

RIVISTA GIURIDICA DEL LAVORO E DELLA PREVIDENZA SOCIALE

Fondata da Aurelio Becca e Ugo Natoli

ANNO LXVII - 2016 - N. 2

*Trimestrale
aprile-giugno 2016*

DIRETTA DA

Umberto Carabelli

COLLEGIO DEI CONDIRETTORI

*Alessandro Bellavista, Olivia Bonardi, Fausta Guarriello,
Andrea Lassandari, Franco Scarpelli, Lorenzo Zoppoli*

COMITATO DI INDIRIZZO SCIENTIFICO E DI REFERAGGIO

*Mariapaola Aimò, Cristina Alessi, Piergiovanni Alleva, Amos Andreoni,
Vittorio Angiolini, Marzia Barbera, Marco Barbieri, Vincenzo Bavaro,
Franca Borgogelli, Giuseppe Bronzini, Laura Calafà, Maria Teresa Carinci,
Pasquale Roberto Chieco, Alfonsina De Felice, Francesco Fabbri, Vincenzo Ferrante,
Giuseppe Ferraro, Ginevra Galli, Alessandro Garilli, Stefano Giubboni, Donata Gottardi,
Enrico Gragnoli, Daniela Izzi, Carmen La Macchia, Vito Sandro Leccese,
Antonio Lo Faro, Piera Loi, Massimo Luciani, Luigi Mariucci, Luigi Menghini,
Gabriella Nicosia, Roberta Numin, Giovanni Orlandini, Massimo Pallini, Paolo Pascucci,
Adalberto Perulli, Alberto Piccinini, Valeria Piccone, Rita Sanlorenzo, Paola Saracini,
Stefania Scarponi, Antonino Sgroi, Valerio Speciale, Carla Spinelli, Lucia Tria,
Sergio Vacirca, Lucia Valente, Bruno Veneziani, Antonio Viscomi, Roberto Voza*

COMITATO DI REDAZIONE

*Andrea Allamprese (caporedattore), Guido Canestri, Carlo de Marchis,
Madia D'Onghia, Michele Faioli, Lorenzo Fassina, Antonio Federici, Lorenzo Giasanti,
Alberto Lepore, Antonio Loffredo, Marco Lozito, Matteo Maria Mutarelli,
Alessandra Raffi, Michelangelo Salvagni, Enrico Maria Terenzio*

SEGRETERIA DI REDAZIONE

Rossella Basile



Il Collegio dei condirettori della *Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale* ha deciso, come scelta editoriale decorrente dal 2016, di non accettare per la pubblicazione contributi che siano stati pubblicati o siano in corso di pubblicazione in altre riviste italiane o in rete, né di consentire la pubblicazione in altre riviste italiane o in rete di contributi già pubblicati nella *Rivista*. Gli autori sono invitati a rispettare questa decisione.

I saggi pubblicati nella «Parte I - Dottrina» non devono superare le 20 pagine nel formato della *Rivista* (pari a 56.000 battute spazi inclusi) e sono sottoposti alla valutazione di *referees* anonimi. Il gruppo dei *referees* è composto dai membri del Comitato di indirizzo scientifico e di refereggio e da altri/e studiosi/e.

I materiali per la pubblicazione vanno inviati per posta elettronica alla Segreteria di redazione e devono uniformarsi ai criteri redazionali della *Rivista* (che possono essere richiesti alla stessa Segreteria).

Il testo delle sentenze annotate nella «Parte II - Giurisprudenza» è pubblicato in:
www.ediesseonline.it/riviste/rgl.

LA RIVISTA GIURIDICA DEL LAVORO E DELLA PREVIDENZA SOCIALE PARTECIPA ALLA INTERNATIONAL ASSOCIATION OF LABOUR LAW JOURNALS (WWW.LABOURLAWJOURNALS.COM).

Proprietario ed editore
Ediesse s.r.l.
Viale di Porta Tiburtina 36 – 00185 Roma
Tel. 06/44870325 - Fax 06/44870335
www.ediesseonline.it
E-mail: ediesse@cgil.it
Autorizzazione del Tribunale di Roma n. 3848/1954

Sito web della rivista
www.ediesseonline.it/riviste/rgl

Segreteria di redazione
Viale di Porta Tiburtina 36 – 00185 Roma
Tel. 06/44870323 - Fax 06/44870335
E-mail: rgl@ediesseonline.it

Progetto grafico e fotocomposizione
EDIESSE

Stampa
O.GRA.RO. s.r.l.
Vicolo dei Tabacchi, 1 – 00153 Roma

Ufficio abbonamenti
Tel. (06) 44870283 - Fax (06) 44870335
Dal lunedì al venerdì 10-13 / 14-16,30
E-mail: ediesse@cgil.it

Tariffe di abbonamento
Ordinario 100,00 euro; estero 200,00 euro
Agli studenti universitari che abbiano uno specifico interesse per il diritto del lavoro verrà riconosciuto lo sconto del 50% presentando la richiesta del docente che segue la loro attività.
L'importo dell'abbonamento può essere versato sul conto corrente postale n. 935015, intestato a Ediesse, specificando la causale.
Una copia: 33,00 euro; arretrati: 66,00 euro

Distribuzione in libreria
MESSAGGERIE

FINITO DI STAMPARE NEL MESE DI GIUGNO 2016

Egregio Abbonato,
ai sensi dell'art. 10 della legge n. 675/1996 La informiamo che i Suoi dati sono conservati nel nostro archivio informatico e saranno utilizzati dalla nostra società, nonché da enti e società esterne ad essa collegate, solo per l'invio di materiale amministrativo, commerciale e promozionale derivante dalla ns. attività. La informiamo inoltre che, ai sensi dell'art. 13 della Legge, Lei ha il diritto di conoscere, aggiornare, cancellare, rettificare i suoi dati o opporsi all'utilizzo degli stessi, se trattati in violazione della legge.



Associato all'USPI - Unione Stampa Periodica Italiana

Stefano Giubboni
Ricordo di Gina Turatto IX

PARTE I
DOTTRINA

IL TEMA

Flessibilità, poteri, contratto di lavoro dopo il *Jobs Act*
Flexibility, powers, employment contract after the Jobs Act
a cura di Cristina Alessi, Vito Leccese

Cristina Alessi, Vito Leccese
Introduzione 309
Introduction

Maria Teresa Carinci
«Il contratto di lavoro subordinato a tempo indeterminato
costituisce la forma comune di rapporto di lavoro»?
Contratto di lavoro subordinato a tempo indeterminato
versus contratto di lavoro subordinato a termine,
somministrazione di lavoro e lavoro accessorio 316
Is it the indefinite contract for real the «rule»?
The indefinite contract with increasing protection versus the fixed-term
contract, the temporary employment contract and the accessory work

Vito Pinto
La flessibilità funzionale e i poteri del datore di lavoro.
Prime considerazioni sui decreti attuativi
del *Jobs Act* e sul lavoro agile 345
Functional flexibility and employer's powers.
First remarks on the Jobs Act decrees and smart working

<i>Roberta Nunin</i>	
<i>Game over</i> o rilancio? La contrattazione della flessibilità dopo il <i>Jobs Act</i>	373
<i>Game over or relaunch? Bargaining flexibility after the Jobs Act</i>	

<i>Luigi de Angelis</i>	
Giudice del lavoro e recenti riforme: considerazioni sparse	393
<i>Labour's judge and recent reforms: scattered reflections</i>	

SAGGI

<i>Lorenzo Scarano</i>	
È finito il tempo dei patti di sindacato. Intervento eteronomo e autonomia individuale nel <i>Jobs Act II</i>	425
<i>The time of collective bargaining is over.</i> <i>Heteronymous intervention and individual liberty in the Jobs Act II</i>	

NOTE E COMMENTI

<i>Luca Busico</i>	
La titolarità del potere disciplinare negli atenei	451

PROBLEMI DI DIRITTO SOCIALE EUROPEO

<i>Gianni Arrigo</i>	
Uguaglianza, parità e non discriminazione nel diritto dell'Unione europea (Parte I)	457
<i>Equality, gender parity and anti-discrimination law in the EU</i>	

PARTE II
GIURISPRUDENZA

RAPPORTO DI LAVORO

<i>Alberto Guariso</i>	
Risarcimento «comunitario» integrale, dissuasione e danni punitivi	
<i>(Corte di Giustizia, 17.12.2015, C-407/14)</i>	125

<i>Vania Brino</i> Salario minimo legale e appalti pubblici: il caso <i>RegioPost</i> (<i>Corte di Giustizia, 17.11.2015, C-115/14, Quarta Sezione</i>)	135
<i>Enrico Raimondi</i> La riservatezza del lavoratore tra innovazioni legislative e giurisprudenza nazionale ed europea (<i>Corte europea dei diritti dell'uomo, 12.1.2016</i> <i>Cassazione, 2.7.2015, n. 20440</i>)	148
<i>Luigi Menghini</i> Fondazioni lirico-sinfoniche e contratti di lavoro a termine (<i>Corte costituzionale, 11.12.2015, n. 260</i>)	164
<i>Angela Gambardella</i> Configurabilità del carattere ritorsivo nel licenziamento ingiustificato (<i>Cassazione, 3.12.2015, n. 24648</i> <i>Tribunale Napoli, 2.12.2015</i>)	177
<i>Francesco Saverio Giordano</i> Sui limiti dell'obbligo di <i>repechage</i> (<i>Cassazione, 16.11.2015, n. 23698</i>)	182
<i>Silvia Magnifico</i> I limiti del potere giudiziale in materia di conversione delle sanzioni disciplinari (<i>Cassazione, 29.10.2015, n. 22150</i> <i>Corte d'Appello Torino, 26.11.2015</i>)	186
<i>Chiara De Santis</i> La trasformazione unilaterale del contratto di lavoro da tempo pieno a tempo parziale a iniziativa del datore di lavoro: rifiuto del lavoratore e divieto di licenziamento (<i>Cassazione, 27.10.2015, n. 21875</i> <i>Tribunale Roma, 8.1.2015</i>)	200
<i>Marianna Russo</i> Incentivazione al proseguimento del rapporto di lavoro fino a settant'anni: chi, come e perché (<i>Cassazione, 4.9.2015, n. 17589, S.U.</i> <i>Tribunale Roma, 6.10.2015</i>)	206

Milena Talarico

La prescrizione dei crediti di lavoro
dopo la cd. legge Fornero e il cd. *Jobs Act*
(*Tribunale Milano, 16.12.2015*) 220

DIRITTO SINDACALE

Angelo Delogu

Rappresentatività e comunicazioni sindacali
nel trasferimento d'impresa: il contratto gestionale non basta
(*Cassazione, 21.10.2015, n. 21430*) 235

CONTROVERSIE DI LAVORO

Matteo Maria Mutarelli

È davvero «improponibile» nel rito Fornero
la domanda di tutela *ex art. 8, l. n. 604/1966*?
(*Cassazione, 10.8.2015, n. 16662*) 241

SICUREZZA SOCIALE

Francesco Stolfà

L'exceptio inadimplenti del lavoratore a fronte della violazione
degli obblighi di sicurezza: limiti dell'elaborazione
giurisprudenziale e *supplenza* della dottrina
(*Cassazione, 19.1.2016, n. 836*) 249

Carmela Garofalo

Il lavoratore *part-timer*: occupato o disoccupato parziale?
(*Cassazione, 18.1.2016, n. 705*) 257

Paola Bozzao

Pensioni e *part-time*: regimi previdenziali e prospettive
antidiscriminatorie nella giurisprudenza multilivello
(*Cassazione, 24.11.2015, n. 23948*) 262

Barbara Caponetti

Lavoratori stranieri e diritto agli assegni per il nucleo
familiare anche per i componenti non presenti in Italia
(*Tribunale Brescia, 6.10.2015, ord.*) 275

OSSERVATORI ONLINE

CORTE DI GIUSTIZIA DELL'UNIONE EUROPEA a cura di Luigi Menghini e Roberta Nunin Periodo luglio 2015 - marzo 2016 <i>Luigi Menghini e Roberta Nunin</i>	45
CORTE EUROPEA DEI DIRITTI DELL'UOMO a cura di Adalberto Perulli Periodo gennaio 2015 - gennaio 2016 <i>Adalberto Perulli ed Elena Sychenko</i>	66
LAVORO PUBBLICO a cura di Paola Saracini Periodo agosto 2015 - aprile 2016 <i>Paola Saracini, Gabriella Nicosia e Carla Spinelli</i>	85

Stefano Giubboni ()*

RICORDO DI GINA TURATTO

Anche nel lasciarci prematuramente Gina Turatto è rimasta fedele a quello stile schivo e riservato dietro il quale sembrava quasi voler celare la generosità con cui ha saputo trasmetterci la passione politica e la competenza tecnica che ha dedicato per una vita intera alla causa dei diritti sociali dei migranti.

Trasferitasi giovanissima a Parigi all'inizio degli anni settanta, Gina ha praticamente da subito scoperto questa sua vocazione, prima ancora di iniziare a collaborare con l'Inca, dove sarebbe presto diventata un punto di riferimento per lo studio e l'applicazione dei regolamenti comunitari di sicurezza sociale. A lungo responsabile del contenzioso previdenziale nella sede parigina dell'Inca, si trasferì quindi a Bruxelles nella seconda metà degli anni ottanta per proseguire nella sua attività, mettendo sempre al centro una interpretazione evolutiva degli strumenti europei e internazionali di tutela dei diritti dei migranti, strettamente legata al divenire di dinamiche sociali conosciute in profondità.

Gina, che non aveva una formazione giuridica tradizionale, forse proprio per questo avvertì precocemente la necessità di una lettura che potremmo definire adeguatrice dei regolamenti, che uscisse dalle secche di un tecnicismo talvolta esasperato e quasi esoterico, come testimoniano esemplarmente i tanti contributi pubblicati in questa *Rivista*. Ad esempio, intuì tra i primi le potenzialità della Convenzione di Roma in una materia all'apparenza estranea a quella Carta, come la sicurezza sociale, e al tempo colse subito l'importanza di una lettura della normativa comunitaria di coordinamento che traesse linfa dai principi sulla cittadinanza europea, in particolare dopo la revisione di Maastricht.

Rientrata a Roma all'inizio degli anni novanta per occuparsi – dalla sede centrale dell'Inca – delle questioni della previdenza in regime interna-

(*) Professore associato di Diritto del lavoro presso il dipartimento di Scienze politiche dell'Università di Perugia.

zionale, contribuì in modo rilevante al dibattito, non solo italiano, sulla revisione della disciplina del coordinamento dei sistemi nazionali di sicurezza sociale, avviato dalla Commissione nel 1996. Mi piace ricordare – perché a essi è legata la mia conoscenza personale e la mia amicizia con Gina – due temi in particolare: l'estensione della tutela comunitaria ai cittadini di paesi terzi soggiornanti legalmente nell'Unione e la universalizzazione del campo soggettivo di applicazione dei regolamenti, oltre la sfera del mercato del lavoro. Entrambe riforme che videro finalmente la luce – sia pure con esiti che Gina giudicava compromissori e non del tutto soddisfacenti – a cavallo tra il 2003 e il 2004.

Negli ultimi anni, Gina volle tornare in qualche modo a riscoprire l'impegno delle origini in favore dei diritti dei migranti, e per questo scelse di nuovo di cimentarsi sul campo, nelle nuove frontiere delle grandi migrazioni del Mediterraneo, coordinando le sedi magrebine dell'Inca. Oggi molti dei diritti per cui Gina si è battuta per tutta la vita sono messi brutalmente in discussione: nella loro difesa dovremo saper continuare a ispirarci alla sua passione e al suo rigore.

PARTE I
DOTTRINA

IL TEMA

FLESSIBILITÀ, POTERI, CONTRATTO DI LAVORO DOPO IL *JOBS ACT*

Cristina Alessi (*), *Vito Leccese* (**)

INTRODUZIONE

1. — Le recenti riforme del lavoro hanno modificato in maniera importante buona parte della disciplina lavoristica, spostando l'asse della regolazione, su molti profili, nella direzione della valorizzazione dell'interesse dell'impresa.

La latitudine e la profondità degli interventi operati impongono di aprire una riflessione sui mutamenti che essi hanno prodotto nello stesso statuto fondativo del diritto del lavoro.

In questo numero della *Rivista* si è dunque pensato di chiedere a quattro Autori di esprimere, ciascuno secondo un differente punto d'osservazione, la propria opinione sull'impatto del cd. *Jobs Act* sulla nostra disciplina, soffermandosi, rispettivamente, sul mutamento dei rapporti tra contratti di lavoro «flessibili» e contratto a tempo indeterminato (Maria Teresa Carinci), sui temi della flessibilità funzionale e dei poteri del datore di lavoro (Vito Pinto), sul ruolo del contratto collettivo (Roberta Nunin) e su quello del giudice (Luigi de Angelis) nel controllo sulla flessibilità in entrata e in uscita e sull'esercizio dei poteri datoriali.

2. — In questa introduzione non si possono certo approfondire le questioni che saranno affrontate compiutamente dagli Autori, ma può comunque essere utile anticipare che il mutamento di gran lunga più rilevante è quello che incide sul rapporto tra contratto di lavoro «standard» e contratti flessibili, come emerge dal saggio di Maria Teresa Carinci. L'adozione di una tecnica limitativa dell'apposizione del termine al contratto di lavoro, così come del ricorso agli altri strumenti di flessibilità, fondata esclusivamente su vincoli di carattere numerico mette in luce il passaggio da un controllo di carattere funzionale, che guarda cioè alla corrispondenza tra ricorso al lavoro flessibile ed esigenze organizzative e produttive, a un sistema in cui la leg-

(*) Professore associato di Diritto del lavoro presso l'Università di Brescia.

(**) Professore ordinario di Diritto del lavoro presso l'Università di Bari.

ge predetermina la dose di flessibilità che l'impresa può utilizzare, disinteressandosi della correlazione con il buon andamento dell'impresa.

Una simile rinuncia è evidentissima nella fattispecie di lavoro flessibile forse più evanescente: il lavoro accessorio (che addirittura non è chiaro se sia lavoro autonomo o subordinato). Ancora una volta, il limite posto dalla legge non guarda al tipo di attività che il lavoratore deve svolgere, ma è misurato sull'importo massimo del compenso che il lavoratore può ottenere. Questi esempi dimostrano che l'esercizio del potere di organizzazione dell'impresa è ormai sottratto a verifiche sul *merito*, cioè sulla coerenza del potere rispetto al modello organizzativo prescelto dal datore di lavoro. Ora, se è vero che, alla fine, i limiti quantitativi possono conseguire «lo stesso risultato pratico cui erano deputati i vincoli causali», è altrettanto vero che questo dipende dalla inderogabilità dei suddetti limiti da parte, ad esempio, della contrattazione collettiva e dalle sanzioni che presidiano il loro superamento.

È sotto questo profilo, in particolare, che si coglie lo spostamento del punto di equilibrio tra interesse dell'impresa al dimensionamento del proprio organico secondo le proprie mutevoli esigenze e la tutela della stabilità del posto di lavoro. L'osservazione riguarda tanto i vincoli nell'accesso alle tipologie contrattuali flessibili, come si è visto, quanto la disciplina sanzionatoria del licenziamento per ragioni economiche, che non contempla più, per i lavoratori assunti dopo il 7 marzo 2016, la reintegrazione nel posto di lavoro. In un sistema di questo tipo, ci ricorda ancora Maria Teresa Carinci, l'indebolimento della tutela della stabilità del posto di lavoro, unito alla labilità dei limiti posti all'utilizzo delle tipologie contrattuali flessibili, rendono priva di significato l'affermazione della centralità del contratto di lavoro a tempo indeterminato contenuta nell'art. 1 del d.lgs. n. 81/2015. Neppure l'incentivo economico previsto dalle leggi di stabilità per il 2015 e per il 2016 sembra incidere su questa valutazione.

3. — Per converso, meno incisiva e, soprattutto, frutto di una valutazione poco ponderata degli interessi in gioco e dell'utilità concreta della riforma rispetto allo scopo perseguito, secondo l'analisi condotta da Vito Pinto, appare la revisione della disciplina della flessibilità funzionale e dei controlli sui lavoratori. Secondo l'Autore, in questi due casi l'intervento legislativo, pur comunque innegabilmente orientato a favorire le istanze datoriali anche su questi aspetti, si è limitato ad alcuni aggiustamenti che non incidono «in modo davvero significativo sugli assetti giuridici preesistenti».

Questa osservazione vale senz'altro, secondo l'Autore, per la disciplina dei controlli a distanza dei lavoratori, consegnataci dalla riformulazione

dell'art. 4 dello Statuto dei lavoratori. In questo caso, com'è noto, la legge restituisce al datore di lavoro una più ampia discrezionalità sia nelle modalità di svolgimento del controllo a distanza sull'esatto adempimento della prestazione, sia nell'utilizzo delle informazioni raccolte attraverso gli strumenti di lavoro per «tutti i fini connessi al rapporto di lavoro». Tale discrezionalità, tuttavia, deve fare i conti con la normativa in materia di privacy, che, sempre secondo l'Autore, riduce considerevolmente «le conseguenze pratiche della novella». Si tratta insomma di una delle situazioni in cui la presenza di anticorpi ricavabili dal sistema giuridico nel suo complesso impedisce l'accoglimento delle interpretazioni più estreme.

Quanto al potere di conformazione della prestazione alle esigenze dell'impresa, non c'è alcun dubbio che il nuovo testo dell'art. 2103 c.c. ampli considerevolmente la sfera di discrezionalità del datore di lavoro, tanto per quanto attiene la mobilità orizzontale quanto per ciò che riguarda la mobilità verticale (verso l'alto e verso il basso). Nell'ipotesi della modifica *in peius* delle mansioni, peraltro, il potere del datore di lavoro appare solo debolmente vincolato all'esistenza di una ragione organizzativa incidente sulla posizione del lavoratore, mentre un limite di maggiore portata può considerarsi l'obbligo di mantenere al lavoratore il trattamento retributivo in godimento. In generale – merita di aggiungere – risalta l'imposizione in capo al datore di lavoro dell'obbligo di formare il lavoratore alle nuove mansioni, il cui mancato rispetto, sebbene non incida sulla legittimità dell'esercizio del potere modificativo, non può però non incidere sulla verifica della correttezza dell'adempimento da parte del lavoratore nelle nuove mansioni. Anche nel caso dell'art. 2103 c.c., comunque, secondo l'Autore occorre prestare attenzione ai limiti ricavabili dal sistema nel suo complesso, che impediscono derive deregolative (anche alla contrattazione collettiva) e che potrebbero consentire di ricostruire, sia pure con qualche perplessità, il diritto del lavoratore alla reversibilità della mobilità discendente.

Un ulteriore ampliamento della flessibilità funzionale si ha poi nel *part-time*, che Vito Pinto colloca condivisibilmente tra gli strumenti di organizzazione dell'orario di lavoro, attraverso le modifiche che hanno interessato clausole elastiche e lavoro supplementare. In questo caso, le aperture della legge paiono essere controbilanciate dagli stringenti limiti ai quali è sottoposta la pattuizione individuale delle clausole elastiche e dalla conservazione del diritto di ripensamento in capo al lavoratore che si trovi nelle situazioni individuate dall'art. 6, c. 7, d.lgs. n. 81/2015.

L'esistenza di limiti ordinamentali con i quali le riforme più recenti devono fare i conti è ancor più evidente nel caso dell'emananda disciplina dello *smart working*, che potrebbe imporre di rivedere, secondo l'Autore,

addirittura l'idea che la determinazione del luogo di esecuzione della prestazione spetti al potere unilaterale del datore di lavoro. In altre parole, la scarsa attenzione alla compatibilità delle previsioni di legge con il sistema lavoristico nel suo complesso potrebbe portare, in questo come negli altri casi sopra citati, a un'eterogenesi dei fini.

4. — Quale ruolo spetta alla contrattazione collettiva, nazionale e decentrata, in questo quadro? Si tratta, anche in questo caso, di uno dei temi in cui si fronteggiano posizioni molto diverse. Dalla visione di chi pensa che la contrattazione collettiva esca fortemente ridimensionata dal *Jobs Act* e, in particolare, dall'art. 51 del d.lgs. n. 81/2015 (che, prevedendo nuove competenze per la contrattazione di secondo livello, può contribuire al ridimensionamento del ruolo del contratto nazionale), a quella di chi intravede invece negli spazi aperti dalle previsioni di legge nuove sfide per l'autonomia collettiva. Il giudizio sull'esito delle riforme deve perciò essere necessariamente articolato, tenendo conto di diversi profili. Se è vero che la previsione legale di limiti molto ampi alla flessibilità del lavoro potrebbe rendere meno attrattivo per il datore di lavoro, sotto questo profilo, il ricorso all'accordo collettivo e ridurre, per il sindacato, le carte da giocare sul tavolo della negoziazione, è altresì vero che la legge incentiva la contrattazione di secondo livello su alcune materie di grande rilevanza, come il salario di produttività e il cd. *welfare* aziendale, sull'onda di una spinta al decentramento contrattuale che proviene, ormai da tempo, anche dall'Ue.

