accessorio è proclamata in modo esplicito dalla legge. La delega al *contratto collettivo* della competenza normativa in materia retributiva emerge, così, come lo snodo cruciale del sistema.

La fonte contrattuale si occupa di retribuzione a vari livelli: possiamo esaminare le competenze di ciascuno di tali livelli.

- **3.1 L'accordo interconfederale**

Gli accordi interconfederali dettano le regole comuni, valevoli per tutti settori produttivi, in ordine alle dinamiche retributive. In passato, essi prevedevano e disciplinava di meccanismo di adeguamento automatico della retribuzione al costo della vita, detto scala mobile, poi abolito nel 1992.

Successivamente, accordi interconfederali, di solito stipulati con la partecipazione con la mediazione del governo, hanno previsto i criteri generali per i rinnovi dei contratti collettivi di categoria: è il caso del protocollo Ciampi 1993, poi sostituito dall'accordo quadro sulla riforma degli assetti contrattuali del 22 gennaio 2009.

- **3.2 Il contratto collettivo nazionale di categoria**

Ai C.C.N.L. aspetta, teoricamente ogni tre anni, la determinazione dei trattamenti minimi (cosiddetti minimi tabellari) comuni a tutti lavoratori di ciascun settore produttivo, ovunque impiegati sul territorio nazionale.

Secondo l'Accordo quadro del 2009, la dinamica degli aumenti retributivi nei rinnovi (triennali) deve essere rapportata mi dice previsionale costruito sulla base dell'IPCA (indice dei prezzi al consumo armonizzato in ambito europeo), depurato degli aumenti dei prezzi dei beni energetici (petrolio, gas eccetera) importati. Il calcolo dell' IPCA è affidato ad un ente pubblico di ricerca. È previsto, altresì, che si proceda, entro il periodo di vigenza di ciascun C.C.N.L., a una verifica e ad un recupero degli eventuali scostamenti con l'inflazione reale, misurata sempre al netto dei prodotti energetici importati.

Nel caso che il rinnovo del C.C.N.L. tardi è comunque assicurata una "*copertura economica*", da stabilire nei singoli contratti, a favore dei lavoratori in servizio nel momento del rinnovo.

I C.C.N.L. del settore privato possono prevedere, inoltre, meccanismi di progressione automatica del trattamento retributivo, in connessione con l'anzianità di servizio del lavoratore (scatti di anzianità) o con selezione di merito.

I trattamenti retributivi di cui al CCNL sono presi a base, altresì, da svariate norme legislative che cercano di regolare il mercato delle retribuzioni (ad esempio nel caso di appalti pubblici), onde evitare rincorse competitive al ribasso.

I predetti trattamenti costituiscono, altresì, il parametro principale sulla base del quale devono essere calcolati contributi obbligatori dovuti agli enti previdenziali, in particolare all'Inps. Ciò comporta che, quand'anche un datore di lavoro tenti di sottrarsi all'applicazione delle tariffe retributive base previsto dal C.C.N.L., deve comunque pagare i contributi previdenziali rapportate tali tariffe, il che concorre, a propria volta, a incrementare il tasso di osservanza dei contratti collettivi.

Il descritto meccanismo dell'accordo quadro del 2009 è destinato, di massima, anche al *lavoro pubblico*, nel quale l'IPCA deve tener conto dell'ammontare delle risorse da destinare agli aumenti retributivi del contratto collettivo nazionale di comparto, stabilite dal ministero dell'economia. È ivi previsto, inoltre, che il recupero degli scostamenti tra inflazione prevista e inflazione reale avvenga entro il successivo triennio contrattuale. È altresì sancito il diritto del lavoratore pubblico a un "*copertura economica*", in caso di ritardato rinnovo del C.C.N.L.

Quanto alle promozioni (definite *progressioni verticali*), esse possono avvenire soltanto per concorso. Ma sono previste dai C.C.N.L. *progressioni orizzontali*, cioè esclusivamente economiche, all'interno della medesima area di inquadramento, secondo criteri di anzianità e di merito.

Sul lavoro pubblico incide inoltre un profluvio di leggi e norme particolari, quasi tutte volte a bloccare o quantomeno a rallentare la dinamica delle retribuzioni pubbliche per ragioni di contenimento della spesa pubblica corrente. Al riguardo è da segnalare che con sentenza 178/2015 la corte costituzionale ha affermato l'illegittimità, per violazione del principio di libertà sindacale, delle norme completato il blocco del rinnovo dei contratti pubblici, laddove tale blocco si protrae per un periodo eccessivamente lungo.

- **3.3 I contratti collettivi di secondo livello**

I contratti collettivi di secondo livello, cioè territoriale (regionale, provinciale, di distretto eccetera) o, alternativamente, aziendale, hanno, nel settore privato, una ruolo importante spesso prevedendo varie

tipologie di integrazioni retributive. Per finalizzare questa contrattazione a obiettivi di efficienza economica di potenziamento del reddito dei lavoratori, l'Accordo quadro del 2009 ha tentato di spingerla (in specie quella aziendale) a prevedere dispositivi di retribuzione variabile. La contrattazione di secondo livello, peraltro, non è presente in tutte le aree e realtà imprenditoriali, ed è rara, soprattutto, in quelle medie e piccole imprese. Di conseguenza, l'accordo quadro ha stabilito che, per favorire l'effettiva presenza di questo livello di contrattazione, gli accordi interconfederali di settore possono introdurre, a favore dei Lavoratori di imprese non coperte da contrattazione di secondo livello, una voce retributiva aggiuntiva detta "*elemento economico di garanzia*".

Problematiche diverse sono poste dalla *contrattazione decentrata nel lavoro pubblico*, ove l'esigenza primaria è evitare che le singole amministrazioni possano erogare trattamenti retributivi aggiuntivi a quelli consentiti dalle risorse stanziare, per ciascun comparto, in sede nazionale, per cui il contratto collettivo decentrato è rigidamente subordinato a quello nazionale.

- **3.4 Il contratto individuale**

Con riguardo alla contrattazione individuale, viene in risalto una profonda differenza tra il lavoro privato e quello pubblico.

Nel lavoro *privato*, il contratto individuale è libero di introdurre trattamenti retributivi integrativi, purché, in obbedienza al canone della inderogabilità *in peius*, migliorativi dei minimi tabellari previsti dalla fonte collettiva (detti, per questo, *superminimi*). Il peso di tale componente nella formazione della busta paga è tanto più significativo, quanto più elevata è la posizione professionale. Invece, nel lavoro *pubblico*, ove l'inderogabilità della normativa legale collettiva opera in entrambe le direzioni, ed è pure imposta la parità di trattamento tra i lavoratori, "*l'attribuzione di trattamenti economici può avvenire esclusivamente mediante contratti collettivi*", ed eventuali clausole dei contratti individuali che attribuiscono trattamenti economici aggiuntivi sono nulle e se articoli 1339 e 1419 comma due c.c.

4. la struttura della retribuzione

La complessità dell'assetto delle fonti si ripercuote sulla *struttura* della retribuzione, la quale non è un'entità unitaria, ma contempla, accanto al nucleo centrale della retribuzione base, una pluralità di trattamenti *accessori*. Questi sono previsti da norme di legge (retribuzione feriale, trattamento di malattie eccetera) o dei contratti collettivi, i quali sono abituati ad articolare l'istituto retributivo in una molteplicità di indennità o premi variamente denominati: indennità di mensa, indennità di trasferta, indennità di posizione, premio di produzione eccetera.

Pertanto, non esistendo una retribuzione al singolare, ma tante retribuzioni, si pone il problema se per il computo di ciascuna voce retributiva, di matrice contrattuale, si deve tener conto di tutte le altre voci normalmente percepite dal lavoratore, supponendo esistente una nozione unica e inderogabile di retribuzione, che si imporrebbe anche ai contratti collettivi (cd. principio di onnicomprensività della retribuzione); O se, invece, un istituto retributivo contrattuale faccio storia a sé, e il contratto collettivo possa liberamente modularne la base di computo, includendovi alcune voci ed escludendone altre (tanto più si amplia la base di computo di un istituto, tanto più elevato è l'importo economico finale). Questa seconda è la posizione ormai acquisita della giurisprudenza: la competenza a modulare la base di computo di ciascun istituto contrattuale spetta al contratto collettivo, per cui, se un CCNL afferma che per calcolare un certo compenso si deve avere riguardo alla "retribuzione globale di fatto", resta soltanto da stabilire se un dato trattamento retributivo, percepito con una certa frequenza temporale (ad esempio il compenso per lavoro straordinario occasionale), rientra o no nella predetta nozione.

Una soluzione differente vale per l'ipotesi in cui la legge incide, mediante determinate espressioni, sulla base di computo di un istituto, da intendere come soglia minima inderogabile *in peius* dei contratti collettivi. In alcune norme ciò si realizza in modo esplicito, ad esempio in quella di cui all'articolo 2021 c.c., secondo cui per calcolare l'indennità sostitutiva del preavviso occorre considerare ogni compenso "*continuativo*", per cui il contratto collettivo non può intervenire escludendo da tale nozione compensi aventi tale qualità.

In altre ipotesi, il riferimento legale è più criptico. L'articolo 2109 c.c., d'esempio, si limita ad affermare che le ferie sono "*retribuite*", senza precisare che cosa debba intendersi, in quel caso, per retribuzione. Ciò non significa che debba restare garantito, anche durante le ferie, il 100% della busta paga percepita negli altri

mesi dell'anno ma lo spirito della disposizione sarebbe violato anche nel caso opposto che la busta paga feriale fosse decurtata in misura troppo elevata.

In questa e in altre situazioni, la libertà del contratto collettivo è limitata dalla necessità di non tradire la funzione dell'istituto.

5. Le forme della retribuzione

L'articolo 2099 c.c., contiene un'enunciazione generale delle possibili forme di retribuzione, che vale, come regola di cornice, essendo questo un campo in cui l'autonomia contrattuale, collettiva e individuale, può liberamente esplicarsi.

- ✓ **5.1 retribuzione a tempo e a cottimo** La forma classica la retribuzione *a tempo*, che più di tutte si attaglia alla natura continuativa dell'impegno temporale del lavoratore subordinato (ma compensi a ore, o a mese, possono essere previsti anche nella collaborazione coordinata e continuativa), e che può ulteriormente articolarsi in relazione alle modalità temporali (ad esempio indennità di lavoro notturno) spaziale (ad esempio indennità di trasferta) della prestazione lavorativa.

L'altra storica forma retributiva, disciplinata negli articoli 2100 e 2101 c.c., è la retribuzione *a cottimo*, o a pezzo, legata al rendimento della singola prestazione e tuttora in uso in alcune lavorazioni. L'articolo 2100 dispone che il prestatore di lavoro deve essere retribuito secondo il sistema del cottimo quando, in conseguenza dell'organizzazione del lavoro, è vincolato all'osservanza di un determinato ritmo produttivo, quando la valutazione della sua prestazione è fatta in base al risultato delle misurazioni dei tempi di lavorazione

- ✓ **5.2 la retribuzione variabile** Se la retribuzione a cottimo è la forma più risalente di *retribuzione variabile*, l'articolo 2099 comma tre c.c., contempla, di tale tipologia retributiva, altre specificazioni: il prestatore di lavoro può essere retribuito, in tutto o in parte, anche con partecipazione agli utili o ai prodotti o con provvigioni (cioè con percentuali sugli affari conclusi, come nel rapporto di agenzia). Il tema della retribuzione variabile si sostanzia nella previsione, da parte della contrattazione collettiva o eventualmente individuale, di compensi commisurati alla produttività del lavoratore e/o dell'impresa, o alla redditività di questa.

La casistica è molto varia, dai premi di produzione alle forme più sofisticate di *retribuzione di obiettivo e di risultato* (compenso di risultato è quello che spetta al lavoratore autore dell'invenzione), tanto più diffuse quanto più si sale della scala professionale.

Nel lavoro privato le forme di retribuzione variabile sono significative per i *dirigenti*, il cui trattamento economico è sempre stato composto da premi e *bonus* vari, collegati al raggiungimento di obiettivi o altri parametri, e contrattati di solito al livello individuale.

Se, di massima, questi trattamenti realizzano l'obiettivo di responsabilizzare il dirigente e coinvolgerlo nell'andamento dell'impresa, si sono manifestati anche fenomeni distorti (come quello del *super-bonus* e dei *manager* bancari) che hanno suscitato scandalo in occasione della crisi finanziaria del 2007-2008, sino ad indurre molti paesi e anche il parlamento europeo con una direttiva a prevedere tetti a tali trattamenti.

Le forme di retribuzione variabile sono per la generalità dei lavoratori, da tempo, al centro di sforzi per incrementarne la diffusione, in particolare tramite la contrattazione aziendale.

Il tentativo è quello di indurre la contrattazione collettiva a essere la leva di un miglioramento qualitativo della struttura retributiva, finalizzato all'obiettivo di favorire, tramite l'effetto incentivante (sui lavoratori) delle tecniche di variabilizzazione della retribuzione, il duplice incremento della produttività del lavoro e delle retribuzioni reali. Questa politica si è concretizzata, al momento nella normativa di quell'articolo 1 comma 182-189, della legge 208/2015, -ribadita e rafforzata dalle successive leggi di bilancio-

La normativa in questione prevede, per i titolari di reddito di lavoro dipendente di importo non superiore a € 80.000 lordi annui, una *tassazione agevolata* (al 10%) degli emolumenti retributivi di ammontare variabile, detti anche *premi di risultato*, previsti da contratti collettivi aziendali o territoriali e la cui corresponsione scaricata di incrementi di produttività, redditività, qualità,

efficienza innovazione, misurabile e verificabili, nonché le somme erogate sotto forma di partecipazione agli utili dell'impresa.

Tramite il decreto interministeriale 25 marzo 2016 sono stati previsti gli indicatori che possono essere previsti nei contratti al fine di misurare gli incrementi di produttività, redditività eccetera. Onde evitare che si approfitti dell'agevolazione in discorso, l'importo del premio non può eccedere, per ciascun lavoratore, € 3000 lordi annui.

I contratti collettivi aziendali territoriali presi considerazione dalla normativa sono quelli di quell'articolo 51 del decreto legislativo numero 81/2015. La chiamata in causa della contrattazione territoriale sta consentendo anche le piccole imprese (che non hanno, di solito, una contrattazione aziendale) di fruire del regime fiscale in questione.

È importante, altresì, che, per effetto di una norma la cui finalità è quella di promuovere l'introduzione di modelli organizzativi di impresa di tipo *partecipativo*, le imprese che prevedono forme strutturate di coinvolgimento paritetico dei lavoratori nell'organizzazione del lavoro (ad esempio attraverso la previsione di processi di innovazione organizzativa per il miglioramento della qualità del lavoro), possono altresì fruire, in aggiunta alla detassazione di cui sopra, di una riduzione di 20 punti percentuali dell'ammontare dei *contributi previdenziali* obbligatori su una base imponibile di premio non superiore a € 800.

7. Il trattamento di fine rapporto

Una

voce retributiva sé stante è il trattamento di fine rapporto (cd TFR o liquidazione), previsto e disciplinato dalla legge (articolo 2120 c.c.).

Esso consiste in una forma di *retribuzione differita*, la cui maturazione giuridica avviene durante tutto il corso del rapporto di lavoro, ma che è esigibile soltanto all'atto della cessazione dello stesso.

Il testo attuale dell'articolo 2120 è frutto della riforma introdotta con la legge 297/1982, che ha sostituito, appunto con il TFR, il precedente istituto dell'*indennità di anzianità*. Questa era calcolata moltiplicando l'ultima retribuzione per gli anni di servizio presso l'azienda, nascendone il rischio che le liquidazioni venissero gonfiate tramite incrementi artificiosi della retribuzione nello scorcio finale del rapporto.

Per il *lavoro pubblico* è stato a lungo in vigore un istituto simile, l'*indennità di buonuscita* erogata dall'INPDAP (poi confluito nell'INPS), e pari a tanti dodicesimi dell'80% dell'ultimo trattamento retributivo, per quanti sono gli anni utili.

Con il passaggio al TFR (realizzato anche per i lavoratori pubblici ma gradualmente), gli inconvenienti nascenti da istituti che non rispecchiavano fedelmente la carriera retributiva del lavoratore sono stati eliminati, grazie al nuovo meccanismo di calcolo: a favore di ciascun dipendente viene contabilmente *accantonato* dal datore di lavoro, ogni anno, un importo, calcolato dividendo la retribuzione annuale per 13,5, che equivale a una mensilità di retribuzione per anno (art. 2120 co 1). Il TFR matura quindi man mano che il rapporto di lavoro procede.

Per determinare la base di computo dell'accantonamento annuale, la norma detta una apposita azione di retribuzione: si considera tale ogni somma percepita a titolo "*non occasionale*" dal lavoratore, "*salvo diversa previsione dei contratti collettivi*" (art. 2120 co 2). Come si desume dall'uso dell'aggettivo "*diversa*", i contratti collettivi sono abilitati a derogare anche *in peius* alla legge, prevedendo una nozione più ristretta di retribuzione. Sono utili, ai fini, anche periodi di malattia di infortunio, maternità e CIG (art. 2120 co 3). Gli accantonamenti sono *rivalutati* ogni anno, secondo la percentuale ancorata al costo della vita, ma non tale da garantire una copertura integrale dalla svalutazione della moneta (articolo 2120 co 4). Il TFR finale risulta, semplicemente, dalla somma di tutti gli accantonamenti annuali, debitamente rivalutati. In ragione della non esigibilità del trattamento anteriormente alla cessazione del rapporto di lavoro, dipendente non può fruirne prima di tale data. Egli ha titolo, peraltro, a richiedere un'*anticipazione* del TFR entro massimo del 70% del trattamento accantonato sino a quel momento. Le richieste sono soddisfatte annualmente entro i limiti del 10% degli aventi titolo, e comunque del 4% del numero totale dei dipendenti, evitandosi che il trattamento sia richiesto simultaneamente da un numero troppo elevato di lavoratori (insostenibile per il datore di lavoro).

Entro tali massimali (individuale e di azienda) il lavoratore può richiedere l'anticipazione soltanto se produrre e documentare una delle seguenti causali (articolo 2120 co 8):

- spese sanitarie per terapie e interventi straordinari (non gratuiti) riconosciuti dalle competenti strutture pubbliche;

- acquisto della prima casa per sé e per i figli, documentato con atto notarile o, per effetto della sentenza della corte costituzionale, con altri mezzi idonei (come la stipulazione del contratto preliminare di acquisto);
- sostegno economico durante il periodo di fruizione dei congedi parentali o dei congedi formativi.

L'anticipazione può essere ottenuta una sola volta nel corso del rapporto di lavoro ed è detratta dal trattamento di fine rapporto. Al meccanismo ordinario di anticipazione si è sovrapposto, per il triennio 1 marzo 2015-30 giugno 2018, un meccanismo sperimentale di percezione anticipata delle quote di TFR maturande.

A tal proposito l'articolo 1 comma 26-34 della legge 23 dicembre 2014 numero 190, ha previsto in via sperimentale che i lavoratori dipendenti del settore privato (esclusi i lavoratori domestici e del settore agricolo) che abbiano un rapporto di lavoro in essere da almeno 6 mesi presso il medesimo datore di lavoro, possono richiedere quest'ultimo di percepire la quota maturando di TFR, compresa quella eventualmente destinata ad una forma pensionistica complementare, integrandola nella retribuzione mensile. Le modalità applicative dell'istituto sono state dettate con una normativa regolamentare (d.P.C.M 29 del 2015).

L'istituto ha peraltro risposto, sinora, scarso successo.

8. Trattamento di fine rapporto

Il TFR è stato al centro di interventi, collegati alla riforma del sistema previdenziale. Il contesto di riferimento è quello della crisi del sistema previdenziale pubblico, in quanto incapace di sostenere il peso della tutela pensionistica di una popolazione a crescente tasso di invecchiamento. Tale crisi è ulteriormente aggravata dal dissesto generale delle finanze pubbliche in termini di bilancio quanto di indebitamento. Su altro piano, è nota la cronica debolezza del mercato finanziario italiano, causa dell'assenza di questi grandi investitori *istituzionali*, che sono in prevalenza rappresentati, in altri paesi, dai fondi pensione (di azienda, gruppo o settore), i quali gestiscono enormi quantità di risorse, investendole nel mercato finanziario per ottenere i migliori rendimenti.

La complementarità fra queste esigenze, ha indotto a sviluppare il secondo pilastro del sistema previdenziale (*previdenza complementare o integrativa*), poggiante su *fondi pensione* variamente congegnati, la cui missione è quella di raccogliere contributi versati dalle imprese ed eventualmente dai lavoratori, e di erogare, al maturare di date condizioni anzitutto di età, prestazioni pensionistiche integrative di quelle pubbliche.

Una prima riforma della previdenza complementare era stata realizzata con il decreto legislativo 124/1993, in virtù del quale era stata adottata, il luogo dei vecchi fondi *a prestazione definita* (nei quali la prestazione pensionistica ammonta ad una percentuale dell'ultima retribuzione percepita), il regime delle prestazioni *a contribuzione definita* (nei quali la prestazione è la risultante dell'importo dei contributi versati sulla posizione di ciascun lavoratore). I predetti fondi (in specie quelli chiusi o negoziali, previsti dai contratti collettivi delle varie categorie e riservati ai lavoratori in esse attivi) hanno conosciuto un certo sviluppo. Ma è rimasto aperto il problema di come alimentarli: l'attenzione si è così rivolta alla massa degli accantonamenti per il TFR dei lavoratori.

In questo spirito, con il *decreto legislativo 5 dicembre 2005 numero 252*, è stata adottata, con decorrenza il 1 gennaio 2007, una riforma complessiva dei fondi pensione, che ha sostituito quella del 1993, è previsto la *tendenziale destinazione degli accantonamenti per il TFR ai fondi pensione*. Tale destinazione è stata limitata al TFR ancora *da maturare*, lasciando intatto quello maturato. In secondo luogo, essa non è imposta forzatamente lavoratori titolari degli accantonamenti, bensì è condizionata ad un'espressione di consenso in tale direzione. Ferma la necessità del consenso individuale, per la devoluzione del TFR ai fondi pensione, vale la regola del *silenzio-assenso*: entro 6 mesi dall'assunzione il dipendente che voglia mantenere il TFR presso l'azienda ha l'onere di esprimere formalmente tale volontà, sottoscrivendo un apposito modulo; in difetto, il TFR maturando è devoluto ad un fondo pensione previsto dalla legge (che è il fondo sindacale della categoria, cosiddetto chiuso).

Va da sé che il dipendente -cui il datore di lavoro è tenuto a fornire un'adeguata informazione sulle opzioni disponibili- può anche esprimere un'azione esplicita a favore della destinazione del TFR maturando a un dato fondo pensione, che può essere quello negoziale (è la soluzione prescelta dalla maggioranza dei lavoratori aderenti ai fondi) o anche uno dei tanti fondi cosiddetti aperti che operano sul mercato, gestiti da istituti di credito, compagnia assicurativa e altri soggetti.

Una volta destinati a un fondo, gli accantonamenti annuali alimentano, non più il TFR, ma il conto contributivo acceso presso il fondo pensione, che beneficia di un determinato rendimento a seconda

dell'impiego delle relative somme [nel periodo 2007-2016 i versamenti contributivi ai fondi negoziali hanno offerto un rendimento del 44% superiore a quello degli accantonamenti del TFR]. La dote contributiva del lavoratore è altresì portabile, cioè trasferibile da un punto all'altro venendo dietro ai mutamenti di impiego del soggetto assicurato. Da tale dote deriva al raggiungimento della soglia di età prevista, l'erogazione di una pensione complementare, la quale, oltre a dipendere dal montante dei contributi versati nel tempo, può variare in relazione ai rendimenti finanziari conseguiti dal capitale accumulato.

Sempre con decorrenza dal 1 gennaio 2007 è stato stabilito che le imprese con almeno 50 dipendenti devono versare ad un apposito fondo di tesoreria istituito presso l'Inps le quote del TFR maturando ex articolo 2120 cc, che siano state mantenute dalla voratori, per espressa manifestazione di consenso, presso l'impresa. All'atto della cessazione del rapporto di lavoro, tali quote danno luogo alla normale maturazione del TFR, che continua ad essere pagato interamente dall'impresa, con successivo addebito all'Inps (tramite conguaglio con i debiti contributivi) della quota ad esso già dirottata.

Le misure commentate in questo paragrafo hanno comportato un onere finanziario per le imprese, le quali si sono viste private, in parte dei fondi di previdenza complementare, in parte dall'Inps, di rilevanti poste finanziarie.

9. La tutela del credito di lavoro

✓ 9.1 Il pagamento della retribuzione e la busta paga

Il pagamento della retribuzione al lavoratore è effettuato, quasi ovunque, tramite bonifico bancario postale, e con cadenza mensile (a fine mese o all'inizio del mese successivo a quello di paga). Nella *busta paga* che è consegnata al lavoratore è dato conto in maniera analitica delle varie voci di cui si compone la retribuzione (ivi compreso il TFR), nonché dell'importo prelevato a titolo di contributi previdenziali obbligatori a carico del lavoratore (9,19% circa) e di imposta sul reddito delle persone fisiche. Il datore di lavoro opera infatti per legge come sostituto di imposta del lavoratore, cioè è tenuto a versare contributi e imposte dovuti dal predetto ma nella busta paga non è riportato l'importo dei contributi previdenziali a carico del datore di lavoro che questi è tenuto a corrispondere agli enti previdenziali di competenza.

Il netto che il lavoratore percepisce risulta dalla retribuzione lorda, detratti i contributi a carico del lavoratore e imposta sul reddito. Aggiungendo a tale importo lordo i contributi a carico del datore di lavoro si ha il *costo aziendale* complessivo che l'impiego di quel lavoratore comporta. La differenza fra tale *costo aziendale* e il netto in busta paga è il *cuneo fiscale e contributivo* (che in Italia è particolarmente elevato a causa dell'elevato importo dei contributi previdenziali e imposte).

✓ 9.2 La prescrizione del credito retributivo

È previsto per i diritti retributivi dei lavoratori subordinati, un particolare regime della *prescrizione estintiva* (la cui durata è di *cinque anni*), che discende da un orientamento della corte costituzionale e della cassazione affermatosi negli anni 60 e 70 del secolo scorso.

Anteriormente alla riforma dell'articolo 18 legge 300/1970, la giurisprudenza si è consolidata nell'affermare che i diritti retributivi dei lavoratori -ove non soddisfatti dal datore di lavoro debitore- si prescrivono dal giorno della loro maturazione soltanto per i rapporti di lavoro assoggettati alla tutela reale del posto di lavoro. Di contro, sempre secondo questa giurisprudenza, nei rapporti di lavoro assoggettati alla tutela debole prevista dall'articolo otto della legge 604/1966 (come quello con il dirigente), il *dies a quo* della prescrizione dei diritti è quello della *cessazione del rapporto di lavoro*. Questa rilevante deroga al regime ordinario della prescrizione è giustificata dal fatto che, nell'ambito di rapporti non stabili, il lavoratore è esposto al rischio di licenziamento arbitrario, e non è dunque considerato libero di rivendicare i propri diritti. Orbene, alla luce della revisione dell'articolo 18, realizzata dalla legge 92 del 2012, e a maggior ragione dell'ancor più flessibile disciplina prevista nel quadro del cosiddetto contratto a tutele crescenti, lo spazio della tutela reale si è fortemente ridotto, per cui la giurisprudenza, così come la dottrina maggioritaria, reputano che non ricorrano quelle condizioni di stabilità indispensabili a giustificare il decorso della prescrizione in corso di rapporto. Perciò il decorso della prescrizione di tutti i diritti retributivi dei lavoratori subordinati si deve ritenere bloccato sino al momento di cessazione del rapporto di lavoro.

✓ 9.3 Le garanzie del credito retributivo

Gli ulteriori aspetti della tutela privilegiata del credito di lavoro:

- A. in caso di *ritardo nel pagamento*, le somme dovute ai lavoratori subordinati (e ai collaboratori coordinati e continuativi cd. [Co.co.co](#)) debbono essere automaticamente rivalutate in relazione alla perdita di valore della moneta come misurato dall'indice Istat, e sulla somma rivalutata devono essere riconosciuti gli interessi nella misura legale; in tal senso deve disporre il giudice con la sentenza di condanna;
- B. I crediti di lavoro sono assistiti da un *privilegio* generale sui beni mobili del datore di lavoro che li fa anteporre, nel caso di insolvenza dell'impresa a varie altre categorie di creditori;
- C. I crediti retributivi relativi agli ultimi tre mesi del rapporto di lavoro, qualora tali mesi siano compresi nei 12 mesi precedenti l'insorgere dello stato di insolvenza dell'impresa, e al TFR dovuto da impresa insolvente, possono essere pagati al lavoratore da un *Fondo di garanzia costituito presso l'Inps*, e quale poi titola rivalersi verso l'impresa seppure insolvente;
- D. il credito di lavoro è *pignorabile* a istanza di terzi creditori soltanto in misura limitata: per crediti alimentari nella misura stabilita dal giudice dell'esecuzione, nella misura di $\frac{1}{5}$ per gli altri crediti;
- E. il limite sub d) vale anche per la compensazione tra crediti di lavoro e quanto sia eventualmente dovuto dal lavoratore al datore di lavoro, purché per debiti, ma il tetto del quinto non si applica qualora il debito del lavoratore tragga origine (come di solito accade, ad esempio nel caso di danni richiesti al lavoratore per una condotta illecita posta in essere da questi) dal rapporto di lavoro e non da rapporti collaterali.

Capitolo IX – EGUAGLIANZA E DISCRIMINAZIONI

1. L'eguaglianza nel diritto del lavoro

Già il diritto del lavoro nel suo insieme è uno strumento di uguaglianza (verticale) *tra datori di lavoro e lavoratori*: eguaglianza nel senso di redistribuzione (anche se non di assoluto eguagliamento) dei redditi (soprattutto tramite l'azione della contrattazione collettiva), nonché in quello della riduzione dei caratteri autoritari inseriti nel contratto di lavoro subordinato, e quindi della restituzione ad esso di una genuina contrattualità.

Ma l'istanza di uguaglianza tende sia alla realizzazione di un'eguaglianza (orizzontale) *tra lavoratori*, su una duplice direttrice.

La prima è quello dei *divieti di discriminazione*, che si misurano con il seguente interrogativo: il datore di lavoro ha l'obbligo di trattare lavoratori in modo eguale tra loro? Oltre quale soglia alle differenziazioni-di capacità, ruolo, professionalità eccetera-debbono essere ostacolate dall'ordinamento giuridico? La seconda direttrice attiene alle misure volte alla realizzazione, in un'ottica socialdemocratica o sociale-liberale, di condizioni di *eguaglianza di opportunità*, tramite programmi mirati su individui e gruppi svantaggiati, in vista di una effettiva eguaglianza dei punti di partenza fra i cittadini, specie nell'accesso al lavoro.

2. Divieti di discriminazione e parità di trattamento

Le norme di tutela del lavoro, prevista dalla legge e dai contratti collettivi, producono un primo e basilico effetto di *eguagliamento*, nella misura in cui prevedono trattamenti uguali od omogenei fra tutti lavoratori o gruppi di essi.

Anzitutto, gli stessi contratti collettivi non si limitano a fare opera di parificazione, ma, mediante i sistemi di inquadramento le tabelle retributive, selezione e classificano, in proporzione all'importanza e ad altri fattori, le diverse figure professionali e i relativi trattamenti.

Inoltre, vi sono situazioni gestionali non regolate dalla legge e dalla contrattazione collettiva, che rimangono consegnate al potere unilaterale del datore di lavoro, o alla contrattazione individuale tra le parti.

La questione è, appunto, se rispetto all'esercizio di questi poteri, o alla negoziazione tra imprenditore e singoli lavoratori, i lavoratori abbiano o no un diritto intangibile ad essere trattati in modo eguale. In caso affermativo, il lavoratore potrebbe lamentarsi ad esempio di essere rimasto tagliato fuori da aumenti

retributivi *ad personam* attribuiti ad altri lavoratori, con una corrispondente riduzione dei margini di discrezionalità a disposizione del datore di lavoro. In effetti, la configurabilità del diritto di ciascun lavoratore ad una *parità di trattamento* estesa a tutti gli aspetti dell'attuazione del rapporto di lavoro, è stata sostenuta da una parte dell'opinione, che si è sentita confortata da una sentenza della corte costituzionale. Accadde, tuttavia, che prendendo alla lettera il principio affermato dalla consulta, alcune pronunce di cassazione giusto ritenere sindacabile per la parità di trattamento, anche sistemi di inquadramento del CCNL. Secondo questo (poi abortito) orientamento, un giudice potrebbe stabilire che non è giusto che una figura sia pagata meno di un'altra, ove ritenuta, dallo stesso giudice, di pari valore professionale. Ciò portò la cassazione a negare la presenza, nell'ordinamento, di una regola imperativa inderogabile di parità di trattamento. Ciò comporta che un datore di lavoro è libero di attribuire aumenti *ad personam* ad alcuni dipendenti e non ad altri, senza motivare le ragioni di tale trattamento differenziato, perché non giunga a violare i doveri generali di correttezza e buona fede. Di conseguenza, l'ordinamento è rimasto attestato sul fronte, importante ma più circoscritto, dei *divieti di discriminazione*. Ricordiamo che la regola positiva di non discriminazione una portata più ristretta della regola di parità, giacché *si limita a proibire quelle diversità di trattamento, fra lavoratori gruppi di lavoratori, che sono determinate da certi fattori*, sui quali l'ordinamento non consente che possono essere basate differenziazioni di sorta. L'adozione di trattamenti diversificati (spesso doverosa -al fine di tenere conto delle differenze di capacità, esperienza eccetera-), nel mondo del lavoro, diviene discriminatoria e quindi illecita, esclusivamente quando si scontra con un fattore protetto. In tal modo l'ordinamento tutela beni di preminente *valore costituzionale*, che concernono la dignità della persona comunque le riconoscimento di sensi ali qualità della stessa, ovvero esercizio di libertà fondamentali (di manifestazione del pensiero, religiosa e sindacale eccetera).

Alla luce di ciò, la sanzione applicabile, in caso di violazione dei divieti di discriminazione, non può che consistere in un irrimediabile illiceità, che, quando si applica ad atti giuridici o a patti, si traduce nella *nullità* dei medesimi, nonché la condanna al risarcimento del danno, patrimoniale e non patrimoniale, patito dalla vittima della discriminazione. Se la discriminazione è perpetrata, invece, con meri comportamenti materiali, i possibili rimedi sono di tipo inibitorio (per ottenere un ordine giudiziario di cessazione del comportamento illecito e/o risarcitorio).

Tra le normative di settore, inerenti ai fattori di discriminazione riconosciuti dall'ordinamento giuridico (ad esse debbono essere ascritte anche le regole di pari trattamento o di non discriminazione, tra lavoratori *non standard e standard*). Di tali normative è da segnalare una tendenza al compattamento che, se non fa venire meno il ruolo dominante della discriminazione di genere, fa però emergere un diritto antidiscriminatorio tendenzialmente omogeneo e con dignità di microsistema.

La ricognizione della normativa antidiscriminatoria deve essere condotta senza dimenticare che a monte di esse vi sono importanti affermazioni delle *fonti europee*: oltretutto le norme antidiscriminatorie perché hanno il rango di norme primarie, per cui eventuali norme interne in contrasto con esse possono essere disapplicate dal giudice nazionale.

3. La discriminazione di genere

La più nota e importante tra le discriminazioni lecite è quella per sesso, o genere.

Già nella costituzione (articolo 37) è sancito che la donna lavoratrice agli stessi diritti e, a parità di lavoro, le stesse retribuzioni che spettano al lavoratore.

Le indicazioni costituzionali avevano però bisogno di essere calate e sviluppate nella legge ordinaria, il che stato fatto con varie leggi poi confluite nel codice delle pari opportunità tra uomo e donna, emanato con *decreto legislativo 11 aprile 2006 numero 198*, e successive modifiche.

La discriminazione diretta di genere (illecita) È definita, dall'articolo 25 comma uno, del codice come *“qualsiasi atto, patto o comportamento che produca un effetto pregiudizievole discriminando le lavoratrici e lavoratori in ragione del loro sesso e, comunque, il trattamento meno favorevole rispetto a quella di un'altra lavoratrice o di un altro lavoratore in situazione analoga”*.

Da tale nozione non rileva, perché vi sia discriminazione, il motivo psicologico di chi adottato l'atto, il patto o comportamento, bensì unicamente *l'effetto* discriminatorio oggettivamente rilevabile. La giurisprudenza della corte di giustizia europea però ha fornito, riguardo, apporti rivolti al rafforzamento della tutela, ad esempio suggerendo che la comparazione può essere operata anche nei confronti di lavoratori o gruppi virtuali, cioè non nominativamente individuati. Il confronto può essere con un lavoratore *“effettivamente trattato”*, ma anche con uno che *“sarebbe stato trattato”*, in modo più favorevole.

Il divieto di discriminazione diretta è integrato dal divieto di discriminazione indiretta, che si ha “*quando una disposizione, un criterio, una prassi, un atto, un patto o un comportamento apparentemente neutri mettono o possono mettere lavoratori di un determinato sesso in una posizione di particolare svantaggio rispetto a lavoratori dell'altro sesso, salvo che riguardino requisiti essenziali allo svolgimento dell'attività lavorativa, purché l'obiettivo sia legittimo e i mezzi impiegati per il suo conseguimento siano appropriati e necessari*”.

In sostanza, ove il datore di lavoro adotti atti e comportamenti che, pur non potendo essere ritenuti direttamente discriminatori in riferimento a singole lavoratrici o singoli lavoratori, abbiano, di fatto, un impatto negativo statisticamente rilevabile su quelli appartenenti all'uno all'altro sesso, essi si considerano discriminatori. Ciò a meno che tali atti e comportamenti riguardino requisiti essenziali allo svolgimento dell'attività lavorativa, e purché nel quadro di obiettivi imprenditoriali legittimi e con impiego di mezzi proporzionati.

La discriminazione indiretta la forza l'apparato antidiscriminatorio: non perché sia sostanzialmente differente dalla discriminazione diretta, quanto perché, il giudice è abilitato a prendere in considerazione una più ampia gamma di indizi della discriminazione lamentata. Costituisce discriminazione anche ogni trattamento meno favorevole in ragione dello stato di gravidanza, nonché di maternità o paternità, anche adottive, ovvero in ragione della titolarità dell'esercizio dei diritti collegati alla maternità e alla paternità. Sono considerate discriminazioni, inoltre, le molestie di genere (da tenere distinte dalle molestie sessuali ex articolo 26 comma due), cioè “*quei comportamenti indesiderati, posti in essere per ragioni connesse al sesso, aventi lo scopo o l'effetto di violare la dignità di una lavoratrice di un lavoratore e di creare un clima intimidatorio, ostile, degradante, umiliante offensivo*”. I divieti in questione sono ulteriormente specificati dal codice:

- L'articolo 27 vieta qualsiasi discriminazione, anche se effettuata mediante riferimenti allo Stato matrimoniale di famiglia o di gravidanza, per quanto riguarda l'accesso al lavoro e alle promozioni. Non costituisce discriminazione condizionare all'appartenenza ad un determinato sesso l'assunzione in attività della moda, dell'arte e dello spettacolo, quando ciò sia essenziale alla natura della prestazione. Ulteriori deroghe al divieto sono possibili per le assunzioni finalizzate allo svolgimento di mansioni particolarmente pesanti. Il divieto di discriminazione vale anche per l'accesso agli impieghi pubblici, senza limitazioni di mansioni e di carriera; nei bandi dei concorsi pubblici per assunzioni deve essere sempre contenuta la dicitura “*dell'uno e dell'altro sesso*”. Anche l'altezza non costituisce motivo di discriminazione.
- L'art. 28 co 2 ribadisce la regola di parità (o non discriminazione) per qualunque aspetto o condizione del trattamento retributivo, precisando che i sistemi di classificazione professionale devono adottare criteri comuni per uomini e donne.
- l'articolo 29 estende il principio in discorso all'attribuzione delle qualifiche e delle mansioni e alla progressione in carriera.

Un problema cruciale di questa tematica concerne l'effettività della tutela giudiziaria, a partire dalla prova della discriminazione, il cui onere ricade su chi afferma di essere stato vittima. Tale onere è alleggerito, peraltro, della regola per cui, “*quando il ricorrente fornisce elementi di fatto, desunti anche da dati di carattere statistico relativi all'assunzione, ai regimi retributivi, all'assegnazione di mansioni e qualifiche, trasferimenti, alla progressione in carriera e ai licenziamenti, idonei a fondare, in termini precisi e concordanti, la presunzione dell'esistenza di atti, patti o comportamenti discriminatori in ragione del sesso, spetta al convenuto (cioè il datore di lavoro) l'onere della prova dell'insussistenza della discriminazione*”. Si tratta di un'applicazione cui il giudice è qui tenuto per legge, della prova per presunzioni.

Sono infine previsti, in aggiunta a quelli ordinari, speciali strumenti di tutela giurisdizionale, anche sommari di urgenza, per tutelare il lavoratore e la lavoratrice, vittime di discriminazioni di genere. Tra essi figura la proponibilità di azione in giudizio da parte di *Consigliera* (o il consigliere) di *parità*, ramificata a livello nazionale, regionale o provinciale. La consigliera di parità può agire, su delega della persona offesa, per contrastare le discriminazioni individuali, oppure in via diretta (senza deleghe) contro le discriminazioni collettive. I rimedi sanzionatori conseguibili sono quelli al paragrafo due. Adesso si aggiunga che, una volta accertata la discriminazione, adottati i provvedimenti volti a rimuovere gli effetti per il passato, il giudice può ordinare all'autore delle discriminazioni di definire un *piano di rimozione* delle stesse per il futuro, sentiti gli organismi di rappresentanza dei lavoratori o, in loro mancanza, gli organismi locali, nonché la competente consigliera di parità.

In varie ipotesi di violazione della normativa, sono previste, infine, sanzioni amministrative e penali.

4. Le discriminazioni per ragioni politiche, razza, etnia, lingua, cittadinanza o nazionalità, religione, convinzioni personali, handicap, età, orientamento sessuale

Altri divieti di discriminazione sono:

- ✓ quello di discriminazione per ragioni *politiche*, già sancito, unitamente alla discriminazioni per ragioni sindacali, nella versione originaria dell'articolo 15 legge 300/1970;
- ✓ le discriminazioni *per razza e per origine etnica*;
- ✓ le discriminazioni *per religione* (non è discriminazione religiosa proibire di un dipendente di indossare il velo islamico sul lavoro), *convinzioni personali, handicap, età, e orientamento sessuale*;

La normativa rilevante in materia è costituita, pertanto, oltre che dall'articolo 15 legge 300/1970, dei decreti legislativi 215 e 216 del 2003 e da alcune disposizioni del decreto legislativo 286/1998, cosiddetti TU immigrazione. Ma il novero delle norme rilevanti tende ad ampliarsi. Dalla disciplina della discriminazione di genere, i decreti poc'anzi richiamati riprendono sostanzialmente nozione di discriminazione diretta indiretta e la considerazione come discriminazioni delle molestie collegate ad uno dei fattori protetti. Una significativa differenza è rappresentata, invece, dalla previsione generale di *cause di giustificazione* di atti, patti o comportamenti che potrebbero apparire discriminatori, ma che, proprio in virtù di quelle giustificazioni, non sono da qualificare tali. Così *"nel rispetto dei principi di proporzionalità ragionevolezza..., Non costituiscono atti di discriminazione... Quelle differenze di trattamento dovute a caratteristiche connesse alla razza o all'origine etnica di una persona, qualora, per la natura dell'attività lavorativa per il contesto in cui essa viene espletata, si tratti di caratteristiche che costituiscono un requisito essenziale determinante, ai fini dello svolgimento dell'attività medesima. Sono legittime, inoltre, quelle differenze di trattamento che, pur risultando indirettamente discriminatorie, sono giustificate oggettivamente da "finalità legittime perseguite attraverso mezzi appropriati e necessari". Parallelamente, "nel rispetto dei principi di proporzionalità e ragionevolezza perché la finalità sia legittima, ..., Non costituiscono atti di discriminazione... Quelle differenze di trattamento dovute a caratteristiche connesse alla religione, le convinzioni personali, le indica, l'età o l'orientamento sessuale di una persona, qualora, per la natura, Dell'attività lavorativa o per il contesto in questa viene espletata, si tratti di caratteristiche che costituiscono requisito essenziale determinante ai fini dello svolgimento dell'attività medesima"*.

Sono inoltre fatte salve in relazione al fattore dell'età, le disposizioni che prevedono regimi differenziati di accesso al lavoro e relazionalità, perché *"oggettivamente e ragionevolmente giustificate da finalità legittime"*, come obiettivi di politica del lavoro, ed eseguite con mezzi *"appropriati e necessari"*.

Neppure sono discriminatorie le differenze di trattamento basate sulla professione di una determinata religione di determinate convinzioni personali che siano praticate nell'ambito di enti religiose o di altri organizzazioni, qualora tale religione o tali convinzioni, per la natura dell'attività svolta costituiscano requisito essenziale, legittimo e giustificato ai fini dello svolgimento delle medesime attività. È predisposta, anche per queste discriminazioni (individuali che collettive), una speciale forma di tutela giurisdizionale: nel quadro della tutela è prevista una parziale inversione dell'onere della prova: quando il lavoratore fornisce, con il ricorso in giudizio, dati di carattere statistico, idonei a fondare, in termini *"precise e concordanti"* (per le discriminazioni per razza o origine etnica), o *"gravi, precisi e concordanti"* (per le discriminazioni per religione, convinzioni personali eccetera), la presunzione dell'esistenza di atti, patti o comportamenti discriminatori, spetta al datore di lavoro convenuto l'onere di provare di non aver commesso la discriminazione lamentata.

5. Le azioni positive

Le politiche di pari opportunità sono completate da quelle normative che introducono misure di *diritto* (programmaticamente) diseguale: si tratta di norme a protezione di gruppi o categorie caratterizzate da una disegualianza di partenza, che quelle misure sono rivolte a compensare. Simili (e più circoscritte e selezionati) normative, che attuano il principio di disegualianza sostanziale, hanno come destinatarie soprattutto due categorie di lavoratori: le persone con disabilità e le donne.

Le *azioni positive (affirmative action)* nei confronti delle lavoratrici consistono in *"misure volte alla rimozione degli ostacoli che di fatto impediscono la realizzazione di pari opportunità"*, e che *"sono dirette a favorire l'occupazione femminile e a realizzare l'uguaglianza sostanziale tra uomini e donne sul lavoro"* (art. 42 co 1 Codice). Tali azioni si propongono, tra gli altri, gli scopi di eliminare la disparità della formazione scolastica e professionale, nell'accesso al lavoro, nella progressione della carriera, nella vita lavorativa e nei periodi di mobilità tra un lavoro e un altro; favorire la diversificazione delle scelte professionali delle donne; favorire la conciliazione tra tempi di lavoro e di vita; valorizzare il contenuto

professionale delle mansioni a più forte presenza femminile eccetera. Peraltro, salvo che nel settore pubblico, le azioni positive non sono imposte, ma soltanto promosse, tramite la previsione di incentivi per le imprese che le adottano (anche da parte dei consiglieri di parità). Misure di questo tipo non sono tuttavia previste, nel campo del lavoro, dell'ordinamento italiano. Ed è dibattuto fino a che punto esse siano legittime o costituiscano invece (come nel caso Kalanke, poi in parte corretto dal caso Marshall) discriminazioni alla rovescia a danno dei lavoratori di sesso maschile.

Capitolo X – LE SOSPENSIONI DEL LAVORO

1. La sospensione della prestazione di lavoro

Il destino della locuzione “sospensione del rapporto di lavoro” è sempre stato paradossale: tanto comunemente utilizzata, come categoria riassuntiva di istituti il cui emblema sono la malattia e la maternità, quanto intrisa di criticità, nella misura in cui pretende di dedurre, dall'estraneità *funzionale* la conseguenza, *strutturale*, che sia il rapporto stesso a vivere uno stato di quiescenza.

Questa posizione ha finito per apparire sostenibile, allorché ci si è resi conto che, a prescindere dalla non attuazione della prestazione facente carico al lavoratore, il rapporto di lavoro subordinato continua a produrre effetti giuridici di rilievo, ivi incluso quello economico. Non è di sospensione del rapporto di lavoro che si deve parlare, bensì di sospensione della prestazione di lavoro (cosiddetta *sospensione del lavoro*) -gli istituti sospensivi sono numerosi-

Il denominatore comune degli istituti sospensivi è quindi da ravvisare nella modificazione del normale andamento della rapporto di lavoro, in ragione della tutela di interessi inerenti a scelte o a condizioni personali del lavoratore, che l'ordinamento tratta come prevalenti sul contrapposto interesse dell'imprenditore. Ciò ha indotto taluni autori a ritenere fuorviante il ricorso alla nozione di sospensione e a configurare gli eventi in questione come momenti di attuazione del normale programma contrattuale. Sembra più lineare, pertanto, concepire contenuti delle sospensioni per come appaiono e sono percepiti, cioè come contenuti inerenti alla dimensione *personale* del lavoratore, che non ampliano il contratto di lavoro, ma che piuttosto si *impongono* a questo, rendendolo permeabile al rilievo di interessi altri.

A proposito della natura di tali interessi, se in istituti quali malattie e servizio militare dominava la categoria della *necessità*, e se nella stessa disciplina di tutela del lavoratrici madri, pur rivolte ad assecondare la libera decisione della maternità, il sostegno normativo era comunque circoscritto allo stretto essenziale e alla figura della madre naturale, la cifra dominante degli istituti di più recente generazione è la valorizzazione della libertà di scelta del lavoratore. Persino nella malattia l'enfasi non cade più sull'impossibilità di lavorare, bensì, in positivo, sulla tutela della salute (intesa in senso positivo come ‘stato di benessere’) del lavoratore. Ciò premesso, un esame sinottico delle varie *fattispecie sospensive* (di fonte legale) mostra con esse siano leggibili tramite una griglia concettuale comune:

- definizione dell'evento sospensivo;
- modalità di produzione dell'effetto sospensivo, con l'accertamento dell'evento;
- conservazione del posto del lavoratore, che può essere garantita nella versione debole di un diritto ad assentarsi giustificatamente dal lavoro al verificarsi dell'evento sospensivo, o quella forte di un vero proprio divieto di licenziamento;
- spettanza o no della retribuzione, pur in difetto della prestazione di lavoro, e/o in di una prestazione previdenziale integrativa o sostitutiva.

La disciplina vale tanto nel settore privato quanto in quello pubblico (in quest'ultimo vi sono anche norme speciali).

2. Malattia e infortunio

Nella disciplina della *malattia* (comune o professionale) e di quella *dell'infortunio* (extra-lavorativo sul lavoro), il bene protetto ex articolo 32 costituzione, è la salute del lavoratore. La disciplina incentrata sull'articolo 2110 c.c., che a propria volta si affida tramite clausole di rinvio, alla contrattazione collettiva.

✓ 2.1 Le nozioni

Secondo il linguaggio clinico è malattia una qualsiasi alterazione, seppur minima (ad es. un leggero raffreddore), dello stato di salute. Se tale accezione fosse integralmente applicabile al rapporto di

lavoro, sarebbe troppo facile sottrarsi all'obbligo lavorativo, da cui l'opportunità di disporre di una nozione più ristretta: nel silenzio dell'articolo 2110, si suole intendere per malattia, ai fini del rapporto di lavoro, uno stato patologico che determina, nel lavoratore, una condizione di *incapacità al lavoro normalmente espletato*.

È affetto da *malattia*, quindi, il lavoratore che è in assoluto impossibilitato a lavorare o che non è ragionevolmente in grado di farlo senza patire apprezzabili disagi e sofferenze fisiche o psichiche, o aggravamenti del proprio stato. Ad un'incapacità lavorativa si tende ad equiparare, altresì, un'esigenza di sottoporsi a trattamenti terapeutici. A seconda dell'eziologia, la malattia può essere professionale (di competenza Inail) o comune (di competenza Inps).

La definizione riportata vale anche per l'*infortunio*, con l'unica variante che la causa dell'infortunio è violenta, cioè traumatica. L'infortunio può essere sul lavoro (Inail) o extra-lavorativo (Inps). Deve comunque trattarsi, sia per la malattia che per l'infortunio, era condizione inabilitante *temporanea*, giacché sia definitiva, si ricade nella differente ipotesi dell'*inidoneità* (fisica o psichica) che giustifica l'immediato licenziamento del lavoratore per giustificato motivo oggettivo (ma soltanto a condizione che sia stata esclusa la possibilità di recuperarlo in altre mansioni esistenti presso l'azienda).

Pressochè mai, peraltro, i medici di controllo (medici fiscali) hanno la possibilità e/o la volontà di compiere verifiche sull'effettiva inabilità al lavoro, per cui si rimettono alle dichiarazioni del lavoratore visitato. Il datore di lavoro, a propria volta, è spesso costretto a prendere per buona la certificazione proveniente dal medico del lavoratore, ma può contestarne l'attendibilità qualora abbia a disposizione (anche laddove se ne sia procurate tramite investigatori) informazioni e riscontri in merito allo svolgimento, da parte del lavoratore assente per malattia infortunio, di attività lavorative, sportive, ricreative eccetera, che siano incompatibili, sotto il profilo della salute, con lo stato di inabilità denunciato.

In aggiunta all'obbligo di reperibilità nelle fasce orarie giornaliere, il lavoratore malato o infortunato e tenuto, infatti, non svolgere attività che dimostrino che egli non è realmente inabile al lavoro o che comportino un aggravamento del suo stato di salute.

Se non osserva tali doveri di condotta, il lavoratore è passibile di sanzione disciplinare, incluso il licenziamento, per assenza ingiustificata dal lavoro (nel caso di malattia risultata insussistente), o per la violazione dei doveri di correttezza e buona fede (nel caso di aggravamento della malattia e di ritardo nel rientro al lavoro).

✓ 2.2 Comunicazione e certificazione

L'*accertamento* sanitario della malattia dell'infortunio extra-lavorativo, si compie in due fasi: la prima è quella della comunicazione della certificazione dell'evento, la seconda quella del controllo sanitario dello stesso.

Il lavoratore ha anzitutto sulla base dei C.C.N.L. privati e pubblici, l'obbligo di procedere ad una *comunicazione* immediata (anche telefonica) dell'assenza per malattia perché il datore organizzi diversamente il lavoro.

Alla comunicazione deve far seguito all'invio della *certificazione medica di malattia*, per la quale è stata adottata la modalità obbligatoria della trasmissione *per via telematica*. In pratica, il lavoratore deve recarsi dal proprio medico di fiducia, il quale, in esito alla visita, rilascia il certificato su modulo informatico e trasmette per via telematica, seduta stante, all'Inps, contestualmente rilasciando al lavoratore copia del certificato o comunicandogli il numero di protocollo dello stesso (oppure inviandogli il certificato per *e-mail* ove il lavoratore lo richieda). L'Inps, a propria volta, trattiene il certificato ad esso indirizzato (con diagnosi e prognosi), rende disponibile al datore di lavoro (privato o pubblico) quello a lui destinato (contenente la sola prognosi), abilitando la visualizzarlo sul sito Inps, o trasmettendoglielo tramite PEC.

Il lavoratore dunque è tenuto soltanto a farsi visitare tempestivamente da un medico, nonché, ove richiesto dal datore di lavoro, a fornire a questi il numero di protocollo del certificato entro il termine eventualmente indicato dal CCNL. In caso di violazione di questi obblighi, l'assenza dal lavoro può essere considerata ingiustificata, ai fini retributivi e/o disciplinari (con la possibile irrogazione di una sanzione disciplinare, conservativa o estintiva a seconda della lunghezza del periodo di assenza).

Il meccanismo della certificazione telematica vale anche nell'ipotesi di *malattia professionale* di *infortunio sul lavoro*, nelle quali il certificato deve essere trasmesso all'Inail, entro 24 ore dal giorno successivo alla prestazione effettuata, dal medico che presta la prima assistenza al lavoratore.

✓ 2.3 Il controllo sanitario

Una volta ricevuta la certificazione, il datore di lavoro ha la possibilità di accettarla, oppure il diritto di verificare la disponendo una *visita medica di controllo*, alla quale il lavoratore è contrattualmente obbligato a rendersi disponibile. In forza del divieto di cui all'articolo 5 co 1 legge 300/1970, tale visita può essere effettuata soltanto avvalendosi di *medici pubblici*, cioè imparziali (e non di fiducia del datore), che sono quelli del polo unico delle visite fiscali gestito (per i lavoratori sia privati che pubblici) dall'Inps.

I controlli affinché siano tempestivi ed efficaci, è previsto che essi avvengano all'interno di *fasce orarie di reperibilità giornaliera* (dalle 10 alle 12 e dalle 17 alle 19, giorni festivi e non lavorativi inclusi), durante le quali il lavoratore è contrattualmente obbligato a essere reperibile e disponibile al controllo, presso il proprio domicilio abituale quello appositamente indicato; fatto salvo il caso in cui egli possa addurre un *giustificato motivo* di assenza (ad esempio la necessità di uscire di casa per una visita medica).

Sono esentati in generale dall'obbligo, I lavoratori la cui assenza sia connessa con: patologie gravi che richiedono terapie salvavita, comprovate da idonea documentazione della struttura sanitaria; stati patologici sottesi o connessi con situazioni di invalidità riconosciuta, in misura pari o superiore al 67%.

Per i *lavoratori pubblici*, gli accertamenti sono effettuati dei medici Inps e, d'ufficio o su richiesta dell'amministrazione. Questa richiesta può essere effettuata single primo giorno; deve esserlo in ogni caso, quando l'assenza si verifica nelle giornate precedenti e successive a quelle non lavorative. Le visite possono essere effettuata anche con cadenza sistematica e ripetitiva. Le fasce orarie sono previste dalle 9 alle 13 e dalle 15 alle 18 di tutti giorni, inclusi quelli festivi e non lavorativi. Sono esentati (oltre agli infortunati sul lavoro) I lavoratori affetti da patologie gravi che richiedono terapie salvavita, malattie con causa di servizio, Stati patologici sottesi o connessi ad un'invalidità riconosciuta di almeno il 50%.

Se il lavoratore deve allontanarsi dal domicilio durante le fasce per effettuare visite mediche o accertamenti specialistici o altri giustificati motivi, è tenuto a darne preventiva comunicazione all'amministrazione, che a sua volta ne dà comunicazione all'Inps.

Sia nel privato che nel pubblico, il lavoratore non reperito a domicilio senza giustificato motivo, subisce una *riduzione del trattamento retributivo di malattia* (erogato dall'Inps e/o dal datore di lavoro), nella misura del 100% per i primi 10 giorni, del 50% per i giorni successivi al 10°.

Peraltro, per dettato della corte costituzionale, la seconda traccia della sanzione (oltre il 10° giorno) è irrogabile soltanto in caso di recidiva, cioè di *una seconda senza domiciliare non giustificata*. In aggiunta a questa conseguenza economica, si ha sanzione disciplinare conservativa (resta escluso invece il licenziamento).

A seguito della visita, il medico di controllo può confermare la prognosi del medico privato, oppure negarla o ridurla, nel qual caso il lavoratore malato dovrebbe tornare al lavoro seguendo il medico fiscale. Il responso del medico pubblico rileva non come prova legale della malattia, ma soltanto come valutazione tecnica qualificata, che il giudice, quel caso dovesse essere sottoposto potrebbe, di solito con ausilio di un consulente tecnico, sottoporre a revisione. Un diverso regime vale, anche a proposito del controllo, per l'ipotesi di *malattia professionale e di infortunio sul lavoro*, nelle quali lavoratore, non tenuto a rispettare le fasce orarie reperibilità, è convocato dall'Inail per sottoporsi alla visita di controllo, che la condizione affinché l'evento sia riconosciuto dall'ente.

✓ 2.4 La conservazione del posto e il regime del licenziamento

In caso di malattia accertata (o accettata) dal datore di lavoro, il lavoratore ha diritto ad assentarsi conservando il posto di lavoro, nei limiti del periodo di tolleranza (in gergo, di comportamento) stabilito dalla legge, dalle norme corporative, dagli usi o secondo equità. La durata del comportamento è

determinata dalle fonti quella norma rinvia, tra le quali la più importante di gran lunga il contratto collettivo (in genere il CCNL).

I C.C.N.L. prevedono un comporta secco e una frazionato per sommatoria.

Il comporta secco è misurato in un periodo di tempo continuativo: in base ad esso, un lavoratore ha diritto di assentarsi, titolo di esempio, Per 6,9 o 12 mesi consecutivi, o qualunque altro periodo temporale previsto dal CCNL. Sarebbe dunque possibile eluderlo restando assente, ove il termine sia di 6 mesi, per 5 mesi e 29 giorni, rientrando poi al lavoro soltanto allo scopo di azzerare il comporta. Soccorre, ad evitare tale inconveniente a vantaggio del datore di lavoro, il comporta per sommatoria, in virtù del quale il termine di cui sopra viene superato anche ponendo in essere una pluralità di assenze intervallate da periodo di rientro dal lavoro, la cui somma complessiva, riferita ad un arco di tempo di 3 anni, eccede la durata consentita. Nell'ipotesi rara che un CCNL preveda soltanto un comporta secco e non anche uno per sommatoria, quest'ultimo deve essere determinato dal giudice, ex articolo 2110 comma due in via di *equità*.

Il criterio equitativo in uso è quello di fare riferimento al termine contrattuale del comporta secco e di rapportarlo ad un arco di tre anni. Peraltro non sono da computare, ai fini del comporta, i periodi di malattia la cui insorgenza è dovuta a responsabilità del datore di lavoro ex articolo 2087 c.c. (come una malattia determinata da *mobbing*). Analoghi periodo di comporta, sono previsti da C.C.N.L. *per le ipotesi di malattia professionale e di infortunio sul lavoro*.

Il lavoratore che prolungata assenza oltre la soglia del conforto (secco o per sommatoria), può essere licenziato, con preavviso, per *superamento del comporta*, che configura un'ipotesi a sè di giustificazione del licenziamento.

Qualora, invece, il licenziamento intervenga a comporta ancora pendente, due sono le possibili ipotesi:

- se esso è irrogato proprio in relazione alla malattia (ad esempio per un calcolo erroneo del comporta, o prima della scadenza dello stesso), esso deve ritenersi *nullo*, ma con conseguenze diverse a seconda che riguardi i lavoratori assunti sino al 6 marzo 2015 o successivamente: nel primo caso, trova applicazione la tutela ripristinatoria attenuata; nel secondo, è probabile che debba applicarsi la nullità di diritto civile comune, che comporta il ripristino puro e semplice del rapporto di lavoro;
- se il licenziamento è irrogato per motivi diversi dalla malattia, fermo e controllo sull'attendibilità degli stessi esso è (non invalido, bensì soltanto) *temporaneamente inefficace* sino a quando perdura la malattia, per poi riprendere effetto al termine della stessa del periodo massimo di comporta. Fa eccezione a tale regola in licenziamento assistito da *giusta causa*, che ha efficacia immediata, prevalente sulla malattia.

Da segnalare infine, il particolare periodo di comporta previsto dall'articolo 14 comma uno legge 81/2017, a favore del *lavoratore autonomo* continuativo che cade malattia o infortunio: tali eventi determinano l'estinzione del rapporto di lavoro, la cui esecuzione su richiesta del lavoratore, rimane sospesa, per un periodo non superiore a 180 giorni per anno solare, fatto salvo il venir meno dell'interesse del committente.

✓ 2.5 Il trattamento retributivo

L'articolo 2110 comma uno, detta il *regime retributivo* in pendenza di *malattia* (e di infortunio extra-lavorativo), prevedendo il diritto del lavoratore alla retribuzione o un'indennità, nella misura prevista dai contratti collettivi. Tale misura non è necessariamente pari al 100% della retribuzione per tutta la durata del comporta; può essere prevista, altresì, una scopertura retributiva (cosiddetto periodo di carenza) nei primi giorni di malattia.

Per alcune categorie di lavoratori (ad esempio gli operai dell'industria), una parte del trattamento economico è coperto dall'Inps (con esonero del datore di lavoro, in corrispondenza, dall'obbligo retributivo), nel quadro dell'assicurazione contro le malattie comuni. Lo stesso accade, anche se con prestazioni di importo più elevato, alle quali provvede all'Inail, nell'ipotesi di *malattia professionale ed infortunio sul lavoro*.

Un regime particolare, finalizzato a disincentivare (penalizzandole dal punto di vista economico) le assenze brevi per malattia, è dettato per i *lavoratori pubblici*: nei primi 10 giorni delle malattie di qualunque durata, è riconosciuto soltanto il trattamento economico fondamentale, con esclusione di

ogni dignità di natura accessoria. La norma è imperativa e inderogabile, anche *in melius*, dei contratti collettivi, che sono però autorizzati a prevedere eccezioni per l'assenza dovuta ad infortunio, ricovero ospedaliero, patologie gravi che richiedono terapie salvavita. Infine, l'articolo 2110 comma tre, dispone che durante periodi di malattia infortunio si ha decorso *dell'anzianità di servizio*, ai fini vari per i quali essa può essere rilevante, in virtù di norme di legge o di contratto collettivo. Non ha diritto ad alcun corrispettivo, invece, il *lavoratore autonomo* l'esecuzione del cui rapporto rimanga sospeso in caso di malattia infortunio; egli non è però tenuto, per l'intera durata della malattia o dell'infortunio, a versare i contributi previdenziali all'Inps.