In questo secondo filone di pensiero si colloca il saggio di Roberta Nunin, che, dopo aver ricostruito il ruolo della contrattazione collettiva nel *Jobs Act* e aver illustrato i nessi che intercorrono tra l'art. 51, d.lgs. n. 81/2015, e il famigerato art. 8 del d.l. n. 138/2011, conclude la prima parte del suo discorso con note decisamente pessimistiche. L'art. 8, in questo quadro, sembrerebbe addirittura superato dalla norma più recente, che può operare anche al di fuori dei limiti (seppur di modesta entità) tracciati dal legislatore per la contrattazione di prossimità (finalità, principio maggioritario, vincoli ordinamentali). In effetti, nelle dichiarazioni più recenti del Governo sembra farsi strada l'idea del superamento dell'art. 8, come se la sua controversa stagione fosse ormai conclusa (anche se, va detto, l'art. 51 non reca con sé una delle ricche, ancorché costituzionalmente controverse, doti di quest'ultima norma, costituita dalla efficacia generale delle regole sottoscritte al secondo livello e, per converso, conserva tutte le ambiguità e i problemi posti dalle norme di rinvio ai sindacati comparativamente più rappresentativi e alle «loro» rappresentanze in azienda).

Secondo l'Autrice, però, la contrattazione collettiva potrebbe trovare nuova linfa nelle forme di «flessibilità ricca», ancora poco esplorate, come quelle legate al sostegno della conciliazione tra lavoro e vita privata. Esperienze di questo tipo, in effetti, cominciano a manifestarsi a livello territoriale, come dimostrano alcune analisi. In questo senso sembra si stia muovendo anche il legislatore, attraverso gli strumenti, ormai classici, dell'incentivazione economica per il cd. *voucher «baby sitting»*, inizialmente prevista per il periodo 2013-2015 ed estesa per il 2016 dalla legge di stabilità n. 206/2015, e per le già ricordate misure di sostegno al *welfare aziendale*.

5. — La chiave di volta per assicurare la tenuta dei diritti è rappresentata dalla loro giustiziabilità. Gli interventi legislativi degli ultimi anni hanno determinato una limitazione dei poteri del giudice e della sua discrezionalità ovvero hanno finito per conservarne o addirittura, almeno in potenza e su alcune tematiche, esaltarne il ruolo?

Luigi de Angelis, in sede di bilancio finale della propria analisi, osserva come le riforme degli ultimi anni facciano «pensare a un sensibile ridimensionamento del ruolo *qualitativo* (il *peso*) del giudice»; esso, però, può ancora esplicitarsi in modo significativo, specie nell'area coperta dalle norme generali.

Nel saggio, l'Autore mette infatti anzitutto in luce, con riferimento alla flessibilità tipologica, come il ruolo del giudice rimanga decisivo con riferimento a numerosi e cruciali aspetti della nuova disciplina delle collaborazioni organizzate dal committente (a onta del tentativo del legislatore di «sdrammatizzare il problema della qualificazione dei rapporti di lavoro»), mentre il controllo giudiziale risulti ormai reindirizzato nel caso del contratto a termine e della somministrazione, poiché destinato a spostarsi dal piano della fattispecie a quello dei limiti esterni (in coerenza, questa volta, con il già segnalato e progressivo abbandono delle tecniche di controllo causale sul ricorso a questi contratti, che finisce però per esaltare altre questioni, anche relative alla compatibilità della disciplina del contratto a termine con le previsioni dell'Ue).

Anche sul piano delle flessibilità funzionali, l'intervento giudiziale non è affatto scongiurato, anche in questo caso, aggiungiamo, con effetti in taluni casi diversi da quelli presumibilmente attesi dagli estensori della riforma: così è in materia di collocazione temporale della prestazione nel *part-time* a turni (ove residuano o si aprono nuovi spazi per l'integrazione sostitutiva della volontà delle parti) e di mutamento di mansioni (con riferimento, ad esempio, alla verifica dei presupposti del demansionamento e alle conseguenze del mancato rispetto dell'obbligo formativo).

Un capitolo a parte è evidentemente quello della disciplina dei licenziamenti, rispetto alla quale non può dubitarsi dello sforzo condotto con il *Jobs Act* di scongiurare il più possibile l'invasione di campo della giurisprudenza, anche in specifica reazione a filoni interpretativi affacciatisi a seguito della riforma Fornero. Sennonché, anche in questo caso, come dimostra l'analisi condotta dall'Autore, l'interprete è chiamato a garantire la ragionevolezza sistematica delle opzioni ermeneutiche prescelte (così è a proposito della conservazione del potere-dovere del giudice di effettuare il controllo sulla rilevanza giuridica del fatto) e, se del caso, a ricercare nel diritto primo, cioè il diritto civile dei contratti e degli atti unilaterali, il necessario soccorso per colmare una lacuna rimediale incomprensibilmente voluta dal legislatore (il caso, com'è evidente, è quello della soppressione della sanzione «lavoristica» della reintegrazione in presenza di licenziamento per ragioni discriminatorie non nominate o ritorsivo o, comunque, determinato da motivi illeciti).

Certo, un bilancio sull'effettiva portata del ruolo della giurisprudenza non può essere condotto solo attraverso l'evidenziazione astratta dei campi in cui essa potrebbe tuttora fornire il proprio contributo alla garanzia dei diritti.

Bisogna invece sottolineare che alla perdurante e, in alcuni casi, accresciuta incertezza interpretativa – che emerge dall'affresco disegnato da Luigi de Angelis – rischia di non corrispondere una simmetrica opera di analisi e risoluzione in sede giudiziaria, a causa delle innovazioni introdotte dal legislatore in materia di compensazione delle spese (è lo stesso Autore a farvi cenno), con chiare finalità deflative.

Ma si tratta di un diverso capitolo, anche se appartenente a una medesima, lunga storia.

E dunque, su questo profilo, non si può che attendere l'intervento del giudice delle leggi, chiamato a pronunciarsi dal Tribunale di Torino (ord. del 30.1.2016) sull'illegittimità costituzionale dell'art. 92, c. 2, c.p.c. (come modificato dall'art. 13, d.l. n. 132/2014, convertito dalla l. n. 162/2014), risultando, per il resto, poco probabile un nuovo intervento legislativo.

6. — Il diritto del lavoro odierno, si è detto, ha visto modificarsi il proprio paradigma di fondo, sicché non si potrebbe più guardare agli istituti lavoristici senza tener conto di tale mutamento, che rende improponibili «letture nostalgiche e oppositive» dal momento che siamo di fronte a un nuovo corso «esplicitamente orientato all'efficientismo» (1). Nel medesimo

(1) Perulli 2016.

solco, sia pure con differenti sfumature, si colloca parte della dottrina, anche se non manca chi avvisa che il diritto del lavoro «sembra spesso rinascere dalle sue ceneri» e invita pertanto a valorizzare «l'autonomia di pensiero e di ricerca del giuslavorismo» (2).

I saggi presentati in questo numero confermano, a nostro avviso, come sia ancora presto per dichiarare la sconfitta delle ragioni del diritto del lavoro che, comunque, continuano a indirizzare l'opera degli interpreti e che sono tuttora rintracciabili nelle pieghe della disciplina legale.

Un significativo segnale in questa direzione – giova aggiungere in via conclusiva – si può rintracciare, ad esempio, nella recente sentenza della Cassazione che ha individuato con chiarezza i confini tra licenziamento per motivo illecito e licenziamento discriminatorio (Cass. n. 6575/2016), risolvendo una questione che affaticava da anni dottrina e giurisprudenza. E si può certo pensare che uno stimolo alla soluzione della questione sia derivato proprio dalla centralità che la tutela antidiscriminatoria ha assunto, anche in materia di licenziamento, dopo gli interventi legislativi ricollegabili al *Jobs Act* e dalla ricerca, attenta, non nostalgica, ma nemmeno arrendevole, delle fondamenta della tutela che tuttora caratterizzano la nostra materia.

Riferimenti bibliografici

- Mariucci L. (2016), *Riflessioni su «L'idea di diritto del lavoro, oggi»*, in *LD*, n. 1, 131 ss.
Perulli A. (2016), *L'idea di diritto del lavoro, oggi*, in *LD*, n. 1, 17 ss.

(2) Mariucci 2016.

Maria Teresa Carinci (*)

«IL CONTRATTO DI LAVORO SUBORDINATO A TEMPO INDETERMINATO
COSTITUISCE LA FORMA COMUNE DI RAPPORTO DI LAVORO?»
CONTRATTO DI LAVORO SUBORDINATO A TEMPO INDETERMINATO
VERSUS CONTRATTO DI LAVORO SUBORDINATO A TERMINE,
SOMMINISTRAZIONE DI LAVORO E LAVORO ACCESSORIO

SOMMARIO: 1. Il tema di indagine. — 2. Il contratto di lavoro subordinato a tempo determinato: limiti e sanzioni. — 2.1. Il significato sistematico delle diverse tipologie di limiti. — 2.2. Il limite percentuale. — 2.3. Il limite di durata. — 3. Il gioco delle convenienze fra contratto a tempo indeterminato e contratto a tempo determinato. — 4. Il contratto di somministrazione: dai limiti qualitativi ai limiti quantitativi. — 4.1. I limiti quantitativi sono eventuali e presidiati da una sanzione civile depotenziata. — 4.2. La reale funzione dei limiti quantitativi. — 5. Il gioco delle convenienze fra somministrazione di lavoro e contratto di lavoro subordinato, a tempo indeterminato e a termine, alle dirette dipendenze del datore di lavoro. — 6. Il lavoro accessorio. — 7. L'art. 1, d.lgs. n. 81/2015: una norma che «sa di propaganda».

1. — *Il tema di indagine* — L'art. 1 del d.lgs. n. 81/2015, che detta la «Disciplina organica dei contratti di lavoro», dispone: «il contratto di lavoro subordinato a tempo indeterminato costituisce la forma comune di rapporto di lavoro» (1).

La norma – in coerenza (2) con i principi e criteri della legge delega n. 183/2014 (3) e con i principi di diritto dell'Ue (4) – dichiara la volontà le-

(*) Professore ordinario di Diritto del lavoro presso l'Università di Milano.

(1) Sulla norma: Perulli 2015, 1; Cester 2015a, 4; Bellomo 2016, 209.

(2) In questo senso, cfr. Perulli 2015, 16.

(3) *Ex art. 1, c. 7, l. n. 183/2014*, il Governo è «delegato ad adottare uno o più decreti legislativi, di cui uno recante un testo organico semplificato delle discipline delle tipologie contrattuali e dei rapporti di lavoro, nel rispetto dei seguenti principi e criteri direttivi: [...] b) promuovere, in coerenza con le indicazioni europee il contratto a tempo indeterminato come forma comune di contratto di lavoro rendendolo più conveniente rispetto agli altri tipi di contratto in termini di oneri diretti e indiretti».

(4) Cfr., prima di tutto, la Direttiva n. 99/70/Ce relativa all'Accordo quadro Cee, Unice e Ceep sul lavoro a tempo determinato, che nel Preambolo afferma: «le parti firmatarie dell'accordo riconoscono che i contratti a tempo indeterminato sono e continueranno a essere la forma comune dei rapporti di lavoro fra i datori di lavoro e i lavoratori»; concetto poi ribadito al punto 6 dei Considerando («I contratti di lavoro subordinato a tempo indeterminato rappresentano la forma comune dei rapporti di lavoro»). Cfr. inoltre la Direttiva n. 2008/104/Ce, relativa al lavoro tramite agenzia

gislativa di riportare al centro del sistema il contratto di lavoro subordinato a tempo indeterminato a scapito di quelle forme contrattuali (*in primis* di lavoro subordinato) (5) che comportano una qualche deviazione – in termini di temporaneità del vincolo, di modulazione temporale, di unicità o scissione delle posizioni giuridiche proprie della parte datoriale ecc. – rispetto al contratto di lavoro subordinato standard.

Con tale disposto normativo sembra, dunque, che il legislatore del *Jobs Act* abbia inteso ricomporre il dualismo che da tempo affligge il mercato del lavoro italiano. È noto, infatti, che dall'inizio del nuovo millennio una quota crescente di forza lavoro, composta soprattutto da giovani (6), accede all'occupazione per il tramite di forme di lavoro flessibile, nelle quali peraltro rimane spesso confinata. I contratti non standard garantiscono, infatti, al datore di lavoro una flessibilità numerica della forza lavoro – senza necessità di licenziamento – e, dunque, l'adattabilità della componente personale dell'organizzazione alle fluttuanti richieste del mercato. Al contempo, però, quelle stesse forme contrattuali, viste nella prospettiva del lavoratore, risultano fortemente penalizzanti, perché – non garantendo continuità dell'impiego e stabilità del reddito (7) – non consentono lo sviluppo di progetti di vita. Di qui la necessità di un intervento normativo volto a ricomporre la frattura realizzatasi nel mercato del lavoro, riducendo l'utilizzo dei contratti di lavoro subordinato flessibile a beneficio del contratto di lavoro subordinato a tempo indeterminato.

interinale, che al punto 15 del Preambolo prevede: «I contratti di lavoro a tempo indeterminato rappresentano la forma comune dei rapporti di lavoro».

(5) In verità, in sede di riforma sono state rivisitate anche alcune figure che si collocano «ai confini» della subordinazione – alcune strutturalmente temporanee, altre spesso caratterizzate dalla temporaneità del vincolo – e che proprio per questo hanno spesso caratterizzato dalla temporaneità del vincolo – e che proprio per questo hanno costituito o costituiscono uno strumento importante di acquisizione di lavoro «flessibile». In particolare, sono stati abrogati il contratto di lavoro a progetto (art. 52, d.lgs. n. 81/2015) e l'associazione in partecipazione con apporto di lavoro (art. 53, d.lgs. n. 81/2015) e introdotte e disciplinate le collaborazioni «eterorganizzate» dal committente (art. 2, d.lgs. n. 81/2015). Queste figure non verranno analizzate nel presente scritto.

(6) Nel periodo 2005-2013 la quota di lavoratori a tempo determinato sul totale degli occupati è aumentata soltanto di un punto percentuale (dal 12,2 % del 2005 al 13,2 % del 2013), mentre tra i lavoratori di età compresa tra i 15 e i 29 anni è aumentata di oltre tredici punti (dal 26,3 % del 2005 al 39,8 % del 2013): Eurostat, *Young temporary employees as percentage of the total number of employees, by sex, age and country of birth*.

(7) Per tali ragioni le forme contrattuali a cui si fa riferimento nel testo vengono denominate «precarie».

Di tale esigenza si fa dunque carico la legge delega n. 183/2014, che – come emerge dai suoi principi e criteri direttivi – delinea un «ribilanciamento» delle convenienze fra le varie figure di contratto di lavoro subordinato, prevedendo, da una parte, l'alleggerimento delle tutele (in tema di licenziamento) (8) e dei costi (sia indiretti, conseguenti alla riduzione di tutela, sia diretti, costituiti dagli oneri contributivi e fiscali) (9) del contratto di lavoro subordinato a tempo indeterminato e, dall'altra, il riordino, la semplificazione ed eventualmente lo «soltimento» delle molte figure di contratti flessibili esistenti (10), cosicché le loro «condizioni d'uso» risultino meno appetibili rispetto al contratto a tempo indeterminato.

L'operazione complessiva dovrebbe, quindi, riportare il contratto di lavoro subordinato a tempo indeterminato al centro del sistema.

Se non si può dubitare che il legislatore abbia effettivamente attuato la prima parte delle prescrizioni della legge delega riducendo per i «nuovi assunti» (a partire dal 7 marzo 2015) le tutele (11) del contratto di lavoro subordinato a tempo indeterminato e poi, con autonomi provvedimenti, i costi (12), rimane invece da verificare se abbia operato anche sul secondo fronte, rendendo più stringente il ricorso alle forme di contratto di lavoro subordinato flessibili.

Il presente scritto intende appunto indagare questo secondo aspetto, focalizzando l'attenzione, in particolare, su alcune fattispecie caratterizzate dalla temporaneità del vincolo: il contratto di lavoro subordinato a termine, la somministrazione di lavoro, il lavoro accessorio.

L'esame verrà condotto dedicando attenzione soprattutto ai presupposti (e dunque ai limiti) fissati dalla legge nazionale per ricorrere a tali figure e alle sanzioni previste in caso di loro violazione, oltre che agli eventuali oneri economici.

All'esito dell'indagine sarà possibile capire quale sia l'effettiva portata normativa dell'art. 1, d.lgs. n. 81/2015, e, più in generale, il significato del-

(8) Cfr. art. 1, c. 7, lett. c, l. n. 183/2014.

(9) Cfr. art. 1, c. 7, lett. b, l. n. 183/2014, secondo cui il contratto a tempo indeterminato deve risultare più conveniente in termini di oneri diretti e indiretti.

(10) Cfr. art. 1, c. 7, lett. a, l. n. 183/2014, ai sensi del quale il Governo è delegato «a individuare e analizzare tutte le forme contrattuali esistenti, ai fini di poterne valutare l'effettiva coerenza con il tessuto occupazionale e con il contesto produttivo nazionale e internazionale, in funzione di interventi di semplificazione, modifica o superamento delle medesime tipologie contrattuali».

(11) Cfr. d.lgs. n. 23/2015, che pone la nuova disciplina del licenziamento, peraltro applicabile solo ai lavoratori assunti a partire dal 7 marzo 2015.

(12) Vd. l. n. 190/2014 (cd. legge di stabilità per il 2015) e l. n. 208/2015 (cd. legge di stabilità per il 2016), sulle quali *infra*, par. 3.

la complessiva rivisitazione dei rapporti fra contratto standard e contratti flessibili.

Non verranno, invece, presi in considerazione in questa sede i profili di compatibilità della disciplina introdotta dal d.lgs. n. 81/2015 con il diritto dell'Unione europea. L'intento del presente scritto è, infatti, quello di porre in primo piano le scelte di politica del diritto del legislatore interno.

2. — *Il contratto di lavoro subordinato a tempo determinato: limiti e sanzioni* — A uno sguardo d'insieme, la nuova disciplina del contratto di lavoro subordinato a termine posta dagli artt. 19-29, d.lgs. n. 81/2015, non sembra affatto coerente con la dichiarata centralità del contratto di lavoro subordinato a tempo indeterminato. Al contrario, i blandi limiti per esso previsti ne riconfermano – in continuità con la fisionomia già assunta dall'istituto a seguito del cd. decreto Poletti (d.l. n. 34/2015, convertito in l. n. 78/2015) (13) – l'ampia fungibilità con il contratto di lavoro a tempo indeterminato (14).

Sono tre gli ordini di limiti oggi fissati dalla legge per l'apposizione di un termine al contratto di lavoro subordinato: 1) limiti di tipo quantitativo (le cd. percentuali di contingentamento); 2) limiti negativi di carattere causale (divieti); 3) limiti di durata.

I tre ordini di limiti sono deputati a svolgere funzioni diverse: il limite quantitativo (le percentuali di contingentamento) è volto ad arginare l'utilizzo complessivo di contratti a termine e, pertanto, incide – in positivo – sull'organizzazione del lavoro predisposta dal datore, indotto ad assumere in certe percentuali lavoratori a tempo indeterminato; i limiti causali negativi (i divieti) incidono – in negativo – sull'organizzazione del datore di lavoro, impedendo il ricorso al contratto a termine in pregiudizio però di posizioni di rilievo costituzionale (per lo più) (15) dei lavoratori già in servizio (quali il diritto di sciopero, il diritto alla sicurezza, l'interesse alla stabilità dell'occupazione) (16); il limite di durata, invece, si colloca in un'otti-

(13) Cfr., per tutti, Speciale 2016, par. 2, e ivi ulteriori riferimenti.

(14) Nella medesima prospettiva vd. Alessi 2015a, 19; Albi 2015, 626.

(15) Fa eccezione il divieto di ricorrere al contratto a termine nel caso in cui il datore di lavoro non abbia effettuato la valutazione dei rischi in base alla normativa in tema di protezione della salute (art. 20, lett. d, d.lgs. n. 81/2015). Questa prescrizione è volta infatti a proteggere sia i lavoratori già in servizio che i lavoratori assunti a termine.

(16) L'art. 20, d.lgs. n. 81/2015, vieta infatti l'apposizione di un termine alla durata di un contratto di lavoro «a) per la sostituzione di lavoratori che esercitano il diritto di sciopero; b) presso le unità produttive nelle quali si è proceduto, entro i sei mesi precedenti, a licenziamenti collettivi a norma degli articoli 4 e 24 della legge n.

ca di tutela della posizione individuale del lavoratore assunto a termine, con l'obiettivo di impedire il protrarsi o reiterarsi oltre misura del singolo contratto di lavoro.

Ferma la diversità di funzione, l'elemento che accomuna i diversi limiti e, in particolare, i limiti quantitativi e i limiti di durata, è il loro essere ampiamente derogabili e passibili di sanzioni deboli o comunque decisamente edulcorate a paragone dei generali rimedi civilistici.

Un esame più puntuale della disciplina renderà evidente tale affermazione.

2.1. — *Il significato sistematico delle diverse tipologie di limiti* — Riconfermando una scelta già compiuta dal cd. decreto Poletti, l'art. 23, d.lgs. n. 81/2015, non contempla più un limite causale positivo per l'apposizione del termine al contratto di lavoro subordinato (cioè «ragioni di carattere tecnico, produttivo, organizzativo o sostitutivo, anche se riferibili alla ordinaria attività del datore di lavoro» (17), che la giurisprudenza ha ritenuto dovessero essere oggettivamente temporanee), ma unicamente (18) un limite numerico individuato in percentuale rispetto ai lavoratori assunti a tempo indeterminato: «non possono essere assunti lavoratori a tempo determinato in misura superiore al 20 per cento del numero dei lavoratori a tempo indeterminato in forza al primo gennaio dell'anno di assunzione [o] nel caso di inizio dell'attività nel corso dell'anno [...] sul numero dei lavoratori in forza al momento dell'assunzione», mentre «per i datori di lavoro che occupano fino a 5 dipendenti è sempre possibile stipulare un contratto di lavoro a tempo determinato» (art. 23, c. 1).

La prima notazione da fare è che la previsione del limite numerico – e non più di un limite causale positivo – modifica profondamente la logica

223 del 1991, che hanno riguardato lavoratori adibiti alle stesse mansioni cui si riferisce il contratto di lavoro a tempo determinato, salvo che il contratto sia concluso per provvedere alla sostituzione di lavoratori assenti, per assumere lavoratori iscritti nelle liste di mobilità, o abbia una durata iniziale non superiore a sei mesi; c) presso le unità produttive nelle quali sono operanti una sospensione del lavoro o una riduzione dell'orario in regime di cassa integrazione guadagni, che interessano lavoratori adibiti alle mansioni cui si riferisce il contratto a tempo determinato; d) da parte di datori di lavoro che non hanno effettuato la valutazione dei rischi in applicazione della normativa di tutela della salute e delle sicurezza dei lavoratori». In caso di violazione dei divieti, il contratto «si trasforma in contratto a tempo indeterminato».

(17) Così testualmente in precedenza l'art. 1, d.lgs. n. 368/2001.

(18) In precedenza l'art. 10, c. 7, d.lgs. n. 368/2001, già prevedeva la possibilità per i contratti collettivi nazionali di introdurre limiti quantitativi, che tuttavia, ove previsti, giocavano un ruolo del tutto marginale rispetto al limite causale posto dalla legge.

del controllo legislativo prima, e giudiziale poi, in merito alla flessibilità numerica della forza lavoro (19).

Tramite la previsione della causale giustificativa, infatti, il legislatore intendeva circoscrivere l'uso del contratto a termine imprimendo una fisionomia predefinita alla componente personale dell'organizzazione datoriale: in quella logica, il datore di lavoro rimaneva sicuramente libero di fissare i propri obiettivi e di predisporre l'organizzazione migliore per perseguirli, ma, dopo aver individuato la struttura e aver deciso quali attività svolgere con continuità e quali viceversa per periodi limitati di tempo, era vincolato a fronteggiare le attività stabili tramite personale assunto con contratti di lavoro a tempo indeterminato, mentre solo con riferimento alle attività temporanee avrebbe potuto utilizzare personale assunto con contratti di lavoro a termine.

Il giudice, in conseguenza, era chiamato prima di tutto a verificare quale struttura organizzativa il datore di lavoro avesse liberamente scelto e, in secondo luogo, a controllarne la coerenza rispetto alle tipologie contrattuali utilizzate.

Al contrario, oggi la previsione di un limite puramente quantitativo non impone al datore di lavoro alcun modello predefinito della componente personale dell'organizzazione: il datore di lavoro è libero di utilizzare indifferentemente personale assunto a termine o a tempo indeterminato per svolgere sia funzioni stabili che funzioni temporanee.

Si attenua pertanto la pregnanza del controllo del giudice, che non deve più accertare la coerenza fra modello organizzativo e tipologia di contratto di lavoro utilizzato, ma limitarsi a verificare il rispetto delle quote percentuali.

Il limite numerico, dunque, è molto meno invasivo del limite causale e consente un controllo molto più semplice e immediato da parte del giudice.

Non solo. Poiché la previsione delle percentuali di contingentamento non comporta l'imposizione di alcun modello organizzativo della componente personale dell'organizzazione, la nuova disciplina appare maggiormente in linea con le odierne esigenze di flessibilità delle imprese: il datore di lavoro può oggi scegliere liberamente la fisionomia della propria struttura e adibire alla stessa attività indifferentemente lavoratori a termine o a tempo indeterminato.

Questo non toglie, tuttavia, che in via di principio i tetti numerici possano raggiungere lo stesso risultato pratico cui erano deputati i vincoli causali: impedire il massiccio ricorso a contratti a termine e imporre vi-

(19) Nella medesima prospettiva vd. Alessi 2015b, 597.

ceversa che una parte significativa del personale sia assunto con contratto a tempo indeterminato, così da garantire – a beneficio della massa dei lavoratori – la preferenza per questa seconda figura contrattuale. Il raggiungimento dell'obiettivo del contenimento del contratto a termine e della prevalenza del contratto a tempo indeterminato dipende, infatti, non dal tipo di limite (causale o numerico), ma dalla disciplina concreta predisposta dalla legge in favore della rigidità del limite prescelto, a garanzia della sua effettività.