Capitolo XI – L'ESTINZIONE DEL RAPPORTO DI LAVORO

1. Introduzione

La disciplina dell'estinzione rapporto di lavoro ha avuto una dinamica evolutiva che l'ha portata a distaccarsi da regime del codice civile incentrato sul principio liberale della simmetrica libertà di recesso, per entrambe le parti, dal contratto di lavoro subordinato a tempo indeterminato. Un principio che discende dall'idea della necessaria temporaneità delle relazioni obbligatorie di durata, tanto più se comportanti un'implicazione personale.

La disposizione stipite dall'articolo 2118 disponeva, in origine, che i due bilaterali recessi, del datore di lavoro (licenziamento) e del lavoratore (dimissioni), venissero trattati allo stesso modo, disconoscendo che si trattava di realtà profondamente diverse. Quello del licenziamento, in particolare, è tema di estrema delicatezza sociale: ciò malgrado non vi sia, nella costituzione, la previsione esplicita di un diritto del lavoratore a non essere licenziato senza giustificato motivo. Tale diritto è stato sancito soltanto dall'articolo 30 della carta di Nizza.

A ciò si aggiunge la rilevanza di sistema di una disciplina limitativa del potere di licenziamento.

L'esposizione del lavoratore alla possibilità di licenziamento libero, e potenzialmente arbitrario, proietta un'ombra anche sugli altri diritti (retributivi, professionali eccetera) del lavoratore, poichè lascia quest'ultimo in una condizione di soggezione da datore di lavoro, dal quale dipende il suo destino lavorativo e di reddito.

È così maturato un tormentato processo che, dagli anni 60 del secolo scorso, ha condotto al distacco quasi integrale della disciplina del licenziamento individuale dal codice civile, nel quale rimase invece radicata quella delle dimissioni. Ma proprio nell'ultima fase di questo processo, sfociata nella riforma della materia, operata mediante decreti attuativi del *Jobs Act*, si è assistito ad una significativa rivincita dell'istanza di flessibilità nella disciplina regolatrice del licenziamento.

2. Le dimissioni del lavoratore

Il recesso del lavoratore (*dimissioni*) è tuttora regolato dall'articolo 2118 comma uno c.c., secondo il quale ciascuna delle parti ha diritto potest attivo di recedere liberamente (*ad nutum*, cioè a cenno) da un contratto a tempo indeterminato, con il solo obbligo di concedere all'altra parte, destinatario del recesso, un preavviso, la determinazione della cui durata è rimessa ai contratti collettivi.

La decisione di dimettersi è, pertanto, libera e insindacabile, fatta salva l'ipotesi in cui lavoratore sei impegnato, con un patto *ad hoc*, ad una durata minima del rapporto. Il *preavviso* comporta un differimento dell'efficacia giuridica dell'atto di recesso, per non esporre la parte receduta, qui il datore di lavoro, alle conseguenze di un abbandono improvviso del lavoratore. In mancanza di preavviso, aggiunge il comma 2, il lavoratore recedente è tenuto a corrispondere all'altra parte l'importo della retribuzione che le sarebbe spettata nel periodo di preavviso (*indennità sostitutiva del preavviso*), a meno che il datore di lavoro rinunci a fruire del preavviso.

La regola ha, però, un'immediata eccezione: l'articolo 2119 e consente il recesso immediato, senza obbligo di preavviso, qualora l'altra parte (datore di lavoro) ponga in essere una "*causa che non consenta la prosecuzione, anche provvisoria, del rapporto*", cioè un gravissimo inadempimento degli obblighi contrattuali a danno del lavoratore (reiterato non pagamento della retribuzione, molestie morali o sessuali ecc.).

Peraltro, il lavoratore che si dimette per giusta causa (oltre a non dover dare il preavviso) ha diritto a percepire dal datore di lavoro, in più, l'indennità sostitutiva del preavviso.

Ferma l'insindacabilità della scelta di mettersi, si pone l'ulteriore esigenza di garantire che le dimissioni siano rese con libera e genuina espressione del consenso. La pratica illecita, a tale riguardo, è quella delle dimissioni bianco: già sottoscritte all'atto dell'assunzione sono poi utilizzate a piacimento del datore di lavoro quando questi voglia liberarsi di un lavoratore.

Per debellare alla radice questa pratica si è previsto *articolo 26 del decreto legislativo 151/2015*. La norma stabilisce che le dimissioni e la risoluzione consensuale del rapporto di lavoro devono essere fatte esclusivamente *per via telematica* su appositi moduli resi disponibili dal ministero del lavoro, che una volta riempiti devono essere trasmessi al datore di lavoro e alla competente sede dell'ispettorato del lavoro con le modalità stabilite dal predetto d.m. Inoltre, entro 7 giorni dalla data di trasmissione del modulo, il lavoratore ha la facoltà di *revocare* le dimissioni e la risoluzione consensuale, con le medesime modalità.

Le regole illustrate non sono applicabili al lavoro domestico. Un'altra eccezione è quella della *lavoratrice madre*, alla quale resta applicabile il regime che prevede la necessaria convalida (a pena di inefficacia) delle dimissioni rese dalla stessa presso servizio ispettivo dell'ispettorato del lavoro. L'istituzione della procedura descritta dovrebbe rendere molto meno probabile che il lavoratore faccia valere in giudizio eventuali *vizi del consenso* delle dimissioni già rese. Il caso più noto, al riguardo, è quello in cui lavoratore lamenta una violenza morale ex articoli 1434-1435 codice civile esercitata nei suoi confronti dal datore di lavoro o dai suoi collaboratori, per indurlo a dimettersi come unica alternativa ad un licenziamento motivato dell'asserita scoperta di gravi inadempienze commesse (ad esempio furto), e/o ad una denuncia penale per quelle stesse condotte. In questo genere di controversie, la giurisprudenza tende a ritenere le dimissioni non viziato nel caso in cui, se il lavoratore fosse stato licenziato per gli stessi fatti che lo hanno portato a dimettersi, quel licenziamento sarebbe stato legittimo. Ciò, a meno che le dimissioni siano state estorte con modalità particolarmente aggressive contraria a buona fede, nel qual caso gli estremi della violenza morale sono ravvisabili in ogni caso.

3. Il sistema del licenziamento individuale

Il regime del recesso sotto l'articolo 2118 c.c. vale di per sé anche per licenziamento, che in virtù di quella norma è irrogabile *ad nutum*, cioè senza la necessità di una motivazione formale né di una giustificazione sostanziale.

Il licenziamento *ad nutum* è sottoposto unicamente all'obbligo di dare un *preavviso*, la cui funzione ha qui una particolare e risalente valenza sociale, quella di impedire che il lavoratore si trovi privo, dall'oggi al domani, del posto di lavoro. Nella pratica, per il desiderio di liberarsi immediatamente del dipendente, i datori di lavoro comunicano a questi, già nella lettera di licenziamento, che il preavviso lavorato si deve intendere sostituito dalla relativa indennità (pari ai giorni di retribuzione del periodo di preavviso), cioè viene monetizzato.

Secondo la giurisprudenza più recente, quando il preavviso viene pagato con la corrispondente indennità sostitutiva, l'estinzione del rapporto di lavoro si produce immediatamente per mutuo consenso. Nel sistema del codice civile è altresì prefigurata una seconda tipologia di licenziamento, *per giusta causa* (articolo 2119, o in tronco, il cui effetto ritirare a quello, non già di giustificare licenziamento, bensì, più limitatamente, di esonerare il datore di lavoro della concessione del preavviso. Questo assetto si è mantenuto saldo fino al 1966. Ma il passaggio era così cruciale, essendo la libertà di recesso il cuore della libertà imprenditoriale, da poter essere realizzato soltanto da parte di una legge che segnasse l'avvento di una nuova stagione.

Questa legge, prodotta dal centro-sinistra è stata la *numero 604 del 15 luglio 1966*, che ha stabilito l'innovativo principio per cui, per essere legittimo, il licenziamento individuale del lavoratore subordinato a tempo indeterminato dev'essere, oltre che preceduto da un preavviso, disposto nel rispetto di regole di forma e, soprattutto, determinato da *un giustificato motivo*, la cui eventuale sussistenza può essere fatta valere dal lavoratore in giudizio. In questo nuovo assetto, la giusta causa ex articolo 2119 non si rapporta più al recesso *ad nutum*, ma al licenziamento per giustificato motivo, del quale costituisce una sotto-ipotesi contrassegnata anche dall'esonero del datore di lavoro dell'obbligo di preavviso.

In altre parole, il requisito minimo di legittimità del licenziamento è la presenza di un giustificato motivo. Se ricorre una giusta causa, il licenziamento è, *a maggior ragione* (il più, la giusta causa, contiene il meno, il giustificato motivo), legittimo, con l'ulteriore conseguenza dell'efficacia immediata dello stesso. Si che può cadere che licenziamento sia trovato privo di giusta causa, ma sia ritenuto assistito da un giustificato motivo. È opportuno sottolineare che tanto giustificato motivo quanto la giusta causa rappresentano semplicemente dei *fatti*, alla sussistenza dei quali l'ordinamento condiziona, nel caso del giustificato motivo, la legittimità del licenziamento, e, nel caso della giusta causa, la spettanza lavoratore del diritto al preavviso.

Ciò premesso, per far valere l'insussistenza di tali fatti, cioè il difetto di giustificazione del licenziamento, o altri vizi del medesimo (violazione delle regole di forma e di procedura ad esempio), il lavoratore deve proporre un'azione in giudizio, normalmente detta di *impugnazione del licenziamento*.

Dopodiché, il maggiore, da sempre enfatizzato, problema di politica del diritto è quello posto dal *regime sanzionatorio*, da applicare nel caso che il giudice ne accerti il carattere giustificato o comunque di legittimità, espressione da intendersi come comprensiva di tutti i possibili vizi dell'atto. Ciò sulla premessa che affinché la regola del giustificato motivo abbia una concreta presa sui comportamenti del datore di lavoro, occorre che l'esercizio non conforme a legge del potere di recesso senso nato in modo significativo dall'ordinamento. L'emblema giuridico, politico, simbolico, culturale, e persino psicologico, di tale regime è sempre stato rappresentato dalla regola della *reintegrazione nel posto di lavoro* (tutela reale) posto dell'*articolo 18 dello statuto dei diritti dei lavoratori (legge 300/1970)*, successivamente modificato dalla legge 108/1990.

Peraltro sin gli anni 90 del secolo scorso, la tutela reale è stata al centro di crescenti critiche sostenendosi che essa disincentiverebbe le assunzioni a tempo indeterminato (per il timore di non riuscire più a liberarsi del lavoratore) renderebbe troppo elevati i costi di licenziamento (cosiddette *costi di separazione*).

È stata proposta perciò la sostituzione della reintegrazione con un regime di tutela economica del licenziamento ingiustificato. Al che i difensori della stabilità del rapporto di lavoro, che alla tutela reale si collega, hanno ribattuto che l'impatto negativo, sull'occupazione non è assodato neppure la riflessione economica, e che, in ogni caso, l'articolo 18 era l'espressione di irrinunciabili valore di civiltà giuridica. Tutta questa energia si è scaricata, nei primi mesi del 2012, nella contingenza di una pesante crisi finanziaria, sul governo tecnico di Mario Monti. Il problema dell'articolo 18 è stato, infatti, al centro del faticoso processo di gestazione della legge 92 del 2012 (Riforma Fornero), la quale ha sensibilmente modificato (sin dalla rubrica, che è divenuta "*tutela del lavoratore in caso di licenziamento illegittimo*") la disposizione statutaria. Da tale scrittura, la reintegrazione è stata circoscritta a situazioni determinate e ridimensionata nell'impatto risarcitorio, venendo sostituita, negli altri casi, da un regime di tutela (o di compensazione) puramente economica. Pertanto, da unitario che era, il regime dell'articolo 18 è stato spaccettato, con la previsione di tre regimi sanzionatori diversi, uno dei quali, quello dei licenziamenti disciplinari ed economici ingiustificati, articolato in due sotto-regimi alternativi (ripristino/reintegrazione o compensazione economica).

Tre anni dopo il governo Renzi ha però ritenuto necessario, nell'ambito del *Jobs Act*, in un contesto di perdurante stallo della crescita economica dell'occupazione, radicalizzare le linee di riforma già emerse nel 2012, instaurare un nuovo regime sanzionatorio del licenziamento illegittimo, teso incrementare la flessibilità in uscita rilanciare contratto a tempo determinato come forma contrattuale dominante. In effetti, quello che il legislatore delegato (*decreto legislativo 4 marzo 2015 numero 23*) ha definito *contratto a tutele crescenti* non è tecnicamente un nuovo contratto di lavoro, bensì un nuovo assetto delle conseguenze che l'ordinamento ricollega all'illegittimità, giudizialmente accertata, del licenziamento di un lavoratore assunto a tempo indeterminato. Inoltre, l'importo della compensazione economica è diminuito rispetto all'articolo 18 riformato nel 2012, e la sua determinazione non è stata affidata al giudice, bensì, sia pure tra un minimo e un massimo previsti dalla legge, a un calcolo automatico crescente con l'anzianità di servizio del lavoratore (da qui "tutte le crescenti"). A ciò si aggiunga che il lavoratore licenziato può spesso valutare più conveniente trovare un accordo conciliativo col datore di lavoro, piuttosto che rivolgersi a un giudice.

Questo regime, peraltro, è stato dichiarato applicabile soltanto ai lavoratori assunti a tempo indeterminato, cioè dal 7 marzo 2015. Ai lavoratori già assunti a tale data continuare ad applicarsi, sino a quando legislatore non riterrà di intervenire di nuovo, il regime precedente, incentrato sull'articolo 18 e sull'articolo otto. [Le polemiche suscitate dal contratto a tutele crescenti non sono cessate nel 2016 e 2017, culminando in una richiesta di *referendum* popolare abrogativo avanzata dalla Cgil, indirizzata tanto sul decreto legislativo 23/2015 quanto sull'articolo 18 riformato nel 2012. Il *referendum* è stato però dichiarato inammissibile, in ragione della formulazione del quesito].

Merita ribadire che tanto la riforma del 2012 quanto quella del 2015 non hanno toccato la nozione portante del sistema, cioè quella di giustificato motivo, anche se hanno fortemente ridimensionato le conseguenze discendenti dalla cercate sussistenza dello stesso. Da queste riforme sono rimasti sostanzialmente esenti i *lavoratori pubblici*, per i quali è stato mantenuto un regime sanzionatorio maggiormente protettivo.

Il Governo Conte, infine, in occasione del decreto legge numero 87/2018, ha lanciato un segnale di rafforzamento della "tutte le crescenti" previste in caso di licenziamento ingiustificato, incrementando il minimo dell'indennità risarcitoria da 4 a 6 mensilità, e il massimo da 24 a 36 mensilità. Non è stato toccato, invece, l'articolo 18 e quindi la disciplina applicabile ai lavoratori assunti prima del 7 marzo 2015.

4. Procedura e forma del licenziamento

È talvolta imposto al datore di lavoro di esperire una *procedura preventiva* all'adozione del licenziamento, distinto a seconda della tipologia di recesso. Nell'ipotesi del licenziamento *disciplinare*, cioè per *giustificato motivo soggettivo* o *giusta causa*, la procedura è quella prevista dall'articolo 7 legge 300/1970, il cui primo atto è la contestazione al lavoratore di determinati fatti, rispetto ai quali deve fornire giustificazioni. Pertanto, se si giunga al licenziamento, i motivi dichiarati nello stesso devono fare riferimento ai fatti già oggetto della contestazione iniziale.

Nell'ipotesi del licenziamento talvolta detto *economico*, cioè per *giustificato motivo oggettivo*, purché disposto da un datore di lavoro assoggettato all'articolo 18, in virtù dell'articolo 7 legge 604/1966, il licenziamento deve essere preceduto da una comunicazione effettuata dal datore di lavoro alla sede dell'ispettorato del lavoro del luogo del lavoratore presta la sua opera, e trasmessa per conoscenza del lavoratore. In tale comunicazione il datore deve dichiarare l'intenzione di procedere al licenziamento per motivo oggettivo e indicare i motivi del licenziamento medesimo, nonché le eventuali misure di assistenza alla ricollocazione del lavoratore interessato.

L'Ispettorato del lavoro convoca datore e lavoratore entro 7 giorni dalla ricezione della richiesta, per un incontro da svolgersi dinanzi alla commissione provinciale di conciliazione prevista dall'articolo 410 codice di procedura civile, e nel quale il lavoratore può farsi assistere da un sindacalista o da un avvocato o da un consulente del lavoro. Durante la procedura, che deve concludersi entro 20 giorni, le parti esaminano, con la partecipazione attiva della commissione, soluzioni alternative al licenziamento (tra le quali la più comune è la risoluzione consensuale di solito incentivata datore). Se fallisce il tentativo di conciliazione, comunque una volta decorsi 20 giorni, il datore di lavoro può comunicare il licenziamento lavoratore. Questa procedura deve essere osservata per i licenziamenti per giustificato motivo oggettivo dei soli lavoratori assunti a tempo indeterminato sino al 6 marzo 2015 (per quelli assunti dal 7 marzo è stata abolita). La regola della necessaria giustificazione del licenziamento individuale comporta altresì la previsione di *requisiti di forma* dell'atto, finalizzate a rendere trasparente il motivo che ha determinato l'irrogazione. Secondo l'articolo 2 legge 604/1966 licenziamento deve essere comunicato *per iscritto* (requisito di forma *ad substantiam*), e la comunicazione deve contenere la *specificazione dei motivi*, cioè dei fatti, che lo hanno determinato. In quanto atto recettizio il licenziamento è efficace dal momento in cui è ricevuto dal lavoratore. Tanto il licenziamento disciplinare, quanto quello per motivo oggettivo, producono i propri effetti *retroattivamente*, con decorrenza dalla comunicazione di attivazione delle rispettive procedure. Qualora il dipendente abbia lavorato nel frattempo, tali giorni si considerano come di preavviso lavorato (retribuito). Quest'ultima norma (che non vale per il licenziamento di un lavoratore assunto dopo 7 marzo 2015) è rivolta ad evitare che il lavoratore possa "mettersi malattia", sospendendo l'efficacia dell'eventuale futuro licenziamento (tale sospensione continua a verificarsi, invece, nei casi di infortunio sul lavoro e di maternità).

5. Il licenziamento per ragioni soggettive

La nozione di giustificato motivo, di cui all'articolo 3 della legge 604/1966, comprende due classi di fatti, di natura distinta: i primi, relativi ad atti o comportamenti del lavoratore, qualificabili come riprovevoli in base alla *lex contractus*, e, i secondi, conseguenti a decisioni aziendali in ordine alla ristrutturazione e alla riorganizzazione dell'azienda.

La prima di tali classi integra l'ipotesi del licenziamento per *giustificato motivo soggettivo*, che consiste in una "*notevole inadempimento degli obblighi contrattuali*" (articolo 3 prima parte).

L'Inadempimento è qui preso in considerazione *come presupposto del valido esercizio del potere di recesso da parte del datore di lavoro*. Gli obblighi contrattuali rilevanti possono derivare dagli articoli 2104 e 2105 c.c., dai contratti collettivi e individuali, dai regolamenti, direttive, ordini di servizio aziendali, da regole pubbliche, da norme tecniche di vario genesi e natura. Tra gli esempi classici di adempimenti: assenza ingiustificata dal lavoro; insubordinazione nei confronti dei superiori; atteggiamenti violenti o ingiuriosi in azienda eccetera. L'inadempimento deve essere "*notevole*" sotto il profilo della *gravità oggettiva* del fatto commesso; ma non è agevole stabilire in astratto quando un comportamento oltrepassa la soglia del giustificato motivo soggettivo di licenziamento. Da sempre vengono in soccorso al giudice i C.C.N.L., che contengono esemplificazioni dei principali fatti costituenti giustificato motivo (ivi compresa la previsione di dispositivi di *recidiva*, cioè comportanti l'aggravamento della sanzione collegata ad un dato fatto). Secondo

l'articolo 3 comma 3 legge 183/2010 nel valutare le motivazioni del licenziamento il giudice tiene conto delle tipizzazioni di giustificato motivo contenute nei contratti collettivi di lavoro stipulati dei sindacati comparativamente più rappresentativi. Peraltro, tale tipizzazioni *non sono vincolanti* per il giudice, nel senso che questi può ritenere che un dato fatto sia meritevole di una sanzione meno grave di quella contemplata dal C.C.N.L. (ma non anche, invece, di una più grave) e nel senso che il giudice può ravvisare il giustificato motivo legale anche in fatti non previsti dal C.C.N.L.

In secondo luogo, il giudice deve considerare l'elemento *soggettivo* del fatto contestato, ossia lo stato soggettivo, doloso o anche colposo (in specie se la colpa grave), con il quale l'atto o il comportamento contestati sono stati posti in essere. È rilevante anche la prassi vigente in un certo contesto aziendale: se alcune irregolarità di non eccelsa entità erano state sino a quel momento tollerate, ciò può costituire un'attenuante della condotta del lavoratore. Può altresì accadere anche che una sanzione sia ritenuta sproporzionata, rispetto alla tipizzazione del C.C.N.L., in ragione di circostanze soggettive relative al caso (tali circostanze possono operare come aggravanti).

La categoria dei licenziamenti per ragioni soggettive è completata dal licenziamento per *giusta causa*, ex articolo 2119 comma uno c.c., il quale a differenza di quello per giustificato motivo soggettivo, non comporta preavviso. La Giurisprudenza effettuato, al riguardo, un'importante integrazione interpretativa della tua evocata nozione legale di "*causa che non consente la prosecuzione neppure provvisoria del rapporto*". Per un primo aspetto, integra una giusta causa un *notevolissimo* inadempimento degli obblighi contrattuali del lavoratore, la cui estrema gravità si rispecchia nel fatto che esso è tale da pregiudicare in modo irreparabile la *fiducia* che il datore di lavoro deve poter riporre dipendente, sì da giustificare l'estromissione immediata dall'azienda. Il peso dell'elemento fiduciario è tanto maggiore, quanto più è importante il ruolo professionale del lavoratore (esempio dirigente). Ma vi sono comportamenti (ad esempio furto in azienda) che sono idonei a rompere, qualunque sia la collocazione del lavoratore coinvolto, il nesso fiduciario. Per tale aspetto, la giusta causa è sulla stessa scala del giustificato motivo soggettivo, ma tu livello di *maggiore gravità*. Gli stessi C.C.N.L., tuttavia, suggeriscono che gli estremi della giusta causa devono essere valutati anche la porta tutti gli elementi che misurano (incluse le attenuanti) la *colpevolezza soggettiva* del lavoratore, cioè l'intensità del dolo o della colpa. A questa accezione basica della giusta causa la giurisprudenza ne ha aggiunto una seconda (talvolta detta giusta causa oggettiva), legate da un filo diretto con il concetto di base fiduciaria del rapporto di lavoro, in ragione della quale possono essere ricondotti alla giusta causa anche comportamenti molto gravi riprovevoli che pur non costituendo un inadempimento contrattuale, implicano una lesione non più riparabile della fiducia del lavoratore in vista del futuro svolgimento del rapporto: comportamenti attinenti, quindi, alla vita privata del lavoratore (come la commissione di gravi reati), specialmente nell'ambito di attività (come quella bancaria) che postulano un elevato grado di affidabilità personale.

Infine, *per i lavoratori pubblici*, per i quali le causali delle sanzioni disciplinari del licenziamento sono previste dai C.C.N.L. come per i lavoratori privati, l'articolo 55 quater del decreto legislativo 165/2001 ha però isolato alcune ipotesi nelle quali deve essere *comunque* irrogata la sanzione del licenziamento disciplinare, nella maggioranza dei casi senza preavviso: falsa attestazione della presenza in servizio; produzione di certificato medico falso; assenza ingiustificata dal lavoro per più di tre giorni, anche non continuativi, nell'arco di un biennio, o comunque per più di sette giorni nel corso degli ultimi 10 anni eccetera. È prescritto dalla legge, inoltre, che i contratti collettivi nazionali per i lavoratori pubblici individuino le condotte e le corrispondenti sanzioni disciplinari con riferimento alle ipotesi di ripetute e ingiustificate assenze dal servizio in continuità con le giornate festive di riposo settimanale, nonché con riferimento ai casi di giustificate assenze collettive in determinati periodi nei quali è necessario assicurare continuità nell'erogazione dei servizi all'utenza.

6. Il licenziamento per ragioni oggettive

Il licenziamento può essere giustificato anche da ragioni oggettive o economiche, ossia inerenti a decisioni dell'imprenditore in ordine alle dimensioni all'organizzazione della produzione e del lavoro. La tipologia di base è quella del licenziamento per *giustificato motivo oggettivo* (articolo 3 seconda parte legge 604/1966). Vi è poi il *licenziamento collettivo* che si può considerare semplicemente come risultante da una pluralità contestuale di licenziamenti per giustificato motivo oggettivo che è sottoposto ad un'autonoma disciplina. Il giustificato motivo oggettivo è integrato da "*ragioni inerenti all'attività produttiva, all'organizzazione del lavoro e al regolare funzionamento di essa*". Tale formula è ampia al punto da coprire tutta la gamma delle possibili scelte imprenditoriali in ordine alla riduzione o alla modificazione della struttura aziendale. In via

esemplificativa, fra le ragioni inerenti *all'attività produttiva*, si può annoverare la chiusura di un reparto o in ufficio dell'azienda, cui consegue il licenziamento dei relativi addetti. Tra quelli inerenti *all'organizzazione del lavoro*, una redistribuzione del carico di lavoro tra un minor numero di addetti favorita dall'introduzione di nuove tecnologie. Infine, fra le ragioni inerenti al *regolare funzionamento dell'organizzazione del lavoro*, l'inidoneità professionale del lavoratore a svolgere le mansioni affidate.

A partire da questa formulazione, la giurisprudenza ha operato una serie di puntualizzazioni che hanno poi dato luogo a dissensi interni alla stessa Cassazione.

Il primo problema che si pone è se il giudice, ai fini della valutazione della sussistenza del giustificato motivo oggettivo di licenziamento, possa sindacare il merito della scelta imprenditoriale a monte cioè possa valutare l'opportunità economico-organizzativa, o, persino, sociale (es. inibendo un imprenditore di effettuare dei licenziamenti per ragioni di responsabilità sociale). Tale possibilità è ufficialmente negata dalla giurisprudenza, il nome della garanzia costituzionale della libertà di iniziativa economica privata, che comporta la libertà dell'imprenditore di decidere se, il quanto e il come dell'attività d'impresa, e quindi la libertà di ristrutturarla o di organizzarla, o persino cessarla. Il punto è stato ribadito dall'articolo 30 comma 1 legge 183/2010, secondo cui nei casi in cui le disposizioni di legge contengano "*clausole generali*", "*il controllo giudiziale è limitato esclusivamente, in conformità ai principi generali dell'ordinamento, all'accertamento del presupposto di legittimità e non può essere esteso al sindacato di merito sulle valutazioni tecniche, organizzative e produttive che competono al datore di lavoro...*". Vi era, tuttavia, un filone della giurisprudenza che non condivideva sino in fondo tale limitazione del controllo: allorché affermava che il licenziamento può essere disposto unicamente per fronteggiare uno stato di crisi dell'azienda. La Cassazione ha preso partito per la prima tesi, confermando che l'andamento economico negativo dell'azienda non costituisce un presupposto fattuale che il datore di lavoro deve necessariamente provare e il giudice accertare, essendo sufficiente che le ragioni addotte (tra le quali quelle dirette ad una migliore efficienza gestionale ovvero ad un incremento della redditività dell'impresa) determinano un effettivo mutamento dell'assetto organizzativo attraverso la soppressione di una individuata posizione lavorativa.

La giurisprudenza è consolidata nel ritenere che il giudice può e deve verificare, in primo luogo, *l'effettività della ragione addotta* dal datore di lavoro, che deve consistere nella soppressione del posto occupato dal lavoratore (ad esempio un imprenditore che ha due addetti all'ufficio commerciale, uno per il Nord Italia uno per il Sud, può riorganizzare la propria di vita con un solo addetto competente per tutto il territorio nazionale, licenziando l'altro; salvo dover giustificare scelta). Questo controllo comprende che la ragione addotta non deve essere pretestuosa e deve avere una minima consistenza e serietà. In secondo luogo, al giudice spetta di accertare se dalla ragione addotta è effettivamente derivato, come conseguenza necessaria di licenziamento di quel lavoratore, in altre parole la sussistenza di un *nesso di causalità* tra la scelta imprenditoriale a monte e l'implicazione che ne è stata tratta. La giurisprudenza non si è però accontentata di prendere per buona la decisione del datore di lavoro e di vagliarne soltanto la veridicità in una logica di vero bilanciamento tra libertà di iniziativa economica ai valori sociali di quell'articolo 41 comma due costituzione. Si è così stabilito che, per provare giustificato motivo oggettivo del licenziamento, il datore di lavoro deve *anche* dimostrare di *non poter utilizzare il lavoratore in un'altra mansione reperibile in azienda* (principio *dell'extrema ratio*): ciò nel senso non di creare un posto di lavoro nuovo, ma di vagliare le possibilità alternative di utilizzazione del lavoratore nell'organico dato.

Un punto discusso è quello delle mansioni da prendere in considerazione: esse sono sicuramente quelle riconducibili allo stesso livello contrattuale di inquadramento delle mansioni soppresse per effetto della scelta aziendale che ha determinato il licenziamento; ma possono inoltre essere mansioni appartenenti al livello di inquadramento contrattuale immediatamente inferiore. Si dovrà ragionevolmente trattare, peraltro, di mansioni che il lavoratore, per competenza ed esperienza acquisite sia soggettivamente in grado di svolgere. Quanto alla prova dell'inutilizzabilità, è la giurisprudenza ad ammettere che essa possa essere fornita tramite la dimostrazione di fatti positivi, come quello di non aver effettuato, in concomitanza con il licenziamento o poco dopo (entro il semestre successivo), nuove assunzioni nelle mansioni astrattamente assegnabili al lavoratore licenziato. Infine, la giurisprudenza è solita riportare al giustificato motivo oggettivo anche licenziamenti derivanti da situazioni di oggettiva impossibilità, per il lavoratore, di prestare l'attività lavorativa.

Tra le ipotesi di rilievo, *l'inidoneità fisica o psichica* del lavoratore, nella quale il principio che il lavoratore non può essere licenziato non può essere utilizzato in altre mansioni, anche inferiori, ferma la conservazione del trattamento retributivo acquisito, positivamente sancito. Ulteriori ipotesi emerse nella giurisprudenza sono quella del ritiro di licenze o di patente di guida necessarie al lavoro, della custodia cautelare del

lavoratore (opera ragione del licenziamento il fatto dell'assenza del dipendente), qualora lo stato di detenzione si protragga per un tempo tali da far venir meno l'interesse del datore di lavoro ad attendere la ripresa della prestazione lavorativa.

7. Il licenziamento discriminatorio è nullo

Deve essere considerato a parte un vizio, che si produce quando il licenziamento realizza un'offesa beni cui l'ordinamento annetto una particolare importanza, in quanto espressione del principio costituzionale di eguaglianza: il *licenziamento discriminatorio*, che l'articolo 3 legge numero 108/1990, identifica tramite rinvio all'articolo quattro legge 604/1966 (discriminazione per motivi sindacali, politici, religiosi) all'articolo 15 legge 300/1970 (discriminazione per motivi sindacali, politici, religiosi e inoltre razziale, di lingua di sesso, di *handicap*, di età o basati sull'orientamento sessuale o sulle convinzioni personali).

Da parte del lavoratore, asserire che il licenziamento discriminatorio significa addurre un vizio *ulteriore* rispetto alla semplice carenza di giustificazione dello stesso: è diffusa l'opinione che licenziamento non può essere discriminatorio, se è giustificato, mentre, se è ingiustificato, non è solo per questo discriminatorio. Il licenziamento discriminatorio è *nullo*, a prescindere dalla motivazione formalmente adottata, comporta sempre, prescindere dal numero di dipendenti occupati dal datore di lavoro, l'applicazione della tutela ripristinatore piena: ciò sulla base dell'articolo 18, che della disciplina delle tutele crescenti. Quella del licenziamento discriminatorio non è l'unica ipotesi di *nullità* del licenziamento: altre sono caratterizzate dal fatto che le serate datoriale si pone in diretto contrasto con uno specifico divieto legale, come i divieti di licenziamento in concomitanza con il matrimonio o della maternità, o con precetti generali posti a presidio della legalità dei negozi, come la regola per cui è nullo l'atto determinato da un motivo *illecito*.

8. L'impugnazione del licenziamento e l'azione in giudizio

L'impugnazione del licenziamento è sottoposta a termini di *decadenza*, la cui finalità è quella di liberare il datore di lavoro dall'incertezza in merito alla contestazione dell'atto da parte del lavoratore, lasciando a questi un tempo sufficiente per esercitare in modo agevole proprio diritto di azione in giudizio.

I termini di decadenza previsti sono due: il primo può essere impedito con un'impugnazione stragiudiziale del licenziamento, purché effettuata in forma scritta (una semplice lettera); il secondo, che scatta una volta che sia stato osservato il primo, può essere impedito soltanto per prendere azione giudiziale volta ad impugnare licenziamento.

L'*Impugnazione stragiudiziale* deve essere effettuata entro *60 giorni* dalla ricezione da parte del lavoratore della comunicazione contenente licenziamento. Ove osservi questo primo termine (altrimenti l'impugnazione è definitivamente preclusa) lavoratore ha disposizione ulteriori *180 giovedì* per proporre l'*impugnazione giudiziale*, tramite deposito di un ricorso presso la cancelleria del tribunale competente in funzione di giudice del lavoro, piena di inefficacia dell'impugnazione medesima. Secondo l'interpretazione più accreditata i 180 giorni decorrono dalla trasmissione dell'atto scritto di impugnazione stragiudiziale del licenziamento. Nulla impedisce al lavoratore, peraltro, di proporre l'azione in giudizio già nei primi 60 giorni.

Una volta che l'azione è stata promossa dal lavoratore mediante la proposizione di un ricorso dinanzi al tribunale in funzione di giudice del lavoro, ed è stato instaurato il contraddittorio (cui datore di lavoro partecipa mediante deposito di una memoria difensiva) il giudice conduce il processo secondo speciali regole previste per le controversie di lavoro (rito del lavoro) dagli articoli 409 e seguenti codice di procedura civile. Per facilitare il lavoratore nel giudizio, è stabilito che l'onere della prova circa la sussistenza del giustificato motivo o della giusta causa incombe sul datore di lavoro, sebbene questi sia la parte convenuta nel processo. Diversamente, l'onere di provare la natura discriminatoria del licenziamento è a carico del lavoratore, che può tuttavia avvalersi delle facilitazioni (inversione dell'onere probatorio quello dei lavoratori offre elementi presuntivi che facciano sospettare la discriminazione) previste dalla normativa antidiscriminatoria.

Dopodiché, supponendo che il giudice accerti che licenziamento è stato disposto in violazione delle regole di forma o procedura e/o senza un giustificato motivo o una giusta causa e/o è discriminatorio o comunque nullo, lo stesso emette una statuizione (sentenza o ordinanza) tramite la quale stabilisce determinate conseguenze sanzionatorie. Ma, a seguito del decreto legislativo 23/2015 tali conseguenze sono articolate in due regimi diversi: l'applicazione dell'uno dell'altro dipende dalla data di assunzione a tempo indeterminato del lavoratore.

9. Il regime sanzionatorio del licenziamento illegittimo per i lavoratori assunti sino al 6 marzo 2015.

Sino alla modifica dell'articolo 18, recata dalla legge 92/2012, l'assetto della disciplina era incentrato sulla distinzione fra tutela *reale* e obbligatoria: la prima è quella prevista dall'articolo 18 ed era detta *reale* perché comportava necessariamente, nel caso in cui licenziamento fosse trovato illegittimo dal giudice, il ripristino del rapporto e la conseguente reintegrazione del dipendente, insomma la restituzione della *res* rappresentata dal posto di lavoro; l'altra tutela, prevista dall'articolo 8 era ed è definita *obbligatoria* perché la relativa sentenza non dichiara invalido ed inefficace licenziamento, benché ingiustificato, ma si limita a porre a carico del datore di lavoro due obblighi alternativi (riassunzione del lavoratore o pagamento di una penale di ridotto importo), lasciata tre quali spetta al datore stesso.

Nel testo dell'articolo 18 scaturito dalla Riforma Fornero, la tutela reale c'è ancora ma non è più l'unica prevista per cui si definisce forte quella data dell'articolo 18, e debole quella obbligatoria.

→ La tutela *forte* comporta un elevato tasso di protezione del lavoratore, e si applica alle imprese o ai datori di lavoro non imprenditori che occupano *più di 15 dipendenti* (cioè almeno 16), o più di cinque (cioè almeno 6) nel settore agricolo, *nelle unità produttive* (sede, stabilimento, filiale, ufficio reparto autonomo) *insistenti nell'ambito del territorio comunale*, o comunque alle imprese ai datori di lavoro non imprenditori che occupano *più di 60 dipendenti* (almeno 61) a livello nazionale.

→ Di contro, la tutela *debole* è residuale già che si applica in tutti gli altri casi (con l'eccezione dell'ipotesi di recesso *ad nutum*), e quindi anche a un'impresa o a un datore di lavoro con un solo dipendente.

L'esistenza di questa differenziazione di regimi sulla base della diversa consistenza occupazionale dell'impresa poggia sulla duplice premessa che l'impresa medio-grandi sono le uniche a poter sopportare un regime oneroso come quello dell'articolo 18, che nelle piccole imprese i rapporti di lavoro sono maggiormente personalizzati, si da rendere impraticabile un regime comportante la reintegrazione del lavoratore licenziato nel posto dal quale era stato estromesso.

A prescindere dalla dimensione occupazionale, la tutela forte è espressamente esclusa, per cui il lavoratore a titolo di invocare soltanto quella debole, per le cosiddette (dal diritto tedesco) *organizzazioni di tendenza*, ossia per "*datori di lavoro non imprenditori che svolgono senza fini di lucro attività di natura politica, sindacale, culturale, distruzione ovvero di religione di culto*". L'esclusione dell'articolo 18, e in particolare della reintegrazione, è motivata dalla particolare natura di queste organizzazioni, che, in quanto portatrice di una tendenza (ad esempio un partito politico), non possono essere costretti a inseguire un lavoratore entrato in contrasto con la ragion d'essere dell'organizzazione, e per questo motivo licenziato; e ciò malgrado che età licenziamento sia stato ritenuto ingiustificato, o persino discriminatorio, dal giudice.

9.1. La tutela forte (art. 18 L. 300/1970)

L'articolo 18 una norma rivolta al giudice che vengo ad accertare, in accoglimento della domanda proposta in tal senso dal lavoratore, l'illegittimità del licenziamento a questi erogato, ed è finalizzata a stabilire le conseguenze sanzionatorie di tale illegittimità dettando i termini della corrispondente sentenza. Questa ha pertanto un duplice contenuto: di accertamento del vizio di del licenziamento, di consequenziale condanna nei confronti del datore di lavoro, che tale licenziamento ha irrogato, a dar seguito alle conseguenze di tale accertamento.

Nel previgente articolo 18 qualunque fosse il vizio del licenziamento, la tutela che veniva ad applicarsi era quella reale, comportante il ripristino giuridico del rapporto malamente interrotto dal licenziamento, la reintegrazione del lavoratore licenziato il ristoro pieno dei danni patrimoniali patiti.

Non v'è dubbio che questo regime sanzionatorio si presentasse con il crisma della coerenza con i principi del diritto civile e in particolare con quello della priorità della tutela specifica rispetto a quella per equivalente. Questa consonanza con i principi non esclude, tuttavia, che l'ordinamento possa configurare diversamente regime in questione. È quanto ha fatto, per la prima volta, l'articolo 1 comma 42, della legge 92/2012 e che ha riscritto l'articolo 18 non eliminando la tutela reale, ma circoscrivendola a situazioni determinate, e prevedendo in sua vece una tutela di tipo esclusivamente economico, che lascio in essere l'efficacia estintiva del licenziamento pur dichiarato illegittimo dal giudice.

- ✓ **9.1.1. La tutela ripristinatoria interna** La tutela ripristinatoria piena si applica l'ipotesi più gravi di licenziamento viziato, vale a dire: *al licenziamento discriminatorio*; al licenziamento intimato in concomitanza col matrimonio; al licenziamento intimato in violazione dei divieti previsti in caso di

maternità; licenziamento dichiarato nullo da altre disposizioni di legge; licenziamento nullo perché è determinato da un motivo illecito ai sensi dell'articolo 1345 c.c.; al licenziamento dichiarato inefficace perché intimato in forma orale. In tale ipotesi il trattamento è quello dell'articolo 18 ante-2012, per cui il giudice:

- accerta l'invalidità inefficacia del licenziamento, da chi discende il *ripristino giuridico* del rapporto di lavoro (che realizza la tutela specifica, giacché comporta la restituzione al lavoratore dello stesso bene che la perdita a casa dell'atto giudicato illecito);
- condanna il datore di lavoro in via di tutela specifica, anche a reintegrare *materialmente* il lavoratore nel posto di lavoro, reinserendolo effettivamente all'interno dell'azienda e dell'organizzazione del lavoro. [A seguito dell'ordine di reintegrazione, il rapporto si intende risolto quando il lavoratore non abbia ripreso servizio entro 30 giorni dal ricevimento dell'invito del datore di lavoro].
- condanna il datore di lavoro, in via di tutela per equivalente, "*al risarcimento del danno subito dal lavoratore per il licenziamento di cui sia stata accertata la nullità stabilendo che*" è riconosciuto al lavoratore illegittimamente licenziato l'importo di carattere risarcitorio commisurato al *danno patrimoniale* certamente sofferto, cioè le retribuzioni non percepite dal lavoratore nel periodo tra licenziamento e l'effettiva reintegrazione disposte non sei con la sentenza ex articolo 18. Da tale importo deve essere dedotto quanto il lavoratore già licenziato eventualmente percepito grazie lo svolgimento, nel frattempo, di altre attività lavorative (cd *aliunde perceptum*).

In ogni caso, a titolo di sanzione per il datore di lavoro colpevole di aver esercitato male il potere di licenziamento, il risarcimento dei danni deve essere accordato per un minimo immancabile di 5 mensilità. È fatta salva la facoltà del lavoratore di chiedere risarcimento degli ulteriori danni (ad esempio alla salute) che egli dimostri di aver patito come conseguenza immediata e diretta del licenziamento.

A queste misure di tutela (ripristinativa, reintegratoria, risarcitoria) si aggiunge, infine, che fermo restando il risarcimento del danno per il periodo pregresso, al lavoratore reintegrato dalla sentenza è attribuita la facoltà di rinunciare la reintegrazione di ottenere, in cambio, un'ulteriore indennità, detta appunto *sostitutiva della reintegrazione*, dell'importo di *15 mensilità* di retribuzione. Tale facoltà si concretizza nella titolarità di un diritto potestativo, da esercitare entro 30 giorni decorrenti dalla comunicazione del deposito della sentenza, o dal ricevimento dell'invito del datore di lavoro a riprendere servizio, se anteriore alla predetta comunicazione. La richiesta di tale indennità determina la risoluzione istantanea del rapporto di lavoro, per cui da quel momento non decorrono ulteriori obblighi retributivi o risarcitori per retribuzioni non percepite.

✓ **9.1.2. La tutela ripristinatoria attenuata e la tutela economica** Nell'ipotesi di *licenziamento ingiustificato*, nelle quali, cioè, giudice accerta che non ricorrono gli estremi del giustificato motivo soggettivo o della giusta causa o del giustificato motivo oggettivo adottati dal datore di lavoro, la norma prefigura due regimi sanzionatori alternativi:

- la *tutela ripristinatoria attenuata* incentrato sul ripristino del rapporto e sulla reintegrazione del posto di lavoro, ma con una tutela risarcitoria più contenuta rispetto al regime della tutela ripristinatoria piena, data la previsione di un tetto massimo di risarcimento per i danni retributivi;
- la *tutela economica o indennitaria* prevedente una compensazione meramente economica del lavoratore (novità più eclatante della novella).

I presupposti Le sotto-ipotesi nelle quali si applicano l'uno o l'altro dei due regimi non sono lasciate alla libera valutazione del giudice, ma sono predeterminate dalla legge stessa. La discrezionalità del giudice ritorna in gioco nell'interpretazione dei predetti presupposti.

- Per quanto concerne i *licenziamenti soggettivi ingiustificati*, la tutela ripristinatoria attenuata deve essere applicata nei casi in cui:
 - A. Risulta, nel processo, l'insussistenza del fatto contestato al lavoratore come addebito disciplinare (si ha non soltanto quando datore di lavoro non riesce a provare in giudizio

la sussistenza del fatto materiale imputato al lavoratore e/o il dolo e la colpa dello stesso, ma anche quando quel fatto non è ritenuta antigiuridico dal giudice), oppure

- B. Risulta, nel processo, che il fatto contestato rientra tra le condotte punibili dal datore di lavoro soltanto con una sanzione conservativa.

La tutela economica deve essere applicata, invece, in tutte le “*altre ipotesi*” di licenziamento soggettivo ingiustificato, la cui estensione è inversamente proporzionale a quella dei casi A e B. È certo che la tutela economica sia da applicare all’ipotesi di licenziamento giudicato giustificato per tardività della contestazione rispetto alla conoscenza del fatto da parte del datore di lavoro.

- Per quanto concerne i *licenziamenti oggettivi ingiustificati*, il giudice può applicare la tutela ripristinatoria attenuata nell’ipotesi in cui accerta la “*manifesta insussistenza del fatto posto a base del licenziamento per giustificato motivo oggettivo*”. Deve invece applicare la tutela economica, simmetria con le regime dei licenziamenti soggettivi, in tutte le “*altre ipotesi*” di licenziamento oggettivo ingiustificato. Non c’è dubbio che debba tendenzialmente applicarsi la tutela ripristinatoria attenuata nei casi più conclamati di illegittimità, vale a dire di quelli nei quali la ragione economica dovuta dal datore di lavoro per licenziare il lavoratore e/o il nesso di causalità fra tale ragione e il licenziamento risultino insussistenti nel processo. Secondo la Cassazione, lo stesso vale anche nel caso in cui giustificato motivo oggettivo viene negato perché il datore di lavoro non riesce a dimostrare l’inutilizzabilità in altre mansioni del lavoratore licenziato; un caso che, altre opinioni collocarono nell’area della tutela economica. In ogni caso, la legge richiede, affinché possa applicarsi la tutela ripristinatoria attenuata, che l’insussistenza del fatto sia “*manifesta*”, cioè risultante con nettezza degli elementi probatori, e lascia inoltre al giudice (cfr “*può*”) la scelta finale se applicarlo no. Si ritorna alla tutela ripristinatoria attenuata nel caso di licenziamento motivato dalla inidoneità fisica o psichica del lavoratore che stato trovato giustificato dal giudice, nonché in quello di un licenziamento intimato al lavoratore malato infortunato in violazione dell’articolo 2110 c.c.

In conclusiva sintesi, tanto per i licenziamenti soggettivi quanto per quelli oggettivi, la tutela basata su ripristino del rapporto e sulla conseguente reintegrazione è riservata all’ipotesi identificate dal legislatore come di *grave abuso del potere di licenziamento*, altrimenti riconoscendosi al lavoratore una compensazione economica che non mette in questione la validità e l’efficacia del licenziamento medesimo. Va detto, peraltro, che la giurisprudenza maggioritaria tenta di interpretare le ipotesi in discorso in modo ampio, in particolare nell’area dei licenziamenti soggettivi, così garantendo alla tutela ripristinatoria, nonostante la riforma una certa perdurante centralità.

I contenuti La *tutela ripristinatoria attenuata* riprende, nell’impianto di base (ripristino del rapporto, reintegrazione, ristoro patrimoniale) quella dello strada per i licenziamenti nulli ma con una limitazione, per il lavoratore, dei diritti risarcitori nascenti dall’illegittimità del licenziamento. Ferme restando la previsione del minimo di 5 mensilità e la commisurazione dell’indennità risarcitoria le retribuzioni non percepite a causa dell’interruzione del rapporto provocata dall’illegittimo licenziamento, è infatti stabilito che:

- L’indennità risarcitoria di cui sopra non può comunque essere superiore a 12 mensilità della retribuzione globale di fatto: si tratta della novità di maggiore rilievo, che si traduce nel trasferire al lavoratore parte delle rischio inerente alla durata del processo (nel vecchio articolo 18 era tutto a carico del datore);
- Deve essere dedotto dal risarcimento non soltanto l’*aliunde perceptum*, ma anche, quanto il lavoratore avrebbe potuto percepire nel periodo di estromissione, dedicandosi con diligenza alla ricerca di una nuova occupazione (*aliunde percipiendum*);
- il versamento dei contributi previdenziali assistenziali deve essere invece pieno; l’importo dei contributi da versare può essere ridotto in misura corrispondente contributi che sono stati eventualmente accreditata al lavoratore in relazione allo svolgimento, mentre la licenziato, di altre attività lavorative.

Di contro, la *tutela economica*, o *indennitaria*, comporta che il giudice, pur rilevando il carattere ingiustificato del licenziamento e dunque l’illegittimità di questo, dichiara l’avvenuta estinzione del

rapporto di lavoro (il che comporta che, benché legittimo, licenziamento mantiene efficacia giuridica) e condanna il datore al pagamento in favore del lavoratore di un indennizzo per il posto giustamente perduto, cioè di una “*indennità risarcitoria onnicomprensiva determinata tra un minimo di 12 un massimo di 24 mensilità dell’ultima retribuzione globale di fatto*“. Ai fini della modulazione tra il minimo il massimo, il giudice deve tener conto, prioritariamente, dell’anzianità di servizio del lavoratore, nonché del numero dei dipendenti occupati dal datore di lavoro, delle dimensioni dell’attività economica, del comportamento e delle condizioni delle parti.

✓ 9.1.3 La tutela economica ridotta

Nell’ipotesi di licenziamento dichiarato illegittimo unicamente *per vizi di forma o di procedura* (violazione dell’obbligo di motivazione del licenziamento, della procedura disciplinare o della procedura di irrogazione del licenziamento per motivo oggettivo) è stabilita una *tutela economica ridotta*, che lascia estinto il rapporto di lavoro (ed efficace, dunque, licenziamento), e che attribuisce al lavoratore un’indennità risarcitoria di comprensiva, determinata in misura compresa, in relazione alla gravità della violazione formale o procedurale commessa, *tra un minimo di 6 e un massimo di 12 mensilità dell’ultima retribuzione globale di fatto* percepita dal lavoratore.

Ciò a meno che il giudice, sulla base della domanda del lavoratore accerti che abbia *anche* un difetto di giustificazione del licenziamento, nel qual caso applica esclusivamente (dunque senza compararla con quella di quel paragrafo) la tutela prevista per il licenziamento ingiustificato. In tal modo, il vizio formale procedurale viene sdrammatizzato, ferma restando la facoltà del lavoratore di far valere altri vizi del licenziamento.

✓ 9.1.4 La revoca del licenziamento

In caso di *revoca del licenziamento* da parte del datore di lavoro, purché effettuata entro 15 giorni dalla ricezione dell’impugnazione del lavoratore, il rapporto di lavoro si intende ripristinato, con diritto del lavoratore alla retribuzione maturata nel periodo precedente alla revoca, senza che trovino applicazione i regimi sanzionatori previsti dalla norma.

9.2 La tutela debole (art. 8 L. 604/1966)

Dove si applica la tutela debole, o obbligatoria (art.8), il lavoratore licenziato senza giustificato motivo aderito, anzitutto, di essere “*riassunto*“ dal datore di lavoro. La riassunzione implica la costituzione di un nuovo rapporto di lavoro, per cui il lavoratore che ne beneficia della titola le spettanze retributive che avrebbe maturato dal momento in cui stato licenziato sino a quello della sentenza cassata per obbligo di assunzione.

Peraltro (qui l’assenza di questo regime) l’obbligo di riassunzione è previsto meramente *in alternativa* al pagamento, da parte del datore di lavoro, di un *risarcimento del danno*, commisurato ad una *penale* predeterminata dalla legge, tra un *minimo di 2,5* e un *massimo di 6 mensilità* dell’ultima retribuzione globale di fatto percepita dal lavoratore. Qualora il dipendente abbia un’anzianità superiore a 10 e a 20 anni, e il datore di lavoro occupi più di 15 dipendenti nel complesso dell’azienda, i massimi della penale sono elevati, rispettivamente, a 10 e a 14 mensilità.

La scelta tra i due obblighi alternativi spetta al datore di lavoro, e si indirizza sempre verso il pagamento della penale, che consente, con onere economico contenuto, di conseguire l’obiettivo di estromettere il lavoratore dall’azienda. L’articolo 8 non chiarisce se tale regime si applicano anche licenziamento affetto da vizi di forma o di procedura.

10. Il regime sanzionatorio del licenziamento illegittimo per i lavoratori assunti dal 7 marzo 2015 (contratto a tutele crescenti)

Il regime sanzionatorio introdotto dal decreto legislativo 23/2015, per i lavoratori (dirigenti esclusi) assunti a tempo indeterminato a far data dal 7 marzo 2015, è caratterizzato da un livello significativamente più elevato, rispetto al regime precedente, di flessibilità in uscita. Ciò si desume dalla previsione, come regola dominante di questo sistema sanzionatorio, della *tutela economica* in caso di licenziamento illegittimo, mentre la tutela ripristinatoria e reintegratoria è ormai confinata di ipotesi specifiche e tendenzialmente

eccezionali; il più ridotto importo (rispetto all'art.18) della predetta tutela economica, specialmente per i lavoratori con base anzianità di servizio.

Nel disegno del legislatore delegato, è che l'importo dell'indennità risarcitoria di cui ha titolo il lavoratore illegittimamente licenziato viene reso più certo, e dunque predeterminabile dal datore di lavoro, tramite l'applicazione di un criterio automatico di risarcimento, crescente con l'anzianità di servizio del lavoratore (in ciò consistono le "tutele crescenti").

Un'ulteriore novità è la riduzione del divario tra la tutela forte e quella debole: la tutela economica crescente si applica, infatti, anche ai datori di lavoro rientranti nel campo di applicazione della tutela debole, con un importo pari alla metà di quello ordinario. Scompare l'eccezione delle organizzazioni di tendenza, nel regime precedente assoggettato comunque alla tutela debole. Nei confronti dei lavoratori cui si applicano le tutele crescenti, l'organizzazione di tendenza di quando tale regime comune relazione alla propria consistenza occupazionale.

La maggiore certezza dell'importo è volta a favorire la composizione pacifica della controversia insorta a seguito del licenziamento di un lavoratore. Tale intendimento si trae chiaramente dall'istituto dell'*offerta di conciliazione*, in base al quale se datore di lavoro offre al lavoratore l'importo di *1 mensilità di retribuzione per ogni anno di servizio*, in misura non inferiore a 3 e non superiore a 27 mensilità, e il lavoratore lo accetta, quell'importo non è assoggettato a contribuzione previdenziale né all'imposta sul reddito delle persone fisiche. Si tratta di una previsione di carattere eccezionale, che evidenzia quanto il legislatore cerca di spingere le parti ad evitare il ricorso al giudice. Per essere efficace tali fini, l'offerta deve essere fatta dal datore di lavoro mediante consegna al lavoratore di un assegno circolare, accettata dallo stesso, entro il termine di impugnazione stragiudiziale del licenziamento (tutto deve perfezionarsi entro 60 giorni), e purché in una delle sedi di autonomia assistita previste dall'ordinamento. Ovviamente le parti possono approfittare dell'occasione per conciliare anche altre eventuali pendenze (cd. conciliazione tombale): ma gli importi eventualmente attribuite lavoratore tale inferiore titolo restano soggetti al regime fiscale ordinario.

Ciò detto, è sempre possibile che licenziamento sia impegnato dinanzi al giudice, per cui occorre analizzare il nuovo regime sanzionatorio, e dal punto di vista della struttura riprende il modello dell'articolo 18, del quale accoglie, la sistematica dei vizi del licenziamento: licenziamento discriminatorio nullo, licenziamento ingiustificato, licenziamento affetto da vizi di forma o di procedura. Sono però diversi presupposti delle singole tutele e anche i contenuti delle stesse. Sotto il profilo della tecnica normativa, peraltro, anche quando ha ripreso senza sostanziali novità il dettato dell'articolo 18, il decreto legislativo 23/2015 ha riscritto *ex novo* la disciplina, così da non rendere necessario il rinvio formale all'articolo 18.

✓ 10.1 La tutela economica: presupposti e contenuti

La norma chiave è quella di quell'articolo 3 comma 1 in base alla quale, nei casi in cui risulta accertato che non ricorrono gli estremi del licenziamento per giustificato motivo oggettivo o per giustificato motivo soggettivo o giusta causa, il giudice dichiara estinto il rapporto di lavoro alla data del licenziamento e condanna il datore di lavoro al pagamento di un'indennità, non assoggettata a contribuzione previdenziale (ma ad imposta fiscale), di importo pari a *2 mensilità dell'ultima retribuzione di riferimento per il calcolo del TFR per ogni anno di servizio*, in misura comunque non inferiore a sei e non superiore a 36 mensilità. L'impostazione del provvedimento giudiziale è quindi analoga a quella della tutela economica sub articolo 18 (per il fatto che la sentenza non dichiara invalido o inefficace il licenziamento, e quindi lascia estintori rapporto di lavoro), ma con la differenza che la quantificazione della compensazione economica non è più affidata al giudice, bensì è la risultante di un calcolo automatico, entro il minimo e il massimo previsti (sino a 3 anni di anzianità di servizio l'importo è uguale a 6 mensilità; successivamente, cresce proporzionalmente sino al 18° anno di servizio, perché sia testa definitivamente su 36 mensilità). Nel caso di *datore di lavoro di piccole dimensioni* (tutela debole) l'importo è ridotto a *una mensilità per anno di servizio*, entro un minimo di tre a un massimo di sei mensilità.

La tutela in discorso si applica anche al licenziamento affetto da *vizi formali* (eccettuato il licenziamento orale) o *procedurali*, cioè intimato con violazione delle requisito di motivazione o della procedura disciplinare di cui all'articolo 7 legge 300/1970. L'importo dell'indennità risarcitoria tuttavia, in questo caso, ridotto, essendo pari a *una mensilità per anno di servizio*, entro un minimo di 2 e un massimo di 12 mensilità.

Un importo ulteriormente dimezzato (0,5 mensilità per anno, entro il range 1-6) è previsto per il datore di lavoro di piccole dimensioni (tutela debole).

✓ 10.2 La tutela ripristinatoria: presupposti e contenuti

Nell'area del licenziamento ingiustificato, la *tutela ripristinatoria*, nella forma *attenuata*, opera in un solo caso, e sempre che ricorrano i requisiti occupazionali di quell'articolo 18: quello in cui il licenziamento *disciplinare*, cioè per giustificato motivo soggettivo o per giusta causa, è ritenuto ingiustificato motivo dell'accertata "*insussistenza del fatto materiale contestato al lavoratore*". Tale formula è più restrittiva di quella dell'articolo 18: prende in considerazione, per far scattare la condanna del ripristino del rapporto di lavoro alla reintegrazione del lavoratore illegittimamente licenziato, la sola componente "materiale" del fatto. Resta aperto l'interrogativo se sia ragionevole applicare un trattamento diverso (cioè la tutela economica) alle ipotesi in cui, appurata la sussistenza del fatto materiale, è però risultato insussistente l'elemento soggettivo di tale fatto (perché ad esempio il lavoratore si sia reso responsabile di un ammanco di danaro, ma non di furto), o il fatto è stato imputato lecito. È possibile, dunque, che la formula escogitata dal legislatore del 2015 non sei in grado di garantire il risultato atteso.

Dove lo stacco col regime precedente sembra tendenzialmente riuscito, è nelle esplicite precisazione normativa per cui la tutela ripristinatoria non vale per il licenziamento trovato ingiustificato perché *sproporzionato*, cui pertanto si applica la tutela economica anche se (ecco lo stacco) il fatto per il quale è stato erogato era previsto dal codice disciplinare di cui al contratto collettivo come passibile di una sanzione meramente conservativa.

Dibattuto è se l'esclusione della tutela ripristinatoria possa valere anche per il licenziamento abusivo in quanto intimato a fronte di una addebito veniale o praticamente inesistente (esempio per essere arrivato al lavoro con cinque minuti di ritardo): ragionevolmente è dato dubitare. Invece, non può darsi mai luogo ad annullamento del licenziamento con il ripristino del rapporto nell'area del licenziamento per giustificato motivo oggettivo.

I contenuti della tutela ripristinatoria attenuata qui prevista, sono, di massima, i medesimi rispetto a quelli dell'articolo 18. Vi è soltanto qualche differenza: *l'aliunde percipiendum* è riferito a quanto il lavoratore avrebbe potuto percepire accettando una congrua offerta di lavoro; la condanna al versamento dei contributi previdenziali dal giorno del licenziamento a quello dell'effettiva reintegrazione del lavoratore è piena, ma non debbono applicarsi sanzioni per omissione contributiva. Come nel regime antecedente, continua invece ad applicarsi la *tutela ripristinatoria piena*, a prescindere dal numero dei lavoratori alle dipendenze del datore di lavoro, e con contenuti analoghi a quelli previsti dall'articolo 18 (inclusi la possibilità di dedurre soltanto *l'aliunde perceptum* e il diritto all'indennità sostitutiva della reintegrazione), nei casi di licenziamento discriminatorio, o nullo perché è riconducibile all'ipotesi di nullità espressamente previste dalla legge, ovvero inefficace perché intimato in forma orale. Questa disciplina trova applicazione, inoltre, l'ipotesi di licenziamento ingiustificato motivato dalla disabilità fisica o psichica del lavoratore, che pertanto viene trattato (diversamente che nell'articolo 18) come se fosse discriminatorio.

11. Le residue ipotesi di licenziamento ad nutum

La regola di libera recedibilità, di quell'articolo 2118 c.c., marginalizzata dall'evoluzione dell'ordinamento, sopravvive nelle ipotesi del:

- ✓ *dirigente*, a causa del carattere fortemente fiduciario del rapporto che lo lega al datore di lavoro. Peraltro, i contratti collettivi prevedono che il dirigente privato ha la facoltà di far valere, dinanzi al collegio arbitrale o ad un giudice, il carattere ingiustificato del licenziamento, con applicazione, qualora il difetto di tale giustificazione venga accertato dal giudice, di un'indennità economica (supplementare) variabile tra un minimo, pari all'importo del preavviso, e un massimo, che può giungere a circa due annualità di retribuzione;
- ✓ lavoratore *domestico*;
- ✓ lavoratore ultrasessantenne in possesso dei requisiti della *pensione di vecchiaia*;
- ✓ lavoratore in periodo di *prova*, che è stato licenziato per esito negativo della medesima. Quello del recesso durante o al termine del periodo di prova è un'ipotesi che, se formalmente è ancora di libero recesso, consente al lavoratore di impugnare comunque il licenziamento -per abuso della relativo potere-, qualora asserisca di non essere stato posto dal datore nella condizione di effettuare la prova

delle mansioni per le quali era stato assunto, o comunque per un tempo sufficiente a dimostrare la propria capacità. In ogni caso, anche qualora una tale impugnazione abbia successo, esso dà titolo soltanto a conseguire un risarcimento dei danni, per un importo di massima basso.

- ✓ Infine, un'ipotesi di recesso ex articolo 2118 e il licenziamento che il datore di lavoro è libero di disporre al termine del contratto di apprendistato.

12. Il regime sanzionatorio del licenziamento illegittimo per i lavoratori pubblici

I lavoratori pubblici sono rimasti fuori dalle riforme del regime sanzionatorio del licenziamento illegittimo del 2012 e del 2015. Con il decreto legislativo 75/2017, è stata prevista in argomento una norma ad hoc, che riprende (non integralmente) quella di cui all'articolo 18 legge 300/1970, antecedente alla riforma del 2012, che si rivolge a tutti lavoratori pubblici, inclusi i dirigenti. È ivi disposto che *“il giudice, con la sentenza con la quale annulla o dichiara nullo il licenziamento, condanna l'amministrazione alla reintegrazione del lavoratore nel posto di lavoro e al pagamento di un'indennità risarcitoria commisurata all'ultima retribuzione di riferimento per il calcolo del trattamento di fine rapporto corrispondente al periodo dal giorno del licenziamento fino a quello dell'effettiva reintegrazione, e comunque in misura non superiore alle 24 mensilità, dedotto quanto il lavoratore abbia percepito per lo svolgimento di altre attività lavorative. Il datore è condannato, altresì, per il medesimo periodo, al versamento dei contributi previdenziali e assistenziali”*.