2.2. — *Il limite percentuale* — Come anticipato, le percentuali di contingentamento costituiscono, nel sistema delineato dal d.lgs. n. 81/2015, un limite assai blando.

In primo luogo, infatti, la soglia del 20% non costituisce affatto un limite rigido e invalicabile, essendo individuata dalla legge solo in via suppletiva, mentre in via prioritaria la fissazione della percentuale è demandata ai contratti collettivi di qualunque livello (20) (vd. art. 51). Dunque, anche il contratto collettivo aziendale – il più debole di fronte all'eventuale ricatto occupazionale del datore di lavoro – può individuare una percentuale diversa, più stringente o – ed è questo evidentemente il profilo problematico – più ampia di quella fissata dalla legge o, addirittura, giungere a eliminare del tutto il limite percentuale (21).

Il limite numerico è inoltre escluso in una nutrita serie di casi (22): alcuni individuati con riferimento a esigenze organizzative che ricorrono con

(20) Ai sensi dell'art. 23, c. 1, infatti: «Salvo diversa disposizione dei contratti collettivi, non possono essere assunti lavoratori a tempo determinato in misura superiore al 20%...».

(21) Cosa del resto già avvenuta. Cfr., infatti – nel vigore dell'analoga disciplina prevista dal cd. decreto Poletti –, l'Accordo 21.8.2014, relativo al contratto a tempo determinato per gli studi professionali o società che amministrano condomini e patrimoni immobiliari o erogano servizi integrati agli edifici, il quale esclude ogni limite numerico nel caso di assunzioni a termine a fronte di ragioni oggettive, soggettive e di rioccupazione. Per una ricognizione delle deroghe operate dalla contrattazione collettiva vd. Pizzoferrato 2014, 213, Speciale 2016, par. 11.

(22) Ai sensi dell'art. 23, c. 2, d.lgs. n. 81/2015: «Sono esenti dal limite di cui al c. 1, nonché da eventuali limitazioni quantitative previste da contratti collettivi, i contratti a tempo determinato conclusi: a) nella fase di avvio di nuove attività, per i periodi definiti dai contratti collettivi [...]; b) da imprese *start-up* innovative [ex art. 25, d.l. n. 179/2012, convertito in l. n. 221/2012], per il periodo di quattro anni dalla costituzione della società ovvero per il più limitato periodo previsto [dalla stessa norma] per le società già costituite; c) per lo svolgimento delle attività stagionali [...]; d) per specifici spettacoli ovvero specifici programmi radiofonici o televisivi; e) per sostituzione di lavoratori assenti; f) con lavoratori di età superiore a 50 anni».

frequenza (sostituzione di lavoratori assenti; fasi di avvio di nuove attività; svolgimento di attività stagionali); altri con riferimento a caratteristiche soggettive che contraddistinguono una platea amplissima di lavoratori (lavoratori di età superiore a 50 anni) (vd. art. 23, c. 2).

Per espressa disposizione di legge, infine, la violazione del limite percentuale comporta unicamente l'applicazione di una sanzione amministrativa pecuniaria calcolata in ragione della durata e del numero dei contratti a termine conclusi in soprannumero, «restando esclusa la trasformazione dei contratti interessati in contratti a tempo indeterminato» (art. 23, c. 4).

È evidente che la previsione della sola sanzione amministrativa risulta per il datore di lavoro assai meno gravosa e incisiva della «trasformazione» del contratto di lavoro a termine in un contratto a tempo indeterminato (cfr. *infra*, par. 2.3). L'accertamento dell'infrazione, inoltre, rimane totalmente affidata alla sola iniziativa degli organi ispettivi: il lavoratore infatti, non traendone alcun beneficio, non avrà alcun interesse a denunciare la violazione dei limiti quantitativi.

La sanzione per il superamento della percentuale di contingentamento si rivela, insomma, debole e, prevedibilmente, largamente priva di effetti.

I limiti percentuali che in astratto ben avrebbero potuto – così come in precedenza i limiti causali – garantire la prevalenza nella struttura organizzativa del datore di lavoro del contratto di lavoro a tempo indeterminato, per come risultano disciplinati in concreto dal d.lgs. n. 81/2015, sono allo stato del tutto inidonei allo scopo (23).

2.3. — *Il limite di durata* — Considerazioni non molto diverse rispetto a quelle riferite alle percentuali di contingentamento devono essere svolte in merito alla portata del limite di durata di 36 mesi ora previsto sia per il primo contratto a termine (comprensivo di eventuali proroghe nel numero massimo di 5) (24) che per la successione di contratti a termine (25) stipulati fra uno stesso datore di lavoro e uno stesso lavoratore (art. 19, c. 2, d.lgs. n. 81/2015). Tale limite opera sia nel caso di formale stipulazione di un contratto o di una serie di contratti, che nell'ipotesi di continuazione di fatto del rapporto dopo la scadenza del termine (26).

(23) Di «falla» nel sistema sanzionatorio parla Cester (2015b, 78).

(24) Cfr. art. 21, c. 1, d.lgs. n. 81/2015.

(25) Tale periodo va calcolato «indipendentemente dai periodi di interruzione fra un contratto e l'altro»: cfr. art. 19, c. 1, d.lgs. n. 81/2015.

(26) Che le cose stiano così si ricava dall'*incipit* dell'art. 22, c. 1, d.lgs. n. 81/2015, che richiama il limite di durata massima di 36 mesi («Fermi i limiti di durata massima di cui all'articolo 19»).

Il limite di durata – che, come anticipato, si colloca in una prospettiva di tutela individuale e mira a impedire l'abuso del contratto a termine come prescritto dalla Direttiva n. 1999/70/Ce – visto in positivo impone al datore di lavoro, che intende utilizzare il lavoratore per periodi di tempo medio-lunghi, di ricorrere al contratto a tempo indeterminato, con il risultato di impedire che un lavoratore le cui capacità sono ormai state ampiamente sperimentate rimanga confinato in una forma d'impiego precario (27). Ecco la ragione dell'inclusione nel computo della durata massima del contratto a termine anche dei periodi di missione del lavoratore nell'ambito di un contratto di somministrazione (ma solo a termine) (28). Tesi confermata dalla sanzione prevista dalla legge: in caso di superamento del periodo massimo di 36 mesi «il contratto si trasforma in contratto a tempo indeterminato dalla data del superamento» (art. 19, c. 2, ultimo periodo).

Anche il limite di durata, tuttavia, è estremamente elastico, facilmente aggirabile e la sanzione è depotenziata rispetto al consueto rimedio civilistico della nullità.

In primo luogo, il tetto dei 36 mesi non è affatto invalicabile. La stessa legge prevede, da una parte, che datore di lavoro e lavoratore possano concludere un ulteriore contratto a termine, di durata non superiore a 12 mesi, senza nessuna ulteriore condizione, se non che tale ulteriore contratto venga stipulato presso la Direzione territoriale del lavoro competente (art. 19, c. 3). Dall'altra, nell'ipotesi della successione di diversi contratti a termine, è riconosciuta ai contratti collettivi – di qualunque livello (vd. art. 51) – la facoltà di prevedere termini di durata diversi, anche più lunghi dei 36 mesi fissati dalla legge (29). Ed è quello che è avvenuto; anzi, in alcuni casi, i contratti collettivi (30) sono giunti addirittura a rimuovere totalmente ogni vincolo di durata massima (31).

In secondo luogo, il limite di durata opera esclusivamente con riferimento ai contratti conclusi per lo svolgimento di «mansioni di pari livello e categoria legale» (art. 19, c. 1), in conformità ai limiti oggi previsti dal

(27) Perché inevitabilmente destinato a cessare dopo un certo periodo.

(28) L'art. 19, c. 2, d.lgs. n. 81/2015, prescrive infatti che si computino solo i periodi di missione effettuati in adempimento di contratti di somministrazione a termine.

(29) Vd. l'*incipit* dell'art. 19, c. 2, d.lgs. n. 81/2015, che precisa: «Fatte salve le diverse disposizioni dei contratti collettivi».

(30) Peraltro stipulati ai sensi dell'art. 8, d.l. n. 138/2011: cfr. Lassandari 2015, 75.

(31) Cfr. però Leccese (2014, 724) per l'illegittimità di tali clausole nella prospettiva del diritto dell'Ue. Nello stesso senso Speciale 2016, par. 11, e ivi ulteriori riferimenti.

nuovo art. 2103 c.c. per lo *ius variandi* orizzontale (32). È sufficiente che il datore di lavoro abbia l'accortezza di stipulare contratti a termine aventi a oggetto mansioni appartenenti a diversi livelli della classificazione professionale per aggirare il limite di legge. In questo caso il lavoratore dovrà, ovviamente, ruotare su diverse posizioni lavorative in modo da essere effettivamente adibito alle mansioni convenute; se viceversa il dipendente dovesse svolgere in concreto mansioni dello stesso livello delle precedenti, la volontà in concreto manifestata prevarrà su quella dichiarata e, in conseguenza, la durata dell'ultimo contratto dovrà sommarsi a quella dei contratti già intercorsi.

Va infine tenuto presente che il superamento del limite di durata massima (33) comporta – per disposizione di legge – effetti assai più blandi rispetto a quelli che sarebbero conseguiti a una piana applicazione dei principi civilistici in tema di nullità parziale per violazione di norma imperativa (art. 1419 c.c.). Infatti, il superamento del limite temporale non determina più oggi – come invece accadeva in passato – la nullità della clausola appositiva del termine, cosicché il contratto di lavoro possa essere considerato *ex tunc* a tempo indeterminato con conseguente diritto del lavoratore, secondo i principi della *mora credendi* (art. 1207, c. 2, c.c.), al risarcimento del danno commisurato alle retribuzioni non percepite negli intervalli fra un contratto a termine e il successivo (34).

Al contrario, il d.lgs. n. 81/2015 dispone che la sanzione della «trasformazione» (35) non operi automaticamente e non produca effetti *ex tunc*, ma consegua alla pronuncia «con la quale il giudice ha ordinato la ricostituzione del rapporto di lavoro» (art. 28, c. 2) e produca effetti solo *ex nunc*

(32) Come modificato dall'art. 3, d.lgs. n. 81/2015, in merito al quale vd. de Angelis 2016.

(33) Si tratti del limite di 36 mesi fissato dalla legge o del diverso limite individuato dal contratto collettivo, oppure del limite di ulteriori 12 mesi fissato per lo specifico contratto stipulabile avanti alla Direzione territoriale del lavoro.

(34) È opinione prevalente in giurisprudenza e nella dottrina più risalente che le somme dovute dal datore di lavoro al lavoratore in ipotesi di mora abbiano natura risarcitoria (cfr.: Ghezzi 1965, 120 ss.; Mengoni 1954, 580). Ne affermano invece la natura retributiva Speziale (1992) e Treu (1968, 267).

(35) La sanzione della «trasformazione» è prevista sia nel caso di stipulazione di un contratto o di una successione di contratti in violazione del limite, sia nel caso di semplice continuazione di fatto del rapporto oltre il limite di durata. Vd. art. 22, c. 1, d.lgs. n. 81/2015, secondo cui i limiti di durata operano anche con riferimento alla continuazione di fatto del rapporto («Fermi i limiti di durata massima di cui all'art. 19»), mentre l'art. 22, c. 2, specifica che la sanzione della trasformazione si applica anche in questo caso («qualora il rapporto continui [...] il contratto si trasforma in contratto a tempo indeterminato dalla scadenza dei predetti termini»).

dalla data di superamento del termine (art. 19, c. 2, ultimo periodo) (36). Dobbiamo quindi concludere che, alla luce dell'odierna disciplina, il termine, pur se illegittimo, produce comunque i propri effetti e risolve pertanto il rapporto di lavoro (37). Un nuovo rapporto fra le stesse parti – di contenuto identico al precedente, ma privo della clausola appositiva del termine – origina poi dalla pronuncia costitutiva con cui il giudice, accertata la violazione, dispone la «trasformazione» *ex nunc* (cioè appunto la costituzione) del nuovo contratto a tempo indeterminato e ordina in conseguenza al datore di lavoro di «ricostituire» la funzionalità di fatto del rapporto riattribuendo al lavoratore le mansioni (38).

Durante le fasi di interruzione non esisteva pertanto – né esiste a seguito della costituzione *ex nunc* a opera del giudice prevista dalla legge – una relazione giuridica fra le parti e non si configura alcun obbligo retributivo o contributivo rispetto al quale il datore di lavoro possa risultare inadempiente. Ne consegue che il lavoratore non può vantare danni patrimoniali da omessa retribuzione o contribuzione per i periodi di interruzione della propria attività fra un contratto a termine e il successivo.

L'indennità che il datore di lavoro è tenuto a corrispondere al lavoratore nei casi di trasformazione del rapporto, quindi, non è più deputata come in passato (39) a risarcire in via forfettizzata un danno patrimoniale su-

(36) Coerente con questa lettura è il dettato dell'art. 1 c. 2, d.lgs. n. 23/2015, che infatti prevede l'applicazione della nuova disciplina del licenziamento anche ai casi di «conversione» del contratto a tempo determinato.

(37) In questi termini cfr. Ciucciavino 2015, 611.

(38) In questo senso va letto il riferimento contenuto nell'art. 28, c. 2, ultimo periodo, d.lgs. n. 81/2015, ai sensi del quale il giudice, con la propria pronuncia, ordina «la ricostituzione del rapporto di lavoro».

(39) Come accadeva nel vigore della precedente disciplina che contemplava invece la «conversione» del contratto *ex tunc*.

Cfr. art. 32, c. 5, l. n. 183/2010, ai sensi del quale, nei casi di «conversione» *ex tunc* del contratto a termine in contratto a tempo indeterminato, il datore di lavoro era tenuto a corrispondere al lavoratore una indennità risarcitoria forfettizzata per i danni subiti negli intervalli non lavorati fra un contratto e l'altro. In seguito, l'art. 32, c. 5, cit., era stato oggetto di interpretazione autentica a opera dell'art. 1, c. 13, l. n. 92/2012, che aveva precisato che l'indennità risarciva «tutti i danni patiti dal lavoratore, comprese le conseguenze retributive e contributive relative al periodo compreso fra la scadenza del termine e la pronuncia del provvedimento con il quale il giudice abbia ordinato la ricostituzione del rapporto». Nel dichiarare non fondate plurime questioni di legittimità costituzionale sollevate con riferimento all'art. 32, c. 5, l. n. 183/2010, per contrasto con gli artt. 3, 4, 11, 24, 101, 103, 111 e 117, c. 1, Cost., C. cost. 11.11.2011, n. 303, ha esplicitamente riconosciuto la duplice funzione, risarcitoria e sanzionatoria, della norma, in coerenza con il quadro normativo allora vigente che, da una parte, prevedeva la «costituzione» *ex tunc* del rapporto di lavoro e,

bìto dal lavoratore – danno che giuridicamente non esiste –, ma svolge anch'essa il ruolo di sanzione civile pecuniaria per l'illegittima apposizione del termine al contratto di lavoro (40). Ne è riprova il fatto che l'indennità: è dovuta a prescindere dalla prova di qualsivoglia danno (vd. art. 28, c. 2) (41), deve calcolarsi in base a parametri sganciati dal danno effettivamente patito dal lavoratore (vd. art. 8, c. 2, l. n. 604/66) (42) e viene ridotta nel caso in cui i contratti collettivi prevedano la successiva assunzione, anche a tempo indeterminato, tramite specifiche graduatorie dei lavoratori già occupati a termine (art. 28, c. 3) (43).

La previsione dell'indennità sanzionatoria – pur testualmente qualificata come «onnicomprendiva» (art. 28, c. 1) – non esclude comunque l'autonoma risarcibilità di eventuali danni, specie non patrimoniali, subiti dal lavoratore in conseguenza dell'illegittima apposizione del termine. Il dato normativo è infatti troppo ambiguo per sorreggere l'interpretazione contraria, che d'altra parte, ove accolta, condannerebbe la norma a un'inevitabile dichiarazione di illegittimità costituzionale per contrasto con l'art. 3 Cost. in conseguenza dell'irragionevole disparità di trattamento in sfavore dei lavoratori a termine rispetto a tutti gli altri lavoratori.

I danni non patrimoniali, ove il lavoratore ne provi l'esistenza e l'ammontare, devono pertanto trovare ristoro secondo gli ordinari principi civilistici (44).

dall'altra, un risarcimento sempre dovuto a prescindere dalla prova del danno, ma forfettizzato nel *quantum*. Sulla stessa falsariga vd. C. cost. 25.7.2014, n. 226, che ha dichiarato non fondate le questioni di legittimità costituzionale del medesimo art. 32, c. 5, l. n. 183/2010, dopo le modifiche introdotte dalla l. n. 92/2012, per contrasto con gli artt. 11 e 117 Cost.

(40) Cfr. Ciucciovino (2015, 619), secondo cui si tratta di «un rimedio sanzionatorio con finalità inibitoria della condotta illegittima».

(41) L'art. 28, c. 2, d.lgs. n. 81/2015, prevede infatti nei casi di trasformazione del contratto a tempo determinato in contratto a tempo indeterminato, che il giudice condanni il datore di lavoro al risarcimento del danno stabilendo una indennità onnicomprensiva nella misura compresa tra le 2,5 e le 12 mensilità dell'ultima retribuzione di riferimento per il calcolo del Tfr, avuto riguardo ai criteri stabiliti dall'art. 8 della l. n. 604/1966. La predetta indennità ristora per intero il pregiudizio subito dal lavoratore, comprese le conseguenze retributive e contributive relative al periodo fra la scadenza del termine e la pronuncia con la quale il giudice ha ordinato la ricostituzione del rapporto.

(42) I criteri individuati dall'art. 8, l. n. 604/1966, sono: il numero dei dipendenti occupati, le dimensioni dell'impresa, l'anzianità di servizio del prestatore di lavoro, il comportamento e le condizioni delle parti.

(43) Cfr. art. 28, c. 3, d.lgs. n. 81/2015, secondo cui in questo caso il limite massimo dell'indennità è ridotto alla metà.

(44) *Contra*, Ciucciovino 2015, 620-621.

3. — *Il gioco delle convenienze fra contratto a tempo indeterminato e contratto a tempo determinato* — L'esame appena compiuto rende evidente che la disciplina è caratterizzata non più da stringenti ed effettivi vincoli che circoscrivano l'uso del contratto di lavoro a termine, imponendo perciò al datore di lavoro di stipulare, in un certo numero di casi, contratti di lavoro a tempo indeterminato; al contrario, la scelta fra l'uno e l'altro contratto è ormai ampiamente sottratta a regole vincolistiche: *id est* (quasi) completamente liberalizzata.

In questo nuovo scenario, dunque, il datore di lavoro opererà un puro calcolo di convenienze, in termini di regole e di costi.

Sul piano delle regole, la principale differenza fra contratto di lavoro a termine e contratto a tempo indeterminato sta nella differente disciplina in tema di cessazione del rapporto di lavoro: mentre il contratto a tempo determinato cessa automaticamente alla scadenza senza alcun costo per il datore di lavoro, il contratto a tempo indeterminato è soggetto a regole limitative del licenziamento, che comportano invece il rischio di violazione, con conseguente carico economico in capo al datore di lavoro.

Si tratta di una differenza di costi, tuttavia, fortemente attenuata dalla recente riforma dei licenziamenti attuata con il *Jobs Act* (45). Il costo del licenziamento, infatti, è assai più significativo per i «vecchi assunti» (46) con contratto a tempo indeterminato (47) e molto meno per i «nuovi assunti» con il cd. contratto a tutele crescenti, perché la nuova disciplina del licenziamento, da una parte, relega a eccezione la tutela reintegratoria e fa assurgere a regola la tutela indennitaria (48) e, dall'altra, diminuisce nettamente l'importo delle indennità dovute in caso di licenziamento illegittimo, rendendone al contempo certo e automatico il calcolo. Con riferimento ai «nuovi assunti», dunque, l'atto di licenziamento, pur illegittimo, è destinato nella maggior parte dei casi a risolvere il rapporto di lavoro e il datore di lavoro è tenuto unicamente a corrispondere un'indennità di

(45) Qui il riferimento è al d.lgs. n. 23/2015, che dà attuazione alla legge delega n. 183/2014 in materia di licenziamento; in merito vd.: Aa.Vv. 2015a; Aa.Vv. 2015b; Aa.Vv. 2016.

(46) La disciplina posta dal d.lgs. n. 23/2015 si applica ai lavoratori assunti a partire dal 7 marzo 2015.

(47) Ai sensi dell'art. 18 St. lav. come modificato dalla «legge Fornero» e, per i datori di lavoro di più piccole dimensioni, ai sensi dell'art. 8, l. n. 604/1966.

(48) La tutela reintegratoria si applica infatti nelle ipotesi di nullità del licenziamento (art. 2, d.lgs. n. 23/2015) e nelle imprese di maggiori dimensioni anche nel caso di licenziamento disciplinare qualora sia direttamente dimostrata in giudizio l'insussistenza del fatto materiale contestato al lavoratore (vd. art. 3, c. 2, d.lgs. n. 23/2015). In ogni altro caso trova applicazione la tutela indennitaria.

importo in sé abbastanza modesto – soprattutto con riferimento ai lavoratori con minore anzianità di servizio (49) – e ulteriormente riducibile in sede di conciliazione (50).

Le differenze fra contratto a termine e contratto a tempo indeterminato si sono indubbiamente assai attenuate a seguito delle modifiche alla disciplina dei licenziamenti attuata dal *Jobs Act*, ma una qualche diversità comunque rimane: il contratto a tempo indeterminato espone pur sempre il datore di lavoro al rischio di una sanzione reintegratoria o, nella maggioranza dei casi, indennitaria, oltre all'obbligo di preavviso e al pagamento della relativa indennità in mancanza di giusta causa (51).

Tanto considerato, il contratto di lavoro a termine si mostra ancora oggi in qualche misura preferibile, anche rispetto al contratto a tempo indeterminato «a tutele crescenti», soprattutto ove si aggiunga che la grande flessibilità che contraddistingue la disciplina del contratto a termine – in particolare le regole in tema di rinnovi, di proroghe e di successione di contratti – permette nell'arco di 36 mesi di utilizzare il lavoratore solo nei periodi in cui le sue mansioni siano effettivamente richieste dalle esigenze della produzione, senza dover mantenere la continuità del vincolo (e il costo che ne consegue in termini retributivi e contributivi) negli intervalli fra un contratto di lavoro e il successivo.

Se dal punto di vista delle regole, pertanto, il contratto a termine rimane in qualche misura più conveniente – e quindi preferibile dal punto di vista del datore di lavoro – del contratto a tempo indeterminato, anche nella versione «a tutele crescenti», il discorso cambia se si ha riguardo, invece, al piano delle convenienze economiche: da una parte, infatti, il contratto di lavoro subordinato a termine era (e rimane) assoggettato a un contributo addizionale dell'1,4% (vd. art. 2, c. 28, l. n. 92/2012); dall'altra, a seguito della riforma del *Jobs Act*, il legislatore è intervenuto per rendere il contratto a tempo indeterminato ancora più appetibile rispetto alla figura concorrente.

Incentivi economici molto significativi a favore del contratto a tempo indeterminato sono stati introdotti dalla cd. legge di stabilità 2015 (l. n. 190/2014), che ha previsto, da una parte, l'integrale deducibilità dalla base

(49) Ai sensi dell'art. 3, c. 1, d.lgs. n. 23/2015, per i datori di maggiori dimensioni (che raggiungono le soglie dimensionali di cui all'art. 18, cc. 8 e 9, St. lav.) l'indennità si calcola in ragione di 2 mensilità dell'ultima retribuzione per il calcolo del Tfr per ogni anno di servizio, in misura non inferiore a 4 e non superiore a 24 mensilità. L'art. 9, c. 1, d.lgs. n. 23/2015, prevede, invece, per i datori di lavoro più piccoli che l'importo dell'indennità sia dimezzato e non possa in ogni caso superare il limite delle 6 mensilità.

(50) Cfr. art. 6, d.lgs. n. 23/2015.

(51) Così Ludovico 2015, 227.

imponibile dell'Irap del costo complessivo del personale a tempo indeterminato (art. 1, cc. 20 ss.) e, soprattutto, con riferimento alle assunzioni a tempo indeterminato effettuate entro il 31 dicembre 2015, l'esonero totale dei contributi a carico del datore di lavoro per la durata di 36 mesi e per un importo annuo massimo di euro 8.060 per ogni lavoratore, fatta eccezione per i contributi Inail e con esclusione del settore agricolo, dei contratti di apprendistato e di lavoro domestico (vd. art. 1, cc. 118 ss.).

L'esito dell'operazione – molto onerosa per le finanze pubbliche – non è stato certo l'aumento dell'occupazione, che solo la crescita economica può indurre, ma piuttosto la trasformazione per volontà delle parti di un numero rilevante di contratti a termine in contratti a tempo indeterminato (52) (+ 49,4% nel 2015 rispetto al 2014) (53).

Proprio per non bloccare questo flusso a favore del contratto a tempo indeterminato e, al contempo, contenere l'onere per lo Stato, la cd. legge di stabilità per il 2016 (l. n. 208/2015) ha reiterato l'integrale deducibilità dalla base imponibile dell'Irap del costo del personale a tempo indeterminato, nonché lo sgravio contributivo con riferimento alle assunzioni a tempo indeterminato effettuate nel corso del 2016, riducendolo però al 40% dei complessivi contributi previdenziali a carico del datore, per la durata di 24 mesi e per un importo annuo massimo di euro 3250 per ogni lavoratore (54) (art. 1, c. 178).