Rispetto all'articolo 18 classico, c'è il tetto al risarcimento (ma di 24 mensilità, e non di 12 come nell'articolo 18 riformato nel 2012) e non c'è l'indennità sostitutiva della reintegrazione. Nell'insieme, si tratta del regime più protettivo in circolazione. Il bilancio dei regimi sanzionatori del licenziamento illegittimo si chiude con tre regimi per il settore privato, più le loro articolazioni interne e uno per il lavoro pubblico.

Capitolo XII – LA CRISI DELL'IMPRESA

3. La riduzione del personale

Il licenziamento collettivo è il provvedimento cui un'impresa può ricorrere allorché è gravata da un'eccedenza di personale ormai strutturale, è necessità di ridurre stabilmente il livello dell'organico. È un istituto sospeso, da sempre, tra l'imperativo di offrire una protezione ai lavoratori coinvolti in una vicenda così drammatica, è la difficoltà di contrastare con le armi del diritto scelte imprenditoriali che, inizialmente, in difetto di una disciplina *ad hoc*, una tutela era stata apprestata soltanto dalla giurisprudenza e da accordi sindacali. Nel contempo, la direttiva 75/129/CEE del 1975 aveva richiesto agli Stati membri di adottare un modello di tutela più moderno e strutturato, incentrato sulla creazione di uno *spazio procedurale* entro il quale le organizzazioni sindacali debbano essere coinvolte nella gestione di queste operazioni imprenditoriali. Tale direttiva è rimasta a lungo non attuata dall'Italia, sino a quando è stata emanata la *legge 23 luglio 1991, n.223* che ha recepito le prescrizioni europee, ma con aggiunte (la previsione di criteri di scelta dei lavoratori candidati all'inclusione nel licenziamento collettivo, e soprattutto l'istituto della mobilità).

La normativa di tutela rispetta la libertà economica (art. 41 co 1 Cost), che implica la libertà dell'imprenditore di determinare e modificare le dimensioni dell'impresa e il livello dell'organico. Da ciò discende che il datore di lavoro non è giuridicamente obbligato a ricorrere a strumenti alternativi come la CIGS, prima di procedere ad un licenziamento collettivo (cfr L. 223/1991); anzi, qualora ritenga inevitabile e irreversibile l'eccedenza di personale, egli non dovrebbe ricorrere alla CIGS, bensì immediatamente ai licenziamenti.

Nel contempo il datore di lavoro deve esternare la propria intenzione alle organizzazioni sindacali e fatta salva l'ipotesi di una marcia indietro del datore di lavoro, si procede all'adozione dei licenziamenti. Contestualmente ai licenziamenti, la legge 223/1991 aveva previsto, altresì, l'attivazione della rete di sicurezza consistente nella collocazione dei lavoratori licenziati in *mobilità*. Si trattava di un'originale forma previdenziale che comportava, per i soli lavoratori dipendenti da imprese rientranti nel campo di applicazione della CIGS, l'erogazione di un'indennità economica (per un periodo fino a 3-4 anni) e l'attivazione di incentivi contributivi volti a favorire la riassunzione dei lavoratori in mobilità da parte di

terzi (mobilità= transito di un lavoratore da un posto all'altro, che presupponeva che il mercato di lavoro fosse in grado di riassorbirlo).

La mobilità era dunque una CGIS differita al momento in cui i licenziamenti sono stati ormai disposti (puntandosi ad evitare l'effetto negativo di mantenere in vita posti di lavoro ormai privi di una giustificazione economica), e protesa verso il reinserimento dei dipendenti. Ne sono derivate anche sperequazioni nel sistema di tutela contro la disoccupazione, nella misura in cui il lavoratore in mobilità si è trovato ad essere un privilegiato a paragone del disoccupato semplice e senza qualità. Dalla contestazione di tale squilibrio ha tratto motivo l'intervento della L. 92/2012, che ha avviato il progressivo superamento della mobilità, che è uscita di scena dal 1 gennaio 2017, rifluendo nella *tutela generale contro la disoccupazione*, rappresentata dalla NASpI. La NASpI, a sua volta, dovrebbe essere strutturalmente collegata al sistema delle politiche attive del lavoro, delle quali si predica la necessità anche in vista di una gestione dinamica delle crisi aziendali.

- **3.1 Nozione di licenziamento collettivo e raccordo col giustificato motivo oggettivo**

Per l'applicazione della disciplina prevista dalla legge 223 del 1991 bisogna prima fissare la nozione di licenziamento collettivo. Al riguardo, l'articolo 24 comma uno, stabilisce che si ha un licenziamento collettivo quando un'impresa o un datore di lavoro non imprenditori:

- occupa almeno 15 dipendenti (elemento occupazionale);
- intende effettuare *almeno 5 licenziamenti*, entro un arco di tempo di 120 giorni, ciascuno unità produttiva, o in più unità produttive nell'ambito del territorio della stessa provincia (elemento-temporale);
- motiva tali licenziamenti relazione ad una cessazione di attività o ad una trasformazione o riduzione di attività o di lavoro (elemento causale);

Fatti salvi i casi di licenziamenti determinati dalla fine dei lavori negli appalti per costruzioni edili dalla cessazione di appalti di servizi.

L'insieme di questi elementi compone la fattispecie del licenziamento collettivo, identificata in relazione alla presunta soglia di rilevanza sociale del fenomeno, al superamento della quale l'ordinamento impone l'osservanza di una particolare disciplina di tutela. Anche il licenziamento del *dirigente* rileva ai fini della nozione di licenziamento collettivo, e deve essere irrogato nel rispetto della normativa procedurale in esame. Ciò detto, prima di esaminare la disciplina, è opportuno mettere a fuoco il raccordo tra la normativa speciale del licenziamento collettivo e quella generale del licenziamento individuale, segnatamente per giustificato motivo oggettivo. L'affinità tra le due tipologie è evidente, posto che le causali previste dall'articolo 24 rientrano facilmente nella persino più ampia nozione di giustificato motivo oggettivo. Ove si consideri, quindi, che *il licenziamento collettivo, come atto giuridico, non esiste*, risolvendosi in una pluralità di licenziamenti individuali (ciascuno indirizzato singolo lavoratore), non vi sarebbero particolari ostacoli a ritenere che i predetti licenziamenti individuali sono equiparabili, dal punto di vista della giustificazione, a una pluralità di licenziamenti per giustificato motivo oggettivo. Ciò potrebbe implicare che, ferma l'osservanza della normativa procedurale dei criteri di scelta, rimarrebbe nella facoltà del lavoratore, coinvolte non licenziamento collettivo, impugnare proprio licenziamento anche sotto il profilo del difetto di giustificazione oggettiva, così come è possibile fare nei riguardi di un licenziamento individuale. Tuttavia la giurisprudenza ha adottato un diverso approccio, ritenendo preclusa al lavoratore un'impugnazione per la non giustificazione sostanziale del licenziamento, e proponibile soltanto l'azione volta a denunciare l'inosservanza della procedura e/o dei previsti criteri di scelta. Secondo questa posizione, che valorizza al massimo l'originalità della legge 223/1991, la tutela si esaurisce nella procedura sindacale assorbendo quella prevista per il licenziamento individuale. Tanto è vero che, laddove la normativa del licenziamento collettivo non trova applicazione per esclusioni specifiche (come nel fine lavori in edilizia e nella cessazione degli appalti di servizi) i licenziamenti debbono intendersi per giustificato motivo oggettivo.

- **3.2 La procedura del licenziamento collettivo**

La procedura del licenziamento collettivo di quella legge 223/1991 è iniziato con la *comunicazione* che l'imprenditore o datore di lavoro intenzionato a procedere ad una riduzione del personale (preceduto o meno da un periodo di CIGS) deve trasmettere per iscritto alle RSA o alla RSU, nonché alle rispettive associazioni sindacali di categoria. In mancanza di organismi di rappresentanza in

azienda, la comunicazione deve essere effettuata all'associazione di categoria aderenti alle confederazioni maggiormente rappresentative sul piano nazionale.

La comunicazione deve contenere, con un sufficiente grado di specificità, una serie di *informazioni* su progettato licenziamento collettivo, finalizzate a porre le parti sindacali in grado di gestire la difficile situazione, è segnatamente:

- I motivi che determinano la situazione di eccedenza;
- i motivi tecnici, organizzativi e produttivi per i quali si ritiene di non poter adottare misure idonee a porre rimedio alla situazione di evitare, in tutto o in parte, i licenziamenti;
- il numero, la collocazione aziendale i profili professionali del personale eccedente (non ancora, quindi, i nominativi di tale personale) nonché del personale abitualmente impiegato;
- i tempi di attuazione del programma di riduzione del personale;
- le eventuali misure previste per fronteggiare le conseguenze sociali del licenziamento (esempio misure di *outplacement*, rivolte a ricercare, di solito tramite l'ausilio di imprese specializzate, altre occupazioni per i licenziati).

All'informazione segue una fase di *consultazione*: entro 7 giorni dal ricevimento della comunicazione, a richiesta della rappresentanza delle rispettive associazioni sindacali, si procede a un esame congiunto tra le parti, allo scopo di esaminare le cause che hanno contribuito a determinare l'eccedenza del personale e la possibilità di utilizzazione diversa di tale personale, o di una sua parte, nell'ambito della stessa impresa. L'esame congiunto deve concludersi entro 45 giorni dalla data di ricevimento della comunicazione, ridotti a 30 nel caso in cui l'impresa sia soggetta ad una procedura concorsuale.

Qualora venga concluso un accordo entro tale termine (eventualmente prorogabile dalle parti), la procedura si esaurisce. Inoltre, con tale accordo possono essere sanati gli eventuali vizi della comunicazione di apertura della procedura.

In caso di mancato accordo, deve darsi luogo ad un supplemento di procedura *in sede amministrativa*, cioè davanti ad organismi pubblici chiamati a svolgere un ruolo di mediazione, che sono la sede territoriale dell'ispettorato del lavoro, la regione in caso di eccedenza riguardanti più Province di una regione, o il Ministero del Lavoro nel caso di eccedenza riguardante più regioni. Tale ulteriore fase deve concludersi entro ulteriori 30 giorni. Ove neppure in sede amministrativa maturi un accordo, e dunque dopo massimo di *75 giorni* (45 + 30), la procedura è definitivamente conclusa, e le parti acquistano piena libertà di azione, cioè, rispettivamente, di licenziare e di ricorrere ad azioni di sciopero.

Peraltro, con intenti di rafforzamento del ruolo del sindacato nella procedura, la legge ha sempre incentivato il raggiungimento di un *accordo* con la controparte sindacale, e in generale una gestione consensuale della crisi aziendale. Da tenere presente è che in origine l'impresa che disponeva un licenziamento collettivo con collocazione in mobilità doveva corrispondere all'Inps un contributo pari a 6 o 9 (a seconda che il licenziamento fosse stato preceduto o meno della CIGS) mensilità di retribuzione per ciascun lavoratore licenziato, che serve a finanziare la mobilità. Era previsto, infatti, che quando l'imprenditore raggiungeva con i soggetti sindacali un accordo sul licenziamento collettivo (implicante una certa azione sindacale di tale licenziamento), e contributo di 6 o 9 mensilità per ciascun lavoratore licenziato, che l'imprenditore era tenuto a versare all'Inps a titolo di finanziamento della mobilità, fosse ridotto a tre mensilità.

Con il superamento della mobilità, dal 2017, il dispositivo incentivante è stato riproposto ma in termini diversi. È stato stabilito che il contributo di licenziamento debba essere pagato, in misura raddoppiata dal 2018, anche da parte delle imprese -rientranti nel campo di applicazione della CIGS- che procedono a un licenziamento collettivo, ma si è moltiplicato per tre volte nei casi in cui la dichiarazione di eccedenza di personale di quell'articolo 4 comma 9 legge 223/1991, non è stata oggetto di accordo sindacale. È evidente, peraltro, che i sindacati possono essere disposti a sottoscrivere un accordo del genere, assumendosi una responsabilità verso i licenziati, soltanto come contropartita di sostanziali concessioni dell'imprenditore, in termini di riduzione del numero dei licenziamenti progettati, riconoscimento di incentivi economici aggiuntivi alla NASpI, o misure sociali tendenti a reinserimento professionale dei lavoratori. Comunque, che un accordo sia stato concluso meno, il datore di lavoro può procedere -entro il termine di 120 giorni dalla conclusione della procedura, differibili tramite accordo sindacale-disporre di singoli atti di licenziamento, che debbono essere comunicato *in forma scritta* a ciascun lavoratore prescelto, nel rispetto del preavviso

contrattualmente dovuto. Non è espressamente prescritto, come invece per il licenziamento individuale, che licenziamento collettivo deve essere *motivato*.

• 3.3 I criteri di scelta dei lavoratori da licenziare

L'adozione dei singoli atti di recesso presuppone ulteriore operazione dell'individuazione dei lavoratori che possono essere inclusi nel licenziamento collettivo. Tale scelta deve avvenire nel rispetto di dati criteri, dettati allo scopo di distribuire nel modo più equo possibile, tramite contemperamento tra le istanze aziendali e le esigenze di protezione sociale, e i pregiudizi nascenti dal licenziamento. Per la determinazione di tali criteri l'articolo 5 comma 1, predispone un meccanismo narrativo originale, che si fonda sull'applicazione prioritario dei criteri sindacali, eventualmente pattuiti, su quella, eventuale e suppletiva, di criteri legali.

Logicamente preliminare nell'applicazione dei criteri, peraltro, è la delimitazione *dell'ambito* entro il quale essi devono essere applicati. Tale operazione è lasciata dalla legge alla determinazione unilaterale del datore di lavoro, di solito imprenditore, che deve compiere la tenendo conto delle *"esigenze tecnico-produttive e organizzative del contesto generale"*. Si tratta di un'operazione tanto importante per l'imprenditore quanto rischiosa per la controparte, giacché, quanto più l'ambito della scelta è circoscritto alle unità produttive interessate da ridimensionamento, tanto più l'imprenditore può indirizzare le singole scelte verso i lavoratori dei quali ha intenzione di liberarsi.

La giurisprudenza ormai ha sviluppato un orientamento secondo il quale il datore di lavoro non è obbligato a portare la scelta, alla lettera, all'intero *"complesso aziendale"* (che comporterebbe salvare lavoratori appartenenti all'unità dismesse, trasferendoli in altre unità con nuove mansioni, e simmetricamente andarne a licenziare altri, anche se addetti ad unità non coinvolte dalla ristrutturazione). Il datore di lavoro, di conseguenza, ha la possibilità di restringere l'ambito della scelta alle unità interessate dal progetto di chiusura o di ristrutturazione. Ma, a parte questo ultimo caso, la condizione posta dalla giurisprudenza per circoscrivere la scelta dei licenziandi all'unità chiuse o ristrutturate è che l'attività lavorativa svolta in quell'unità non sia facilmente fungibile con quella espletata in altre unità dell'azienda, e non vi sia, pertanto, fungibilità tra il personale delle une e delle altre. Qualora tale fungibilità, invece, vi sia, situati persino di attività identiche, torno in gioco il riferimento della norma al *"complesso aziendale"*, per cui la scelta deve essere la portata l'intera azienda, con gli spostamenti interni che possono nascere.

Ciò premesso, la previsione dei criteri di scelta è affidata alla contrattazione collettiva, segnatamente *all'accordo sindacale* che può essere stipulato a definizione della procedura; un accordo che, per questo particolare aspetto deve essere concluso *"con i sindacati"* destinatari della comunicazione di apertura della stessa. L'unico vincolo è che i criteri pattuiti siano in sé legittimi, ossia siano non soltanto non discriminatori, ma dotati di una pur minima ragionevolezza e in rapporto alla funzione che devono assolvere. Ciò, anche alla luce della realistica possibilità che la funzione sindacale non sia assolto in modo del tutto trasparente (possono verificarsi collusioni tra sindacati e impresa), con rischi per i diritti del singolo lavoratore. Un criterio molto utilizzato è ragionevole (perché la percezione di un reddito alternativa per un motivo valido per privilegiare, sottraendo dal licenziamento, altri lavoratori che non versano in una condizione analoga), è quello della titolarità già acquisita (molto prossima), da parte del lavoratore, di un trattamento pensionistico.

In difetto di accordo sindacale, devono essere applicati criteri previsti dalla legge, in concorso tra loro:

- ✓ carichi di famiglia (il criterio sociale più importante, in quanto corrispondente a un concreto stato di bisogno);
- ✓ anzianità di servizio (per cui l'anziano deve essere privilegiato rispetto al giovane, l'inverso di quanto accade sulla base del criterio della pensionabilità);
- ✓ esigenze tecnico-produttive e organizzative.

Infine, una comunicazione riassuntiva e dettagliata delle modalità con le quali sono stati applicati criteri di scelta deve essere inviata dall'imprenditore, entro 7 giorni dalla comunicazione dei recessi, alle associazioni sindacali e alle competente sede dell'ispettorato del lavoro. Sempre a proposito della scelta del personale, debbono essere infine ricordate le norme di favore previste per:

1. *il personale femminile*: l'impresa non può licenziare una percentuale di manodopera femminile superiore alla percentuale di manodopera femminile occupata con riguardo alle mansioni prese in considerazione;
2. *I lavoratori con disabilità occupati obbligatoriamente*: il licenziamento collettivo (e per giustificato motivo oggettivo) disposto nei confronti di questi lavoratori è annullabile qualora, nel momento della risoluzione del rapporto, il numero dei rimanenti lavoratori occupati obbligatoriamente sia inferiore alla quota d'obbligo.

✓ 3.4 Il regime sanzionatorio del licenziamento collettivo

L'inosservanza di uno o più degli obblighi procedurali previsti dalla legge 223/1991 (omesso invio o incompletezza della comunicazione, mancata partecipazione dell'imprenditore all'esame congiunto richiesta dei sindacati eccetera), del requisito di forma scritta e/o dei criteri di scelta, può essere fatta valere dal lavoratore tramite un'azione giudiziale di impugnazione del licenziamento individuale disposto nell'ambito di quello collettivo. Caratteristico di tale assetto è che anche la violazione della procedura sindacale si traduce in un vizio di legittimità di ciascun singolo licenziamento, sul presupposto che tale violazione si sia tradotta in un difetto di produzione sindacale del lavoratore. Questo lo scopo di indurre il datore di lavoro a osservare con scrupolo la procedura.

Il regime sanzionatorio dei vizi del licenziamento deve tenere conto però del diverso regime previsto per i lavoratori assunti sino al 6 marzo 2015 e per quelli assunti dopo tale data tramite il cd.

Contratto a tutele crescenti.

- Per la prima categoria di lavoratori le sanzioni sono rinvenibili nell'articolo 18 legge 300/1970:
 - In caso di violazione della normativa procedurale, anche nei riguardi del dirigente, si applica la tutela economica, la quale comporta, non il ripristino del rapporto di lavoro, malate pozione di un'indennità risarcitoria nei comprensiva determinata tra 12-24 mensilità dell'ultima retribuzione globale di fatto;
 - in caso di difetto della forma scritta, si applica la tutela ripristinatoria piena di quell'articolo 18, comma 1-3;
 - in caso di violazione dei criteri di scelta, si applica la tutela ripristinatoria attenuata di quell'articolo 18 comma 4 (salvo che nei riguardi del dirigente, al quale si applica la tutela economica di 12-24 mensilità, di cui sub a).
- Per la seconda tanto la violazione degli obblighi procedurali quanto quella dei criteri di scelta comporta l'applicazione della tutela economica crescente (2 mensilità per anno di servizio, entro un minimo di quattro e un massimo di 24 mensilità circa. Soltanto all'ipotesi (irrealistica) del licenziamento collettivo intimato in forma orale continua ad applicarsi la tutela ripristinatoria piena.

4. La Nuova Assicurazione Sociale per l'Impiego

La riforma Fornero puntata a riorganizzare il sistema di tutela contro la disoccupazione volontaria attorno ad un unico schema assicurativo, quello dell'assicurazione sociale per l'impiego (ASpI), che ha comportato prestazioni più elevate sia come importo che come durata.

L'istituto è stato sottoposto ad un'ulteriore riforma tramite decreto legislativo 22/2015 emanato nel quadro del Jobs acte, che ha sostituito L'Aspi con la *Nuova Assicurazione Sociale per l'Impiego* (NASpI). La NASpI è riconosciuta ai lavoratori che hanno perduto involontariamente la propria occupazione (a seguito di licenziamento, per ragioni sia disciplinari che oggettive, dimissioni per giusta causa, non anche di dimissioni non per giusta causa o di risoluzione consensuale) e che presentano congiuntamente i seguenti requisiti:

- sono in stato di disoccupazione ai sensi della normativa in tema di servizi per il lavoro;
- possono far valere, nei 4 anni precedenti l'inizio del periodo di disoccupazione, almeno 13 settimane di contribuzione;
- possono far valere 30 giorni di lavoro effettivo, a prescindere dal minimale contributivo, nei 12 mesi che precedono l'inizio del periodo di disoccupazione.

Per quanto concerne la *misura* del trattamento, l'indennità naspi è pari al 75% della retribuzione imponibile ai fini previdenziali percepita dal lavoratore negli ultimi quattro anni, qualora essa sia pari o inferiore, per il 2018 (l'importo è annualmente rivalutato), a euro 1208,15.

Nei casi in cui la retribuzione è superiore al predetto importo, l'indennità è pari a 75% della retribuzione, incrementata di una somma pari al 25% della differenza tra la retribuzione mensile predetto importo. In ogni caso non può essere superato, per il 2018, l'importo mensile massimo di euro 1314,30. Peraltro, l'indennità naspi si riduce del 3% ogni mese a decorrere dal quarto mese di fruizione. È previsto, durante la corresponsione dell'indennità naspi, la credito di una contribuzione previdenziale figurative entro un limite di retribuzione pari a 1,4 volte l'importo massimo mensile della naspi per l'anno in corso.

La *durata* massima della naspi è pari alla metà delle settimane di contribuzione avute dal lavoratore nell'ultimi quattro anni, per un massimo di 78 settimane.

La domanda di NASpI deve essere presentata, In via telematica, entro il termine di decadenza di 68 giorni dalla cessazione del rapporto di lavoro. La NASpI decorre dall'ottavo giorno successivo alla cessazione del rapporto di lavoro o, qualora la domanda sia presentata successivamente a tale data, dal primo giorno successivo alla data di presentazione della domanda.

È ribadito il principio di *condizionalità*: l'erogazione della NASpI è condizionata alla regolare partecipazione alle iniziative di attivazione lavorativa nonché dei corsi di riqualificazione professionale proposti dei servizi per il lavoro.

Il beneficiario *decade* dalla NASpI se: non ottempera alle azioni di politica attiva di cui sopra; perde lo stato di disoccupazione; inizia un'attività lavorativa subordinata o autonoma senza debitamente comunicarlo; raggiunge i requisiti della pensione di vecchiaia anticipata; acquisisce l'assegno ordinario di invalidità.

Infine il decreto legislativo 22/2015 ha previsto un'indennità di disoccupazione (DIS-COLL) per i lavoratori con rapporto di *collaborazione coordinata e continuativa*.

SEZIONE SESTA – I CONTRATTI DI LAVORO NON-STANDARD E IL LAVORO ESTERNO

Capitolo I – IL LAVORO A ORARIO RIDOTTO E FLESSIBILE

1. Orario flessibile e contratti di lavoro non-standard

La cospicua flessibilità che stata immessa nella disciplina dell'orario di lavoro per effetto (diretto, o mediato dalla contrattazione collettiva) dal decreto legislativo 66/2003 non ha impedito che si sviluppasse, nell'ordinamento, la ricerca di moduli contrattuali *non standard* (o atipici nel senso che si tratta di tipi diversi dal contratto dominante), comportanti una deviazione dal regime normale, a tempo pieno, di impiego della forza lavoro. Non si tratta necessariamente di contratti flessibili in senso stretto: il contratto di lavoro a tempo parziale (più risalente tra essi), è caratterizzato, nella versione di base, da una certa rigidità della disciplina, che si attenua soltanto nel sottotipo del *part-time* cd. elastico.

La flessibilità è particolarmente esaltata, invece, nel contratto di lavoro intermittente (introdotto dal decreto Biagi), rivolto ad intercettare forme di lavoro discontinue. Obiettano i critici che l'istituto non serve a riassorbire lavoro nero, che il prezzo pagato in termini di flessibilità è eccessivo. Peraltro, misure finalizzate ad un maggiore controllo dell'istituto (tracciabilità ispettiva) sono state introdotte dalla riforma Fornero, successivamente confermate dal *Jobs Act*.

La disciplina delle due tipologie contrattuali considerate stata riscritta riordinata *dal decreto legislativo 15 giugno 2015 numero 81* (art. 4-12 per il contratto di lavoro a tempo parziale, e 13-18 per il contratto di lavoro intermittente).

2. Il contratto a tempo parziale

Nel rapporto di lavoro a tempo pieno, l'orario normale previsto dei contratti collettivi segna anche il *quantum* di prestazione che lavoratore ha l'obbligo di effettuare o comunque il *quantum* di retribuzione che, in corrispondenza, ha diritto di esigere. In sostanza, se sono contrattualmente previsti un orario giornaliero di otto ore uno settimanale di 40, il datore di lavoro non può ridurre unilateralmente tale orario, e, di conseguenza, la retribuzione. Se, nonostante tale impedimento, il datore riduce ugualmente l'orario di fatto, resta tenuto ad erogare al dipendente l'intera retribuzione. Un'utilizzazione già in partenza ridotta del lavoratore (con corrispondente contrazione della retribuzione) è possibile soltanto nell'ambito di una

particolare tipologia contrattuale caratterizzata proprio da un orario inferiore a quello normale: il contratto di lavoro a tempo parziale. Introdotto per la prima volta dalla legge 863/1984, è passato dall'elevata rigidità delle origini a un crescente livello di flessibilità.

Da un lato, il *part-time* era visto come un'importante occasione di occupazione per categorie di lavoratori penalizzate sul piano dell'inserimento lavorativo, quali le donne, specie durante la maternità.

Dall'altro lato, si poteva proteggere l'interesse del lavoratore alla programmabilità della tempo di lavoro, al fondo del quale vi è il diritto di rango costituzionale a procacciarsi una retribuzione sufficiente alle necessità di vita.

A partire da ciò, nella successione dei diversi interventi sulla normativa, l'istituto è stato reso sempre più flessibile, secondo la tendenza in cui una tappa importante è stato il decreto Biagi, e che è culminata nel *decreto legislativo 81/2015*, cui si deve l'introduzione di ulteriori novità tesa a rendere più agevole, in particolare, l'intensificazione temporanea dell'impegno orario domandabile al lavoratore.

La riduzione dell'orario può articolarsi in diverse soluzioni:

- *part-time orizzontale* quando dipendente presta la sua attività per un tempo ridotto rispetto all'orario normale giornaliero (ad esempio quattro ore tutti giorni),
- *part-time verticale* quando è pattuito un orario di lavoro normale, ma con una prestazione collocata in periodi predeterminati della settimana, del mese o dell'anno (ad esempio contratti weekend, stagionali) - il *part-time verticale stagionale* assomiglia, esteriormente, di un contratto di lavoro a tempo determinato, con la differenza che, una volta effettuato, esso riprende vigore nello stesso periodo dell'anno successivo, mentre contratto a tempo determinato si estingue, una volta per tutte, alla scadenza.
- *misto* quando sono combinate le due forme base (ad esempio contratti stagionali a quattro ore).

• 2.1 Forma e contenuti del contratto a tempo parziale

La disciplina dell'istituto prevede anzitutto un requisito di forma scritta, ma soltanto *ad probationem*, cioè per la prova del contratto a tempo parziale. Qualora il datore di lavoro non riesca (anche con un documento diverso dal contratto) a fornire tale prova, si prevede non la radicale nullità del contratto, bensì che, su domanda del lavoratore al giudice, il rapporto di lavoro si è dichiarato a tempo pieno, fermi restando, per il periodo anteriore alla data della pronuncia, il diritto alla retribuzione e al versamento dei contributi previdenziali dovuti ma limitatamente alle prestazioni effettivamente rese: l'accertamento giudiziale del tempo pieno non retroagisce. Tale regime sanzionatorio vale anche per ipotesi di omessa indicazione, nel contratto scritto, della durata della prestazione lavorativa. L'aspetto più rigido della disciplina in discorso è quello per cui, in nome della prevedibilità dell'orario di lavoro, nel contratto a tempo parziale deve essere predeterminata dall'inizio la collocazione della prestazione lavorativa nel giorno, nella settimana, nel mese o nell'anno. Non è dunque possibile pattuire un impegno per "due al giorno, a seconda delle esigenze dell'impresa". Peraltro, quando l'organizzazione del lavoro è articolato in turni, l'indicazione oraria può avvenire anche mediante rinvio a turni programmati di lavoro articolati in fasce orarie prestabilite.

Una volta pattuita una data collocazione essa può essere modificata soltanto con il consenso del lavoratore.

Peraltro, la sanzione per l'omessa o indeterminata indicazione della fascia della prestazione e di minore impatto rispetto all'ipotesi di omessa indicazione della durata, lasciandosi al giudice di determinare le modalità temporali di svolgimento della prestazione lavorativa per il futuro, tenendo conto delle responsabilità familiari del lavoratore interessato e della sua necessità di integrazione del reddito mediante lo svolgimento di altre attività lavorative, nonché delle esigenze del datore di lavoro. Per il periodo antecedente alla pronuncia è altresì riconosciuto, in aggiunta alla retribuzione dovuta per le prestazioni effettivamente rese, un importo a titolo di risarcimento del danno, da liquidare in via equitativa.

• 2.2 Le modalità flessibili nel contratto a tempo parziale

Esistono modalità di *part-time*, che consentono al datore di lavoro di pretendere dal lavoratore modificazioni (in orizzontale) o estensione (in aumento) del suo impegno orario. È possibile, anzitutto, il ricorso al *lavoro supplementare*, cioè a prestazioni di lavoro svolte oltre l'orario

concordato tra le parti (ma entro il limite dell'orario normale settimanale di 40 ore - altrimenti il supplementare diviene straordinario).

Il regime del lavoro supplementare è demandato, di massima, ai contratti collettivi. Tuttavia, qualora detti contratti non prevedano una disciplina dell'istituto, prevista una norma legale suppletiva o di default, in base alla quale in tale caso il datore di lavoro può chiedere unilateralmente al lavoratore lo svolgimento di prestazioni di lavoro supplementare in misura non superiore al 25% delle ore di lavoro settimanali concordate. Il lavoratore può rifiutare lo svolgimento delle prestazioni aggiuntive richieste ove il rifiuto sia giustificato da comprovate esigenze lavorative, di salute, familiari o di formazione professionale. Il lavoro supplementare prestato in tale forma è compensato con una maggiorazione del 15% della retribuzione oraria globale di fatto.

Se per effetto delle prestazioni aggiuntive l'orario di lavoro si prolunga oltre le 40 ore settimanali si applica la disciplina del *lavoro straordinario*. Il datore di lavoro può anche pattuire per iscritto, con il lavoratore, *clausole elastiche* in virtù delle quali egli acquisisce il diritto potestativo di modificare la collocazione temporale della prestazione nel giorno, nella settimana, nel mese o nell'anno, o di variarne in aumento l'estensione temporale. Ciò equivale a esigere l'effettuazione di ore di lavoro supplementare: ma la differenza è che le prestazioni aggiuntive supplementari sono richieste di volta in volta (e il lavoratore è tenuto a dare seguito a tali richieste), mentre se è pattuita una clausola di elasticizzano esse sono dovute una volta per tutte.

Il regime delle clausole di elasticità è demandato ai contratti collettivi, fermi però diritti del lavoratore a fruire di un preavviso di due giorni lavorativi nel caso in cui la clausola sia attivata dal datore di lavoro, fatte salve diverse intesa tra le parti, nonché il suo diritto, a fronte delle ore lavorate, a "*specifiche compensazioni, nella misura ovvero nelle forme determinate dai contratti collettivi*".

Non è detto, pertanto, che per le ore in questione debba essere pagata una maggiorazione retributiva, potendo la stessa essere sostituita da benefici compensativi, ad esempio riposi aggiuntivi: ma qualche forma di compensazione deve essere riconosciuta.

È prevista anche qui una norma suppletiva o di *default*: nel caso in cui contratto collettivo applicato al rapporto non disciplina le clausole elastiche queste possono essere pattuite ugualmente, benché per iscritto e avanti alla commissione di certificazione (ove il lavoratore può farsi assistere da un sindacalista, un avvocato o un consulente del lavoro).

Le clausole in questione devono prevedere, a pena di nullità, le condizioni e le modalità della loro attivazione da parte del datore di lavoro, nel rispetto di un preavviso di due giorni lavorativi, nonché la misura massima dell'aumento, che non può eccedere il 25% della normale prestazione annua a tempo parziale. Le prestazioni svolte a seguito delle modifiche di orario debbono essere compensate con una maggiorazione del 15% della retribuzione oraria globale di fatto.