4. — *Il contratto di somministrazione: dai limiti qualitativi ai limiti quantitativi* — Valutazioni non dissimili rispetto a quelle svolte con riferimento al contratto di lavoro subordinato a termine si possono fare con riguardo alla fattispecie della somministrazione di lavoro, ora disciplinata dagli artt. 30-40, d.lgs. n. 81/2015: istituto sul quale il *Jobs Act* è intervenuto prevedendo limiti assai blandi e circoscrivendo la portata delle sanzioni.

La cosa appare evidente se si concentra l'attenzione sul contratto di somministrazione (55), che costituisce il perno dell'istituto.

(52) Tale trasformazione è anche agevolata tramite una riduzione della indennità sanzionatoria prevista dalla legge nel caso in cui i contratti collettivi prevedano l'assunzione, anche a tempo indeterminato, di lavoratori già occupati con contratto a termine nell'ambito di specifiche graduatorie, cfr. art. 28, c. 3, d.lgs. n. 81/2015.

(53) Inps, Osservatorio sul precariato. Dati sui nuovi rapporti di lavoro. Report mensile gennaio-dicembre 2015.

(54) Ancora con l'eccezione dei contributi e l'esclusione del lavoro agricolo, dei contratti di apprendistato e del lavoro domestico, nonché dei lavoratori che abbiamo già usufruito del beneficio.

(55) Rimane fermo peraltro che l'attività di somministrazione come in passato non è libera, ma può essere svolta solo da soggetti autorizzati (vd. art. 30, d.lgs. n.

Due sono le tipologie di limiti oggi previsti al riguardo dal d.lgs. n. 81/2015: 1) limiti quantitativi (le cd. percentuali di contingentamento) e 2) limiti negativi di carattere causale (divieti). Trattandosi di un contratto commerciale che intercorre fra l'agenzia di somministrazione e l'utilizzatore e non coinvolge direttamente il lavoratore, il contratto di somministrazione non è invece soggetto a limiti di durata: può essere stipulato indifferentemente a tempo indeterminato o a termine (art. 30, c. 1), e in questo secondo caso può essere liberamente prorogato o rinnovato (56).

Come nel caso del contratto di lavoro subordinato a termine, anche qui le diverse tipologie di limiti svolgono diverse funzioni. I limiti numerici – che sostituiscono (57) definitivamente quelli causali (58) previsti in

81/2015, che rinvia al d.lgs. n. 276/2003). La somministrazione illecita – o appalto illecito – che si realizza quando chi somministra i lavoratori è privo della prescritta autorizzazione, è ancor oggi soggetta alla sanzione civile della imputazione del rapporto in capo all'utilizzatore. Vd., infatti, l'art. 29, d.lgs. n. 276/2003, c. 3-bis, che prevede: «Quando il contratto di appalto sia stato stipulato in violazione del c. 1, il lavoratore interessato può chiedere, mediante ricorso giudiziale a norma dell'art. 414 c.p.c., notificato anche soltanto al soggetto che ne abbia utilizzato la prestazione, la costituzione di un rapporto di lavoro alle dipendenze di quest'ultimo». Cade viceversa il rinvio contenuto nella norma all'art. 27, c. 2, d.lgs. n. 276/2003, ora abrogato dall'art. 56, c. 1, lett. d, d.lgs. n. 81/2015. Alla sanzione civile si aggiungono poi le sanzioni penali previste dall'art. 18, d.lgs. n. 276/2003.

(56) Non vi sono per questo aspetto differenze rispetto alla regolamentazione precedente posta dall'art. 20, d.lgs. n. 276/2003.

(57) Per la verità, limiti numerici – di carattere eventuale, non fissati dalla legge, ma rimessi alla individuazione dei contratti collettivi di qualunque livello – erano già previsti per la somministrazione a termine dall'art. 20, c. 4, d.lgs. n. 276/2003. I contratti collettivi applicati dall'utilizzatore non di rado sono intervenuti fissando soglie diversificate (dal 5% al 50%) e con diverse modalità (vuoi prevedendo soglie per la sola somministrazione di lavoro, vuoi invece soglie unitarie per la somministrazione e il contratto a termine). Tuttavia, nel precedente impianto i limiti quantitativi hanno giocato un ruolo subalterno rispetto al limite causale, imposto dalla legge e sempre necessario.

(58) Cioè le «ragioni di carattere tecnico, produttivo, organizzativo o sostitutivo, anche se riferibili alla ordinaria attività dell'utilizzatore» (art. 20, c. 4, d.lgs. n. 276/2003), che la giurisprudenza di merito per lungo tempo (vd., ad esempio, T. Treviso 29.4.2011, inedita a quanto consta) ha ritenuto dovessero essere di natura oggettivamente temporanea e che costituivano limite per la stipulazione del contratto di somministrazione a termine. L'elemento della temporaneità delle ragioni tecnico-produttive era stato ritenuto, peraltro, non necessario da una più recente giurisprudenza di legittimità (Cass. 15.7.2011, n. 15610, in *DPL*, 2013, n. 11, 740).

Viceversa, il contratto di somministrazione a tempo indeterminato poteva essere stipulato solo per lo svolgimento di specifiche attività individuate direttamente dalla legge (quali servizi di pulizia, consulenza e assistenza nel settore informatico ecc.) o previste dai contratti collettivi (cfr. art. 20, c. 3, d.lgs. n. 276/2003).

precedenza (59) – sono volti in via di principio ad arginare l'utilizzo della somministrazione di lavoro e, dunque, indurre una quota di assunzioni dirette di lavoratori da parte dell'utilizzatore. Viceversa, i limiti causali negativi (divieti), che sono del tutto analoghi a quelli previsti per il contratto di lavoro subordinato a termine (60), vogliono assicurare tutela ad alcune posizioni fondamentali (per lo più) (61) dei dipendenti diretti dell'utilizzatore.

Senza qui ripetere considerazioni già svolte con riferimento al contratto di lavoro subordinato a termine, si può dunque affermare che i limiti quantitativi, pur con una tecnica diversa rispetto a quelli qualitativi, in astratto ben potrebbero impedire il ricorso alla somministrazione di lavoro

(59) Il legislatore è intervenuto a più riprese sull'impianto originario, allentando progressivamente, in diverse direzioni, i vincoli apposti al contratto di somministrazione: a) vuoi introducendo «causali soggettive», cioè ipotesi in cui il presupposto del contratto di somministrazione era costituito unicamente dalle qualità soggettive personali dei lavoratori destinati a essere somministrati a prescindere dalla regola di giustificazione oggettiva al fine di promuovere l'occupazione (ad es.: i lavoratori iscritti nelle liste di mobilità – vd. art. 20, c. 5-*bis*, d.lgs. n. 276/2003, aggiunto dalla l. n. 191/2009 –; i soggetti svantaggiati, cioè i soggetti disoccupati percettori di indennità di disoccupazione o di ammortizzatori sociali da almeno 6 mesi, e i soggetti «svantaggiati o molto svantaggiati» ai sensi del Reg. Ce n. 800/2008 – cfr. art. 20, c. 5-*ter*, d.lgs. n. 276/2003, aggiunto dal d.lgs. n. 24/2012 –; e infine – per il solo contratto di somministrazione a tempo indeterminato – i lavoratori assunti con contratto di apprendistato, per cui vd. art. 20, c. 3, lett. *i-ter*, d.lgs. n. 276/2003, aggiunto dalla l. n. 92/2012 e poi modificato da d.l. n. 83/2012 convertito in l. n. 134/2012); b) vuoi ampliando progressivamente le ipotesi sottratte a ogni requisito causale, dapprima demandando alla contrattazione collettiva, a ogni livello, il compito di prevedere ipotesi sottratte al requisito di necessaria causalità del contratto di somministrazione, sia con riferimento al contratto di somministrazione a tempo indeterminato che con riferimento al contratto di somministrazione a termine (art. 20, c. 3-*ter*, d.lgs. n. 276/2003, aggiunto dalla l. n. 191/2009; art. 20, c. 4-*quater*, d.lgs. n. 276/2003, aggiunto dal d.lgs. n. 24/2012), e poi – dopo un ambiguo intervento della l. n. 92/2012 – eliminando ogni riferimento all'esigenza di ragioni oggettive, però per la stipulazione del solo contratto di somministrazione a termine (d.l. n. 34/2014, convertito in l. n. 78/2014, che aveva modificato l'art. 20, c. 4, d.lgs. n. 276/2003). Oggi infine il *Jobs Act* elimina la necessità di ogni requisito causale sia per il contratto di somministrazione a termine sia per il contratto di somministrazione a tempo indeterminato. Cfr. Zoli 2015.

(60) Cfr. art. 32, d.lgs. n. 81/2015.

(61) Anche in questo caso fa eccezione il divieto di stipulare il contratto di somministrazione quando l'utilizzatore non abbia effettuato la valutazione dei rischi come prescritto dalla normativa in tema di sicurezza (vd. art. 32, lett. *d*). Questa prescrizione è volta infatti a proteggere la salute sia dei diretti dipendenti dell'utilizzatore, sia dei lavoratori somministrati.

oltre certe soglie e assicurare così la centralità del contratto di lavoro subordinato standard alle dirette dipendenze dell'utilizzatore e anche, ove opportunamente calibrati, del contratto a tempo indeterminato (62).

Che tale obiettivo possa essere raggiunto dipende dalla disciplina concreta di quei limiti e dalle sanzioni previste in caso di violazione.

4.1. — *I limiti quantitativi sono eventuali e presidiati da una sanzione civile depotenziata* — Il d.lgs. n. 81/2015 pone con modalità diverse limiti quantitativi sia al contratto di somministrazione a tempo indeterminato, sia a quello di somministrazione a termine.

Nel caso del contratto di somministrazione a tempo indeterminato, l'individuazione del limite numerico è demandata in via prioritaria ai contratti collettivi di qualunque livello (vd. art. 51) applicati dall'utilizzatore: limite fissato dalla legge solo in via suppletiva, per l'ipotesi in cui il contratto collettivo nulla disponga, nella misura del 20% del numero dei lavoratori a tempo indeterminato in forza presso l'utilizzatore al 1° gennaio dell'anno di stipula del contratto o nel diverso momento dell'anno in cui il contratto di somministrazione venga stipulato (art. 31, c. 1). Nel caso, invece, del contratto di somministrazione a termine – che costituisce peraltro l'ipotesi più diffusa (63) –, la legge non individua alcun tetto, limitandosi a rinviare ai contratti collettivi di qualunque livello (vd. art. 51) applicati dall'utilizzatore. Sono comunque esenti dal limite quantitativo i contratti di somministrazione a termine che prevedano l'invio di lavoratori individuati in base a caratteristiche soggettive che ne denotano la particolare debolezza sul mercato del lavoro (lavoratori iscritti nelle liste di mobilità, disoccupati percettori di trattamenti di disoccupazione o ammortizzatori sociali, lavoratori «svantaggiati» o «particolarmente svantaggiati») (64) (art. 31, c. 2).

Appare evidente, allora, che i limiti quantitativi sono solo eventuali: la contrattazione collettiva può ridurli oppure eliminarli o non prevederli del tutto (65).

(62) Ad es., se venissero imposte dalla legge quote accorpate riferite tanto al numero di contratti di lavoro subordinato a termine quanto al numero di lavoratori utilizzati nell'ambito di contratti di somministrazione.

(63) I lavoratori somministrati a tempo determinato rappresentano il 93,2% del totale dei lavoratori somministrati (Ebitemp, Osservatorio nazionale. Nota congiunturale mensile dicembre 2015; periodo di riferimento ottobre 2015).

(64) Si tratta di categorie di lavoratori già in precedenza escluse dal limite causale posto dall'art. 20, d.lgs. n. 276/2003.

(65) Cfr., per analoghe considerazioni in merito al contratto a termine, il par. 2.2. Certo in via transitoria si può sostenere che continuino a trovare applicazione i limiti quantitativi già fissati dai contratti collettivi in attuazione della disciplina pregressa, an-

Il contratto di somministrazione, in prospettiva, potrebbe quindi in molti casi non soggiacere ad alcun limite quantitativo o a limiti così ampi da non costituire un vincolo reale per l'utilizzatore.

A ciò si aggiunga che il *Jobs Act* è intervenuto depotenziando la sanzione civile già in precedenza prevista per la violazione dei limiti del contratto di somministrazione: la sanzione consiste, oggi come in passato, nella costituzione, a seguito della pronuncia del giudice, di un contratto di lavoro subordinato a tempo indeterminato in capo all'utilizzatore «a far data dall'inizio della somministrazione» (art. 38, c. 2) (66).

Tuttavia, è ora previsto che l'utilizzatore, cui il contratto di lavoro subordinato a tempo indeterminato è imputato *ab origine*, non sia tenuto a corrispondere al lavoratore per tutta la durata del rapporto – come invece richiederebbe l'applicazione delle regole in tema di *mora credendi* (art. 1207, c. 2, c.c.) – le retribuzioni non percepite e i conseguenti contributi agli enti assicurativi e previdenziali.

Al contrario, sulla falsariga di quanto disposto in passato per il contratto di lavoro subordinato a termine (67), il lavoratore ha diritto unicamente a un risarcimento del danno forfettizzato, il cui ammontare è calcolato fra le 2,5 e le 12 mensilità dell'ultima retribuzione per il calcolo del Tfr e determinato dal giudice sulla base dei parametri *ex art.* 8, l. n. 604/1966 (art. 39, c. 2). L'indennità risarcitoria in questione per volontà di legge è da ritenere onnicomprensiva: essa infatti «ristora per intero il pregiudizio subito dal lavoratore [...] relativo al periodo compreso tra la data in cui il lavoratore ha cessato di svolgere la propria attività presso l'utilizzatore e la pronuncia con la quale il giudice ha ordinato la costituzione del rapporto di lavoro» (68) (art. 39, c. 2, ultimo periodo).

che se potranno porsi problemi interpretativi nei casi in cui le soglie occupazionali siano fissate in modo cumulativo per il contratto a termine e per il lavoro somministrato.

(66) Viene inoltre ribadito (vd. già art. 27, d.lgs. n. 276/2003) che, in linea con l'art. 1180 c.c., «tutti i pagamenti effettuati dal somministratore, a titolo retributivo o di contribuzione previdenziale, valgono a liberare il soggetto che ne ha effettivamente utilizzato la prestazione» e anche che «tutti gli atti compiuti o ricevuti dal somministratore nella costituzione e gestione del rapporto, per il periodo durante il quale la somministrazione ha avuto luogo, si intendono come compiuti o ricevuti dal soggetto che ha effettivamente utilizzato la prestazione» (art. 38, c. 3).

(67) Cfr. *supra*, par. 2.3. La norma recepisce un orientamento giurisprudenziale, precedente alla novella, che applicava il regime indennitario forfettizzato previsto per il contratto a termine anche all'ipotesi di somministrazione a termine irregolare, vd., per tutte, Cass. 17.1.2013, n. 1148, in *LG*, 2013, n. 5, 468.

(68) C. cost. 11.11.2011, n. 303, in *GC*, 2011, I, 2768, e, più di recente, C. cost. 27.7.2014, n. 226, in *FI*, 2014, II, 2633 ss.

4.2. — *La reale funzione dei limiti quantitativi* — L'esame della disciplina ha evidenziato che i limiti quantitativi non costituiscono un vero argine all'utilizzo del contratto di somministrazione di lavoro a favore del contratto standard alle dirette dipendenze dell'utilizzatore.

Ma se così stanno le cose, qual è la reale funzione di tali limiti? Due, a parere di chi scrive, sono i dati normativi significativi.

Da una parte, i tetti numerici previsti per il contratto di somministrazione sono individuati dalla legge in modo autonomo rispetto ai limiti percentuali individuati con riferimento alla figura più utilizzata di contratto flessibile: il contratto di lavoro subordinato a termine. Si tratta, dunque, di limiti che si aggiungono e non assorbono quelli quantitativi previsti per quest'ultimo (vd. *supra*, par. 2.2).

D'altra parte, il contratto di lavoro somministrato a termine – che costituisce l'ipotesi più frequente di assunzione del lavoratore somministrato – non è soggetto ai vincoli di durata massima e di rinnovo propri del contratto di lavoro subordinato a termine (69) (vd. art. 34, c. 2), né è stabilito alcun limite di durata complessiva alle missioni dello stesso lavoratore presso lo stesso utilizzatore (70).

Da questi elementi emerge con chiarezza che la nuova disciplina della somministrazione non intende affatto limitare il ricorso a questa forma di lavoro triangolare, quanto piuttosto garantire all'utilizzatore una quota di lavoro flessibile ulteriore, che si aggiunge a quella già assicurata dalla disciplina del contratto di lavoro subordinato a termine.

L'attuale disciplina della somministrazione è deputata, evidentemente, non tanto a restringere, quanto ad ampliare i margini di flessibilità in entrata concessa al datore di lavoro-utilizzatore (71).

(69) Secondo la C. Giust., la Direttiva in materia di contratto di lavoro subordinato a termine (Direttiva n. 99/70/Ce), con i limiti che essa comporta per scongiurare l'abuso di contratti a termine, non si applica al lavoro somministrato a termine soggetto a una direttiva autonoma (Direttiva n. 2008/104/Ce). Cfr. C. Giust. 11.4.2013, C-290/12, *Oreste Della Rocca v. Poste italiane*, con riferimento alla quale cfr.: Siotto 2013, 416; Emiliani 2013, 835.

(70) L'art. 19, c. 1, d.lgs. n. 81/2015, si limita a prevedere che della durata delle missioni si tenga conto ai fini del calcolo della durata massima del contratto di lavoro subordinato a termine, ma nulla dispone circa la durata massima delle missioni.

(71) Viene qui in considerazione una forma di lavoro «doppiamente flessibile», caratterizzata sia dall'essere a termine, sia dal fatto che l'utilizzatore non assume la veste di datore di lavoro e dunque non è titolare dei relativi obblighi che invece fanno capo all'agenzia di somministrazione.

5. — *Il gioco delle convenienze fra somministrazione di lavoro e contratto di lavoro subordinato, a tempo indeterminato e a termine, alle dirette dipendenze del datore di lavoro* — Se, dunque, non esistono effettivi limiti che arginino il ricorso alla somministrazione, la scelta fra questa figura e le altre forme contrattuali che comportano invece l'assunzione diretta del lavoratore è affidata a una pura valutazione delle convenienze normative ed economiche.

Dal punto di vista delle regole, la somministrazione di lavoro è senza dubbio più vantaggiosa sia del contratto di lavoro subordinato a tempo indeterminato che del contratto di lavoro subordinato a termine.

L'utilizzatore, infatti, in conseguenza della struttura triangolare dell'istituto, si limita ad acquistare dall'agenzia di somministrazione «mere prestazioni» di lavoro e non è legato al lavoratore da un contratto di lavoro subordinato, alla cui disciplina protettiva pertanto non soggiace. Ne consegue che l'utilizzatore acquisisce forza lavoro senza doverla selezionare e ne dispone per tutto il periodo previsto dal contratto di somministrazione, a prescindere da eventuali legittime cause di sospensione del rapporto di lavoro, che non incidono sul contratto di somministrazione. Inoltre, il personale somministrato non è computato nell'organico dell'utilizzatore ai fini dell'applicazione di norme di legge o di clausole del contratto collettivo, fatta eccezione per la disciplina protettiva in materia di salute e sicurezza del lavoratore (art. 34, c. 3, d.lgs. n. 81/2015).

Nella comparazione, poi, con il contratto di lavoro subordinato a tempo indeterminato, l'utilizzatore beneficia dell'ulteriore vantaggio di potersi «liberare» del lavoratore inadempiente semplicemente pretendendone la sostituzione da parte dell'agenzia senza dover rispettare la disciplina a tutela del licenziamento. A fronte del contratto di lavoro subordinato a termine, invece, l'utilizzatore può beneficiare dell'attività del lavoratore senza limiti di durata massima: nessun tetto è posto dalla legge per l'ipotesi di missioni successive dello stesso lavoratore presso uno stesso utilizzatore.

Viceversa, sul piano economico, la somministrazione di lavoro è in via di principio più costosa rispetto al contratto di lavoro subordinato alle dirette dipendenze del datore di lavoro. L'utilizzatore, infatti, è tenuto in primo luogo a rimborsare per intero al somministratore gli oneri retributivi e previdenziali da questi effettivamente sostenuti (art. 33, c. 2, d.lgs. n. 81/2015). L'importo della retribuzione dovuta al lavoratore – in applicazione del principio di parità di trattamento – è simile, se non identico (72),

(72) L'art. 35, c. 1, d.lgs. n. 81/2015, si riferisce, infatti, a «condizioni economiche e normative complessivamente non inferiori a quelle dei dipendenti di pari livello dell'utilizzatore».

a quello che l'utilizzatore deve corrispondere ai propri dipendenti di pari livello che svolgano identiche mansioni (art. 35, c. 1, d.lgs. n. 81/2015).

Al costo della retribuzione va poi aggiunto il compenso dovuto dall'utilizzatore all'agenzia di somministrazione per il servizio di selezione del lavoratore e fornitura delle «mere prestazioni» di lavoro.

Inoltre, sul piano contributivo, se il contratto di lavoro somministrato è a termine, trova applicazione anche il contributo addizionale dell'1,4% in generale previsto per il contratto di lavoro subordinato a termine (art. 1, c. 28, l. n. 92/2012), cui deve poi aggiungersi l'ulteriore contributo dovuto agli enti bilaterali per la formazione pari al 4% (art. 12, d.lgs. n. 276/2003) (73).

Il maggior costo della somministrazione di lavoro (74), se messa in comparazione con il contratto di lavoro alle dirette dipendenze del datore di lavoro, sembra spiegare perché la prima copra una percentuale esigua del mercato del lavoro (si calcola, infatti, che essa interessi al momento circa 1,6 % della forza lavoro) (75).

Tale maggior costo dovrebbe essersi notevolmente accentuato in virtù dell'esonero contributivo previsto per i contratti di lavoro subordinato a tempo indeterminato stipulati nel corso del 2015 e poi riconfermato, in misura ridotta, per quelli stipulati nel 2016 (vd. *supra*, par. 3).

Sorprendentemente invece accade l'opposto. I dati parlano, infatti, di un forte incremento della somministrazione (aumentata nel secondo trimestre 2015 in misura pari al 4,1% rispetto al trimestre precedente e al 18,7% rispetto all'anno precedente) (76) dovuto al fatto che le agenzie di somministrazione – in assenza di un apposito divieto – hanno beneficiato dello sgravio contributivo previsto dalla cd. legge di stabilità 2015 per i contratti di lavoro subordinato a tempo indeterminato stipulati nel corso dell'anno (divieto non introdotto neppure dalla cd. legge di stabilità per il 2016).

Nulla impedisce, infatti, che l'agenzia concluda con il lavoratore somministrato un contratto a tempo indeterminato e poi lo invii in missione all'uti-

(73) La riduzione al 2,6% inizialmente prevista dall'art. 2, c. 39, della l. n. 92/2012 è stata soppressa dall'art. 1, c. 136, della successiva l. n. 147/2013.

(74) Si osservi però che, ai sensi dell'art. 26-*bis* della l. n. 196/1997 – tutt'ora in vigore –, i rimborsi degli oneri retributivi e previdenziali devono intendersi non compresi nella base imponibile dell'Iva: vd. Cass. 7.11.2011, n. 23021, S.U., in *FI*, 2011, I, 3281.

(75) La percentuale è tuttavia andata crescendo nel tempo. Si è passati dallo 0,9% nel 2009 all'1,6% nel 2015 (Ebitemp, Osservatorio nazionale. Nota congiunturale mensile dicembre 2015; periodo di riferimento ottobre 2015).

(76) Cfr. Istat 2015.

lizzatore in adempimento di un contratto di somministrazione indifferente-mente a tempo determinato o indeterminato (vd. art. 31, d.lgs. n. 81/2015).

Lo sgravio contributivo ha così permesso alle agenzie di somministrare lavoro a prezzi competitivi rispetto a quelli derivanti dall'assunzione diretta dei lavoratori (soprattutto con contratto di lavoro subordinato a termine).

6. — *Il lavoro accessorio* — Considerazioni non molto diverse a quelle fin qui condotte vanno svolte, infine, per il lavoro accessorio (vd. art. 48, d.lgs. n. 81/2015).

Anche in questo caso, il legislatore delegato (77) interviene per ampliare l'uso dell'istituto (78) – ora disciplinato dagli artt. 48-50, d.lgs. n. 81/2015 (79) – in linea con quanto previsto per le altre forme di lavoro flessibile.

L'unico limite generale oggi previsto per fruire di prestazioni di lavoro accessorio è infatti costituito dall'ammontare del compenso: il lavoratore non può percepire complessivamente compensi superiori a euro 7.000 (annualmente rivalutati) nel corso dell'anno civile. Viene così elevato l'importo in precedenza previsto di euro 5.000 annui.

Fermo il limite generale, nel caso in cui le prestazioni di lavoro siano rese a favore di professionisti o imprenditori, questi ultimi non possono erogare al lavoratore compensi annui superiori a euro 2.000 (anch'essi soggetti a rivalutazione).

Il d.lgs. n. 81/2015 non contempla nessun altro vincolo, né con riferimento alla prestazione di lavoro accessorio in sé (che non soggiace a limiti di tempo, può essere liberamente rinnovata e non deve rivestire il carattere di eccezionalità od occasionalità) (80), né alle tipologie di lavoratori [che possono essere di qualunque genere: disoccupati, inoccupati, pensionati,

(77) L'art. 1, c. 7, lett. *b*, l. n. 183/2014, sul punto demandava al legislatore delegato la «possibilità di estendere, secondo linee coerenti con quanto disposto dalla lettera *a* del presente comma, il ricorso a prestazioni di lavoro accessorio per le attività lavorative discontinue e occasionali nei diversi settori produttivi, fatta salva la piena tracciabilità dei buoni lavoro acquistati, con contestuale rideterminazione contributiva di cui all'art. 72, c. 4, ultimo periodo, del decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276».

(78) Per un approfondito esame della nuova disciplina, anche alla luce della sua evoluzione, cfr.: Tullini 2015, 263; Zilli 2015, 1170. Con riferimento all'evoluzione dell'istituto, vd. inoltre: Pinto 2015a, 791; Marinelli 2012, 221.

(79) L'art. 55, lett. *d*, d.lgs. n. 81/2015, infatti, abroga la precedente disciplina contenuta negli artt. 70-73, d.lgs. n. 276/2003.

(80) Viceversa, l'art. 1, c. 7, legge delega n. 183/2014, individuava il lavoro accessorio con riferimento alle «attività lavorative discontinue e occasionali».

studenti, percettori di misure di sostegno al reddito (81), stranieri] o alle figure di committenti (che possono essere: imprenditori, professionisti, soggetti privati, pubbliche amministrazioni, imprese familiari) e neppure ai settori produttivi, anche se in questo caso specifiche cautele sono previste per alcuni settori economici ritenuti particolarmente a rischio (l'agricoltura, il settore degli appalti, il settore pubblico) (82).

È evidente, dunque, la volontà legislativa di configurare un ulteriore strumento per acquisire forza lavoro flessibile, per di più, come subito si dirà, a costi ridotti.

Il superamento dei limiti di compenso non è soggetto ad alcuna specifica sanzione, non prevista dal d.lgs. n. 81/2015, come del resto dalla disciplina precedente: segnale, questo, della scarsa volontà legislativa di presidiare efficacemente l'istituto.

Al riguardo – esclusa, in assenza di una previsione legislativa *ad hoc*, la sanzione dell'automatica «conversione» *ex lege* del contratto avente a oggetto le «prestazioni di lavoro accessorio» in un contratto di lavoro subordinato a tempo indeterminato –, la soluzione più plausibile, a parere di chi scrive, è quella della qualificazione a opera del giudice del contratto come subordinato o autonomo, con conseguente applicazione della relativa disciplina in termini retributivi e contributivi (ma vd. *amplius infra*, nel testo).

Se i limiti sono blandi e scarsamente presidiati, quali vantaggi offre l'istituto?

Sul piano delle convenienze economiche il lavoro accessorio è estremamente vantaggioso: esso consente al committente di corrispondere al lavoratore un buono (*voucher*), il cui valore nominale – demandato a un decreto ministeriale, è per ora fissato dalla legge in euro 10 – ingloba in sé (in quanto rapportato alla durata oraria della prestazione accessoria: vd. art. 49, c. 1) il compenso orario minimo dovuto al lavoratore (83), i contributi previdenziali a favore della gestione separata dell'Inps (13% del valore

(81) Ai sensi dell'art. 48, c. 2, d.lgs. n. 81/2015, anche i soggetti percettori di indennità previdenziali o di prestazioni di sostegno al reddito possono effettuare prestazioni di lavoro accessorio a favore di qualunque committente e in tutti i settori produttivi. In tal caso, però, essi conservano la possibilità di cumulare per intero le prestazioni integrative con i compensi da lavoro accessorio solo fino all'importo massimo di euro 3.000 (annualmente rivalutato). In tal caso, «l'Inps provvede a sottrarre dalla contribuzione figurativa relativa alle prestazioni integrative del salario o di sostegno al reddito gli accrediti contributivi derivanti dalle prestazioni di lavoro accessorio».

(82) Cfr., per questi aspetti, Tullini 2015, 270.

(83) In conseguenza, il committente deve erogare almeno un *voucher* per ogni ora di lavoro. Nulla vieta peraltro che sia pattuito fra le parti un compenso superiore, cosicché per ogni ora di lavoro venga corrisposto più di un *voucher*.

nominale del buono), i contributi assicurativi a favore dell'Inail (pari al 7% del valore nominale del buono) e il compenso per il servizio erogato dal concessionario (5% del valore del buono).

Le somme percepite dal lavoratore, d'altra parte, sono esenti da qualsiasi imposizione fiscale e ininfluenti rispetto al suo eventuale stato di disoccupazione o inoccupazione (art. 49, c. 4).

Sul piano delle regole, i vantaggi offerti dal lavoro accessorio sono viceversa più incerti, in quanto dipendono dalla sua qualificazione giuridica: l'art. 48, c. 1, d.lgs. n. 81/2015, si limita ad affermare, infatti, che «per prestazioni di lavoro accessorio si intendono attività lavorative che non danno luogo [...] a compensi superiori a...».

Da una parte, il lavoro accessorio è individuato dalla legge unicamente in base all'ammontare del compenso, mentre non è considerato il contenuto della relazione giuridica che lega lavoratore e datore di lavoro-committente. La norma non chiarisce, in altre parole, quale sia la qualificazione giuridica del rapporto nell'ambito del quale le «prestazioni di lavoro accessorio» sono rese, né considerandolo in sé e per sé, né riconducendolo alle figure di lavoro previste dalla legge (lavoro subordinato, lavoro autonomo, «prestazioni organizzate dal committente» ex art. 2, d.lgs. n. 81/2015, lavoro cd. parasubordinato ex art. 409, n. 3, c.p.c.).

Dall'altra, nessun chiarimento deriva dal complesso della disciplina prevista per le «prestazioni di lavoro accessorio», perché il d.lgs. n. 81/2015 non detta alcuna regola *ad hoc*, né richiama quelle previste per il lavoro subordinato o autonomo (84).

Dal tenore letterale delle norme (85) non è chiaro se il lavoro accessorio costituisca una fattispecie ulteriore, che si aggiunge – escludendoli – al contratto di lavoro subordinato e di lavoro autonomo (86), dotata di una disciplina sua propria ed esaustiva (87), oppure configuri una fattispecie trasversale, che si sovrappone – senza escluderle – alle figure del lavoro autonomo e del lavoro subordinato, con la conseguenza che la disciplina protettiva dell'uno o dell'altro (salve le particolari modalità di erogazione del compenso) dovranno comunque trovare applicazione (88).

(84) Per valutazioni di diverso tenore, vd. Pinto 2015b, 682 ss.

(85) Nello stesso senso, vd. circ. Inps 9.7.2009, n. 88; circ. Inps 18.7.2012, n. 18; circ. ministero del Lavoro 18.1.2013, n. 4.

(86) Assecondato da una parte della dottrina nel vigore della precedente disciplina, per questo aspetto identica a quella attuale. Cfr.: Lamberti 2013, 183; Bellomo (2011, 781), che parla di «specifica fattispecie a-contrattuale».

(87) Cfr.: Vallebona 2012, 30; Gambacciani 2010, 410.

(88) Per ulteriori riferimenti dottrinali, vd. Pinto 2015b, 680, e note. In questa prospettiva vd. Trib. Udine, 17.4.2014 in www.cameracivilediudine.it.

Il silenzio del legislatore sul punto – anche in questa fase di riassetto della disciplina – attesta la volontà di creare una nuova figura di lavoro, né autonoma né subordinata, soggetta a una disciplina assolutamente minimale: lettura che, se accolta, rende il lavoro accessorio estremamente conveniente sul piano delle regole rispetto a ogni forma di lavoro subordinato, sia a termine che a tempo indeterminato.

Ma anche ove si ritenga, come chi scrive, che quella lettura vada respinta (89) – in ossequio al principio di indisponibilità del tipo contrattuale affermato a più riprese dalla Corte costituzionale (90) – e che pertanto le «prestazioni di lavoro accessorio» vadano ricondotte vuoi al lavoro subordinato, vuoi al lavoro autonomo (91), l'estrema debolezza di questi lavoratori ben difficilmente consente loro di rivendicare i propri diritti, come del resto testimonia l'insussistenza di qualsivoglia giurisprudenza in materia.

Il lavoro accessorio, dopo l'abrogazione del lavoro a progetto, si candida quindi a costituire una ulteriore valvola di sfogo per acquisire lavoro molto flessibile a costi estremamente ridotti (92).

7. — *L'art. 1, d.lgs. n. 81/2015: una norma che «sa di propaganda»* — In conclusione, appare chiaro che la solenne affermazione dell'art. 1, d.lgs. n. 81/2015, secondo la quale «Il contratto di lavoro subordinato a tempo indeterminato costituisce la forma comune di rapporto di lavoro», non trova alcuna corrispondenza nella concreta disciplina di (alcune) figure di lavoro caratterizzate dalla temporaneità del vincolo, quali: il contratto di lavoro subordinato a termine, la somministrazione di lavoro, il lavoro accessorio. Al contrario.

La complessiva riforma attuata con il *Jobs Act* denota la volontà di porre sullo stesso piano e di rendere intercambiabili il contratto di lavoro subordinato, ormai privo di tutele significative contro il licenziamento, e le forme di lavoro caratterizzate da temporaneità, atteso che i vincoli norma-

(89) Idem, 681 ss., ritiene di inquadrare il lavoro accessorio senz'altro come lavoro subordinato.

(90) C. cost. 29.3.1993, n. 121, *FI*, 1993, I, 2432 ss.; C. cost. 31.3.1994, n. 115, *FI*, 1994, I, 2656 ss., e, più di recente, C. cost. 7.5.2015, n. 76, www.cortecostituzionale.it.

(91) Nonché alle «collaborazioni organizzate dal committente» ex art. 2, d.lgs. n. 81/2015, o alle prestazioni d'opera continuative e coordinate di cui all'art. 409, n. 3, c.p.c.

(92) Pinto (2015b, 695 ss.) sottolinea come questa forma di lavoro si presti ad assecondare le esigenze di quella parte del sistema produttivo che produce beni o servizi a basso valore aggiunto o, comunque, sia destinata al reclutamento di manodopera poco professionalizzata.

tivi previsti per le varie figure disciplinate dal d.lgs. n. 81/2015 sono deboli, aggirabili, poco presidiati e ambigui.

Ne consegue che al datore di lavoro sono lasciati ampi margini di scelta in merito alle modalità con cui acquisire forza lavoro e sulla quantità di lavoro stabile o flessibile da utilizzare nella propria organizzazione.

L'unica leva, in effetti, per promuovere l'uno o l'altro contratto rimane quella degli incentivi economici, e proprio su questo piano il legislatore è intervenuto, prevedendo sostanziosi benefici per il contratto a tempo indeterminato, anche somministrato, a scapito del contratto a termine.

Il senso dell'operazione, a ben vedere, appare però oscuro: nell'attuale scenario normativo, infatti, il contratto a tempo indeterminato – ormai «a tutele crescenti» – non garantisce più la stabilità dell'impiego, dal momento che l'atto di licenziamento, pur privo della prescritta giustificazione (93), risolve comunque il rapporto di lavoro ed espone il datore di lavoro all'unico onere del pagamento di una (non ingente) penale risarcitoria. Prova ne sia il fatto che una parte della dottrina si è spinta a definire il regime del licenziamento applicabile ai «nuovi assunti» come una forma di recesso *ad nutum* (94).

In entrambi i casi il lavoratore è comunque parte di un contratto poco o per nulla presidiato in fase di uscita e dunque «precario», sicché, d'accordo con Umberto Romagnoli, si può affermare che la centralità del contratto di lavoro subordinato a tempo indeterminato proclamata dall'art. 1, d.lgs. n. 81/2015, ha più che altro «il sapore della propaganda» (95).

Riferimenti bibliografici

- Aa.Vv. (2015a), *Jobs Act. Il contratto a tutele crescenti*, a cura di M.T. Carinci, A. Tursi, Giappichelli, Torino.
- Aa.Vv. (2015b), *Contratto a tutele crescenti e Naspi: decreti legislativi 4 marzo 2015, n. 22 e n. 23*, a cura di L. Fiorillo, A. Perulli, Giappichelli, Torino.
- Aa.Vv. (2016), *Commentario breve alla riforma Jobs Act*, a cura di G. Zilio Grandi, M. Biasi, Cedam, Padova.
- Albi P. (2015), *Il rapporto fra contratto a tempo determinato e contratto a tempo indeterminato nella legislazione più recente*, in *DLRI*, n. 4, 625 ss.

(93) La reintegrazione, viceversa, è prevista per le sole ipotesi: di nullità dell'atto di licenziamento (art. 2, d.lgs. n. 23/2015) e nelle imprese di maggiori dimensioni di «insussistenza del fatto materiale contestato» (art. 3, c. 2, d.lgs. n. 23/2015).

(94) Cester 2015b, 78; De Luca 2015, 8.

(95) Romagnoli 2015, 236.

- Alessi C. (2015a), *Il lavoro a tempo determinato dopo il d.lgs. 81/2015*, in G. Zilio Grandi, M. Biasi (a cura di), *Commentario breve alla riforma «Jobs Act»*, Cedam, Padova, 19 ss.
- Alessi C. (2015b), *Il sistema «acausale» di apposizione del termine e di ricorso alla somministrazione: come cambia il controllo sulla flessibilità*, in *GDLRI*, n. 4, 597 ss.
- Bellomo S. (2011), *Le prestazioni di tipo accessorio tra occasionalità atipicità e «rilevanza fattuale»*, in *Studi in onore di Tiziano Treu. Lavoro, istituzioni, cambiamento sociale*, Jovene, Napoli, vol. II, 771 ss.
- Bellomo S. (2016), *La «forma comune» tra il Jobs Act e i principi costituzionali*, Atti del XI Seminario di Bertinoro-Bologna, sul tema «Jobs Act: un primo bilancio» (Bologna 22-23 ottobre 2015), *Adapt labour studies, e-book series*, n. 54, 209 ss.
- Cester C. (2015a), *Il neotipo e il prototipo: precarietà e stabilità*, Relazione al convegno di Pisa (3-4 dicembre 2015), p. 4 del dattiloscritto.
- Cester C. (2015b), *I licenziamenti nel Jobs Act*, in *W.P. Csdle «Massimo D'Antona».IT*, n. 273, 78 ss.
- Ciucciiovino S. (2015), *Il sistema sanzionatorio del contratto a termine e della somministrazione di lavoro dopo il Jobs Act*, in *GDLRI*, n. 4, 611 ss.
- de Angelis L. (2016), *Giudice del lavoro e recenti riforme: considerazioni sparse*, in *q. Riv.*, n. 2, I, 393 ss.
- De Luca M. (2015), *Tre parole del legislatore non bastano per la rivoluzione copernicana promessa: il Jobs Act alla prova della giurisprudenza*, in *W.P. Csdle «Massimo D'Antona».IT*, n. 281, 3 ss.
- Emiliani S.P. (2013), *Il lavoratore somministrato «in quanto tale», quale figura emblematica del «terzo capitalismo»*, in *DRI*, n. 3, 835 ss.
- Gambacciani M. (2010), *La complessa evoluzione del lavoro accessorio*, in *ADL*, n. 2, I, 392 ss.
- Ghezzi G. (1965), *La mora del creditore nel rapporto di lavoro*, Giuffrè, Milano.
- Istat (2015), *Il mercato del lavoro, II trimestre 2015*, in *www.istat.it*.
- Lamberti M. (2013), *Il lavoro occasionale accessorio*, in M. Cinelli *et al.* (a cura di), *Il nuovo mercato del lavoro*, Giappichelli, Torino, 183 ss.
- Lassandari A. (2015), *L'ordinamento perduto*, in *RCDL*, n. 1, 63 ss.
- Leccese V. (2014), *La compatibilità della nuova disciplina del contratto di lavoro a tempo determinato con la Direttiva n. 99/70*, in *q. Riv.*, n. 4, I, 709 ss.
- Ludovico G. (2015), *Il contratto a tutele crescenti. Il gioco delle convenienze giuridiche rispetto ai contratti atipici*, in M.T. Carinci, A. Tursi (a cura di), *Jobs Act. Il contratto a tutele crescenti*, Giappichelli Torino, 217 ss.
- Marinelli F. (2012), *Il paradosso del lavoro occasionale di tipo accessorio*, in L. Nogler, L. Corazza (a cura di), *Risistemare il diritto del lavoro. Liber amicorum Marcello Pedrazzoli*, Franco Angeli, Milano, 221 ss.
- Mengoni L. (1954), *In tema di «mora credendi» nel rapporto di lavoro*, in *Temi*, 570 ss.
- Perulli A. (2015), *Il contratto a tempo indeterminato è la forma comune dei rapporti di lavoro*, in L. Fiorillo, A. Perulli (a cura di), *Tipologie contrattuali e disciplina delle mansioni. Decreto legislativo 15 giugno 2015, n. 81*, Giappichelli, Torino, 1 ss.

- Pinto V. (2015a), *Le metamorfosi del lavoro accessorio*, in *Studi in memoria di Mario Giovanni Garofalo*, Cacucci, Bari, vol. II, 789 ss.
- Pinto V. (2015b), *Il lavoro accessorio tra vecchi e nuovi problemi*, in *LD*, n. 4, 679 ss.
- Pizzoferrato A. (2014), *Il contratto a termine dopo il Jobs Act – atto I: l'insostenibile ruolo derogatorio libero della contrattazione collettiva*, in F. Carinci (a cura di), *La politica del lavoro del governo Renzi*, Adapt labour studies, e-book series, n. 40, 209 ss.
- Romagnoli U. (2015), *L'irresistibile ascesa della licenza di licenziare*, in *RCDL*, n. 2, 236 ss.
- Siotto F. (2013), *Somministrazione di lavoro a termine. Per la Corte di Giustizia «questa o quella pari (non) sono»*, in *q. Riv.*, n. 3, II, 415 ss.
- Speziale V. (1992), *Mora del creditore e contratto di lavoro*, Cacucci, Bari.
- Speziale V. (2016), voce *Lavoro a termine*, in *ED, Annali*, vol. IX.
- Treu T. (1968), *Onerosità e correttezza nel rapporto di lavoro*, Cedam, Padova.
- Tullini P. (2015), *Il Lavoro accessorio*, in L. Fiorillo, A. Perulli (a cura di), *Tipologie contrattuali e disciplina delle mansioni*, Giappichelli, Torino, 263 ss.
- Vallebona A. (2012), *La riforma del lavoro 2012*, Giappichelli, Torino.
- Zilli A. (2015), *Accessorio a chi? Lavorare per voucher dopo il d.lgs. n. 81/2015*, in *LG*, n. 12, 1170 ss.
- Zoli C. (2015), *La somministrazione di lavoro dal Pacchetto Treu al decreto Poletti: un lungo percorso sulla via della liberalizzazione*, in F. Carinci (a cura di), *La politica del lavoro del governo Renzi*, Atti del X Seminario di Bertinoro (Bologna, 23-24 ottobre 2014), Adapt labour studies, e-book series, n. 40, 242 ss.

ABSTRACT

Il saggio analizza uno degli ultimi decreti attuativi del cd. Jobs Act, mettendo in luce come il gioco delle convenienze tra contratto di lavoro a tempo indeterminato a tutele crescenti e le altre figure di lavoro caratterizzate dalla temporaneità del vincolo (quali, in particolare: il contratto a termine, la somministrazione di lavoro e il lavoro accessorio) non sia in realtà sbilanciato a favore del primo, come invece affermato dallo stesso decreto n. 81/2015.

IS IT THE INDEFINITE CONTRACT FOR REAL THE «RULE»?

THE INDEFINITE CONTRACT WITH INCREASING PROTECTION *VERSUS* THE FIXED-TERM CONTRACT, THE TEMPORARY EMPLOYMENT CONTRACT AND THE ACCESSORY WORK

The essay deals with the legislative decree no. 81/2015, showing how, despite what the law-maker says, the balance between the indefinite contract with increasing protection and the other forms of flexible work (such as: the fixed-term contract, the temporary employment contract and the accessory work) is not really shifted in favour of the former.

Vito Pinto (*)

LA FLESSIBILITÀ FUNZIONALE E I POTERI DEL DATORE DI LAVORO.
PRIME CONSIDERAZIONI SUI DECRETI ATTUATIVI
DEL *JOBS ACT* E SUL LAVORO AGILE (**)

SOMMARIO: 1. La flessibilità funzionale nella riforma. — 2. Gli strumenti necessari a rendere la prestazione e i perduranti limiti all'acquisizione di informazioni. — 3. La variazione unilaterale delle mansioni. — 4. Il tempo della prestazione nei rapporti a orario ridotto. — 5. La prospettiva *de iure condendo* e lo *smart working*. Alcune conclusioni.

1. — *La flessibilità funzionale nella riforma* — Uno dei tratti di novità della riforma operata dalla legge 10 dicembre 2014, n. 183, e dai successivi decreti delegati è l'aver ampliato i margini di autonomia organizzativa di cui gode il datore di lavoro e, quindi, l'aver incrementato la cd. flessibilità funzionale, qui stipulativamente intesa come il potenziale di adattabilità di una struttura operativa ai mutamenti qualitativi e quantitativi dei flussi produttivi (1). Con l'unica eccezione rappresentata dal recepimento della Direttiva in materia di orario di lavoro (2), infatti, la legislazione dell'ultimo quindicennio è intervenuta dapprima soltanto sulla cd. flessibilità in entrata e, nel 2012 con la novella dell'art. 18 St. lav., anche su quella cd. in uscita (3).

Il legislatore, pertanto, ha rimodulato l'equilibrio esistente tra le posizioni di chi, nell'esercizio della propria attività organizzativa, mira alla va-

(*) Professore associato di Diritto del lavoro presso l'Università di Bari «Aldo Moro».

(**) Il saggio è destinato agli *Scritti in onore di Raffaele De Luca Tamajo*.

(1) La flessibilità funzionale come intesa in questa sede, quindi, è la risultante di fattori sia giuridici (quali la variabilità dei compiti dei dipendenti o delle coordinate spazio-temporali delle prestazioni lavorative), sia extragiuridici. Tra questi ultimi, si pensi alle capacità gestionali del datore di lavoro (ad esempio, di programmare e di gestire una distribuzione multiperiodale degli orari di lavoro, di riallocare in modo efficiente le mansioni tra i propri lavoratori e così via) o al livello di istruzione e di formazione professionale dei lavoratori.

(2) In termini, già Carabelli 2004, 5; vd. anche Allamprese 2007, 341. Per approfondimenti, anche bibliografici, sul recepimento della direttiva, vd. Ferrante 2014.

(3) Ghera (2013, 689), il quale, condivisibilmente, individua nella l. n. 196/1997 l'inizio del processo di flessibilizzazione.

lorizzazione dell'efficienza produttiva e di chi, in conseguenza della sottoscrizione di un contratto di lavoro subordinato, è parte integrante di un'organizzazione di lavoro. Una restituzione di «quote di potere gestionale» (4) che, proprio perché operata direttamente dal legislatore, segna un cambio di passo anche rispetto a quella resa possibile dall'art. 8, d.l. n. 138/2011, attraverso la mediazione dei contratti collettivi di prossimità.

Sulla portata del cambiamento in corso, però, è bene intendersi.

L'impatto del moto riformatore sulla flessibilità funzionale appare minore di quello prodotto in altri ambiti, a iniziare proprio da quello della flessibilità in uscita (5). Le più recenti discipline dei licenziamenti, in effetti, realizzano un profondo ripensamento degli equilibri interni a «quell'indirizzo di progressiva garanzia del diritto al lavoro previsto dagli artt. 4 e 35 della Costituzione» (6). Nel caso delle regole in materia di flessibilità funzionale, invece, non pare che il legislatore realizzi un bilanciamento *qualitativamente* diverso rispetto al passato tra la libertà di iniziativa economica e la concorrente tutela della libertà e della dignità umana o, se si preferisce, un nuovo equilibrio all'interno della direttiva costituzionale che impegna la Repubblica a tutelare il lavoro in vista della realizzazione di un'uguaglianza sostanziale.

L'impressione è che il legislatore, fermo un innegabile orientamento favorevole alle istanze datoriali (7), non segua una ben definita linea di politica legislativa in materia di flessibilità funzionale. Accade così che, allorché riforma gli assetti giuridici preesistenti, esso operi per lo più un «aggiustamento» degli stessi in quelle parti in cui maggiore è stato l'attrito con la realtà (spesso attestato da significativi contrasti giurisprudenziali) (8); del re-

(4) Cfr. Del Punta (2016b, 369), secondo il quale ciò sarebbe avvenuto «in ragione dello stato di necessità economico e occupazionale» in cui versa l'Italia.

(5) È soprattutto la riforma dei licenziamenti, del resto, ad aver alimentato il dibattito in ordine ai mutamenti in corso nel diritto del lavoro; vd., di recente, le opposte opinioni di: Perulli 2015, 3; Perulli 2016, 17; Romagnoli 2016, 3; Mariucci 2016, 131.

(6) Indirizzo che, come ha precisato la Corte costituzionale, non ha un «unico possibile paradigma attuativo» (sent. n. 46/2000, *Considerazioni in diritto*, par. 5).

(7) La cifra del riformismo renziano essendo, secondo Del Punta (2016b, 370), l'«*investimento strategico sulle imprese*, delle quali è stato consacrato, senza più timidezze [...] il ruolo insostituibile», e la conseguente decisione di confrontarsi «con i problemi della produzione della ricchezza, oltre che con quelli della sua distribuzione».