In ogni versione di clausola elastica, il lavoratore ha comunque la facoltà di revocare il consenso prestato a detta clausola nel caso che versi in una delle condizioni che gli consentono di pretendere la trasformazione del contratto da tempo pieno a tempo parziale o che gli assegnino una priorità nelle trasformazioni, nonché se è un lavoratore studente.

Lo svolgimento di prestazioni in esecuzione di clausole elastiche senza rispetto delle condizioni, comporta il diritto del lavoratore, in aggiunta alla retribuzione dovuta per le prestazioni effettivamente rese, a un ulteriore importo a titolo di risarcimento del danno. Infine, per garantire che il consenso del lavoratore alla clausola elastica sia genuino, è precisato che il rifiuto del lavoratore di concordare variazioni dell'orario di lavoro non può costituire giustificato motivo di licenziamento.

- **2.3 Il trattamento del lavoratore a tempo parziale**

Il trattamento del lavoratore a *part-time* e non deve essere meno favorevole rispetto al lavoratore a tempo pieno di pari inquadramento, fatta salva la retribuzione commisurata alla ridotta entità della prestazione lavorativa. I contratti collettivi possono modulare quei trattamenti (durata del periodo di prova, periodo di preavviso eccetera) in relazione all'articolazione dell'orario di lavoro.

- **2.4 La trasformazione del rapporto dal tempo pieno al tempo parziale**

Ai fini dell'eventuale passaggio *da tempo pieno a tempo parziale*, è necessario un accordo scritto tra le parti. Ciò significa che il lavoratore non può essere obbligato dal datore di lavoro a trasformare la

rapporto, e poi se licenziato per un eventuale rifiuto, ma neppure può vantare un diritto soggettivo tale trasformazione.

Un diritto al passaggio al *part-time* è previsto, in via di eccezione, soltanto per il lavoratore (privato e pubblico) affetto da patologie oncologiche o da gravi patologie cronico-degenerative ingravescenti, per il quale residui una ridotta capacità lavorativa. In questo caso, il lavoratore ha altresì diritto, su richiesta, alla trasformazione in rapporto a tempo pieno.

Nella particolare situazione della maternità e della paternità, è altresì sancito il diritto al passaggio *temporaneo* a tempo parziale, finalizzato a rendere possibile (soprattutto per la donna) una fattiva conciliazione vita-lavoro: la lavoratrice o il lavoratore possono richiedere, per una sola volta, la trasformazione del rapporto in luogo del congedo parentale entro limiti del congedo ancora spettante (per un massimo di sei o sette mesi), purché con una riduzione di orario non superiore a 50%. Il datore di lavoro è tenuto a dar corso alla trasformazione entro 15 giorni dalla richiesta. In altre situazioni il livello di tutela del lavoratore è minore, nel senso che ha riconosciuto soltanto un titolo di priorità nella trasformazione del rapporto da tempo pieno a tempo parziale, che scatta soltanto nel caso che il datore di lavoro autonomamente ritenga di dar corso a trasformazioni. Si tratta del lavoratore i cui coniugi, genitori e figli sono affetti da patologie oncologiche o da gravi patologie cronico-degenerative ingravescenti o il quale assiste una persona convivente con totale e permanente inabilità lavorativa, che abbia necessità di assistenza continua; del lavoratore con figlio convivente di età non superiore a 13 anni con figlio convivente portatore di handicap.

In caso di assunzioni di personale a tempo parziale datore di lavoro è tenuto a darne tempestiva informazione al personale già dipendente con rapporto a tempo pieno a prendere in considerazione (non necessariamente accogliendole) le domande di trasformazione a tempo parziale dei dipendenti a tempo pieno. I lavoratori pubblici possono richiedere (al di fuori delle patologie sopra considerate) il passaggio al *part-time*, ma l'amministrazione può respingere, entro 60 giorni dalla presentazione, tale richiesta.

Capitolo II – IL LAVORO A TERMINE

1. Il cantiere del contratto a termine

Il contratto di lavoro a termine è l'istituto più esemplificativo dell'epoca della flessibilità che mira a rapportare l'organico ai variabili fabbisogni produttivi. Ciò vale soprattutto per le imprese che producono beni o offrono servizi stagionali o con picchi stagionali (ad esempio località turistiche), ma non soltanto per esse (si pensi ai cicli stagionali di alcuni prodotti industriali).

Per tradizione il diritto del lavoro italiano ha cercato di contenere il ricorso a questo contratto, considerato come fattore di destabilizzazione del lavoro la legge 230/1962, sulla premessa che il contratto di lavoro a tempo indeterminato fosse, e dovesse rimanere, il modello normale di contratto di lavoro, prevedeva che si potesse ricorrere al contratto a termine soltanto in presenza di situazioni, dette *causali*, tassativamente determinate, tra le quali lo svolgimento di attività stagionali (soprattutto agricole), la sostituzione di lavoratori assenti con diritto alla conservazione del posto (malattia, maternità), lo svolgimento di lavori straordinari occasionali; avendosi, altrimenti, la conversione giudiziale del contratto a termine in contratto a tempo indeterminato (cioè *standard*). Il sistema delle causali tassative è sopravvissuto a lungo, anche se è divenuto più flessibile grazie alle novità introdotte nel 1983 (l'aggiunta della causale delle punte stagionali di attività) e nel 1987 (l'autorizzazione ai contratti collettivi a prevedere ulteriori causali).

In seguito, è stata adottata la direttiva 70/1999/CE, rivolta ad imporre regole minime agli Stati Membri in tema di contratti a termine. Ciò sulla dichiarata premessa che il rapporto a tempo determinato è, e deve continuare ad essere, la forma comune di rapporto di lavoro.

Nella stagione del centro-destra di inizio secolo, si è arrivati ad una riforma della disciplina dell'istituto, mediante l'emanazione del decreto legislativo 368/2001, che ha abrogato la legge 230/1962. La riforma è stata rivolta a una significativa liberalizzazione, nel segno della flessibilità, della disciplina del contratto a termine (particolare, essa ha sostituito le precedenti causali tassative con la causale generale delle "*ragioni tecniche, organizzative, produttive o sostitutive*"), ricevendo per questo critiche dal fronte opposto. Ulteriori ritocchi sono stati adottati nel 2005 (in senso ulteriormente flessibilizzante), nel 2007 e nel 2010.

La storia successiva della tormentata evoluzione di questo contratto è stata inaugurata dalla legge 92/2012, secondo una duplice cifra: da un lato, di liberalizzazione, limitatamente a un utilizzo fisiologico dello

strumento (flessibilità buona); Dall'altro lato, di restrizione della ricorso reiterato del contratto a termine con lo stesso lavoratore (flessibilità cattiva).

La riforma Fornero ha introdotto, inoltre, una *maggiorazione contributiva* dell'1,4% a carico dei datori di lavoro che stipulano contratti a termine (con l'eccezione dei contratti stipulati per ragioni sostitutive o per la attività stagionali), recuperabile per intero qualora tali lavoratori sono assunti a tempo indeterminato entro sei mesi dalla cessazione del contratto a termine. Ma la centralità del contratto a termine è stata confermata dall'intervento della legge 78/2014, di conversione del decreto legge 34/2014 (decreto Poletti), che ha liberalizzato in misura consistente la disciplina dell'istituto, tramite superamento della risalente tecnica della causale giustificatrici e la generalizzazione del contratto a termine acausale. Il compito di prevenire gli abusi nel ricorso all'istituto è stato affidato, di contro, il mantenimento del massimo all'individuale di 36 mesi, nonché la previsione di un tetto percentuale (20%) di impiego di lavoratori a termine rapporto alla totalità dell'organico aziendale. I contenuti del decreto Poletti sono stati ripresi dal *decreto legislativo 81/2015 (artt. 19-29)*, che ha riscritto e riordinato la disciplina dell'istituto, aggiungendo che te l'ho di novità di impronta flessibilizzante o rivolte a chiarire punti interpretativi controversi.

Ma che il cantiere del contratto a termine sia per definizione aperto, lo ha confermato l'intervento in materia di lavoro del governo Conte. Il decreto legge 87/2018 è tornato a battere il tasto delle restrizioni normative al contratto a termine, limitando notevolmente il ricorso a tale strumento, considerato un esempio di cattiva flessibilità. Le novità concernono anche un parziale recupero della tecnica delle causali, peraltro cumulata con quella delle percentuali.

Inoltre, il decreto legge 87/2018 ha aumentato, dello 0,5% per ciascun rinnovo di un contratto di lavoro a termine, anche in somministrazione (con l'eccezione dei rapporti di lavoro domestico), il contributo aggiuntivo dell'1,4%, già introdotto dalla riforma Fornero come misura di penalizzazione del ricorso a questa forma contrattuale.

2. Il contratto a termine nel sistema del diritto del lavoro

Articolo 1 del decreto legislativo 81/2015, riprendendo la formula della direttiva europea, proclama che *“contratto di lavoro subordinato a tempo indeterminato costituisce la forma comune di rapporto di lavoro“*. Il contratto a tempo determinato resta quindi un'eccezione, che deve leggersi non più come disfavore verso l'istituto, ma nel senso che la sua utilizzazione è sottoposta a limiti, la cui violazione dà luogo a conseguenze sanzionatorie (tra le quali tuttora è contemplata anche la *“conversione“*).

• 2.1 La regola base e i requisiti di forma

Articolo 19 co 1 decreto legislativo 81/2015 prevede che *è consentita l'apposizione di un termine al contratto di lavoro subordinato*, purché nel rispetto di un limite di durata di 12 mesi. Entro questi limiti contratto è *“acausale“*, cioè non necessita dell'indicazione di ragioni giustificatrici da parte del datore di lavoro. Il contratto può però essere apposto un termine di durata superiore, comunque non oltre 24 mesi, purché in presenza di almeno una delle seguenti condizioni:

- esigenze temporanee ed oggettive, estranee all'ordinaria attività, ovvero esigenze di sostituzione di altri lavoratori (assente);
- esigenze connesse a incrementi temporanei, significativi e non programmabili dell'attività ordinaria.

In sostanza, il requisito della causale giustificatrice è stato reintrodotta, ma soltanto per i contratti a termine stipulati per una durata superiore a 12 mesi. I requisiti di forma del contratto si atteggiano di conseguenza. In generale, la posizione del termine è priva di effetto (con la trasformazione del contratto in contratto a tempo determinato) se non risulta, direttamente o indirettamente, da un atto scritto, la cui forma è prescritta da *substantiam*, e una copia del quale deve essere consegnata al lavoratore entro 5 giorni lavorativi dall'inizio della prestazione. La forma scritta non è richiesta per i rapporti a termine di durata puramente occasionale, non superiore a 12 giorni. Qualora il contratto sia stipulato sin dall'inizio per una durata superiore a 12 mesi, l'indicazione scritta deve riguardare anche la causale. Nel caso in cui tale indicazione manchi, o la causale, più indicata, sia ritenuta dal giudice non corrispondente alla definizione legale o non veritiera, il contratto a termine trasformato in contratto a tempo indeterminato, con decorrenza dal superamento del termine di 12 mesi.

- **2.2 La proroga del contratto a termine**

Il termine del contratto può essere, con il consenso del lavoratore, prorogato prima della scadenza (la proroga rappresenta una prosecuzione dei contratti in essere) con atto scritto. La proroga è libera, cioè senza la necessità di indicare la causale, nei primi 12 mesi, mentre successivamente possibile soltanto in presenza dell'esigenza di quell'articolo 19 comma uno, che debbono essere indicate nell'atto. La conseguenza della non indicazione della causale o della non idoneità o non veridicità della stessa la trasformazione del contratto a termine in contratto a tempo indeterminato. Dal requisito della causale sono esentati i contratti a termine stipulati per l'espletamento di attività stagionali. La prorogabilità del contratto è possibile a condizione che la durata iniziale del contratto sia inferiore a 24 mesi, e comunque per *un massimo di quattro* proroghe sempre nell'arco dei 24 mesi. Qualora il numero delle proroghe sia superiore, il contratto si trasforma in contratto a tempo indeterminato dalla data di decorrenza della quinta proroga.

- **2.3 Il rinnovo del contratto a termine**

A differenza della proroga, rinnovo rappresenta un nuovo e distinto contratto: il rinnovo può essere stipulato soltanto in presenza delle esigenze di cui all'articolo 19 comma uno, che debbono essere, quindi, indicate nell'atto. E ciò, diversamente dal caso di proroga, anche all'interno dei primi 12 mesi, cioè anche qualora la durata iniziale del contratto sia inferiore all'anno. Anche in questo caso, la conseguenza della non indicazione della causale della non idoneità o non veridicità della stessa, la trasformazione del contratto a termine in contratto a tempo indeterminato. Dal requisito della causale sono però esentati, per la loro intrinseca attendibilità, i contratti a termine stipulati per l'espletamento di attività stagionali, individuate ai sensi del comma due. Il datore di lavoro è tenuto, inoltre, al rispetto di un *intervallo temporale* tra un contratto e l'altro: il rinnovo può validamente intervenire, infatti, soltanto qualora siano trascorsi 10 (per i contratti di durata fino a sei mesi) o 20 giorni (per i contratti di durata superiore a sei mesi) dalla cessazione del precedente contratto a termine. Tali intervalli non trovano applicazione nei confronti dei lavoratori impiegati in attività di natura *stagionale* individuate con apposito d.m., nonché nelle ipotesi previste dai contratti collettivi.

- **2.4 Continuazione del rapporto oltre la scadenza del termine**

Fermi i limiti di durata massima, se il rapporto di lavoro continua di fatto oltre la scadenza del termine, inizialmente fissato o successivamente prorogato, non scatta la sanzione della trasformazione, ma il lavoratore ha titolo ad una maggiorazione retributiva per ogni giorno di continuazione del lavoro, e qui importo del 20% fino al 10° giorno successivo, e del 40% per ciascun giorno ulteriore. Se il rapporto di lavoro si protrae oltre il 30° giorno, nel caso di contratto di durata inferiore a sei mesi, oltre il 50° giorno, se il contratto è di durata superiore a sei mesi, lo stesso si considera a tempo indeterminato dalla scadenza dei predetti termini

- **2.5 I limiti di durata del contratto a termine**

Il contratto a termine deve rispettare il limite massimo di durata *di 24 mesi* (nel regime precedente il limite era di 36 mesi): tale limite vale relazione sia un singolo contratto che è una successione di contratti a termine intercorsi tra lo stesso datore di lavoro lo stesso lavoratore, indipendentemente dai periodi di interruzione tra contratto e l'altro. Ai fini del secondo di tali limiti, si considerano, peraltro, i soli contratti conclusi per lo svolgimento di mansioni di pari livello di inquadramento contrattuale e di pari categoria legale. Si tiene altresì conto, ai fini del computo dei 24 mesi mediante la sommatoria di più rapporti, dei periodi di dimissione, aventi ad oggetto mansioni di pari livello di inquadramento contrattuale categoria legale, svolti tra i medesimi soggetti. Qualora il termine dei 24 mesi sia superato, per effetto di un unico contratto di una successione di contratti, il contratto si trasforma in contratto a tempo indeterminato dalla data di tale superamento. Si deve tenere presente che la regola dei 24 mesi è derogabile, anche *in peius*, dai contratti collettivi.

• 2.6 I divieti di ricorso del contratto a termine

Sono prescritti specifici e inderogabili *divieti* di ricorso al contratto a termine, che non è comunque è ammesso

- A. per la sostituzione di lavoratori in sciopero;
- B. presso unità produttive nelle quali si è proceduto, nei sei mesi precedenti, a licenziamenti collettivi che hanno riguardato lavoratori adibiti alle stesse mansioni cui si riferisce contratto a termine (*), salvo che questo sia concluso per provvedere alla sostituzione di lavoratori assenti io abbia una durata iniziale non superiore a tre mesi;
- C. Presso unità produttive sono operanti una sospensione o una riduzione dell'orario in regime di CIG, che interessano i lavoratori adibiti alle mansioni cui si riferisce il contratto a termine (*);
- D. da parte di datori di lavoro che non hanno effettuato la periodica valutazione dei rischi prevista dalla normativa di tutela della salute e della sicurezza dei lavoratori.

In caso di violazione di tali divieti, il contratto si trasforma in contratto a tempo indeterminato.

(*) La ratio di questo del divieto sub c) è quella di evitare che il datore di lavoro possa di strutturare l'organico sostituendo personale in pianta stabile con lavoratori a termine

✓ 2.7 Il regime sanzionatorio del contratto a termine illegittimo

La conseguenza sanzionatoria della mancanza e della non rispondenza al vero della addotta ragione tecnica, organizzativa, produttiva o sostitutiva, era quella dell'accertamento giudiziale della nullità della clausola del termine e della correlata trasformazione (detta "conversione") del contratto a termine in contratto a tempo indeterminato, cui si accompagnavano implicazioni risarcitoria in favore del lavoratore, che erano state contenute dalla legge 183/2010 con la previsione di una penale. Nell'era del contratto a termine a causale tale sanzione aveva perduto importanza sino a che la risurrezione delle causali, operata dal decreto legge 87/2018, ha riportato in auge il regime sanzionatorio fondato sull'azione di nullità del termine conversione del contratto in contratto a tempo indeterminato.

L'azione in discorso deve essere proposta dal lavoratore entro un termine di *decadenza*, decorrente dalla scadenza del contratto, di *180 giorni* per l'impugnazione stragiudiziale, più 180 giorni per la proposizione dell'azione in giudizio. Circa le *conseguenze patrimoniali della declaratoria di nullità del termine di conversione*, il giudice accorda al lavoratore un'indennità risarcitoria onnicomprensiva compresa tra un minimo di 2,5 e un massimo di 15 mensilità dell'ultima retribuzione globale di fatto percepita dal lavoratore. È prevista, in sostanza, una determinazione forfettaria del danno (o penale), che ristora per intero il pregiudizio subito dal lavoratore, anche se concedendogli meno di quanto egli potrebbe ottenere l'applicazione dei principi comuni. In considerazione di ciò, la norma è stata sottoposta al vaglio della corte costituzionale, che l'ha ritenuta legittima, in quanto espressione di una scelta discrezionale del legislatore.

✓ 2.8 I limiti quantitativi all'impiego di lavoratori a termine

All'abolizione della causale ha corrisposto l'introduzione di una nuova tecnica di controllo degli abusi del contratto a termine consistente nella previsione di un tetto percentuale all'impiego di lavoratori a termine in rapporto al totale dell'organico aziendale. Il numero complessivo di contratti a termine stipulati da ciascun datore di lavoro *non può eccedere il 20% del numero dei lavoratori a tempo indeterminato* in forza al 1 gennaio dell'anno di assunzione, con un arrotondamento del decimale all'unità superiore qualora esso sia uguale o superiore a 0,5. Per i datori di lavoro che occupano fino a cinque dipendenti, è sempre possibile stipulare un contratto a termine. È fatta salva, peraltro, la facoltà dei contratti collettivi di prevedere limiti percentuali diversi, cioè sia più bassi che più alti. Restano comunque esenti da limitazioni quantitative, i contratti a termine conclusi:

1. Per l'avvio di nuove attività imprenditoriali, per i periodi definiti dai contratti collettivi con riferimento ad aree geografiche e/o comparti merceologici;
2. da imprese *start-up* innovative, per il periodo di quattro anni dalla costituzione della società;
3. Per lo svolgimento di attività stagionali, come già individuate;
4. Per specifici spettacoli o specifici programmi radiotelevisivi;
5. Per sostituzione di lavoratori assenti dal lavoro; con lavoratori di età superiore a cinquant'anni;

6. da università private, incluse le filiazioni di università straniere, istituti pubblici di ricerca, enti privati di ricerca con lavoratori chiamati a svolgere in via esclusiva attività di insegnamento, di ricerca eccetera.
7. istituti della cultura di appartenenza statale ovvero enti operanti nel settore dei beni dell'attività culturali e del turismo.

Al fine di beneficiare dell'esenzione dal computo del 20%, il datore di lavoro deve indicare la ragione, rientrante nell'elenco riportato, per la quale il contratto, che pure in sé rimane acausale, sia stato stipulato. In caso di violazione del limite percentuale, per ciascun lavoratore eccedente il datore di lavoro è tenuto a pagare una *sanzione amministrativa* pari al 20% della retribuzione, per ciascun mese frazione di mese superiore a 15 giorni di grata del rapporto di lavoro, se numero dei lavoratori assunti in violazione del limite percentuale non è superiore a uno. È, pari al 50% della retribuzione, se i lavoratori a termine impiegati in eccesso sono più di uno. È espressamente esclusa, la trasformazione dei contratti interessati in contratti a tempo determinato. Dal tipo di sanzione prevista si deduce che limite del 20% è posto a presidio dell'interesse pubblico a contenere il ricorso ai contratti a termine.

3. I diritti del lavoratore a termine

Lo *status giuridico* dei lavoratori a termine si incentra sul principio di *non discriminazione* sancito dall'articolo 25, da cui discende che il lavoratore a termine ha diritto ad ogni trattamento, specie retributivo, seppure in proporzione al periodo lavorativo prestato, e sempre che il predetto trattamento non sia obiettivamente incompatibile con la natura del contratto a termine. I contratti collettivi possono prevedere modalità e strumenti diretti ad agevolare l'accesso dei lavoratori a termine a opportunità di formazione adeguata, per migliorare la qualificazione, la carriera e la mobilità occupazionale. È inoltre previsto a beneficio del lavoratore a termine un diritto di *precedenza* (più esattamente, di *prelazione*) in caso di assunzione a tempo indeterminato: il lavoratore che, nell'esecuzione di uno o più contratti a termine presso la stessa azienda, abbia prestato attività lavorativa per un periodo superiore a sei mesi, ha diritto di precedenza in caso di assunzione a tempo indeterminato effettuate dal datore di lavoro, entro i successivi 12 mesi, con riferimento alle mansioni già espletate in esecuzione dei rapporti a termine. Per la maturazione dei sei mesi in discorso sono utili anche i periodi di congedo obbligatorio di maternità, intervenuti nell'esecuzione di un precedente contratto a termine presso la stessa azienda. Alle lavoratrici madri è altresì riconosciuto il diritto di precedenza nelle assunzioni a termine effettuate dal datore di lavoro entro i successivi 12 mesi, con riferimento alle mansioni già espletate in occasione dei precedenti contratti a termine. Infine, il lavoratore assunto a termine per lo svolgimento di attività stagionali ha diritto di precedenza nel caso di nuove assunzioni a termine da parte dello stesso datore di lavoro per le medesime attività stagionali. I diritti di precedenza in discorso devono essere espressamente richiamati nell'atto scritto di stipulazione del contratto a termine, e possono essere esercitati a condizione che il lavoratore manifesti per iscritto la propria volontà in tal senso il datore di lavoro entro sei mesi dalla data di cessazione del rapporto di lavoro, ridotti a tre per il diritto spettante ai lavoratori stagionali. I diritti in questione si estinguono decorso un anno dalla cessazione del rapporto.

4. Il recesso del contratto a termine

L'essenziale applicazione giuridica della clausola del termine e di precludere la facoltà di recesso, tanto del lavoratore (dimissioni), quanto del datore di lavoro (licenziamento), nel senso che se non può essere efficacemente esercitato prima della scadenza naturale del termine. Ciò con l'unica eccezione del caso in cui ricorre una giusta causa, ex articolo 2119 c.c., che rende possibile accesso mediato da contratto della controparte. Pertanto, pur essendo il simbolo per eccellenza della flessibilità, il regime di durata del contratto a termine è, in sé, rigido (con benefici di stabilità, per il lavoratore, nei casi in cui il termine previsto sia lungo). In caso di recesso *ante tempus* del datore di lavoro, il lavoratore può rivolgersi a un giudice per farne valere l'inefficacia, sì da pretendere le retribuzioni che avrebbe avuto diritto a percepire fino alla scadenza del contratto. Occorre però, a tal fine, che il lavoratore abbia messo in mora il datore di lavoro, offrendogli le sue prestazioni lavorative. Simmetricamente, se a recedere anticipatamente è il lavoratore, il datore di lavoro può pretendere da lui il risarcimento dei danni sofferti a causa dell'imprevista interruzione del rapporto.

5. Esclusione e discipline specifiche

L'articolo 29 contempla vari esclusioni dalla disciplina comune, tra le quali si segnala:

- ✓ quella del dirigente (articolo 29 comma due lettera a), per l'assunzione a termine del quale non è mai stata richiesta alcuna causale, in ragione del carattere fiduciario del rapporto dirigenziale. Non vale neppure, per i dirigenti, il tetto massimo di 36 mesi. La durata del contratto non può eccedere, peraltro, cinque anni, fatta salva la facoltà del dirigente, una volta trascorsi tre anni, di recedere da esso.
- ✓ sono altresì esclusi rapporti di lavoro a termine tra datore di lavoro *dell'agricoltura* e gli operai a tempo determinato cd. avventizi (articolo 29 comma 1 lett. b).
- ✓ nei settori del *turismo* e dello *spettacolo* è ammessa, e resta fuori dall'applicazione della normativa, l'assunzione diretta di manodopera per l'esecuzione di speciali servizi di durata non superiore a tre giorni, nei casi individuati dai contratti collettivi (articolo 29 comma 2 lett b)
- ✓ sono esentati dalla disciplina anche i contratti a termine instaurati per la fornitura di lavoro portuale temporaneo (articolo 29 comma due lett. b).
- ✓ sono regolati da apposite discipline, infine, i contratti a termine stipulati con il personale docente e ATA per il conferimento delle supplenze, con il personale sanitario, anche dirigente, del servizio sanitario nazionale (articolo 29 comma due lett c).

Capitolo III – IL LAVORO DEI GIOVANI

1. Giovani e mercato del lavoro

Quello di favorire l'inserimento occupazionale dei *giovani* è da sempre uno degli obiettivi principali della regolazione del mercato del lavoro; ciò, a maggior ragione, in presenza di un tasso di disoccupazione giovanile che viaggia oltre il 40% e, soprattutto, di un'elevata percentuale di giovani NEET (*Not in employment, education or training*). A tal fine si è fatto ricorso ad una gamma di misure diverse, a partire da apposite forme contrattuali per i giovani. Nella più nota e importante tra esse, il *contratto di apprendistato*, gli incentivi economici di cui gode il datore di lavoro che vi fa ricorso devono essere ripagati da questi attraverso un serio impegno nell'impartire al giovane, col sostegno collaterale dell'ente regione, una formazione, finalizzata non soltanto a fargli fare esperienza, ma anche a promuoverne la futura occupabilità. Tanto che suole dirsi che nell'apprendistato la *causa* del contratto di lavoro, di norma consistente nello scambio di lavoro contro retribuzione, diviene *mista*, trasformandosi in uno scambio di lavoro contro retribuzione più formazione.

Dell'apprendistato, disciplinato dagli articoli 41-47 del decreto legislativo 81/2015, il legislatore ha tentato più volte il rilancio, ma registrando un discreto insuccesso (dal 2015 anche a causa dei maggiori incentivi contributivi previsti per il contratto a tutele crescenti). A frenare l'istituto è stata anche la dispersione del relativo quadro normativo, fatto di disciplina legislativa statale, normative regionali (con frequenti conflitti di competenza tra Stato e regioni), contrattazione collettiva.

Altre tipologie contrattuali, nate come forme di reinserimento agevolato dei giovani (come il contratto di inserimento ex d.lgs 276/2003) o divenuta di fatto tali (come il contratto di formazione lavoro ex legge 863/1984) sono state superate.

Infine, un istituto a sè, non di lavoro subordinato, che è molto utilizzato come primo inserimento dei giovani, e *tirocinio formativo e di orientamento*.

Alla ricerca di forme contrattuali *ad hoc*, si sono accompagnate anche misure di puro e semplice incentivo economico all'assunzione (come il *bonus* per la soluzione di giovani tra 18 e 29 anni di età, introdotto nel 2013 ma con esiti soddisfacenti), e sforzi straordinari dei servizi per il lavoro per il collocamento di giovani (come programma Garanzia Giovani, avviato nel 2014 sulla base di finanziamenti europei).

Si è insistito su questa strada nel 2017, con un nuovo *bonus* per assunzioni di giovani, che è stato riproposto nel 2018.

2. Il contratto di apprendistato

Il contratto di apprendistato è un contratto di lavoro a tempo indeterminato finalizzato alla formazione e all'occupazione dei giovani (articolo 41 decreto legislativo 81/2015).

Ne sono previste tre tipologie:

1. l'apprendistato per la qualifica e il diploma professionale;

2. il diploma di istruzione secondaria superiore e il certificato di specializzazione tecnica superiore;
3. l'apprendistato professionalizzante, l'apprendistato di alta formazione e ricerca.

È quindi dettata una disciplina comune valevole per tutte le tipologie, mentre le disposizioni successive prevedono regolamentazioni particolari per ciascuna di esse. La normativa contiene anche vari rimandi, per quanto riguarda i profili formativi, alla contrattazione collettiva e alle normative regionali.

• 2.1 La disciplina comune dell'apprendistato

La disciplina comune alle tre tipologie di apprendistato prevede alcune regole fissate direttamente dalla legge.

È previsto un requisito di *forma scritta*, ma soltanto ai fini della prova del contratto. Il contratto deve contenere, in forma sintetica, il *piano formativo individuale*, nei quali viene definito, anche sulla base di moduli e formulari previsti dalla contrattazione collettiva o dagli enti bilaterali, il programma di formazione da seguire. Nell'apprendistato del primo tipo, il piano formativo individuale è predisposto dall'istituzione formativa con il coinvolgimento dell'impresa. Ferma una durata minima di base non inferiore a 6 mesi, il contratto di apprendistato è un *contratto a tempo indeterminato*. Ciò comporta che durante il periodo di apprendistato trovano applicazione la regola del giustificato motivo e le ordinarie sanzioni previste dalla normativa vigente per il licenziamento illegittimo; ivi incluse le tutele crescenti per gli assunti in apprendistato da 7 marzo 2015.

La particolarità del regime si manifesta, tuttavia, al termine del periodo di apprendistato, allorché alle parti, è data la facoltà di recedere liberamente dal contratto ex articolo 2118 c.c., con preavviso decorrente dal medesimo termine. Se nessuna delle parti recede il rapporto prosegue come ordinario rapporto di lavoro subordinato a tempo indeterminato. In sostanza, il datore di lavoro che ritiene di non confermare l'apprendista può licenziarlo, al termine dell'apprendistato, senza dover motivare e giustificare tale licenziamento (*licenziamento ad nutum*).

In aggiunta alle regole di fonte legale, la disciplina del contratto di apprendistato è rimessa alla fonte contrattuale collettiva, cioè ad accordi interconfederali ovvero ai CCNL stipulati dalle associazioni sindacali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale. La legge non rinuncia, tuttavia, ad orientare la contrattazione, dal momento che prevede una serie di principi cui essa deve attenersi o nei cui ambito deve muoversi:

1. divieto di retribuzione a cottimo.
2. possibilità di inquadrare il lavoratore fino a due livelli inferiori rispetto a quello spettante ai lavoratori addetti a mansioni che richiedono qualificazioni corrispondenti a quelle al cui conseguimento è finalizzato il contratto, ovvero, in alternativa, possibilità di stabilire la retribuzione dell'apprendista in misura percentualmente ridotta, tenuto conto dell'anzianità di servizio;
3. presenza di un tutore o referente aziendale;
4. possibilità del riconoscimento, della qualificazione professionale ai fini lavorativi e delle competenze acquisite ai fini del proseguimento degli studi o dei percorsi di istruzione degli adulti;
5. registrazione della formazione effettuata dalla qualificazione professionale acquisita nel libretto formativo del cittadino (ancora da istituire).
6. possibilità di prolungare il periodo di apprendistato in caso di malattia, infortunio o altra causa di sospensione involontaria del rapporto, di durata superiore a 30 giorni.

• 2.2 I limiti quantitativi all'impiego di apprendisti

Gli apprendisti possono essere assunti in via diretta, tramite agenzie di somministrazione di lavoro (in questo secondo caso soltanto nell'ambito della somministrazione a tempo determinato).

Trattandosi di un contratto che dà titolo ad un sostegno pubblico, il ricorso ad esso è assoggettato a limiti quantitativi.

Il *numero massimo complessivo* degli apprendisti con datore di lavoro può assumere ma non può superare il rapporto di 3 a 2 delle maestranze specializzate e qualificate in servizio presso il datore di lavoro stesso.

Per il datore che occupa sino a nove lavoratori tale rapporto non può superare, invece, il 100%.