(8) Il termine «aggiustamento» è utilizzato nel documento di Confindustria «Proposte per il mercato del lavoro e per la contrattazione» del 22 maggio 2014, esplicitamente redatto per influenzare l'*iter* della legge n. 183/2014, e con il quale l'associazione datoriale ha sollecitato il Governo a porre le condizioni per un miglioramento della produttività rendendo «più flessibile, anche attraverso la contrattazione col-

sto, uno dei principi direttivi in materia di riordino delle tipologie negoziali (e dunque, per quanto qui interessa, del *part-time*) impegnava esplicitamente il Governo a «eliminare duplicazioni normative e difficoltà interpretative e applicative» (9). Allorché si tratta, poi, di disciplinare per la prima volta un dato fenomeno, l'assenza di un'attenta analisi delle questioni da regolare si manifesta in tutta la sua gravità, potendo determinare un uso poco accorto e consapevole dello stesso strumento legislativo e, come si mostrerà con riferimento al d.d.l. S-2233 in tema di *smart working*, addirittura effetti contrari a quelli auspicati.

Si può discutere, peraltro, quale sia la radice delle differenze *qualitative*, prima segnalate, tra le discipline in tema di flessibilità in uscita e quelle relative alla flessibilità funzionale. Orbene, una possibile spiegazione può essere rintracciata nel fatto che, nel secondo caso, il Governo era autonomo e svincolato da specifiche prescrizioni di *policy* provenienti dal livello sovranazionale (10); cosa che, a sua volta, può essere adeguatamente compresa se si considera che le istituzioni dell'Ue – pur condividendo l'approccio che fonda il comportamento aggregato dell'economia su quello dei singoli agenti – ritengono risolvibili i problemi di produttività dei sistemi economici operando esclusivamente sul piano delle motivazioni del lavoratore (11).

È accaduto, insomma, che il Governo, dovendo comunque provare a influenzare positivamente il tasso di crescita della produttività (obiettivo, questo sì, sollecitato dalla Ue) (12) e sollecitato dalle parti datoriali a intervenire nella materia dell'organizzazione del lavoro, non abbia avuto a disposizione «linee guida» o suggerimenti di politica economica *mainstream* e, di conseguenza, abbia seguito un approccio regolativo «ideologico» po-

lettiva, la definizione della nozione di equivalenza delle mansioni» e «aggiornando» la disciplina dei controlli a distanza (p. 8).

(9) Vd. l'art. 1, c. 7, lett. i, l. n. 183/2014.

(10) Vd., da quando è stato istituito il Semestre europeo di coordinamento delle politiche economiche e di bilancio, le Raccomandazioni del Consiglio del 12 luglio 2011 (2011/C 215/02), nn. 2 e 3; del 10 luglio 2012 (2012/C 219/14), nn. 3 e 4; del 9 luglio 2013 (2013/C 217/11), nn. 4 e 5; dell'8 luglio 2014 (2014/C 247/11), nn. 5 e 6; e, infine, del 14 luglio 2015 (2015/C 272/16), n. 5.

(11) Secondo questo approccio, un incremento del rendimento del lavoro deriverebbe dall'adozione di forme di remunerazione che incentivino l'intensificazione dello sforzo lavorativo (per approcci alternativi, vd., tra gli altri, Costabile 2009, 177 e 200) oppure dalla riduzione dei vincoli per i licenziamenti al fine di disincentivare comportamenti opportunistici del lavoratore, quali il risparmio di energie psico-fisiche (il riferimento d'obbligo è al pionieristico, seppure non condivisibile, studio di Shapiro, Stiglitz 1984).

(12) Da ultimo, vd. Commissione europea, *Relazione per paese relativa all'Italia 2016*, Swd(2016)81 final del 26 febbraio 2016.

nendo in essere una serie di interventi legislativi il cui unico tratto unificante è un generico orientamento *pro-business*. Con quali esiti sarà mostrato nelle pagine che seguono.

2. — *Gli strumenti necessari a rendere la prestazione e i perduranti limiti all'acquisizione di informazioni* — Nella prospettiva della flessibilità funzionale, il primo tema che viene in evidenza attiene a quella particolare manifestazione della posizione creditoria che consiste nell'assegnare al debitore gli strumenti necessari all'adempimento (13). Dopo la riforma, come è noto, il potere del datore di lavoro di scegliere gli «strumenti» che devono essere «utilizzati dal lavoratore per rendere la prestazione lavorativa» è sottratto a qualsiasi condizionamento – di carattere collettivo ovvero amministrativo – anche quando, come normalmente accade allo stato attuale del progresso tecnico, essi incorporano funzionalità tali da permettere la registrazione continua di una grande varietà di dati (14).

Questa norma è certamente più significativa, in termini di flessibilità funzionale, della disciplina relativa alle condizioni in presenza delle quali è possibile installare legittimamente «gli impianti audiovisivi e gli altri strumenti dai quali derivi anche la possibilità di controllo a distanza dell'attività dei lavoratori», rimasta pressoché inalterata (15). Essa, infatti, affronta un problema notevole, emerso a partire dagli anni ottanta del secolo scorso e via via amplificatosi in conseguenza della diffusione dei computer e delle tecnologie cd. dell'informazione. Fin dall'origine era apparso chiaro che questi strumenti di produzione, pur non preordinati alla sorveglianza del lavoro, avrebbero enormemente ampliato «le possibilità, per il datore di lavoro, di acquisire elementi di conoscenza sull'organizzazione produttiva e, di conseguenza, sull'attività svolta dai singoli lavoratori» in ragione dell'enorme capacità di memorizzare le caratteristiche (temporali, qualitative, quantitative) delle operazioni con gli stessi poste in essere (16). Di qui il

(13) In termini, Marazza 2016, 12.

(14) Art. 4, c. 2, l. n. 300/1970, come sostituito dall'art. 23, d.lgs. 14 settembre 2015, n. 151. La medesima disciplina degli «strumenti di lavoro» è applicabile anche agli «strumenti di registrazione degli accessi e delle presenze», di cui però non ci si occuperà in questa sede.

(15) Anche l'inclusione delle esigenze di «tutela del patrimonio aziendale» tra quelle legittimanti l'installazione degli impianti di videosorveglianza, infatti, non costituisce una vera e propria novità normativa, posto che esse – essendo riconducibili al più ampio *genus* delle «esigenze organizzative» – già la legittimavano in passato.

(16) Così, ad esempio, Liso (1986, 379) che nella stessa occasione annotava come l'introduzione dei computer segnasse inevitabilmente uno «spostamento di potere a favore della direzione» aziendale.

dilemma, probabilmente irrisolvibile in via interpretativa, relativo alla necessità o meno che anche l'introduzione di simili strumenti fosse preceduta dall'accordo sindacale ovvero, in mancanza di questo, dall'autorizzazione amministrativa (17). Una soluzione appagante non è stata possibile neppure allorché è entrata in vigore una regola specifica per le «attrezzature» munite di videoterminale, ossia dotate di «uno schermo alfanumerico o grafico» (qualunque sia il «tipo di procedimento di visualizzazione utilizzato») (18). Tale disposizione, pur inserita in un provvedimento legislativo orientato alla tutela della salute e della sicurezza nei luoghi di lavoro, vincola tuttora il datore di lavoro ad adottare un software di uso «facile» e «adeguato al livello di conoscenza e di esperienza» del lavoratore ma, soprattutto, a non installare nell'attrezzatura alcuna funzionalità o «dispositivo di controllo quantitativo o qualitativo [...] all'insaputa dei lavoratori» (19). Né, a quanto è dato intendere, il problema ha trovato soluzioni pratiche diffuse mediante la stipulazione dei contratti collettivi di prossimità.

Sta di fatto che la legge n. 183/2014 ha delegato il Governo a rivedere la «disciplina dei controlli a distanza sugli impianti e sugli strumenti di lavoro, tenendo conto dell'evoluzione tecnologica e temperando le esigenze produttive e organizzative dell'impresa con la tutela della dignità e della riservatezza del lavoratore» (20).

Il punto di equilibrio è stato individuato coniugando, appunto, la piena libertà del datore di lavoro di organizzare il processo produttivo con una restrizione, la cui portata effettiva sarà precisata a breve, delle possibilità di «utilizzo» dei dati di cui egli sia entrato in possesso. Riprendendo il principio di trasparenza già fissato per i videoterminalisti, quindi, il legislatore stabilisce che le informazioni raccolte mediante gli strumenti di lavoro «sono utilizzabili a tutti i fini connessi al rapporto di lavoro a condizione che sia data al lavoratore adeguata informazio-

(17) Impossibile dare conto in questa sede delle molteplici riflessioni che i giuslavoristi hanno sviluppato nel tempo su una materia così articolata. Per approfondimenti precedenti alla riforma e per riferimenti bibliografici, vd. Levi 2013, Trojsi 2013, Sitzia 2013.

(18) Così l'art. 173, c. 1, lett. *a*, d.lgs. n. 81/2008.

(19) Cfr. il combinato disposto dell'art. 174, c. 3, e dell'allegato n. 34, par. 3, lett. *b*, d.lgs. n. 81/2008.

(20) Così l'art. 1, c. 7, lett. *f*. Un intervento legislativo in questa materia era stato più volte auspicato anche in dottrina (ad esempio, da Tullini 2009, 347, e da Zoli 2009, 502). Per un'esposizione delle ragioni che hanno orientato il legislatore, particolarmente significativa perché compiuta da uno dei consulenti del ministero del Lavoro, vd. Del Punta 2016a, 77.

ne delle modalità d'uso degli strumenti e di effettuazione dei controlli» (21). Nelle intenzioni del legislatore, poi, la nuova disciplina del trattamento dei dati personali dovrebbe essere completata – in via sussidiaria e residuale – dalle previsioni del d.lgs. 30 giugno 2003, n. 196 (il cd. Codice della privacy) (22).

Evidentemente, essendo strutturata come eccezione a una regola generale, la norma deve avere un campo di applicazione rigorosamente circoscritto e, di conseguenza, la nozione di «strumenti di lavoro» su cui essa è incentrata dovrà essere intesa in senso ristretto. Essa, in sintesi, dovrà essere intesa come comprensiva soltanto dei beni, materiali (quali le attrezzature) o immateriali (quali i programmi informatici), assegnati dal datore di lavoro al lavoratore e della cui funzionalità quest'ultimo non può fare a meno per eseguire correttamente la prestazione lavorativa (23). Ma ciò nonostante, la novità è significativa perché, dal punto di vista empirico, strumenti di lavoro quali computer, *tablet* e *smartphone* sono ormai diffusissimi. Questa premessa è importante se ci si interroga sulla portata della novella in termini di flessibilità funzionale.

Altrettanto rilevante, nella stessa prospettiva, è evitare di esaltare il tenore testuale delle previsioni e di concludere, su questa base, che esse amplino significativamente le prerogative proprie del datore di lavoro. In proposito, si può certo convenire che questa fosse l'intenzione del legislatore storico, ma un inquadramento sistematico della nuova disciplina permette di giungere a conclusioni almeno parzialmente diverse. Anche in questo caso, infatti, l'orientamento pragmatico dell'iniziativa legislativa, ovvero la polarizzazione dell'attenzione verso la riformulazione di singoli disposti normativi, ha impedito di incidere in modo davvero significativo sugli assetti giuridici preesistenti.

Procedendo con ordine, si deve anzitutto escludere che la nuova disciplina degli strumenti di lavoro possa legittimare la sorveglianza impersonale e

(21) Vd. l'art. 4, c. 3, l. n. 300/1970.

(22) Così l'ultimo periodo del comma 3 dell'art. 4, legge n. 300/1970. Ma vd. anche l'art. 114, d.lgs. n. 196/2003, il quale, con riferimento al «controllo a distanza», stabilisce che resta «fermo quanto disposto dall'articolo 4 della legge 20 maggio 1970, n. 300» (e nel caso di specie, appunto, le regole specifiche dettate dal comma 3 di quest'ultima previsione normativa). Nel senso di cui al testo, vd. anche Maresca 2016.

(23) In termini, Del Punta 2016a, 101. Secondo il ministero del Lavoro (che ha espresso la propria posizione in un comunicato stampa del 18 giugno 2015), l'accordo e l'autorizzazione non servono se, e nella misura in cui, i dati sono raccolti utilizzando le normali funzionalità degli apparecchi forniti in dotazione, appunto, per rendere la prestazione e non inserendo specifici sistemi modificativi dei dispositivi, finalizzati al controllo personale del lavoratore.

continua sull'esecuzione del lavoro (24). In tal senso depongono, infatti, sia l'obbligo per il datore di lavoro di comunicare ai lavoratori interessati i nominativi e le mansioni specifiche del personale addetto alla vigilanza dell'attività lavorativa (25), sia le condizioni tuttora previste affinché possano essere legittimamente installati impianti «dai quali derivi anche la possibilità di controllo a distanza dell'attività dei lavoratori» (26). Questa ricostruzione dell'assetto normativo, peraltro, è perfettamente coerente con quanto raccomandato dal Comitato dei ministri del Consiglio d'Europa (27).

In secondo luogo, è necessario riconsiderare adeguatamente quanto previsto dal combinato disposto dei commi 2 e 3 dell'art. 4 St. lav., il quale sembra consentire liberamente e senza alcun limite la raccolta, cioè la registrazione e la memorizzazione, e la conservazione dei dati a mezzo degli strumenti anzidetti, assoggettando a restrizioni, invece, la sola «utilizzazione» degli stessi. Se così fosse, si tratterebbe di una regola ben diversa da quanto previsto dal cd. Codice della privacy, il quale dispone in via generale che i dati devono essere «raccolti e registrati per scopi determinati, espliciti e legittimi, e utilizzati in altre operazioni del trattamento in termini compatibili con tali scopi» (28); circostanza da cui dipende l'applicazione di un altro principio, ai sensi del quale i dati registrati devono essere «pertinenti, completi e non eccedenti rispetto alle finalità per le quali sono raccolti o successivamente trattati» (29). Il condizionale, peraltro, è d'obbligo posto che entrambe le regole da ultimo ricordate costituiscono «recepimento» di quanto previsto dalla Direttiva n. 95/46/Ce (e segnatamente dall'art. 6, par. 1, lett. *b* e *c*), e non pare sussistano buone ragioni per soste-

(24) Lanotte (2016, 38) ritiene «anacronistica» la questione. In dottrina, comunque, prevale l'opinione contraria a quella esposta in testo: vd. Dagnino 2015, 993; Salimbeni 2015, 607; Bellavista 2016, 720 e 728; Santoro Passarelli 2016, 26; Timellini 2016, 115.

(25) Obbligo imposto dall'art. 3 St. lav.

(26) Condizioni riformulate, ma non eliminate, dall'art. 4, c. 1, St. lav., nel testo vigente, e che avrebbero ben poco senso in un quadro normativo che consentisse al datore di lavoro la sorveglianza sul lavoro direttamente attraverso la strumentazione di lavoro.

(27) Vd., in particolare, il par. 15.1 della Raccomandazione CM/Rec(2015)5 sul «trattamento di dati personali nel contesto occupazionale» adottata dal Comitato dei ministri il 1° aprile 2015. L'iniziativa è stata assunta per rispondere alla necessità di adattare alle specificità del lavoro subordinato i principi in materia di «protezione delle persone rispetto al trattamento automatizzato dei dati personali» contenuti nella Convenzione di Strasburgo n. 108/1981 (la cui ratifica da parte dell'Italia è stata autorizzata dalla l. 21 febbraio 1989, n. 98). Sul tema, vd. anche Ficari 2016, 89-90.

(28) Così l'art. 11, c. 1, lett. *b*, d.lgs. n. 196/2003.

(29) Vd. l'art. 11, c. 1, lett. *d*, d.lgs. n. 196/2003.

nere che i dati relativi all'esecuzione della prestazione lavorativa siano sottratti al campo di applicazione della direttiva (30). Orbene, se queste ultime considerazioni sono corrette, si dovrà convenire con il Garante della privacy sulla necessità di procedere a «un'interpretazione "adeguatrice" del comma 3 del nuovo articolo 4» della legge n. 300/1970 (31). In concreto, al fine di restaurare il principio di «necessaria determinatezza, legittimità ed esplicitazione del fine perseguito dal trattamento», appare necessario interpretare la previsione nel senso che l'informativa predisposta dal datore di lavoro dovrà individuare con precisione le finalità in vista delle quali è stata prevista la registrazione dei dati. Dallo scopo perseguito, infatti, dipendono le valutazioni in ordine alla necessità della registrazione (essendo inadeguata ogni iniziativa), alla pertinenza e non eccedenza delle informazioni che si intendono memorizzare e alla correttezza del trattamento (ad esempio, in termini di tempi di conservazione dei dati raccolti). Così, ad esempio, una specifica esigenza di organizzazione della logistica può richiedere l'installazione di un sistema di localizzazione dei veicoli. Questa finalità dovrà essere indicata nell'informativa, insieme alla precisazione dei dati che saranno registrati (oltre all'ubicazione del veicolo, sempre a titolo esemplificativo, i tempi di percorrenza o la velocità media del veicolo) e al periodo di conservazione degli stessi. Saranno poi il giudice o il Garante della privacy (*ex art. 145, d.lgs. n. 196/2003*) a sindacare se il trattamento è avvenuto in modo corretto o meno. A ogni modo, qualsiasi registrazione o trattamento che non sia funzionale allo scopo dichiaratamente perseguito dovrà intendersi come lesivo della dignità del lavoratore.

Se si concorda con questa posizione, cioè se si conviene che il datore di lavoro non è mai libero di raccogliere e conservare dati neppure attraverso i dispositivi di lavoro, è possibile dare una collocazione concettuale appropriata e una spiegazione plausibile anche a quella parte della previsione che, testualmente, onera il datore di lavoro di informare il lavoratore circa le «modalità d'uso degli strumenti e di effettuazione dei controlli». È prescritto, infatti, che il datore di lavoro che intenda verificare l'esistenza o meno

(30) Cfr. Giubboni 2012, 86. Incidentalmente, si consideri che la Direttiva n. 95/46/Ce è destinata a essere sostituita dal Regolamento (Ue) n. 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 27.4.2016, a far data dal 25 maggio 2018.

(31) Cfr. quanto dallo stesso sostenuto già nel corso delle Audizioni sugli schemi di decreti legislativi attuativi del cd. *Jobs Act* presso la Commissione lavoro della Camera dei deputati (9 luglio 2015) e la Commissione lavoro del Senato (14 luglio 2015): par. 2, lett. e, del testo pubblicato in <http://www.garanteprivacy.it/web/guest/home/docweb/-/docweb-display/docweb/4119045>. Vd. anche: Maio 2015, 1209-1210; Calafà 2016, 140-141.

di eventuali abusi debba preventivamente definire e comunicare al lavoratore in modo chiaro e particolareggiato sia le «modalità d'uso degli strumenti», così da prevenire un utilizzo degli stessi improprio ma inconsapevole, sia il tipo e la tempistica dei controlli diretti ad accertare il concreto impiego degli stessi, per evitare l'acquisizione preterintenzionale di informazioni non pertinenti (32). Orbene, è evidente come un'informativa di questo contenuto abbia senso solo in situazioni in cui sia in gioco l'interesse «difensivo» del datore di lavoro a un corretto impiego della strumentazione fornita in dotazione al lavoratore e come, di conseguenza, la relativa regola sia stata dettata con riferimento non ai dispositivi di produzione (anch'essi ormai in grado di registrare un'ampia gamma di dati), ma soltanto per quegli «strumenti di comunicazione» – quali internet, posta elettronica, *Skype* e simili – per i quali è possibile un uso anche personale.

Sempre al fine di stabilire la reale portata della riforma in termini di incremento della flessibilità funzionale, è necessario stabilire l'esatto significato della previsione che dall'adempimento degli oneri di informazione (con tutta la precisazione appena proposta) fa derivare l'utilizzabilità dei dati raccolti «a tutti i fini connessi al rapporto di lavoro». La questione si pone proprio perché anche nel nuovo assetto normativo, come innanzi è stato argomentato, il legislatore non può differenziare le regole che legittimano la raccolta dei dati da quelle che permettono una lecita utilizzazione degli stessi. Nella prospettiva qui delineata, in altri termini, il comma 3 dell'art. 4 St. lav. andrebbe interpretato come se fosse così formulato: «Il trattamento delle informazioni raccolte ai sensi dei commi 1 e 2 è ammesso a tutti i fini connessi al rapporto di lavoro a condizione che sia data al lavoratore adeguata informazione delle finalità perseguite e nel rispetto di quanto disposto dal decreto legislativo 30 giugno 2003, n. 196». La portata realmente innovativa della disposizione, dunque, riguarda l'irrilevanza del consenso del lavoratore ai fini della liceità del trattamento. L'aver ritenuto sufficiente la sola informazione dei dipendenti, infatti, introduce una significativa eccezione al principio generale secondo il quale «il trattamento di dati personali [...] è ammesso solo con il consenso espresso dell'interessato» (33). La previsione, in altri termini, integra l'art. 24, d.lgs. n. 196/2003, e il catalogo, ivi contenuto, delle ipotesi in cui il trattamento può aver luogo perfino contro il volere dell'interessato.

(32) Resta ferma, peraltro, la regola generale secondo la quale «la violazione della disciplina di realizzazione dei controlli datoriali renderà inutilizzabili i dati così raccolti» (art. 11, c. 2, d.lgs. n. 196/2003).

(33) Vd. l'art. 23, c. 1, d.lgs. n. 196/2003.

Anche in questo caso, però, bisogna evitare conclusioni affrettate circa il senso complessivo della novità legislativa. Occorre considerare che il condizionamento del trattamento all'acquisizione del consenso individuale ha sempre prodotto forti criticità nel contesto dei rapporti di lavoro subordinato in considerazione dell'inscindibilità intrinseca a molte delle decisioni organizzative assunte dal datore di lavoro. Per questa ragione, è accaduto di frequente che i datori di lavoro abbiano chiesto una sorta di «autorizzazione» al trattamento direttamente all'Autorità garante, alla quale è consentita in via generale l'individuazione di ulteriori ipotesi di esonero dall'acquisizione del consenso in presenza di «un legittimo interesse del titolare o di un terzo destinatario dei dati» e a condizione che «non prevalgano i diritti e le libertà fondamentali, la dignità o un legittimo interesse dell'interessato» (34). Da questo punto di vista, quindi, si può affermare che la nuova previsione legislativa codifichi una pratica consolidata, rendendo più rapida ed efficiente la realizzazione delle decisioni datoriali e deflazionando l'attività del Garante. Ma, anche in questo caso, il pragmatismo pare abbia indotto il legislatore a trascurare le implicazioni di più vasta portata dell'assetto regolativo previgente. L'esercizio della facoltà concessa dall'art. 24, c. 1, lett. g, d.lgs. n. 196/2003, proprio perché presuppone un bilanciamento degli opposti interessi, aveva costituito una preziosa occasione per adattare «plasticamente» le regole sulla privacy alle specificità dei rapporti di lavoro subordinato e alla continua evoluzione delle tecnologie dell'informazione e, in definitiva, per fornire agli stessi datori di lavoro un quadro di regole al tempo stesso flessibile e certo. Ora, poiché l'aver tipizzato una nuova «esimente» del consenso non sottrae i datori di lavoro alla vigilanza e alla «giurisdizione» del Garante (35), è evidente come le conseguenze pratiche della novella in termini di flessibilità funzionale siano minime e come, pur in presenza di un diverso quadro regolativo, sia ben ipotizzabile un preciso interesse datoriale a coinvolgere l'Autorità garante già nella fase che precede la realizzazione della decisione organizzativa.

3. — *La variazione unilaterale delle mansioni* — Un più significativo ampliamento delle prerogative datoriali deriva, invece, dalle nuove regole sul mutamento di mansioni. Per il vero, la legge delega impegnava il Governo a disciplinare la materia con riferimento esclusivamente ai «processi di rior-

(34) Art. 24, c. 1, lett. g, d.lgs. n. 196/2003.

(35) È lo stesso art. 4, c. 3, St. lav., del resto, a stabilire che – per tutto quanto da esso non direttamente stabilito – debba continuare a trovare applicazione «quanto disposto dal decreto legislativo 30 giugno 2003, n. 196».

ganizzazione, ristrutturazione o conversione aziendale» (che sarebbero dovuti essere «individuati sulla base di parametri oggettivi»), contemperando «l'interesse dell'impresa all'utile impiego del personale con l'interesse del lavoratore alla tutela del posto di lavoro» e, comunque, limitando le possibilità di modificazione dell'inquadramento (36). Il legislatore delegato, però, è intervenuto riscrivendo completamente l'art. 2103 c.c. (37).

Tralasciando in questa sede le questioni relative all'eccesso di delega (38) o alla violazione della stessa (39), e concentrando l'attenzione sulle condizioni che permettono al datore di lavoro la modificazione unilaterale delle mansioni, conviene iniziare ricordando che il legislatore è intervenuto soprattutto in due direzioni: in primo luogo, stabilendo che il datore di lavoro può liberamente esigere le «mansioni riconducibili allo stesso livello e categoria legale di inquadramento delle ultime effettivamente svolte»; in secondo luogo, ammettendo che egli – qualora modifichi gli assetti organizzativi aziendali in modo da incidere «sulla posizione del lavoratore» – possa altresì assegnare al lavoratore «mansioni appartenenti al livello di inquadramento inferiore purché rientranti nella medesima categoria legale» (con l'ulteriore possibilità che l'autonomia collettiva possa definire altre ipotesi di assegnazione a mansioni inferiori o, meglio, «appartenenti al livello di inquadramento inferiore, purché rientranti nella medesima categoria legale») (40). Un ampliamento delle facoltà datoriali deriva anche dalle novità riguardanti l'assegnazione di mansioni che il contratto collettivo inquadra nel livello retributivo superiore, posto che gli effetti derivanti dall'esercizio del suddetto potere restano reversibili per un periodo più lungo rispetto a quello precedentemente stabilito (sei mesi anziché tre), e perfino oltre questo limite temporale se l'assegnazione è stata determinata per so-

(36) Così l'art. 1, c. 7, lett. e, l. n. 183/2014, il quale delegava altresì il Governo a prevedere che «la contrattazione collettiva, anche aziendale ovvero di secondo livello, stipulata con le organizzazioni sindacali dei lavoratori comparativamente più rappresentative sul piano nazionale a livello interconfederale o di categoria [potesse] individuare ulteriori ipotesi rispetto a quelle disposte ai sensi della presente lettera».

(37) A opera dell'art. 3, d.lgs. 15 giugno 2015, n. 81. Le tensioni a cui la previgente disciplina del mutamento di mansioni era sottoposta per effetto dell'evoluzione dei sistemi organizzativi e produttivi sono state evidenziate, ad esempio, da Zoli 2013, 732 ss. (e spec. 739).

(38) Sul tema: Liso 2015, 6; Voza 2015, 7; Gargiulo 2015, 6; Amendola 2016, 5; Brollo 2015, 36-37.

(39) De Angelis 2015, 4; *contra*, ampiamente, Pisani 2015, 52 ss.

(40) Vd. l'art. 2103, c. 1, nonché, per l'assegnazione di mansioni inferiori, i cc. 2 e 4, c.c.

stituire un «altro lavoratore [giuridicamente] in servizio» ovvero se sia lo stesso lavoratore a rifiutare la promozione (41).

Senonché, la reale portata empirica del nuovo art. 2103 c.c. dipenderà dalla soluzione che si consoliderà in ordine ad alcune notevoli incertezze interpretative.

Per quanto attiene alla mobilità cd. orizzontale, foriera di dubbi applicativi è anzitutto la scelta del legislatore di stabilire l'*uguale valore* delle mansioni mediante rinvio alle scale classificatorie di matrice collettiva e alle categorie legali (da intendersi come limiti concorrenti e non alternativi). Il senso complessivo della previsione, per il vero, è chiaro: se in vigore della precedente disciplina, l'«equivalenza» (cioè, appunto, il pari valore) delle mansioni non poteva essere stabilita in base al parametro retributivo (perché il legislatore disponeva che il cambiamento dovesse avvenire «senza alcuna diminuzione della retribuzione»), oggi l'unico parametro sulla cui base è possibile stabilire l'uguale valore delle mansioni è proprio quello economico. È chiara, insomma, la ragione per cui il nuovo testo dell'art. 2103 c.c. rinvii ai livelli di inquadramento del contratto collettivo, vale a dire a quelle clausole che fissano l'affinità qualitativa tra mansioni differenti al fine di determinare il trattamento retributivo dovuto. Il punto è che, a differenza di quanto accade nel lavoro pubblico (in cui pure è presente un'analoga struttura regolativa), nel lavoro privato il contratto collettivo non è dotato di un'efficacia vincolante generalizzata. Ciò significa, in altri termini, che il nuovo art. 2103 c.c. affida la limitazione del potere datoriale a una «fonte» (in senso atecnico) la cui applicazione concreta dipende proprio dalle scelte di convenienza del titolare di quel potere. Per non cadere nel paradosso, allora, gli interpreti dovranno stabilire, quanto meno, *se* ed entro quali limiti sostanziali il datore di lavoro possa esercitare il proprio *ius variandi* allorché abbia preventivamente esercitato la propria libertà (di iniziativa economica) nel senso di non vincolarsi al rispetto di alcun contratto collettivo. Si tratta di una questione di complessa definizione e che, peraltro, deve essere affrontata considerando congiuntamente sia la mobilità orizzontale (c. 1) sia quella «discendente» (c. 2). Valorizzando il dato testuale, infatti, si potrebbe sostenere che il limite del potere datoriale sia costituito dalla riconducibilità delle mansioni precedenti e successive alla medesima categoria legale, al prezzo, però, di annullare la distinzione tra le due forme di mobilità (e, più precisamente, di impedire la configurabilità stessa di una mobilità «discendente»), di ampliare significativamente l'area della mobilità orizzontale e, sul piano pratico, di costruire un for-

(41) Così l'art. 2013, c. 7, c.c.

midabile disincentivo all'applicazione del contratto collettivo. In alternativa, si può sostenere che, in assenza di una classificazione collettiva direttamente vincolante, l'ambito di variabilità delle mansioni sia segnato, proprio in ragione della doppia funzione assolta dagli inquadramenti contrattuali dopo la novella dell'art. 2103 c.c., dal contratto collettivo impiegato quale parametro per la determinazione della retribuzione *ex artt.* 36 Cost. e 2099 c.c. (42); oppure, ancora, che il datore di lavoro non sia titolare di alcun potere modificativo dei compiti originariamente convenuti (e ciò sempre che non si consideri lo *ius variandi* come un effetto naturale del contratto di lavoro subordinato) (43).

Ulteriori gravi questioni, la cui definizione a opera della giurisprudenza inciderà sul significato sistematico della riforma, sono poste dalla disciplina del demansionamento legittimo.

Come anticipato, il nuovo testo dell'art. 2103, c. 2, c.c. stabilisce che il datore di lavoro possa affidare al lavoratore mansioni classificate all'interno del «livello di inquadramento inferiore purché rientranti nella medesima categoria legale» e a condizione che tale assegnazione sia causalmente collegata a una «modifica degli assetti organizzativi aziendali che [incida] sulla posizione del lavoratore». Ora, già all'indomani della riforma è stata segnalata da più parti la genericità di questa formula legislativa ma, nello stesso tempo, è stata prospettata una condivisibile interpretazione che, argomentando a partire dalla necessità di evitare violazioni della legge delega, circoscrive la nozione di «modifica degli assetti organizzativi aziendali» includendovi soltanto quelle in cui l'attribuzione di mansioni inferiori sia l'unica alternativa a un licenziamento altrimenti inevitabile (44). La decisione di riorganizzare l'azienda o una sua ripartizione, in altri termini, do-

(42) In mancanza di un contratto collettivo direttamente applicabile, in altri termini, si potrebbe affermare che il criterio di delimitazione della mobilità orizzontale sia dato dall'equivalenza retributiva (anziché, come in passato, dalla «equivalenza professionale»). Diversa, evidentemente, è la tesi secondo cui «la nozione di equivalenza [professionale sarebbe] sopravvissuta alla sua formale eliminazione» (Gargiulo 2015, 5; ma vd. anche Brollo 2015, 62, e Leone 2015, 1108, nota 82).

(43) È la posizione di Pisani, 2015, 39, e di Nuzzo 2015, 1068.

(44) Gargiulo 2015, 7; *contra*, Voza 2015, 7. A ogni modo, se il demansionamento è legittimo a condizione che sia l'unica alternativa al licenziamento, non è vero che quest'ultimo sia legittimo solo se il primo è impossibile. Considerato che l'attribuzione di mansioni inferiori ha luogo con conservazione del trattamento retributivo (c. 5), sarà configurabile un giustificato motivo oggettivo di licenziamento tutte le volte in cui, pur essendo disponibili posizioni di lavoro professionalmente inferiori, le condizioni economiche del datore di lavoro renderanno insostenibili gli oneri che sarebbero derivati dalla conservazione del rapporto.

vrà essere preesistente e distinta dal mero mutamento di mansioni (il quale, di per sé, configura già una modificazione organizzativa), non strumentalmente preordinata a costituire i presupposti del demansionamento e, comunque, tale da incidere «sulla posizione del lavoratore» nel senso di rendere la prestazione dello stesso improduttiva o inutile (45).

I contratti collettivi, anche di livello aziendale, potranno poi ampliare l'ambito di esercizio delle prerogative datoriali e legittimare lo *ius variandi* anche con riferimento a ipotesi diverse e «ulteriori» rispetto a quella direttamente regolata dal legislatore con due limiti che, a parere di chi scrive, sono inderogabili: il primo è rappresentato dalla necessaria giustificazione causale del demansionamento, ragione per cui l'autonomia collettiva non può liberalizzare *tout court* la mobilità discendente (46); e il secondo dalla riconducibilità delle nuove mansioni al livello di inquadramento immediatamente inferiore rispetto a quello in cui sono classificate le mansioni svolte in precedenza nonché all'ascrivibilità di entrambe alla medesima categoria legale (47).

Un ultimo problema relativo alla mobilità discendente, e dalla cui definizione dipenderà la valutazione circa la portata delle prerogative riconosciute al datore di lavoro, è dato dalla configurabilità o meno di un diritto del lavoratore demansionato all'assegnazione di una «posizione di lavoro» contraddistinta da compiti collettivamente classificati nel livello di inquadramento originario – che egli ha conservato per espressa previsione di legge – allorché essa si liberi in conseguenza dell'estinzione del rapporto di lavoro di chi la occupava precedentemente ovvero sia creata *ex novo* per effetto di un nuovo riassetto organizzativo (48). La reversibilità della

(45) Incidentalmente conviene osservare che la modificazione degli assetti organizzativi e l'incidenza sulla posizione del lavoratore costituiscono elementi che dovranno essere esplicitati, pur nel silenzio del legislatore, nella comunicazione scritta con cui il datore di lavoro manifesta la decisione di procedere al demansionamento. Se è vero che la legge si limita a prescrivere che «il mutamento di mansioni è comunicato per iscritto, a pena di nullità» (art. 2103, c. 5, c.c.), infatti, è altrettanto vero che una siffatta disposizione è ragionevole nella misura in cui essa abbia un contenuto importante nell'economia del rapporto; e poiché tale obbligo è previsto solo in relazione alla mobilità discendente (di matrice sia legale che contrattuale collettiva), tale contenuto è costituito non soltanto dall'individuazione esplicita delle nuove mansioni (perché, se così fosse, esso sarebbe stato previsto per tutti i casi di esercizio dello *ius variandi*), bensì, appunto, dalle ragioni che giustificano in concreto l'esercizio di quel potere.

(46) *Contra*, Ghera *et al.*, 2015, 144.

(47) Così, esplicitamente, l'art. 2013, c. 4, c.c.

(48) Eccede la specifica finalità della presente trattazione, invece, l'esame della mobilità discendente che sia concordata tra le parti e della residua possibilità di no-

mobilità discendente, in effetti, sembra essere il presupposto implicito del diritto alla conservazione del livello di inquadramento e del trattamento retributivo in godimento riconosciuto al lavoratore demansionato dall'art. 2103, c. 5, c.c. ed è coerente con l'interesse di quest'ultimo alla tutela della sua «professionalità», il quale, pur postergato dalla legge delega all'interesse «alla tutela del posto di lavoro», ciò nondimeno costituisce ancora un limite all'«interesse dell'impresa all'utile impiego del personale» (49). Il silenzio del legislatore su un punto così significativo, tuttavia, rende controvertibile la costruzione di un siffatto diritto, mentre non si può escludere che proprio l'invarianza del costo del lavoro in caso di mobilità discendente privi la questione di rilievo pratico (in ragione della convenienza del datore di lavoro a rendere produttiva la spesa per il personale e, di conseguenza, a riassegnare spontaneamente al lavoratore mansioni ricomprese nell'inquadramento contrattuale originario non appena se ne presenti l'occasione).

Resta da dire della mobilità ascendente. Come anticipato, l'art. 2103, c. 7, c.c. prevede ora che «nel caso di assegnazione a mansioni superiori il lavoratore [abbia] diritto al trattamento corrispondente all'attività svolta» e, ciò che più conta in questa sede, che l'assegnazione divenga definitiva – «salvo diversa volontà del lavoratore» – una volta trascorso «il periodo fissato dai contratti collettivi o, in mancanza, dopo sei mesi continuativi», se l'adibizione ai nuovi compiti «non abbia avuto luogo per ragioni sostitutive di altro lavoratore in servizio». Come si argomenterà a breve, su questo tema specifico la novella non soltanto pone termine alle oscillazioni giurisprudenziali, ma arricchisce il dibattito teorico in ordine alla configurabilità o meno di un ampliamento unilaterale del contenuto professionale dell'obbligo contrattuale del lavoratore (50).

Dal punto di vista regolativo, una prima novità riguarda il tempo necessario per la maturazione del diritto all'assegnazione definitiva. Il periodo oggi direttamente fissato dalla legge, infatti, oltre a essere più lungo di quello precedente (sei mesi anziché tre), è anche pienamente disponibile per l'autonomia collettiva (51). In passato, invece, il termine legale assolveva anche a una funzione limitativa dell'autonomia collettiva.

vazione del rapporto di lavoro. Sul tema, vd. Gargiulo 2015, 11; Pisani, 2015, 86; Voza 2015, 10.

(49) Ammette tale reversibilità, seppure in termini dubitativi, Gramano 2016, 545.

(50) Da Leone 2015, 1113. Un'efficace ricostruzione delle diverse posizioni è in Ichino 2003, 303 ss.

(51) Così Voza, 2015, 15.

Nuovo è anche l'ampliamento della casistica in cui l'assegnazione delle mansioni superiori è destinata a restare provvisoria. Se in passato, infatti, la conservazione delle mansioni superiori era esclusa soltanto nelle ipotesi di «sostituzione di lavoratore assente con diritto alla conservazione del posto», ossia di eventi la cui ricorrenza non dipende dalla volontà del datore di lavoro, con la novella il medesimo effetto si produce in casi in cui l'esigenza di sostituire un lavoratore [perché in ferie (52), o temporaneamente assegnato ad altro reparto (53) o incarico (54), o a sua volta impegnato a sostituire un altro dipendente (55), o frequentante un corso di formazione (56) ovvero collocato in cassa integrazione guadagni (57)] è conseguenza di precise scelte gestionali (58).

Infine, il tratto che più rileva in questa sede riguarda la possibilità riconosciuta al lavoratore di opporsi alla definitività dell'assegnazione, restando però obbligato all'espletamento delle stesse solo fino al completamento del periodo previsto dal contratto collettivo o, in mancanza, dalla legge. In effetti, è capitato che il lavoratore abbia avuto interesse a evitare il consolidarsi di una situazione almeno all'apparenza a lui favorevole perché, ad esempio, lo svolgimento delle mansioni superiori comporta un impegno che egli valuta come eccessivo. Considerato il tenore testuale della previsione, la manifestazione di una «diversa volontà del lavoratore» deve intendersi come un fatto che impedisce soltanto la maturazione del diritto all'assegnazione definitiva e non anche l'affidamento *tout court*. Sempre valorizzando il dato testuale, dalla considerazione che precede dovrebbe altresì discendere che il «dissenso» potrà essere validamente manifestato *dopo* che sia venuto a esistenza il presupposto del diritto, vale a dire l'assegnazione del-

(52) Sulle ferie, prevalente è l'interpretazione estensiva volta a ricomprendere le stesse nelle ipotesi di sospensione legale del rapporto, difettando quella effettiva mancanza del posto che è il presupposto per l'acquisizione della qualifica superiore (Cass. 23.2.2004, n. 3581, inedita a quanto consta; Cass. 3.2.2004, n. 1983, in *MGL*, 2004, n. 4, 315; Cass. 6.5.1999, n. 4550, in *RIDL*, 2000, n. 1, II, 49; Cass. 8.10.1997, n. 9763, inedita a quanto consta; Cass. 13.8.1996, n. 7541, in *DL*, 1997, n. 4, II, 342); *contra*, Cass. 3.6.1976, n. 2010, in q. *Riv.*, 1976, n. 4, II, 1113.

(53) Cass. 21.6.2006, n. 14299, inedita a quanto consta.

(54) Cass. 28.9.2006, n. 21021, in *DPL*, 2007, n. 2, 75; Cass. 1.2.2010, n. 2280, in *Diritto e giustizia online*, 2010.

(55) È il cd. scorrimento a catena o a cascata su cui vd. Cass. 17.7.2002, n. 10346, in *MGL*, 2002, n. 10, 669; Cass. 20.5.1992, n. 6028, in *DPL*, 1992, n. 29, 2009; Cass. 18.10.1982, n. 5374, inedita a quanto consta. *Contra*, Cass. 17.7.2002, n. 10346, in *NGL*, 2003, n. 1, 49.

(56) Cass. 11.12.2002, n. 17659, in *FI*, 2003, n. 6, I, 1521.

(57) Cass. 5.12.1990, n. 11663, in *RIDL*, 1991, n. 3, II, 601.

(58) Leone 2015, 1112-1113.

le mansioni superiori, e *prima* che la fattispecie si sia perfezionata, ossia prima che sia trascorso il periodo massimo stabilito dal contratto collettivo o dalla legge (59). In ogni caso, in assenza di un'esplicita manifestazione di volontà contraria da parte del lavoratore, l'adibizione alle nuove mansioni è destinata a consolidarsi con il trascorrere del tempo.

Ragioni di economia del discorso, purtroppo, impediscono di approfondire l'analisi (60). Ciò nonostante, le questioni esposte dovrebbero essere sufficienti per confermare come in questo ambito il legislatore, pur limitandosi per lo più a codificare alcuni orientamenti giurisprudenziali, abbia davvero incrementato la flessibilità funzionale delle organizzazioni produttive. Certo, l'esatto significato della riforma potrà essere individuato solo allorché si sarà formato un diritto vivente su molte e delicate questioni. Resta, però, soprattutto l'impatto sistematico conseguente all'eliminazione del vincolo della professionalità: l'aver riconosciuto al datore di lavoro il potere di modificare il contenuto professionale della prestazione dedotta in contratto, infatti, è una novità di grande portata, anche se, alla prova dei fatti, esso potrebbe avere un impatto concreto alquanto disomogeneo (61).

4. — *Il tempo della prestazione nei rapporti a orario ridotto* — L'adattabilità dell'organizzazione del lavoro al continuo variare dei flussi produttivi dipende anche dalla possibilità per il datore di lavoro di modificare le coordinate temporali dell'adempimento e, più concretamente, di determinare unilateralmente la collocazione oraria della prestazione e la sua durata. Orbene, il legislatore della riforma ha lasciato ferma la disciplina dell'orario di lavoro dettata dal d.lgs. 8 aprile 2003, n. 66, mentre ha rivisitato quella del *part-time*, ossia di quella modalità di impiego in cui maggiore è la tensione tra l'interesse del datore di lavoro all'organizzabilità della prestazione lavorativa secondo le proprie mutevoli convenienze e quello, opposto, del lavoratore alla prevedibilità del proprio impegno lavorativo (e alla programmabilità del tempo di non lavoro).

Come è noto, questo conflitto di interessi viene in evidenza già al mo-

(59) Secondo un'opinione diffusa, inoltre, la legge avrebbe dovuto prevedere forme di espressione del dissenso idonee a rendere meno incerta la genuinità della decisione del lavoratore: in termini, vd. almeno Pisani 2015, 162.

(60) Per un'indagine completa, vd. Pisani 2015.

(61) È facile prevedere, infatti, che la redistribuzione all'interno dell'organizzazione riguarderà soprattutto i compiti di esiguo contenuto professionale, che in quanto tali possono essere svolti da chiunque, e molto meno le mansioni tecniche o specialistiche. Di conseguenza, l'impatto della riforma sarà più importante nelle organizzazioni in cui abbondano posizioni di lavoro del primo tipo.

mento dell'instaurazione del rapporto – ovvero della stipulazione del patto con cui si riduce l'orario, se successiva – allorché le parti devono programmare la collocazione temporale dell'attività lavorativa. Si tratta di un problema magistralmente delineato dalla Corte costituzionale nella sentenza con cui, pur dichiarando infondata la questione oggetto di sindacato, essa faceva propria la ricostruzione della Cassazione secondo la quale la riduzione quantitativa della prestazione lavorativa (e, correlativamente, della retribuzione) caratteristica del rapporto di lavoro a tempo parziale sarebbe dovuta essere necessariamente bilanciata dalla piena disponibilità per il lavoratore del tempo non impiegato nell'esecuzione della prestazione «anche all'ovvio fine di consentirgli di percepire, con più rapporti a tempo parziale, una retribuzione complessiva che sia sufficiente (art. 36, comma 1, della Costituzione) a realizzare un'esistenza libera e dignitosa» (62). Di qui, nella valutazione della Corte, la coerenza interna di un assetto legislativo che escludeva esplicitamente il potere del datore di lavoro di variare unilateralmente la dislocazione temporale pattuita e, implicitamente, l'ammissibilità di pattuizioni che attribuissero un simile potere al datore di lavoro. Questo impianto ricostruttivo, autorevole seppure privo di valore giuridicamente vincolante, è al fondamento sia dell'art. 2, c. 2, del d.lgs. n. 61/2000 sia, oggi, dell'art. 5, c. 2, d.lgs. n. 81/2015, posto che, in entrambi i casi, il legislatore ha previsto che le parti debbano concordare la «puntuale indicazione della durata della prestazione lavorativa e della collocazione temporale dell'orario con riferimento al giorno, alla settimana, al mese e all'anno».

In questo contesto deve essere inquadrata la norma che, proprio nell'ottica di migliorare la produttività aziendale incrementando la flessibilità funzionale, permette alle parti di fissare la collocazione temporale dell'orario di lavoro anche «mediante rinvio a turni programmati di lavoro articolati su fasce orarie prestabilite» (63).

Si tratta, a ben considerare, di una novità tutt'altro che inedita, posto che, anche in questo caso, il legislatore prende posizione su una questione già emersa in giurisprudenza, vale a dire se e a quali condizioni potesse essere qualificata come «puntuale» – e quindi legittima – la distribuzione oraria pattuita mediante una «precisa e predeterminata articolazione della prestazione su turni» (64).

(62) Cass. 22.3.1990, n. 2382, testualmente ripresa da Corte cost. 11.5.1992, n. 210, *Considerazioni in diritto*, par. 3, in *RIDL*, 1992, n. 4, II, 731.

(63) Quando, ovviamente, l'organizzazione del lavoro sia articolata in turni: art. 5, c. 3, d.lgs. n. 81/2015.

(64) In senso affermativo, Cass. 25.7.2014, n. 17009, in *Banca Dati Pluris*, la quale individua quale unico limite «che il lavoratore sia posto in grado di conoscere

Orbene, la legge ammette esplicitamente la possibilità che, allorché il processo produttivo sia suddiviso in più turni di lavoro ciascuno dei quali collocati in una determinata fascia oraria, la ripartizione temporale della prestazione *part-time* sia puntualmente indicata anche quando le parti descrivano la turnazione in atto e predeterminino l'alternanza sui diversi turni (o, se si preferisce, programmino l'avvicendamento del lavoratore su più turni). Ciò che conta, per riprendere l'argomentazione di una delle sentenze di merito che hanno deciso la questione in passato, è che nel contratto sia indicata «una turnazione tale da consentire al lavoratore (che l'abbia accettata con la sottoscrizione del contratto) di conoscere preventivamente la collocazione oraria della sua prestazione anche in un futuro non prossimo», restando inibito al datore di lavoro di modificare unilateralmente – o di riservarsi contrattualmente la facoltà di variare unilateralmente – la collocazione oraria dei turni ovvero i termini dell'avvicendamento su più turni, posto che una siffatta prerogativa implicherebbe «l'impossibilità per il lavoratore di programmare le attività da svolgere fuori dall'orario di lavoro» (65). Solo in questo modo, infatti, è possibile collocare la prestazione «entro coordinate temporali contrattualmente predeterminate od oggettivamente predeterminabili» (come richiesto dalla Corte costituzionale nella sentenza innanzi ricordata).

La riforma, poi, riconfigura in modo significativo il rapporto tra opposti interessi anche alle prestazioni lavorative supplementari, ossia eccedenti l'orario concordato ma comprese nel limite dell'orario normale di lavoro fissato dalla legge (66). A differenza del passato, in cui era necessario il consenso del lavoratore qualora non fosse stata regolata dal contratto collettivo (67), oggi l'effettuazione di lavoro supplementare può essere unilateral-

con esattezza il tempo del suo impegno lavorativo» (ma conviene avvertire che all'origine del contenzioso pare vi sia stato un caso di frazionamento dell'orario di lavoro giornaliero su più turni e non di avvicendamento su diversi turni). Nello stesso ordine di idee la circolare del ministero del Lavoro n. 9 del 18 marzo 2004, in *GU* n. 75 del 30 marzo 2004, par. 5.

(65) È la soluzione propugnata, nella vigenza del precedente assetto normativo, da T. Milano 2.1.2006, in *ÖGL*, 2006, n. 1, 128. In termini, Leccese (2015, 48) evidenzia l'incompletezza di una clausola negoziale che si limiti a richiamare la turnazione in vigore presso l'unità produttiva cui il lavoratore sarà addetto oppure a prevedere genericamente che il lavoratore si avvicenderà su più turni programmati. Vd. anche Bavaro 2015, 218.

(66) Cfr. l'art. 6, c. 1, d.lgs. n. 81/2015. Le prestazioni che, eccedendo il limite delle quaranta ore settimanali, sono «straordinarie», sono regolate dall'art. 5, d.lgs. n. 66/2003.

(67) Così l'art. 3, c. 3, d.lgs. n. 61/2000, come sostituito dall'art. 46, c. 1, lett. *f*, d.lgs. n. 276/2003.

mente imposta dal datore di lavoro al lavoratore purché «in misura non superiore al 25 per cento delle ore di lavoro settimanali concordate» o, eventualmente, anche in misura maggiore se questo tipo di prestazioni sono regolate da una specifica disciplina collettiva (pattuita a qualsiasi livello) e sempre che quest'ultima lo permetta (68). Quanto al rispetto della posizione soggettiva del lavoratore di rilievo costituzionale evidenziata dalla citata sentenza n. 210/1992, nella prima ipotesi esso è garantito dalla possibilità riconosciuta al dipendente di rifiutare lo svolgimento del lavoro supplementare quando egli abbia «comprovate esigenze lavorative, di salute, familiari o di formazione professionale» (69); mentre, nella seconda ipotesi, esso dovrebbe essere assicurato dall'esistenza stessa di un regime collettivo della materia. In concreto, però, nulla assicura che il contratto collettivo preservi al lavoratore un qualche margine di disponibilità del suo tempo di non lavoro (70).