Il datore di lavoro che non ha dipendenti qualificati e specializzati, o ne ha al massimo 2, può assumere sino a 3 apprendisti. Norme di miglior favore valgono per le imprese artigiane

- **2.3 Apprendistato per la qualifica e il diploma professionale, il diploma di istruzione secondaria superiore e il certificato di specializzazione tecnica superiore**

Questa tipologia di apprendistato, rivolta all'instaurazione del cd. sistema attuale di alternanza scuola-lavoro, è finalizzata a consentire al giovane apprendista, mentre continua a lavorare, di completare il proprio percorso di studi tramite conseguimento della qualifica o del diploma professionale del certificato di specializzazione tecnica superiore (art.43). Possono essere assunti con questo contratto, in tutti i settori di attività, soggetti che hanno compiuto *15 anni* fino al compimento dei 25. La durata è determinata dalle parti in relazione alla qualifica o al diploma da conseguire, e non può essere superiore a 3 anni, elevati a 4 nei casi di prova quadriennale regionale. È prevista la possibilità di proroghe fino a un anno, onde consentire la conclusione dei percorsi. La regolamentazione dei profili formativi è rimessa dalle regioni alle province autonome di Trento e Bolzano, o in mancanza al Ministero del Lavoro, che disciplina l'attivazione di questo contratto con propri decreti. Possono essere, altresì, stipulati contratti di apprendistato, di durata non superiore a 4 anni, rivolti a giovani a partire dal secondo anno dei percorsi di istruzione secondaria superiore, per la posizione del diploma di istruzione secondaria superiore o di ulteriori competenze tecnico-professionali rispetto a quelle già previste dei vigenti regolamenti scolastici. Il datore di lavoro che intende stipulare il contratto di apprendistato del primo tipo sottoscrive un protocollo con l'istituzione formativa quello studente iscritto, che stabilisce il contenuto e la durata degli obblighi formativi del datore di lavoro, nel rispetto degli *standard* formativi nazionali, che debbano prevedere, tra gli altri, le caratteristiche delle imprese interessate e il monte orario massimo che può essere svolto un apprendistato. Per le ore di formazione svolte nell'istituzione formativa (non più del 60% dell'orario ordinamentale per il secondo anno, e del 50% per il terzo e quarto anno) il datore di lavoro è esonerato da ogni obbligo retributivo, mentre per quelle a carico del datore di lavoro è riconosciuta al lavoratore una retribuzione pari al 10% di quella che gli sarebbe dovuta. Questo tipo di apprendistato risulta più conveniente per l'impresa del più utilizzato apprendistato professionalizzante.

- **2.4 Apprendistato professionalizzante**

L'apprendistato professionalizzante (articolo 44) rappresenta la tipologia di apprendistato più importante, finalizzata al conseguimento di una qualifica professionale tramite la formazione sul lavoro e l'acquisizione di competenze tecnico-professionali e specialistiche. Possono essere assunti con questo contratto i soggetti di età compresa tra *18* (17 sei in possesso di una qualifica professionale) e *29 anni* (contratto può essere stipulato sia alla vigilia del 30° compleanno). I lavoratori beneficiari di un trattamento di disoccupazione possono essere assunti in apprendistato professionalizzante *a prescindere dall'età*. La qualificazione professionale al cui conseguimento è finalizzato il contratto è determinata dalle parti sulla base dei profili o qualificazioni professionali previsti per il settore di riferimento dei sistemi di inquadramento del personale di quei contratti collettivi stipulati dalle associazioni sindacali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale. La possibilità di stipulare questo contratto è inoltre subordinata, per i datori di lavoro che occupano almeno 50 dipendenti, il fatto che, nei 36 mesi precedenti la nuova assunzione, sia stato confermato *almeno il 20%* degli apprendisti dipendenti dallo stesso datore di lavoro. Qualora tale percentuale non sia rispettata, è comunque consentita l'assunzione dell'apprendista. È facoltà del CCNL, stipulati dall'associazione sindacali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale *“individuare limiti diversi”*, sia più alti che più bassi. Gli apprendisti assunti in violazione dei predetti limiti sono considerati ordinari lavoratori subordinati a tempo indeterminato sin dalla data di costituzione del rapporto. La durata di questa forma di apprendistato è rimessa agli accordi interconfederali CCNL in relazione alla qualificazione professionale da conseguire, poiché all'interno dei seguenti limiti legali: la già menzionata *durata minima* di 6 mesi (che non vale per

attività in cicli stagionali); una *durata massima di tre anni*, elevati a 5 per i profili professionali di carattere artigiano individuate dalla contrattazione collettiva.

È rimessa gli accordi interconfederali e CCNL anche l'individuazione delle modalità di erogazione della formazione propriamente professionalizzante, la quale deve essere impartita, sotto la responsabilità del datore di lavoro. La formazione contrattuale è altresì "integrata", nei limiti delle risorse annualmente disponibili, *dall'offerta formativa pubblica* (regionale), di solito esterna, ma talvolta anche interna all'azienda, *"finalizzata all'acquisizione di competenze di base trasversali per un monte ore complessivo non superiore a 120 ore per la durata del triennio"*, secondo la disciplina prevista dalle regioni delle province autonomi di Trento e Bolzano, sentite le parti sociali. A tale proposito, la Regione provvede a comunicare al datore di lavoro, entro 45 giorni dalla comunicazione dell'instaurazione del rapporto al centro per l'impiego, le modalità di svolgimento dell'offerta formativa pubblica, che di solito ha luogo presso agenzie formative accreditate (e più raramente) presso i datori di lavoro e loro associazioni che si siano dichiarati disponibili a provvedere alla componente pubblica della formazione.

- **2.5 Apprendistato di Alta formazione e ricerca**

La terza tipologia di apprendistato (scarsamente attuata) è finalizzata al conseguimento di titoli di studio universitari e dell'alta formazione, compresi i dottorati di ricerca, dei diplomi relativi ai percorsi degli istituti tecnici superiori, nonché lo svolgimento di attività di ricerca e al praticantato per l'accesso alle professioni che fanno capo a ordini professionali. Il contratto in discorso è riservato a soggetti di età compresa tra *18 e 29 anni*. Il datore di lavoro che intende stipulare il contratto sottoscrive un protocollo con l'istituzione formativa cui lo studente è iscritto con l'ente di ricerca, che stabilisce la durata e le modalità, anche temporali, della formazione a carico del datore di lavoro e il regime dei crediti formativi conseguibili da ciascuno studente. Il rapporto deve poi svolgersi nel rispetto di tale protocollo. Per le ore di formazione svolte nell'istituzione formativa il datore di lavoro è esonerato da ogni obbligo retributivo, mentre per quelle a carico del datore di lavoro è riconosciuto al lavoratore una retribuzione pari a 10% di quello che gli sarebbe dovuta. La regolamentazione e la durata di questo apprendistato sono rimessa alle regioni alle province autonome di Trento e Bolzano, in accordo con le associazioni territoriali dei datori di lavoro e dei prestatori di lavoro comparativamente rappresentative sul piano nazionale, e con gli altri enti pubblici (ad esempio l'università) eventualmente interessati. Tuttavia, qualora le regioni non si attivino, l'istituto può divenire egualmente operativo tramite convenzioni dirette fra i summenzionati enti e datori di lavoro.

- **2.6 Benefici e sanzioni per il datore di lavoro**

In aggiunta al beneficio di una più ridotta retribuzione, il datore di lavoro che assume un apprendista può contare su una significativa riduzione, al 10%, dei contributi previdenziali obbligatori normalmente posti a suo carico. I benefici contributivi sono mantenuti per un anno dalla prosecuzione del rapporto di lavoro a termine del periodo di apprendistato, salvo che per i lavoratori in mobilità o disoccupati. In caso di inadempimento nell'erogazione della formazione a carico del datore di lavoro, di cui egli sia l'esclusivo responsabile, e che sia tale da impedire la realizzazione delle finalità formative del contratto, il datore di lavoro è tenuto a restituire all'Inps la differenza tra la contribuzione versata e quella dovuta, maggiorata del 100%.

Inoltre si ritiene che il datore di lavoro gravemente inadempiente all'obbligo formativo si sposta ad un'azione giudiziale del lavoratore al fine di far accertare che non sia trattato di un apprendista, richiedere, di conseguenza, le differenze retributive non percepite e/o impugnare licenziamento *ad nutum* disposto dal datore di lavoro al termine del periodo di apprendistato. Al datore di lavoro che abusa dell'apprendistato sono irrogate sanzioni amministrative.

3. Il tirocinio formativo e di orientamento

Il *tirocinio formativo e di orientamento*, più conosciuto come *stage*, introdotto dall'articolo 18 della legge 196/1997, non dà luogo ad un rapporto di lavoro subordinato, per cui non spettano, al tirocinante (un giovane

che ha da poco concluso il percorso di studi), i diritti normalmente discendenti dal contratto di lavoro. Il vantaggio, per il tirocinante è quello di fruire di un'opportunità di esperienza professionale arricchita da una formazione a diretto contatto con il mondo del lavoro, ed eventualmente di una possibile, successivo, impiego.

Tuttavia, anche a causa dei frequenti abusi è stato adottato nel 2013 (rinnovato nel 2017) un accordo per la definizione di linee guida condivise di materia di tirocini extracurricolari (quelli curricolari restano di competenza delle scuole, dei centri di formazione professionale accreditati dalle regioni, e dall'università).

L'accordo è stato anche occasione per differenziare le tipologie dei possibili tirocini; sono previsti:

- tirocini classici, per ragioni formative e di orientamento (attivabili con soggetti che hanno conseguito il titolo di studio entro e non oltre i 12 mesi);
- tirocini di inserimento/reinserimento al lavoro, rivolti principalmente a lavoratori in CIG o a disoccupati;
- tirocini di orientamento e formazione o di inserimento/reinserimento in favore di persone con disabilità, persone svantaggiate, soggetti richiedenti asilo e titolari di protezione internazionale.

L'accordo prevede *standard* minimi di tutela per i tirocinanti (rispettati dalle regioni, ferma la possibilità di introdurre misure di miglior favore):

- la durata dei tirocini sia minima (due mesi; un mese per l'attività stagionali e due settimane per gli studenti) che massima (sei mesi per i tirocini formativi e di orientamento; 12 mesi per gli altri, 24 per i tirocini con disabili);
- l'identificazione dei possibili soggetti promotori e di quello ospitante (enti pubblici o privati, tra cui le imprese) e le modalità delle convenzioni;
- il divieto di attivare tirocini per i datori di lavoro che viene effettuato licenziamenti nei 12 mesi precedenti;
- l'obbligo di assicurare il tirocinante presso l'Inail; ;
- criteri per l'effettività della formazione (presenza di un tutore);
- previsione favore del tirocinante, di un'*indennità di partecipazione* non inferiore a euro 300 mensili;
- attestazione dell'attività svolte e delle competenze acquisite.

Capitolo IV – IL LAVORO ESTERNO

1. Le esternalizzazioni

Se la modalità tipica di procacciamento e utilizzazione del lavoro si realizza mediante la stipulazione di contratti di lavoro, subordinato o parasubordinato, è diffusa anche una modalità diversa, in virtù della quale l'impresa si procura il lavoro all'esterno tramite contratti di servizio con imprese terze. In effetti, un'impresa ha, in partenza, due possibilità:

- opzione make (o modello gerarchico): produrre all'interno tutti i beni e servizi dei quali ha bisogno per giungere alla produzione del bene o servizio finale: un'impresa organizzata secondo i canoni tipici del fordismo tende a produrre in proprio la maggior parte dei beni e servizi, ricorrendo ad acquisti esterni soltanto per approvvigionarsi delle materie prime; essa è carente di specializzazione, ma in grado di gestire autonomamente l'intero ciclo, guadagnando in compattezza e polivalenza dell'organico.
- Opzione buy (o modello di mercato): acquistare all'esterno alcuni dei beni e servizi (anche accessori-ad esempio trasporti, le costruzioni edili, la gamma di servizi funzionali alla commercializzazione eccetera) utile al completamento del ciclo produttivo. Un'impresa tendente al post-fordismo è portata a privilegiare l'opzione *buy*, concentrando l'attività e gli investimenti sulla core business, e demandando all'esterno, cioè a imprese terze, la produzione dei beni e servizi accessori o comunque non strategici. Ciò, allo scopo di conseguire vantaggi tanto di flessibilità del lavoro, essendo più facile, per l'impresa principale, scaricare su un'altra impresa (invece che sui propri dipendenti) le difficoltà derivanti da contrazioni di mercato, quanto di *specializzazione*, essendo plausibile che l'impresa che fruisce dell'operazione di decentramento sia più brava a gestire quel segmento dell'attività. Accade di frequente che l'esternalizzazione si carica oltre confini nazionali, spesso anche europei. Si è soliti parlare, in tal caso, di delocalizzazione, alla cui origine cioè di solito una spinta alla riduzione dei posti.

Tra i due modelli evidenziati esiste però un'ampia gamma di soluzioni intermedie.

Si parla molto, nella letteratura economica e organizzativa del fenomeno della *rete di impresa*, che rappresenta un'evoluzione del modello di mercato (buy), caratterizzata da un forte *coordinamento tra imprese*, in virtù del quale ciascuna impresa sceglie di concentrare la propria attività su specifiche fasi del processo produttivo e saranno quelle altre rapporti contrattuali duraturi, destinati a consentire l'approvvigionamento di tutti gli altri prodotti e servizi di cui ciascuna necessita per la propria attività. In ogni caso, al decentramento di una parte del ciclo produttivo può non corrispondere l'estromissione materiale dello stesso. Accade spesso che le attività esternalizzate continuino ad essere svolte all'interno del perimetro aziendale (esternalizzazione *intra moenia*), ma da parte di imprese terze con dipendente di queste. L'affidamento all'esterno dell'attività è, quindi, soltanto il primo movimento del processo di esternalizzazione, che si realizza giuridicamente, di solito, mediante la cessione di un ramo o di rami della azienda. Ma vi fa seguito un *secondo* movimento rivolto a fare acquisire all'azienda madre il prodotto di tale attività, tramite la stipulazione con l'impresa terza di contratti commerciali, riconducibile allo schema dell'appalto ad altre equipollenti. Gli istituti giuridici che presiedono a tali passaggi si muovono sul filo di un difficile equilibrio tra l'esigenza di garantire la circolazione delle imprese e la tutela dei diritti dei lavoratori coinvolti in queste operazioni. Tutti i principali istituti in esame presuppongono però che il datore di lavoro sia comunque uno e soltanto uno (anche se tale ultima affermazione è stata smentita dalla possibilità della *codatorialità*).

2. Il trasferimento dell'azienda e del ramo d'azienda

Sin dall'emanazione del codice civile il diritto del lavoro si è fatto carico dell'ipotesi in cui un imprenditore trasferisce a terzi la proprietà il godimento di un'azienda.

La disciplina dettata dall'articolo 2112 c.c. (più volte novellato, l'ultima con l'articolo 32 decreto legislativo 276/2003), mira a tenere indenni i lavoratori dalle conseguenze del trasferimento, prevedendo che i relativi rapporti vengono trasferiti, con l'azienda, alle dipendenze del nuovo titolare della medesima, nonché apprestando garanzia per i crediti pregressi e non soddisfatti.

• 2.1 La nozione di azienda

Il primo interrogativo da sciogliere è che cosa si intenda, nel contesto la podistico, per trasferimento d'azienda, e, ancor prima, per *azienda*. La risposta nell'articolo 2112 co 5:

“Ai fini e per gli effetti di cui al presente articolo si intende per trasferimento d'azienda qualsiasi operazione che, in seguito a cessione contrattuale o fusione, comporti il mutamento nella titolarità di un'attività economica organizzata, con o senza scopo di lucro, al fine della produzione e dello scambio di beni servizi, preesistente al trasferimento e che conserva nel trasferimento la propria identità a prescindere dalla tipologia negoziale o dal provvedimento sulla base dei quali il trasferimento è attuato, ivi compresi l'usufrutto o l'affitto d'azienda“.

Con la locuzione *“Attività economica organizzata“*: il legislatore ha inteso comprendere nella fattispecie tanto il trasferimento dell'azienda, classicamente intesa come complesso di beni organizzato per l'esercizio dell'impresa, quanto, più ampiamente, la cessione di una qualunque *attività*, perché organizzato in vista della produzione di beni e servizi. Ciò anche quando tale organizzazione prescinde da un sostrato materiale, si risolve nel coordinamento dell'opera dei lavoratori. In considerazione del riferimento all'attività (perché organizzata), piuttosto che ai beni è pertanto lecito affermare che l'oggetto del trasferimento, e non tanto l'azienda intesa come insieme di beni materiali, ma *l'impresa* in quanto attività organizzata al fine della produzione o dello scambio di beni e servizi. D'altronde, è evidente che se vengono ceduti i beni materiali che servono per la produzione, viene ceduta anche l'attività, che tramite quei beni è svolta. Ma resta il fatto che può esservi un'azienda trasferita anche se essa è priva di beni materiali, constando soltanto I componenti materiali, come un *know-how* specialistico, o di lavoro organizzato.

• 2.2 La nozione di ramo d'azienda

La disciplina in questione è applicabile anche al trasferimento non di tutto il complesso aziendale, ma di un mero *ramo* o di più rami *dell'azienda*, il che proietta l'istituto nel cuore del fenomeno delle esternalizzazioni, e dunque anche sul piano ulteriore rispetto all'ipotesi della cessione integrale dell'azienda. Ciò premesso, anche del ramo d'azienda il legislatore fornisce una definizione

contenuta nell'articolo 2112 co 5, ultimo periodo: *“Le disposizioni del presente articolo si applicano altresì al trasferimento di parte dell'azienda, intesa come articolazione funzionalmente autonoma di un'attività economica organizzata, identificata come tale dal cedente e dal cessionario al momento del trasferimento”*.

Il nocciolo di tale definizione del concetto di *“articolazione funzionalmente autonoma”*: affinché un complesso di beni aziendali costituisca un ramo d'azienda, e non semplicemente un coacervo di beni sparsi, occorre che essi diano luogo ad un'articolazione dell'azienda (intesa come attività economica organizzata), dotata di *autonomia funzionale* nel quadro del processo produttivo aziendale. Tuttavia, mentre prima del decreto legislativo 276/2003 tale autonomia doveva essere *“preesistente al trasferimento”*, la novella del 2003 ha soppresso il requisito della preesistenza, ritenendo sufficiente che il ramo d'azienda sia *identificato come tale*, dal cedente e dal cessionario, al momento del trasferimento. Si è trattato di una novità mirante a rendere ancora più facile esternalizzazione, che tuttavia la giurisprudenza averlo più riassorbito, in ragione della difficoltà di ipotizzare un ramo autonomo, la cui autonomia non si sia manifestata già nell'organizzazione aziendale esistente prima del trasferimento.

- **2.3 La nozione di trasferimento**

L'operazione negoziale il discorso si concreta in una *cessione* del diritto di proprietà sull'azienda, e dunque una vendita della stessa. A tali ipotesi la norma equipara espressamente quella dell'usufrutto e dell'affitto dell'azienda, e della fusione societaria.

- **2.4 la continuazione del rapporto di lavoro alle dipendenze del cessionario**

Una volta precisati i confini della fattispecie, sono da esaminare gli effetti giuridici che derivano dal suo verificarsi, il primo nonchè principale dei quali condensato nell'articolo 2112 co 1: *“in caso di trasferimento dell'azienda rapporto di lavoro continua con l'acquirente lavoratore conserva tutti diritti che ne derivano”*.

È sancito, da tale disposizione, l'automatico passaggio della rapporto di lavoro, come conseguenza del trasferimento della proprietà dell'azienda, alle dipendenze dell'acquirente. In questo modo si realizza la cessione *ex lege* dei contratti di lavoro, attivati con i dipendenti appartenenti all'azienda o al ramo di essa che è stato ceduto, la quale comporta il subentro dell'acquirente nella titolarità di detti contratti, ed esclude qualsiasi interruzione della continuità del rapporti in questione.

A differenza della cessione del contratto ex articolo 1406 c.c., questa cessione *non richiede il consenso del contraente ceduto*, cioè del lavoratore. Questi, peraltro, può contestare in giudizio il passaggio a strumento di non far parte del ramo d'azienda che è stato ceduto, o di esservi stato inserito in modo strumentale o discriminatorio. L'azione del lavoratore soggetta al termine di decadenza (60 + 180 giorni) previsto per l'impugnazione del licenziamento.

- **2.5 Il divieto di licenziamento**

La regola di quell'articolo 2112 co 1 implica che il lavoratore appartenente ad un'azienda o ad un ramo prossimi alla cessione non può essere licenziato a causa di tale trasferimento.

L'articolo 2112 co 4, dispone infatti che, ferma restando la facoltà di esercitare il recesso ai sensi della normativa vigente in materia di licenziamenti, *“il trasferimento dell'azienda non costituisce di per sé motivo di licenziamento”*.

Non è dunque consentito, al cedente di alleggerire l'organico, con licenziamenti disposti nell'imminenza del trasferimento, anche se al fine di rendere la stessa più appetibile per il cessionario. Eventuali licenziamenti (ad esempio per ristrutturazione dell'attività) potranno essere adottati soltanto dal cessionario dopo l'acquisizione dell'azienda. Può essere il lavoratore, peraltro a non essere felice del trasferimento, per cui (a parte il caso in cui egli impugni la cessione) la legge gli consente di dimettersi per giusta causa dalla rapporto di lavoro, entro tre mesi dal trasferimento, qualora le sue condizioni di lavoro (ad esempio le mansioni assegnate loro di lavoro) abbiano subito, a seguito del passaggio, una *“sostanziale modifica”*.

- **2.6 La conservazione dei diritti acquisiti**

Alla continuazione del rapporto di lavoro con l'acquirente si aggiunge, in virtù dello stesso comma uno dell'articolo 2112, la *conservazione dei diritti* maturati nella pregressa fase del rapporto: si tratta di eventuali condizioni previste dal contratto individuale e dell'anzianità di servizio maturata.

La conservazione dei diritti non implica l'immutabilità del regime futuro della rapporto. In specie, per ciò che attiene ai diritti che derivano singolo dal contratto collettivo, l'articolo 2112 co 3 prevede che il lavoratore che passa alle dipendenze del nuovo datore di lavoro *ha diritto a vedersi applicati, fino alla loro scadenza, i contratti collettivi (nazionali, territoriali e aziendale) vigenti alla data del trasferimento*. Tale regola, peraltro, non vale nel caso in cui *vi siano altri contratti collettivi (del medesimo livello) "applicabili" all'impresa cessionario*, i quali sostituiscono immediatamente i contratti precedenti anche se questi non sono ancora scaduti. Ciò significa che se il contratto collettivo applicabile al nuovo datore di lavoro prevede un trattamento retributivo inferiore a quello del precedente contratto, i lavoratori possono trovarsi a sopportare, per il futuro, una riduzione della retribuzione. Di solito, tale conseguenza è scongiurata con la stipulazione di accordi aziendali *ad hoc*, rivolte ad armonizzare gradualmente il trattamento di nuovi dipendenti con quelli già in essere nell'azienda.

- **2.7 La responsabilità del cessionario per i debiti pregressi**

Al fine di favorire il soddisfacimento dei crediti che lavoratore ha maturato presso il precedente datore di lavoro è previsto che *"il cedente e cessionario sono obbligati, in solido, per tutti i crediti che il lavoratore aveva (aveva concretamente maturato) al tempo del trasferimento"*.

Il cessionario, in sostanza, deve accollarsi, per legge, anche debiti della precedente gestione nei confronti dei lavoratori, salvo poi potersi rivalere sul cedente.

Di contro, con la sottoscrizione di un accordo transattivo in sede sindacale presso l'Ispettorato del lavoro, come davanti a un giudice, il lavoratore può consentire la liberazione del cedente dalle obbligazioni derivanti dal rapporto di lavoro; in realtà, tramite l'esercizio di autonomia assistita ex art. 2113, comma 4 cc, tale liberazione può aversi, potenzialmente, anche nei riguardi del cessionario. Tra i diritti di credito ai fini della responsabilità solidale non era fatto tradizionalmente rientrare quello al *trattamento di fine rapporto*: ciò perché si riteneva che esso, pur formandosi anno dopo anno, giungesse a maturazione soltanto nel momento della cessazione del rapporto, per cui ne restava responsabile, anche per la parte maturata prima del trasferimento, il solo cessionario. Sul punto v'è stato, dal 2011, un mutamento di avviso nella giurisprudenza di cassazione, in virtù del quale il datore di lavoro cedente rimane obbligato, in solido col cessionario, a pagare al lavoratore la quota di TFR maturata da questi prima del trasferimento. Fermo restando che il relativo credito è esigibile soltanto alla cessazione finale del rapporto di lavoro. Ciò sulla premessa della distinzione fra maturazione del diritto al TFR (che avviene anno per anno) ed esigibilità delle relativo credito (che scatta alla cessazione del rapporto).

- **2.8 La procedura di informazione e consultazione sindacale**

Alle garanzie sostanziali si aggiunge per effetto dell'articolo 47 della legge 428/1990, una garanzia *procedurale*, di tipo partecipativo, in virtù della quale sia il cedente e cessionario, se occupano più di 15 dipendenti, sono tenuti ad attivare, preventivamente al trasferimento, una *procedura di informazione e consultazione*, onde consentire alla parte sindacale (rappresentanze e associazioni) un controllo sulla vicenda sotto il profilo delle conseguenze per i lavoratori.

La procedura inizia con una comunicazione informativa, da inviare almeno 25 giorni prima del trasferimento alle rappresentanze sindacali unitarie, o aziendali, nonché alle associazioni sindacali di categoria che hanno stipulato il contratto collettivo applicato nell'impresa interessata al trasferimento. L'informazione deve riguardare:

- la data o la data proposta del trasferimento d'azienda;
- I motivi di esso e le sue conseguenze giuridiche, economiche e sociali per i lavoratori;
- le eventuali misure previste nei confronti di questi ultimi;

Una volta ricevuta la comunicazione, soggetti sindacali possono richiedere due imprese un *esame congiunto* della situazione, che può protrarsi, al massimo, per 10 giorni, dopo di che il trasferimento

può procedere. La violazione degli illustrati obblighi procedurali costituisce comportamento anche sindacale ex articolo 28 legge 300/1970.

- **2.9 Il trasferimento dell'impresa in crisi**

La fase di negoziazione aperta della procedura può essere particolarmente importante nelle ipotesi di *imprese in crisi*, nelle quali la legge consente, al fine di favorire le operazioni di salvataggio delle aziende riducendole questi fissi, di disapplicare le garanzie dell'articolo 2112. Tale disapplicazione è assoggettata, peraltro, al controllo del sindacato, già che presuppone che l'impresa conclude un *accordo sindacale* circa il mantenimento anche parziale dell'occupazione, nei quali può essere previsto, di esempio, non transito di alcuni lavoratori alle dipendenze del cessionario, fermo restando il passaggio degli altri.

3. L'appalto di opera o servizio

Il contromovimento del processo di esternalizzazione si realizza tramite la stipulazione di contratti di appalto fra l'impresa già titolare dell'attività e quella che ha acquisito la gestione della stessa: in virtù di tale contratto, l'appaltatore si obbliga a fornire *"con organizzazione dei mezzi necessari e gestione a proprio rischio"*, l'opera o il servizio già prodotti all'interno. Può darsi, peraltro, che l'esternalizzazione non sia originaria, ossia che prescinda da un precedente trasferimento di ramo: numerose attività (pulizia, facchinaggio, trasporto) sono gestite, per tradizione, con appalti. Il mondo degli appalti è vasto e variegato. Fintanto che essi sono eseguiti da imprese autentiche che organizzano in proprio i fattori della produzione, impiegando propri capitali, macchine e attrezzature, e gestendo effettivamente l'attività lavorativa del personale utilizzato, il diritto del lavoro non si frappone al fine di impedirli, ma si limita a cercare di regolarli in nome degli interessi dei dipendenti più a rischio, che sono quelli dell'impresa appaltatrice.

La normativa antecedente al decreto Biagi prevedeva che i lavoratori impegnati in appalti interni, cioè inerenti al ciclo produttivo tipico dell'impresa appaltante, avessero diritto al trattamento economico e normativo non inferiore a quello dei dipendenti dell'appaltante. Ma questa regola è stata superata e si è puntato tutto, per tutelare i lavoratori impegnati in appalti interni sulla previsione di una *responsabilità solidale* dell'appaltante per i crediti retributivi vantati dai dipendenti dell'appaltatore nei confronti di questo, e per quelli contributivi mandati dagli enti previdenziali (soprattutto Inps e Inail) con riferimento alle posizioni di quei lavoratori. A norma dell'articolo 29 co 2 decreto legislativo 276/2003 *"in caso di appalto di opere e servizi il committente imprenditore o datore di lavoro è obbligato in solido con l'appaltatore, nonché con ciascuno degli eventuali ulteriori subappaltatori, entro il limite di due anni dalla cessazione dell'appalto, a corrispondere ai lavoratori i trattamenti retributivi, comprese le quote di trattamento di fine rapporto, nonché i contributi previdenziali e i premi assicurativi dovuti in relazione al periodo di esecuzione del contratto di appalto..."*. La responsabilità del committente, e di ciascun successivo appaltatore (che è appaltante nei confronti del rispettivo appaltatore), si estende-limitatamente ai lavoratori impegnati nell'appalto in considerazione ai crediti retributivi e contributivi maturati nel periodo di esecuzione del medesimo-a tutti gli anelli della filiera produttiva. Ciò al fine di indurre i committenti a monitorare la serietà e l'affidabilità degli appaltatori dei quali si servono. Pertanto, la responsabilità in discorso può essere fatta valere o dal lavoratore o dall'ente previdenziale, anche se entro il termine di decadenza di due anni dalla cessazione dell'appalto. Il committente che ha eseguito, a questo titolo, il pagamento, può a sua volta esercitare l'azione di regresso nei confronti dell'obbligato principale (ammesso che questi sia solvibile). Sono assoggettati al regime di responsabilità solidale anche: il credito per il danno biologico patito dal lavoratore dipendente di appaltatori come conseguenza di eventi lesivi della sua salute, e non indennizzate dall'Inail; i crediti dell'Agenzia delle entrate per i versamenti delle ritenute fiscali per i crediti del lavoro dipendente dell'Iva derivata dalle fatture inerenti alle prestazioni effettuate nell'ambito dell'appalto, ove l'appaltante non dimostri di aver messo in atto tutte le cautele possibili per evitare l'inadempimento. Infine, il regime della responsabilità solidale opera anche in relazione *"ai compensi e agli obblighi di natura previdenziale assicurativa nei confronti dei lavoratori con contratto di lavoro autonomo"*.

La normativa sulla responsabilità solidale vale anche in presenza di contratti affini a quello di appalto, come quello di subfornitura.

La responsabilità solidale non trova applicazione, infine, nei riguardi delle pubbliche amministrazioni.

4. il divieto di interposizione

Qualora l'impresa appaltatrice non sia *autentica*, essendo priva di una reale autonomia produttiva e organizzativa, i lavoratori addetti allo svolgimento dell'appalto finiscono con l'essere utilizzati dall'impresa appaltante. In tale ipotesi non si è di fronte ad un vero padre ex articolo 1655 c.c., bensì ad una mera fornitura o somministrazione di manodopera (cosiddetto *appalto di manodopera*), e con questa *l'interposizione* di un datore di lavoro puramente *fittizio* (l'appaltatore di un'opera o di un servizio) il rapporto che intercorre, di fatto, fra i lavoratori e il datore di lavoro *reale* (appaltante). Simili situazioni sono malviste dal diritto del lavoro, che vi scorge focolai di sottoprotezione dei lavoratori, a partire dallo storico (e purtroppo ancora esistente, specie nell'agricoltura del sud Italia) fenomeno del caporalato, consistente nella soluzione di manodopera da destinare clienti che la utilizzano rimborsando al caporale il relativo costo, più un margine di profitto; ciò in nero e senza garanzia di tutela di solvibilità.

Proprio per far fronte a tali fenomeni, dettato l'articolo uno della legge 1369/1960, il quale sancì l'illiceità, anche penale, di simili forme di appalto. Questa disposizione conteneva anche la presunzione, in base alla quale si realizzava con certezza un appalto di manodopera quando l'impresa appaltatrice impiegata "macchine, capitale attrezzature" appartenente all'impresa appaltante: L'impresa appaltatrice che agiva in questo modo era considerata per definizione non autentica, essendo la titolarità dei mezzi di produzione uno degli attributi fondamentali dell'impresa. Questa presunzione era stata pensata però in un'epoca che non conosceva ancora l'automatizzazione della produzione e le tecnologie informatiche. Il decreto legislativo 276/2003, ha dunque abrogato la legge 1369/1960 e ha ridefinito il confine tra appalto lecito e appalto di manodopera.

Articolo 29 co 1 del citato decreto legislativo, così dispone: "ai fini dell'applicazione delle norme contenute nel presente titolo, e contratto di appalto, stipulato regolamentate sensi dell'articolo 1655 del codice civile, si distingue dalla somministrazione di lavoro per la organizzazione dei mezzi necessari da parte dell'appaltatore, che può anche risultare, in relazione alle esigenze dell'opera o del servizio dedotti in contratto, dall'esercizio del potere organizzativo e direttivo nei confronti dei lavoratori impiegati nell'appalto, nonché per la assunzione, da parte del medesimo appaltatore, del rischio di impresa".

Nella disposizione, specularmente all'appalto lecito è la *somministrazione di lavoro*, che equivale, per la presenza di un datore di lavoro fittizio che funge da somministratore, ad un appalto di manodopera. E, poiché il lavoro somministrato è lecito, purché autorizzato, quella cui si fa riferimento è la somministrazione non autorizzata di lavoro, la cui illiceità è ricavabile, oltre che dalla connessa disposizione dell'articolo 84 co 2, del fatto in sé della predisposizione, per essa, di un regime sanzionatorio, di rilievo tanto civile quanto penale. Questo implica che, malgrado l'abrogazione della legge 1369/1960, e tuttora operante nell'ordinamento divieto di interposizione nelle prestazioni di lavoro, alla radice del quale vi è un'esigenza di coerenza del sistema. Ciò premesso sulla permanenza del divieto, devono essere presi in esame, interrogando l'articolo 29 co 1, i criteri di regolazione del confine tra somministrazione di lavoro illecita e appalto autentico genuino.

Il primo criterio è tautologico. L'appalto genuino sia caratterizzato dai requisiti che deve avere un contratto di appalto ai sensi dell'articolo 1655 c.c., vale a dire la conduzione dell'attività appaltata, da parte dell'appaltatore, con autonomia organizzativa e gestione a proprio rischio. L'appalto è genuino dunque se è un vero appalto.

In secondo luogo non è più richiesto che l'appaltante sia titolare dei mezzi di produzione, per cui anche se l'appaltatore impiega macchine e attrezzature di proprietà dell'appaltante, rimane possibile provare altrimenti la genuinità dell'appalto. L'effetto pratico è quello di ridurre il rischio che certi appalti siano ritenuti pregiudizialmente non genuini, in forza dello scarso impiego di capitale fisso da parte dell'appaltatore.

Infine, rilevante la specificazione che "l'organizzazione dei mezzi necessari" deve commisurarsi, in concreto, "l'esigenza dell'opera o del servizio dedotti in contratto", cioè alla tipologia di attività oggetto dell'appalto. Così, in appalti "pesanti", che richiedono l'impiego di importanti mezzi materiali, il requisito dell'autonomia organizzativa deve essere calibrato, se non sulla titolarità, quantomeno sull'organizzazione di questi mezzi. Invece, in appalti "leggere", nei quali l'attività si risolve nel lavoro e poco più, è sufficiente che l'appaltatore gestisca davvero i propri dipendenti. All'inverso, il fatto che l'appaltante comandi direttamente dipendenti della passatore sempre indice sufficiente della non autenticità dell'appalto.

La normativa è completata da un apposito regime *sanzionatorio*. L'articolo 29 co 3-bis, dispone che in caso di contratto di appalto stipulato in violazione dei requisiti di quell'articolo 29 comma uno, il lavoratore può richiedere, con ricorso al giudice del lavoro, la costituzione di un rapporto di lavoro subordinato alle dipendenze di chi ne ha utilizzato la prestazione, con decorrenza dall'inizio di tale utilizzazione. Tale azione giudiziale, ove intentata da parte di manodopera cessato, è sottoposta al termine di decadenza (60 + 180

giorni) previsto per l'impugnazione del licenziamento. Il *Dies a quo* di tale termine è dato dal momento in cui è cessata l'utilizzazione illecita del lavoratore da parte dell'appaltante.

I pagamenti effettuati e gli atti compiuti e ricevuti, anteriormente alla sentenza di cui sopra, dal datore di lavoro fittizio o interposto, hanno effetto giuridico (e i pagamenti hanno valore liberatorio) anche nei riguardi del vero datore di lavoro, come se fossero stati effettuati da questi. Ciò al fine di evitare che si trovi a dover soddisfare di nuovo debiti, retributivi e/o previdenziali, già mirati dal datore di lavoro formale. L'illecito in questione va soggetto, inoltre, di una sanzione amministrativa. Va detto, peraltro, che la presenza di questa tutela non è sinora bastata a debellare il *caporalato*: a tal fine è stata rafforzata la *tutela penale*, prendendosi di mira lo "sfruttamento del lavoro" in senso ampio.

La legge 199/2016 infatti ha modificato il reato di intermediazione illecita e sfruttamento del lavoro (articolo 630-bis codice penale), individuando due distinte condotte criminose: quella della "caporale", che recluta i lavoratori per destinarli al lavoro presso terzi in condizione di sfruttamento e approfittando dello stato di bisogno; e quella del datore di lavoro, che utilizza, assume o impiega lavoratori (anche senza intermediazione o interposizione del caporale) sottoponendoli a condizioni di sfruttamento e approfittando del loro stato di bisogno. La pena prevista è quella della reclusione da 1 a 6 anni, più la multa da euro 500 a 1000 per ciascun lavoratore reclutato.

5. Il distacco del lavoratore

Il decreto legislativo 276/2013 disciplina il distacco del lavoratore, che si ha quando "un datore di lavoro, per soddisfare un proprio interesse, pone temporaneamente uno o più lavoratori a disposizione di altro soggetto per l'esecuzione di una determinata attività lavorativa".

Si tratta di una prima eccezione (l'altra è il lavoro somministrato) al principio della coincidenza fra il titolare del rapporto di lavoro effettivo utilizzatore della prestazione lavorativa, che è espresso dal divieto di interposizione. Al fine di evitare che il distacco configuri un'interposizione vietata, soccorre in particolare il requisito dell'*interesse dell'imprenditore distaccante*: deve trattarsi di un interesse di natura spiccatamente *imprenditoriale* (ragioni produttive, organizzative ecc) a distaccare per un certo periodo un lavoratore presso un altro imprenditore. Tale interesse è stato tradizionalmente ritenuto sussistente, ad esempio, nel caso di società collegate, qualora vi sia utilità nello sviluppo dei reciproci rapporti economici.

Su questa scia, è previsto che se il distacco del personale avviene tra imprese che hanno sottoscritto un "contratto di rete di imprese", l'interesse della parte distaccante sorge automaticamente in forza dell'operare della rete. Inoltre, per le stesse imprese, è ammessa l'assunzione, di un dipendente da parte di più datori di lavoro contemporaneamente (*codatorialità*), secondo regole da stabilire mediante lo stesso contratto di rete. Unitamente all'interesse, requisito costitutivo del distacco (che può essere anche molto lungo) è la *temporaneità* del medesimo.

Qualora venga accertata la carenza di tali requisiti, si cade nell'ipotesi di distacco e regolare, che produce le medesime conseguenze della violazione del divieto di interposizione, con facoltà, per il lavoratore distaccato, di agire in giudizio per la costituzione di un rapporto di lavoro alle dipendenze del datore beneficiario del distacco. Tale azione ove proposta a distacco concluso, è sottoposta al termine di decadenza (60 + 180 giorni) con decorrenza del termine dal momento della cessazione del distacco. Una volta che il distacco è stato disposto, il potere direttivo è esercitato dal datore di lavoro presso cui il lavoratore, pur senza esserne dipendente, rende la prestazione, ma il datore di lavoro originario rimane responsabile del trattamento economico e normativo spettante al lavoratore; anche se, nella prassi, di quelle somme è poi richiesto il rimborso all'utilizzatore del dipendente. Infine, il distacco che dá luogo a un "*mutamento sostanziale*" delle mansioni svolte dal lavoratore (sempre in tre limiti dettati dall'articolo 2103 c.c. deve avvenire con consenso di questi. Inoltre, quando comporta il trasferimento ad una unità produttiva sita a più di 50 km da quella cui il lavoratore è normalmente assegnato, il distacco può avvenire soltanto per "*comprovate ragioni tecniche, organizzative, produttive o sostitutive*".

6. La somministrazione di lavoro

L'esistenza del divieto di interposizione nelle prestazioni di lavoro rappresentava un ostacolo insuperabile alla legalizzazione delle cd. lavoro interinale oggi denominato *lavoro somministrato*.

Esso è la risultante dell'intreccio fra due contratti, uno commerciale e uno di lavoro: il *contratto di somministrazione di lavoro*, stipulato a titolo oneroso, fra un'agenzia somministra triste e di lavoro è un'impresa che richiede la somministrazione di un numero di lavoratori (cosiddetta impresa utilizzatrice). E

il *contratto di lavoro somministrato* concluso tra la predetta agenzia e un lavoratore, di solito fa seguito le invio del medesimo, in quella che la legge definisce *missione*, presso l'impresa utilizzatrice.

Occorreva per legittimarlo, una legge *ad hoc*, che lo configurasse come eccezione autorizzata al divieto di interposizione. Ma una legge era necessaria anche per l'esigenza pubblicistica di sottoporre a controllo le società che svolgono questa delicata attività, così da parare le obiezioni di chi ha versato all'introduzione dell'istituto, in nome del principio che "il lavoro non è una merce". Obiezioni, a fronte delle quali guadagnava comunque terreno la convinzione che l'istituto potesse far funzionare meglio il mercato del lavoro in entrata. L'esistenza di agenzie specializzate nella somministrazione di manodopera consente all'impresa utilizzatrice di risparmiare sui costi di ricerca di selezione del personale, di trasferire sull'agenzia il rischio inerente a mancati adempimenti delle prestazioni (per malattia, maternità eccetera) e di coprire così, in modo rapido, esigenze di temporanea intensificazione dei ritmi di produzione e di lavoro.

Inoltre, l'istituto svolge officiosamente una funzione analoga a quella del periodo di prova, e quindi di collocamento, accadendo spesso che l'impresa utilizzatrice assuma il lavoratore al termine del periodo di somministrazione. Per converso, il lavoro somministrato costa all'impresa più del lavoro ordinario, per via del margine di guadagno dell'agenzia, che si aggiunge al rimborso dei costi retributivi e contributivi. Il problema centrale della disciplina è quello di contemperare le esigenze di mercato e le istanze di tutela dei lavoratori che, pur fruendo (tramite questo strumento) di un avviamento nel mercato del lavoro, rimangono tendenzialmente precari.

Dalla combinazione fra tali diverse esigenze è scaturita la legge 24 giugno 1997, numero 196 (legge Treu), che ha previsto disciplinato, per la prima volta in Italia, quello che tale legge denominata "fornitura di lavoro temporaneo". Tale normativa è stata iscritta da decreto legislativo 276/2003, che vi ha altresì portato alcune novità (la più significativa è stata la legalizzazione della somministrazione a tempo indeterminato cosiddetto *staff leasing*), ed ha dato all'istituto la sua attuale denominazione.

Dopo ulteriori interventi nel 2012 e nel 2014 (L. 78/2014 Decreto Poletti con la quale si è superato il requisito della causale giustificatrice della somministrazione a termine) la disciplina risultante è stata riscritta e riordinata (salvo che per le disposizioni sull'agenzia di somministrazione, le quali restano nel decreto legislativo 276/2003) dal *decreto legislativo 81/2015* (articoli 33-40), che ha altresì esteso il superamento della tecnica della causale alla somministrazione a tempo indeterminato. Una brusca svolta è stato impressa tale decreto legge 87 del 2018, che, nel suo disegno di limitazione delle ricorso le classiche tipologie contrattuali flessibili, ha assoggettato anche la somministrazione agli stessi irrigidimenti (necessità della causale dopo 12 mesi o comunque in caso di rinnovo; abbassamento del tetto di durata 24 mesi) previsti per il contratto a termine.

La peculiarità è che queste limitazioni non hanno riguardato il contratto di somministrazione di lavoro, bensì il contratto di lavoro somministrato a termine, assume rapporto tra lavoratore e agenzia di somministrazione. La normativa di cui al decreto legislativo 81/2015 vale anche per il *lavoro pubblico*, ma limitatamente alla somministrazione a tempo determinato e non per l'esercizio di funzioni direttive dirigenziali, nonché con l'esclusione della norma che dà titolo al lavoratore, in caso di somministrazione irregolare e di correlata nullità del contratto di lavoro, richiedere la costituzione di un rapporto di lavoro a tempo indeterminato alle dipendenze dell'utilizzatore. Ne discende che il lavoratore pubblico somministrato in modo regolare può aspirare, al massimo, al risarcimento dei danni (il parametro in uso è tra 2,5 e 12 mensilità di retribuzione), ferme le responsabilità erariale e le penalizzazioni retributive per il dirigente responsabile.

7. Il contratto di somministrazione di lavoro

Il contratto di somministrazione di lavoro è il contratto, a tempo indeterminato o determinato, stipulato fra un somministratore autorizzato e un utilizzatore, in forza del quale il primo mette a disposizione del secondo uno o più lavoratori suoi dipendenti, i quali "per tutta la durata della missione lavoratori svolgono la propria attività nell'interesse e sotto la direzione il controllo dell'utilizzatore" (art.30).

• 7.1 L'autorizzazione allo svolgimento di attività di somministrazione

Il primo, imprescindibile, requisito di legittimità del contratto di somministrazione di lavoro è che il somministratore sia un'impresa specificatamente *autorizzata* allo svolgimento di tale attività *dal Ministero del Lavoro*, ai sensi degli articoli 4 e 5 decreto legislativo 276/2003. A tal fine, l'impresa deve iscriversi nell'apposito albo costituito presso Ministero del Lavoro, nella sezione prevista per chi svolge somministrazione (sia a tempo determinato che indeterminato o soltanto indeterminato). È

possibile espletare assieme attività di somministrazione, intermediazione e affini. Anzi, l'iscrizione alla sezione della somministrazione comporta automaticamente l'iscrizione alle sezioni relative alle altre attività.

I *requisiti soggettivi* necessari al fine di conseguire l'autorizzazione sono prescritti dall'articolo cinque, del quale rilevano, in particolare, i commi 1 (requisiti valevole per tutte le agenzie per il lavoro, relativi alla disponibilità di idonee strutture organizzative e all'onorabilità penale degli amministratori), 2 (requisiti ulteriori, attinenti alla consistenza del capitale e alle garanzie finanziarie delle agenzie di somministrazione) e 3 (requisiti aggiuntivi a quelli di cui al comma uno, per l'agenzia che effettuano soltanto somministrazione a tempo indeterminato). La procedura autorizzativa è disciplinata dall'articolo 4 comma 2-3 da rilasciare entro 60 giorni dalla richiesta e privi accertamento della sussistenza dei requisiti; decorsi due anni, entro 90 giorni successivi i soggetti autorizzati possono richiedere l'autorizzazione a tempo determinato, la quale è rilasciata dal ministero previa verifica del rispetto degli obblighi di legge e di contratto collettivo e, in ogni caso, subordinatamente alla verifica del corretto andamento dell'attività svolta.

- **7.2 i limiti quantitativi all'impiego di lavoratori somministrati** Anteriormente alla legge 78/2014, sia la somministrazione a tempo indeterminato che quella tempo determinato (la più diffusa) potevano essere validamente attivate soltanto in presenza di determinati presupposti oggettivi, inerenti a qualificate esigenze e situazioni dell'impresa utilizzatrice. La tecnica della causale giustificatrice non era nuova, ma inedito è che essa fosse applicata ad un contratto commerciale (non di lavoro) intercorrente tra due imprese.

La legge 78/2014 ha rivoluzionato questo quadro, e liberalizzando pressoché totalmente la somministrazione a termine, e mantenendo la causale soltanto per la somministrazione a tempo indeterminato.

Il decreto legislativo 81/2015 ha completato l'opera, abolendo la causale anche per la somministrazione a tempo indeterminato.

Per effetto di queste modificazioni, alla somministrazione di lavoro si può ricorrere in qualunque situazione (eccettuati i divieti di cui al paragrafo 7.3), per cui lavoratore perde qualunque possibilità di contestare giudizialmente di regolarità della somministrazione sotto tale profilo. L'unica tecnica di controllo sulla ricorso alla somministrazione, finalizzata ad impedire che il datore di lavoro vi faccia uso in misura eccessiva, consiste, come nel contratto di lavoro a termine, nella previsione di limiti quantitativi all'impiego di lavoratori somministrati.

1. Per quanto concerne la *somministrazione a tempo indeterminato*, salva diversa previsione dei contratti collettivi applicati dall'utilizzatore, il numero dei lavoratori somministrati nell'ambito di un contratto di somministrazione di lavoro a tempo indeterminato non può eccedere il *20% dei lavoratori a tempo indeterminato* in forza presso l'utilizzatore al 1 gennaio dell'anno di stipula del predetto contratto, con un arrotondamento del decimale all'unità superiore qualora esso se uguale o superiore a 0,5.
1. invece, per il caso di *somministrazione a termine* il decreto legge 87/2018, come modificato con legge 96/2018, ha introdotto, salva diversa previsione dei contratti collettivi applicati dall'utilizzatore, un *teito del 30%* (sempre rapportato ai lavoratori a tempo indeterminato in forza presso l'utilizzatore al 1 gennaio dell'anno), ai fini del quale si debbono considerare, però, non soltanto i lavoratori somministrati a termine ma anche semplici lavoratori a termine (quali mantengono il "proprio" limite del 20%).

Peraltro, sono in ogni caso esenti da limiti quantitativi le somministrazioni a termine di soggetti disoccupati che godono da almeno 6 mesi di trattamenti di disoccupazione non agricola o di ammortizzatori sociali, e di lavoratori "svantaggiati" o "molto svantaggiati".

- **7.3 I divieti di ricorso alla somministrazione di lavoro** Il contratto di somministrazione di lavoro è *vietato*:
 - per la sostituzione di lavoratori in sciopero;
 - presso unità produttive nelle quali si è proceduto, entro 6 mesi precedenti, a licenziamenti collettivi che hanno riguardato lavoratori adibiti alle stesse mansioni cui si riferisce il contratto di

- somministrazione di lavoro, salvo che il contratto si è stipulato per sostituire lavoratori assenti o abbia una durata iniziale non superiore a 3 mesi;
- presso unità produttive nelle quali sono operanti una sospensione del lavoro o una riduzione dell'orario in regime di CIG, che interessano lavoratori adibiti alle stesse mansioni cui si riferisce il contratto di somministrazione di lavoro;
 - da parte delle imprese che non hanno effettuato la periodica valutazione dei rischi sulla base della normativa di tutela della salute e della sicurezza dei lavoratori.
- **7.4 La forma del contratto di somministrazione del lavoro** Il contratto di somministrazione deve essere stipulato in *forma scritta* (requisito ad *substantiam*), e contenere l'indicazione di una serie di elementi, fra i quali il numero, le mansioni e l'inquadramento dei lavoratori da somministrare, ma non anche i nominativi dei medesimi.
Con il contratto di somministrazione di lavoro l'utilizzatore assume l'obbligo di comunicare al somministratore il trattamento economico e normativo applicabile ai lavoratori suoi dipendenti che svolgono le medesime mansioni dei lavoratori da somministrare e a rimborsare al somministratore gli oneri retributivi e previdenziali da questo effettivamente sostenuti in favore dei lavoratori. Le informazioni contenute nel contratto debbono essere comunicate per iscritto al prestatore di lavoro da parte del somministratore all'atto della stipulazione del contratto di lavoro, ovvero dell'invio in missione presso l'utilizzatore.

8. Il contratto di lavoro somministrato

• 8.1 L'incontro tra l'agenzia e il lavoratore

Le regole della relazione fra lavoratori l'agenzia di somministrazione presiedono, anzitutto, alla correttezza della fase *preassuntiva*. L'articolo 10 del decreto legislativo 276/2003 fa divieto all'agenzia per il lavoro di effettuare indagini che, per i dati personali che sono rivolte ad acquisire (convinzioni personali, affiliazione sindacale o politica, credo religioso, sesso eccetera), costituiscono per definizione un trattamento discriminatorio. La violazione di tale disposizione è penalmente sanzionata, e, nei casi più gravi, si procede alla sospensione dell'autorizzazione, e in caso di recidiva, alla revoca della stessa.

Il successivo articolo 11 aggiunge, in armonia con il principio della gratuità dell'attività di procacciamento di lavoro (proclamato dall'articolo 29 della carta di Nizza), che "*è fatto divieto ai soggetti autorizzati accreditati di esigere o comunque di percepire, direttamente indirettamente, compensi dal lavoratore*".

L'articolo 8 co 1 decreto legislativo 276/2003, prevede il diritto dei lavoratori di "*indicare i soggetti o le categorie alle quali propri dati devono essere comunicati*", nonché di vedere garantito l'ambito di diffusione dei dati medesimi, "*anche ai fini del pieno soddisfacimento del diritto al lavoro di quell'articolo quattro della costituzione*".

• 8.2 Contratto di lavoro a tempo indeterminato e determinato

Il *contratto di lavoro* stipulato in connessione con un contratto di somministrazione di natura *subordinata* (in esso la subordinazione si sostanzia, prima, nel mettersi a disposizione dell'agenzia per essere comandato, poi nel lavoro presso l'impresa utilizzatrice). Il contratto di lavoro somministrato può essere concluso:

- a tempo indeterminato, nel qual caso si applica la normativa prevista, in generale, per tale forma *standard* di rapporto di lavoro;
- A tempo determinato, con l'applicazione della disciplina del contratto a termine ex decreto legislativo 81/2015, fatta eccezione per le regole in tema di intervalli tra un rinnovo contrattuale e l'altro, tetto percentuale del 20% e diritti di precedenza del lavoratore già assunto a termine.
Il che significa che il regime del contratto a termine, con le maggiori restrizioni recati dal decreto legge 87/2018, è ora esteso quasi totalmente al lavoro somministrato a termine. In particolare, lo sono: acausalità soltanto per i primi 12 mesi, e causalità oltre i 12 mesi; regime delle proroghe, con la causale oltre i primi 12 mesi con un massimo di quattro proroghe; il regime dei rinnovi, sempre

con la causale; limite di durata a 24 mesi. Per quanto concerne le causali, peraltro, le esigenze aziendali nelle quali esse consistono *debbono sussistere con riferimento all'impresa utilizzatrice*. Quando è assunto a *tempo indeterminato*, il lavoratore somministrato può essere destinato più missioni successive (nel quadro di somministrazione a tempo indeterminato o determinato), rimanendo, negli intervalli di un'attività e tesa della missione, a disposizione dell'agenzia di somministrazione. Durante tali intervalli, il lavoratore ha diritto alla percezione di un'*indennità di disponibilità*, nella misura fissata dal contratto collettivo applicabile alle imprese di somministrazione (attorno a 700 € mensili), e non inferiore a quella (pari al 20% della retribuzione contrattuale) prevista, e aggiornata periodicamente, con d.m.. L'indennità di disponibilità è un'erogazione retributiva.

Invece, nell'ipotesi, di gran lunga la più frequente, nella quale il lavoratore è assunto *a termine*, la sua attività lavorativa coincide, di solito, con la durata dell'esigenza per la quale è stato stipulato il contratto di somministrazione a tempo determinato, per cui il rapporto che lo lega all'agenzia e, di solito, analogamente a termine [Per converso, il lavoratore a termine non può essere impiegato nell'ambito di somministrazioni a tempo indeterminato, che sono effettuabili soltanto con lavoratori assunti, parimenti, tempo indeterminato].

Su questo rapporto sono venute ad incidere la restrizione contratto a termine di durata superiore a 12 mesi, recate dal decreto legge 87/2018 (pag. 809-810 vedo se aggiungere).

- **8.3 Il rapporto di lavoro somministrato: i poteri**

La principale peculiarità, in ordine allo svolgimento del *rapporto di lavoro nell'ambito di un rapporto di somministrazione di lavoro*, consiste nella scissione tra la titolarità formale del rapporto, con gli obblighi che vi si correlano (a cominciare da quello retributivo), e l'esercizio del *potere direttivo*, che compete all'utilizzatore (si ritorna all'articolo 30: "... *Per tutta la durata della missione i lavoratori svolgono la loro attività nell'interesse nonché sotto la direzione e il controllo dell'utilizzatore*"). Com'è noto, il potere direttivo è anzitutto il potere di specificare e mutare le mansioni, entro i limiti previsti dall'articolo 2103 c.c. Pertanto, anche nel rapporto di lavoro in discorso l'utilizzatore è libero di esercitare lo *ius variandi*, entro i limiti prescritti (V sez V cap III ss 4.1).

Nel caso in cui adibisce il lavoratore a *mansioni di inferiore o superiore* livello rispetto a quelle dedotte in contratto, l'utilizzatore è tenuto a darne immediata comunicazione scritta al somministratore consegnandone copia al lavoratore medesimo. Ove non abbia adempiuto all'obbligo di informazione, l'utilizzatore risponde in via esclusiva per eventuale risarcimento del danno derivante dall'assegnazione a mansioni inferiori e per le differenze retributive. Spetta invece al somministratore il *potere disciplinare*, incluso quello di licenziamento per ragioni disciplinari, sulla base degli elementi di fatto forniti dall'utilizzatore, nell'azienda dei quali il lavoratore ha commesso l'ipotizzato addebito.

- **8.4 Segue: la retribuzione**

Quale datore di lavoro, il somministratore è tenuto *all'obbligo retributivo*, fatto salvo il rimborso dei relativi oneri da parte dell'utilizzatore. Con riguardo ai diritti retributivi (e a tutte le "*condizioni economiche e normative*") è operante la regola della *parità di trattamento* tra lavoratori esterni e interni, un tempo prevista per gli appalti di opere o servizio: "*per tutta la durata della missione presso l'utilizzatore, i lavoratori dipendenti dal somministratore hanno diritto, a parità di mansioni svolte, condizioni economiche e normative complessivamente non inferiori a quelle dei dipendenti di pari livello del utilizzatore*".

Il parametro retributivo di riferimento è il contratto collettivo applicabile all'utilizzatore. Ciò preclude il ricorso all'istituto a fini di mero risparmio sui costi del lavoro, lascia un vantaggio competitivo all'impresa esecutrice di normali appalti.

Una pur ridotta possibilità di differenziare il trattamento economico applicato il lavoratore somministrato energie, peraltro, a livello di *retribuzione variabile*, ossia correlata "*ai risultati conseguiti nella realizzazione di programmi concordati fra le parti collegate all'andamento economico dell'impresa*": i contratti collettivi applicati dall'utilizzatore possono stabilire "*speciali*

modalità e criteri“ per *“la determinazione e corresponsione”* di tali erogazioni nei confronti dei lavoratori somministrati.

Come nell'appalto, è altresì prevista la *responsabilità solidale dell'utilizzatore* in caso di inadempimento del somministratore all'obbligo di corrispondere trattamenti retributivi e i contributi previdenziali.

- **8.5 Segue: gli obblighi di sicurezza**

Alla regola per cui l'utilizzatore non ha obblighi diretti nei confronti del lavoratore fa altresì eccezione la norma per cui l'utilizzatore deve osservare, nei confronti del lavoratore somministrato, tutti gli *obblighi di prevenzione e protezione in tema di tutela della salute e della sicurezza* cui è tenuto, per legge e contratto collettivo, nei riguardi dei propri dipendenti, ed è responsabile, di conseguenza, per la violazione degli stessi. Quanto sopra non significa che il somministratore sia esentato in assoluto da obblighi, essendo egli tenuto a informare i lavoratori sui rischi per la sicurezza e la salute connessi all'attività produttive, e a formarli e ad addestrarli all'uso dell'attrezzature necessarie allo svolgimento dell'attività lavorativa per la quale vengono assunti. Tuttavia il contratto di somministrazione può prevedere che tale obbligo sia adempiuto dall'utilizzatore (come sempre accade).

- **8.6 Segue: i diritti sindacali**

Sotto il profilo dei *diritti sindacali*, ai lavoratori delle imprese di somministrazione si applicano i diritti sindacali previsti dal titolo III della legge 300/1970. Il lavoratore somministrato diritto ad esercitare tali diritti presso l'utilizzatore, per tutta la durata della missione, nonché a partecipare all'assemblea del personale dipendente dell'impresa utilizzatrice. È inoltre previsto, a carico dell'utilizzatore, l'obbligo di informare le RSA o la RSU, o in mancanza gli organismi territoriali di categoria dell'associazioni sindacali più rappresentative sul piano nazionale, con cadenza annuale, in merito al numero dei contratti di somministrazione conclusi, alla durata degli stessi, al numero e alla qualifica dei lavoratori interessati.

- **8.7 Segue: L'assunzione del lavoratore da parte dell'utilizzatore**

È sancita, infine, la nullità di *“ogni clausola diretta limitare, anche indirettamente, la facoltà dell'utilizzatore di assumere il lavoratore a termine della sua missione”*, fatta salva l'ipotesi in cui al lavoratore sia corrisposta un'adeguata indennità.

9. Il regime sanzionatorio

Alcuni vizi della relazione contrattuale incidono soltanto sul contratto di lavoro somministrato tra agenzia e lavoratore, mentre altri giungono a ripercuotersi sull'utilizzatore.

Tra i primi, rientrano i vizi del contratto di lavoro somministrato a termine, a cominciare da quelli inerenti ai requisiti introdotti dal decreto legge 87/2018: requisito della causale oltre i 12 mesi, requisito della causale con proroghe e rinnovi, limiti di durata. In questi casi, la conseguenza della violazione della regola (ad esempio per mancata apposizione della causale laddove obbligatoria, o non idoneità o non veridicità della stessa) è la conversione del contratto in contratto a tempo indeterminato: ma esso rimane tra lavoratore e agenzia, senza che ne venga coinvolto l'utilizzatore.

Altri vizi determinano, invece, anche l'imputazione del contratto di lavoro all'utilizzatore: è stabilito, anzitutto, che in caso di mancanza di forma scritta il contratto di somministrazione è nullo, e i lavoratori sono considerati, a tutti gli effetti, alle dipendenze dell'utilizzatore. In secondo luogo, nell'ipotesi in cui la somministrazione *“avvenga al di fuori dei limiti e delle condizioni di quegli articoli 31 commi 1 e 2, 32 e 33, comma uno lettere a), b), c) e d)”*, e sia da ritenersi *“irregolare”*, il lavoratore può richiedere al giudice, anche soltanto nei confronti dell'utilizzatore, la costituzione di un rapporto di lavoro a tempo indeterminato alle dipendenze di quest'ultimo, con decorrenza dall'inizio della somministrazione.

Le principali ipotesi di somministrazione irregolare, configurata dall'articolo 38 comma 2, sono quelli in cui la somministrazione: è avvenuta in violazione dei limiti quantitativi, di fonte Legale o contrattuale previsti per essa, o dei divieti di ricorso alla somministrazione; è stata effettuata di impresa non autorizzata eccetera. L'azione mira tanto alla trasformazione del contratto in contratto a tempo indeterminato (nel caso in cui

lavoratore sia stato assunto a termine), quanto a determinare la surrogazione del datore di lavoro utilizzatore nella titolarità di detto contratto.

L'azione per far valere l'irregolarità della somministrazione è sottoposta al termine di decadenza (60 + 180 giorni) previsto per l'impugnazione del licenziamento, con decorrenza dal momento in cui lavoratore ha cessato di svolgere la propria attività presso l'utilizzatore. Nel caso in cui l'azione discorde conduca a ritenere illegittima una somministrazione, l'eventuale risarcimento dei danni accordato al lavoratore, in aggiunta alla costituzione di un rapporto di lavoro a tempo indeterminato con l'utilizzatore, è contenuto, nei limiti di una "*indennità onnicomprensiva*" compresa tra un minimo di 2,5 massimo di 12 mensilità, e tale da coprire ogni pregiudizio patrimoniale subito dal lavoratore.

Ferme le conseguenze civili è previsto, tuttavia, che i pagamenti effettuati dal somministratore hanno comunque efficacia liberatoria nei riguardi dell'utilizzatore, come se li avesse compiuti o ricevuti lui. Per diverse delle possibili irregolarità sono previste anche *sanzioni amministrative*, di natura pecuniaria, variamente a carico del somministratore e dell'utilizzatore. Sono contemplate, inoltre, *sanzioni amministrative* per il somministratore e per l'utilizzatore abusivi o irregolari. È comminata, invece, la *sanzione penale* dell'ammenda (20 € per ciascun lavoratore coinvolto e per ciascun giorno di somministrazione) nel caso di "*somministrazione fraudolenta*" (cioè *posta in essere con la specifica finalità di eludere norme inderogabili di legge o di contratto collettivo applicato al lavoratore*).