Resta ferma, poi, la facoltà delle parti di pattuire a livello individuale le clausole cd. elastiche, le quali fondano – una volta superata con la riforma la distinzione semantica tra clausole elastiche e flessibili – un'ulteriore posizione giuridica attiva del datore di lavoro consistente nel «potere» di variare la collocazione temporale ovvero di aumentare la durata della prestazione lavorativa (71). In particolare, le parti devono concordare – a pena di nullità della clausola – «le condizioni e le modalità con le quali il datore di lavoro [potrà] modificare la collocazione temporale della prestazione e variarne in aumento la durata» (in quest'ultimo caso, entro un tetto massimo che non potrà «eccedere il limite del 25 per cento della normale prestazione annua a tempo parziale»), fermi restando i diritti del lavoratore al «preavviso di due giorni lavorativi» e «a una maggiorazione del 15 per cento della retribuzione oraria globale di fatto, comprensiva dell'incidenza della retribuzione sugli istituti retributivi indiretti e differiti» (72). Tale accordo, com'è intuitivo, non potrà che avere forma scritta (73), ma, qualora il contratto collettivo

(68) Art. 6, c. 2, d.lgs. n. 81/2015. L'esercizio del potere di cui al testo, peraltro, ha un costo specifico pari alla «maggiorazione del 15 per cento della retribuzione oraria globale di fatto, comprensiva dell'incidenza della retribuzione delle ore supplementari sugli istituti retributivi indiretti e differiti». Anche questa regola, però, ha carattere sussidiario, essendo destinata a trovare applicazione solo se il rapporto non è assoggettato ad alcuna disciplina collettiva.

(69) Vd. ancora l'art. 6, c. 2, d.lgs. n. 81/2015. In termini: Leccese 2015, 53; Bellomo 2016, 508.

(70) Leccese 2015, 53 s.

(71) Cfr. l'art. 6, c. 6, secondo periodo, d.lgs. n. 81/2015.

(72) Così, ancora, l'art. 6, c. 6, d.lgs. n. 81/2015.

(73) Vd., però, anche l'art. 6, c. 4, primo periodo, d.lgs. n. 81/2015.

applicato non contenga alcuna disciplina delle clausole elastiche, esso dovrà altresì essere formalizzato innanzi alle commissioni di certificazione (74). Il lavoratore, a ogni modo, potrà sempre recedere dalla clausola elastica, senza altri effetti sul rapporto di lavoro, se versi in una delle ipotesi tassativamente elencate dal legislatore e che vanno dalla ricorrenza di patologie oncologiche o di gravi patologie cronico-degenerative inaggravanti alla necessità di assistere i più stretti congiunti che siano affetti dalle medesime patologie o i propri figli conviventi fino al tredicesimo anno o anche più grandi, se portatori di handicap, per giungere fino all'iscrizione a scuole di istruzione o di qualificazione professionale ovvero all'università (75).

5. — *La prospettiva de iure condendo e lo smart working. Alcune conclusioni* — Nelle pagine che precedono si è mostrato come le più recenti riforme in materia di flessibilità funzionale si siano limitate ad assecondare le istanze datoriali in ordine alla soluzione di una serie di questioni pratiche emerse nella vigenza e, bisognerebbe aggiungere, «a causa della vigenza» dei precedenti assetti normativi. Di qui, la minor carica «innovativa» dei relativi disposti normativi, per lo più orientati a un «aggiustamento» del quadro legislativo preesistente.

A conclusione della riflessione, invece, conviene evidenziare l'insufficienza oggettiva di una linea di politica legislativa che si risolva in un orientamento genericamente *pro-business*; o, se si preferisce, l'urgenza di disporre di un'elaborazione (politica, ma anche giuridica) che, preso atto di come il progresso tecnico stia riconfigurando i processi produttivi ma anche delle caratteristiche del tessuto produttivo nazionale, permetta di ridisegnare i «poteri» datoriali in modo coerente e non contraddittorio evitando, nel contempo, che essi costituiscano un ostacolo al pieno sviluppo della persona che lavora (76). Com'è dimostrato dal d.d.l. S-2233, infatti, quell'insufficienza può avere esiti paradossali.

Il disegno di legge, com'è noto, ha tra le proprie finalità anche la promozione del lavoro cd. agile (o *smart working*) (77) e la strutturazione di un quadro legislativo più favorevole all'«articolazione flessibile nei tempi e nei luoghi del lavoro subordinato» (78). Sullo sfondo, anche in questo ca-

(74) Vd. l'art. 6, c. 6, primo periodo, d.lgs. n. 81/2015.

(75) Vd. quanto disposto dall'art. 6, c. 7, d.lgs. n. 81/2015.

(76) Dovendo ogni scelta regolativa sollecitata dai mutamenti sociali, economici e culturali inscrivere nell'ordine costituzionale (il quale, di per sé, non ammette un unico paradigma attuativo). In termini, Del Punta 2013, 43.

(77) Vd. l'art. 13, c. 1, d.d.l. S-2233.

(78) Cfr. l'intestazione del d.d.l.

so, vi è il tema dell'incremento della produttività del lavoro (79), e per tale ragione quest'iniziativa, pur estranea all'attuazione della legge delega n. 183/2014, è riconducibile allo stesso progetto politico di cui ci si è occupati nelle pagine che precedono (80).

Orbene, la fattispecie che il Governo intende regolare è una modalità di esecuzione della prestazione lavorativa intermedia tra la tradizionale prestazione nell'azienda e il più recente, seppure poco diffuso, telelavoro. La prestazione di lavoro è «agile», infatti, allorché è eseguita soltanto «in parte all'interno di locali aziendali» e, comunque, senza che il lavoratore disponga di una «postazione fissa [...] all'esterno dei locali aziendali» (81); laddove il telelavoro è caratterizzato dalla circostanza che «l'attività lavorativa [...] viene regolarmente svolta al di fuori dei locali della stessa» (82), mediante collegamento informatico e telematico e con piena libertà del telelavoratore di gestire «l'organizzazione del proprio tempo di lavoro» (83). Il lavoro agile, insomma, è una modalità di esecuzione della prestazione la cui «flessibilità» consiste nella possibilità che le parti lascino (parzialmente) indeterminato il luogo di svolgimento della prestazione, mentre il telelavoro implica una più stabile esecuzione della prestazione «da remoto». Da questa distinzione di fondo discendono alcune importanti conseguenze, la più evidente delle quali è l'assenza – nel lavoro agile – di misure dirette a prevenire l'isolamento del lavoratore rispetto agli altri dipendenti dal medesimo datore di lavoro (84).

Dovendo individuare le ragioni *giuridiche* dell'intervento legislativo, tuttavia, occorre considerare anzitutto come già allo stato attuale nessuno

(79) Vd. l'art. 13, c. 1, d.d.l. S-2233.

(80) Come testimoniato da Del Conte 2014, 959. Giova ricordare, peraltro, come nell'attuale legislatura fosse già stata depositata una proposta di legge in questa materia (C-2014, primo firmatario l'on. Mosca) e come, contemporaneamente all'iniziativa governativa di cui al testo, sia stato presentato il d.d.l. S-2229 (primo firmatario il sen. Sacconi).

(81) Vd. l'art. 13, c. 2, lett. *a e c*, d.d.l. S-2233.

(82) Vd. la clausola n. 2 dell'Accordo quadro europeo del 16.7.2002 (nonché l'Accordo interconfederale Confindustria del 9.6.2004). La nozione di telelavoro di cui dell'Accordo quadro europeo è rilevante anche sul piano interno in virtù del rinvio a esso operato dall'art. 3, c. 10, d.lgs. n. 81/2008. In via interpretativa, poi, si può ritenere che tale nozione orienti altresì l'applicazione degli artt. 115, c. 1, d.lgs. n. 196/2003, e 23, d.lgs. n. 80/2015.

(83) Così la clausola n. 9 dell'Accordo quadro europeo.

(84) Preoccupazione che, invece, è all'origine di diverse clausole dell'Accordo quadro europeo relative sia ai rapporti individuali (clausola n. 9) che a quelli collettivi (clausola n. 11). Vd. anche, in materia di tutela della salute e della sicurezza nei luoghi di lavoro, l'art. 3, c. 10, ultimo periodo, d.lgs. n. 81/2008.

dubiti della legittimità del lavoro agile (così come anche del telelavoro) né contesti la legittimità delle discipline collettive che regolano il fenomeno (85). L'esecuzione della prestazione all'interno dell'azienda, infatti, non costituisce né un effetto necessario del contratto, né un elemento imposto dalla legge (86), ma è soltanto una manifestazione socialmente tipica della subordinazione che, in quanto tale, rende quest'ultima visibile e riconoscibile sul piano pratico (87).

In un siffatto contesto regolativo – e questo è il secondo elemento da considerare –, il d.d.l. condiziona la possibilità di eseguire la prestazione secondo «modalità agili» alla preventiva stipulazione per iscritto (e «a pena di nullità») di un apposito patto individuale in cui siano individuati gli «strumenti» che il lavoratore dovrà utilizzare e precisate le «forme di esercizio del potere direttivo» (88) e del «potere di controllo del datore di lavoro sulla prestazione» (fermo restando, però, «il rispetto di quanto disposto dall'articolo 4 della legge 20 maggio 1970, n. 300») (89), oltre che elencate le «condotte, connesse all'esecuzione della prestazione lavorativa all'esterno dei locali aziendali, che danno luogo all'applicazione di sanzioni disciplinari» (90). Si osservi come il d.d.l. non specializzi direttamente le pertinenti regole in materia di poteri datoriali (le quali, in ipotesi, potrebbero ostacolare la diffusione di pratiche organizzative «agili»), né attribuisca all'autonomia negoziale una facoltà di deroga delle stesse.

Non resta che spiegare l'iniziativa governativa, allora, non in base all'avvertita necessità politico-giuridica di riformare il quadro legale esistente, quanto, piuttosto, in ragione della consolidata pratica diretta a «presentare alle istituzioni finanziarie e ai mercati internazionali, dei quali siamo ostaggi conclamati, modifiche normative ad alto impatto mediatico come quelle sul lavoro» (91).

(85) In proposito, vd. il rapporto *Il «lavoro agile» nella contrattazione collettiva oggi*, Working Paper Adapt, 2016, n. 2, in <http://moodle.adaptland.it/course/view.php?id=139§ion=1>.

(86) Come confermato dal d.lgs. n. 152/1997, e dall'obbligo per il datore di lavoro di «fornire al lavoratore, entro trenta giorni dalla data dell'assunzione» una serie di informazioni scritte, tra le quali quella relativa al «luogo di lavoro»; con la precisazione che, «in mancanza di un luogo di lavoro fisso o predominante», è sufficiente «l'indicazione che il lavoratore è occupato in luoghi diversi» (art. 1, c. 1, lett. b).

(87) Al punto che la subordinazione, ai fini della disciplina sul lavoro stabilmente svolto dal lavoratore presso il proprio domicilio, è espressamente ridefinita dall'art. 1, c. 2, l. n. 877/1973.

(88) Art. 14, c. 1, d.d.l. S-2233.

(89) Cfr. l'art. 16, c. 1, d.d.l. S-2233.

(90) Art. 16, c. 2, d.d.l. S-2233.

(91) Così, a proposito del *Jobs Act*, Del Punta 2016b, 366-367.

Sennonché, così operando, ben può accadere che un intervento normativo posto in essere per «far evolvere il lavoro subordinato a tempo indeterminato oltre il modello di organizzazione dell'impresa di tipo fordista» (92) fornisca dati normativi importanti per risolvere una delle questioni classiche del diritto del lavoro in senso molto meno flessibile di quanto sia avvenuto nell'«epoca industriale». Non è certo questa la sede per ricostruire il dibattito relativo all'individuazione del luogo di lavoro (qualunque esso sia) e alla sua determinazione, unilaterale oppure necessariamente consensuale. Si ricordi, però, come per lungo tempo la controversia abbia avuto a oggetto un'unica previsione legislativa. Chi sosteneva la tesi della «inamovibilità» unilaterale del lavoratore, infatti, valorizzava quella parte dell'art. 1182, c. 1, c.c. ai sensi della quale la determinazione del «luogo nel quale la prestazione deve essere eseguita» dipende dal contratto; viceversa, chi riteneva configurabile un'eccezione al principio contrattualistico argomentava a partire dall'ultima parte della stessa norma codicistica e concludeva che doveva ammettersi l'esistenza di un potere datoriale di determinazione (e di variazione) del luogo di lavoro in considerazione della «natura della prestazione» di lavoro subordinato. I termini della questione sono mutati con lo Statuto dei lavoratori e la nuova disciplina del trasferimento del lavoratore di cui al novellato art. 2103 c.c. (93). L'aver stabilito che il lavoratore possa «essere trasferito da un'unità produttiva a un'altra» soltanto in presenza di «comprovate ragioni tecniche, organizzative e produttive», soprattutto, ha favorito il consolidarsi dell'opinione che un «potere» del datore di lavoro nella materia in discorso effettivamente esista e che il legislatore ha inteso condizionarne l'esercizio alla ricorrenza di alcuni presupposti fattuali (94).

Orbene, è evidente come proprio questo approdo sia destinato a essere rimesso in discussione una volta entrata in vigore la disciplina del lavoro agile, che rimette invece alla determinazione consensuale l'espletamento della prestazione lavorativa «all'esterno dei locali aziendali».

Oltre a ciò, la disciplina del lavoro agile introdurrebbe una vera e propria contraddizione sistematica, se si pensa che le collaborazioni eteroorganizzate, alle quali pure si applica il diritto del lavoro, sono contraddistinte dal potere del committente di organizzare la prestazione, oltre che «con riferimento ai tempi [anche] al luogo di lavoro» (95); e che soltanto le colla-

(92) Del Conte 2014, 959.

(93) Profilo non modificato dall'art. 3 del d.lgs. n. 81/2015.

(94) Si discute anche se tale «potere» sia lo stesso potere direttivo o sia uno specifico potere attribuito dall'art. 2103 c.c. [di questa seconda opinione è, ad esempio, Carabelli (2004, 34-35), al quale si rinvia anche per ulteriori riferimenti bibliografici].

(95) Così l'art. 2, c. 1, d.lgs. n. 81/2015.

borazioni coordinate e continuative, ossia una particolare forma di lavoro non subordinato, quanto meno nel prossimo futuro dovrebbero essere caratterizzate dalla predeterminazione consensuale delle «modalità» di coordinamento spazio-temporale tra le attività del committente e del collaboratore, salva l'autonoma determinazione di quest'ultimo in ordine alla concreta organizzazione della propria attività (96).

Tutto ciò esalta i tratti negativi della riforma legislativa analizzata in questa sede e permette di concludere che l'assetto giuridico complessivo della flessibilità funzionale appare non soltanto *in fieri*, ma anche destinato a una significativa *instabilità* interpretativa e applicativa. Con buona pace della prevedibilità e della calcolabilità richieste dagli operatori economici.

Riferimenti bibliografici

- Allamprese A. (2007), *Tempo della prestazione e poteri del datore di lavoro*, in *ADL*, n. 2, I, 341 ss.
- Amendola F. (2016), *La disciplina delle mansioni nel d.lgs. n. 81 del 2015*, in *W.P. Csdle «Massimo D'antona».IT*, n. 291.
- Bavaro V. (2015), *Il lavoro part-time dopo il d.lgs. n. 81/2015*, in E. Ghera, D. Garofalo (a cura di), *Contratti di lavoro, mansioni e misure di conciliazione vita-lavoro nel Jobs Act*, Cacucci, Bari, 215 ss.
- Bellavista A. (2016), *Il nuovo art. 4 dello Statuto dei lavoratori*, in G. Zilio Grandi, M. Biasi (a cura di), *Commentario Breve alle riforme «Jobs Act»*, Cedam, Padova, 717 ss.
- Bellomo S. (2016), *La riscrittura della disciplina in materia di contratto di lavoro a tempo parziale: semplificazione, unificazione e ricalibratura dell'equilibrio tra autonomia collettiva e autonomia individuale*, in G. Zilio Grandi, M. Biasi (a cura di), *Commentario breve alle riforme «Jobs Act»*, Cedam, Padova, 503 ss.
- Brollo M. (2015), *Disciplina della mansioni (art. 3)*, F. Carinci (a cura di), *Commento al d.lgs. 15 giugno 2015, n. 81: le tipologie contrattuali e lo jus variandi*, Adapt University Press.
- Calafà L. (2016), *I limiti derivanti dalla disciplina della tutela della riservatezza*, in A. Levi (a cura di), *Il nuovo art. 4 sui controlli a distanza. Lo Statuto dei lavoratori modificato dal Jobs Act*, in *Il nuovo diritto del lavoro*, collana diretta da G. Pellacani, Giuffrè, Milano, in corso di pubblicazione.
- Carabelli U. (2004), *Organizzazione del lavoro e professionalità: una riflessione su contratto di lavoro e post-taylorismo*, in *DLRI*, n. 101, 1 ss.
- Costabile L. (2009), *Glossario dell'economista per il giuslavorista*, in *q. Riv.*, n. 2, I, 175 ss.
- Dagnino E. (2015), *Tecnologie e controlli a distanza*, in *DRI*, n. 4, 988 ss.

(96) Vd. l'art. 12, c. 1, lett. a, dello stesso d.d.l. S-2233.

- de Angelis L. (2015), *Note sulla nuova disciplina delle mansioni ed i suoi (difficilissimi) rapporti con la delega*, in *W.P. Csdle «Massimo D'Antona».IT*, n. 263.
- Del Conte M. (2015), *Premesse e prospettive del Jobs Act*, in *DRI*, n. 4, 939 ss.
- Del Punta R. (2013), *Epistemologia breve del diritto del lavoro*, in *LD*, n. 1, 37 ss.
- Del Punta R. (2016a), *La nuova disciplina dei controlli a distanza sul lavoro (art. 23, d.lgs. n. 151/2015)*, in *RIDL*, n. 1, I, 77 ss.
- Del Punta R. (2016b), *I confronti impossibili: note su Bruno Trentin, il Jobs Act e la sinistra*, in A. Gramolati, G. Mari (a cura di), *Il lavoro dopo il Novecento. Da produttori ad attori sociali*, Firenze University Press, 357 ss.
- Ferrante V. (2014), *Orario e tempi di lavoro. Durata della prestazione, lavoro a tempo parziale, contratti di solidarietà*, Dike, Roma.
- Ficari L. (2016), *I controlli effettuati attraverso gli strumenti utilizzati dal lavoratore per rendere la prestazione lavorativa*, in A. Levi (a cura di), *Il nuovo art. 4 sui controlli a distanza. Lo Statuto dei lavoratori modificato dal Jobs Act*, in *Il nuovo diritto del lavoro*, collana diretta da G. Pellacani, Giuffrè, Milano, in corso di pubblicazione.
- Gargiulo U. (2015), *Lo jus variandi nel «nuovo» art. 2103 cod. civ.*, in *W.P. Csdle «Massimo D'Antona».IT*, n. 268.
- Ghera E. (2013), *Il contratto di lavoro oggi: flessibilità e crisi economica*, in *DLRI*, n. 140, 687 ss.
- Ghera E. et al. (2015), *Diritto del lavoro*, Giappichelli, Torino.
- Giubboni S. (2012), *Potere datoriale di controllo e diritto alla privacy del lavoratore. Una sinossi delle fonti europee e internazionali*, in *q. Riv.*, n. 1, I, 81 ss.
- Gramano E. (2016), *La riforma della disciplina del jus variandi*, in G. Zilio Grandi, M. Biasi (a cura di), *Commentario Breve alle riforme «Jobs Act»*, Cedam, Padova, 517 ss.
- Ichino P. (2003), *Il contratto di lavoro*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, vol. II, Giuffrè, Milano.
- Lanotte M. (2016), *La ridefinizione dei limiti al potere di controllo a distanza*, in A. Levi (a cura di), *Il nuovo art. 4 sui controlli a distanza. Lo Statuto dei lavoratori modificato dal Jobs Act*, in *Il nuovo diritto del lavoro*, collana diretta da G. Pellacani, Giuffrè, Milano, in corso di pubblicazione.
- Leccese V. (2015), *Il lavoro a tempo parziale*, in L. Fiorillo, A. Perulli (a cura di), *Tipologie contrattuali e disciplina delle mansioni. Decreto Legislativo 15 giugno 2015, n. 81*, vol. III di *Il nuovo diritto del lavoro*, diretto da L. Fiorillo, A. Perulli (diretto da), Giappichelli, Torino, 41 ss.
- Leone G. (2015), *La nuova disciplina delle mansioni: il sacrificio della professionalità «a misura d'uomo»*, in *LG*, n. 12, 1101 ss.
- Levi A. (2013), *Il controllo informatico sull'attività del lavoratore*, Giappichelli, Torino.
- Liso F. (1986), *Computer e controllo dei lavoratori*, in *DLRI*, n. 30, 353 ss.
- Liso F. (2015), *Brevi osservazioni sulla revisione della disciplina delle mansioni contenuta nel decreto legislativo n. 81/2015 e su alcune recenti tendenze di politica legislativa in materia di rapporto di lavoro*, in *W.P. Csdle «Massimo D'Antona».IT*, n. 257.
- Maio V. (2015), *La nuova disciplina dei controlli a distanza sull'attività dei lavoratori e la modernità post panottica*, in *ADL*, n. 6, I, 1186 ss.

- Marazza M. (2016), *Dei poteri (del datore di lavoro), dei controlli (a distanza) e del trattamento dei dati (del lavoratore)*, in *W.P. Csdle «Massimo D'Antona».IT*, n. 300.
- Maresca A. (2016), *Jobs Act, come conciliare potere di controllo e tutela della dignità e riservatezza del lavoratore*, in <http://www.ipsoa.it>.
- Mariucci L. (2016), *Riflessioni su «L'idea di diritto del lavoro, oggi»*, in *LD*, n. 1, 131 ss.
- Nuzzo V. (2015), *Il nuovo art. 2013 c.c. e la (non più necessaria) equivalenza professionale delle mansioni*, in *RIDL*, 2015, n. 4, II, 1047 ss.
- Perulli A. (2015), *Il contratto a tutele crescenti e la Naspi: un mutamento di «paradigma» per il diritto del lavoro?*, in L. Fiorillo, A. Perulli (a cura di), *Contratto a tutele crescenti e Naspi*, Giappichelli, 3 ss.
- Perulli A. (2016), *L'idea di diritto del lavoro, oggi*, in *LD*, n. 1, 17 ss.
- Pisani C. (2015), *La nuova disciplina del mutamento delle mansioni*, Giappichelli, Torino.
- Romagnoli U. (2016), *Momenti di storia della cultura giuridica del lavoro*, in *LD*, n. 1, 3 ss.
- Salimbeni M.T. (2015), *La riforma dell'articolo 4 dello Statuto dei lavoratori: l'ambigua risolutezza del legislatore*, in *RIDL*, n. 4, I, 589 ss.
- Santoro Passarelli G. (2016), *Sulle categorie del diritto del lavoro «riformate»*, in *W.P. Csdle «Massimo D'Antona».IT*, n. 288.
- Shapiro C., Stiglitz J.E. (1984), *Equilibrium Unemployment as a Worker Discipline Device*, in *American Economic Review*, vol. 74, n. 3, 433 ss.
- Sitzia, A. (2013), *Il diritto alla privacy nel rapporto di lavoro tra fonti comunitarie e nazionali*, Cedam, Padova.
- Timellini C. (2016), *L'utilizzabilità dei dati raccolti: il punto di scardinamento della vecchia normativa statutaria*, in A. Levi (a cura di), *Il nuovo art. 4 sui controlli a distanza. Lo Statuto dei lavoratori modificato dal Jobs Act*, in *Il nuovo diritto del lavoro*, collana diretta da G. Pellacani, Giuffrè, Milano, in corso di pubblicazione.
- Trojsi A. (2013), *Il diritto del lavoratore alla protezione dei dati personali*, Giappichelli, Torino.
- Tullini P. (2009), *Comunicazione elettronica, potere di controllo e tutela del lavoratore*, in *RIDL*, n. 3, I, 323 ss.
- Voza R. (2015), *Autonomia privata e norma inderogabile nella nuova disciplina del mutamento di mansioni*, in *W.P. Csdle «Massimo D'Antona».IT*, n. 262.
- Zoli C. (2009), *Il controllo a distanza del datore di lavoro: l'art. 4, l. n. 300/1970 tra attualità ed esigenze di riforma*, in *RIDL*, n. 4, I, 485 ss.
- Zoli C. (2014), *Il controllo giudiziario e gli atti di esercizio del potere direttivo: il trasferimento del lavoratore e il mutamento delle mansioni*, in *DRI*, n. 3, 709 ss.

ABSTRACT

Lo studio mostra come le recenti riforme legislative, pur ampliando i cd. poteri del datore di lavoro, non introducono un equilibrio qualitativamente diverso tra gli opposti interessi di cui sono portatori il datore di lavoro e il lavoratore. Attraverso l'analisi dei nuovi regimi relativi all'introduzione degli strumenti di lavoro, alla variazione delle mansioni, al tempo di lavoro nel part-time e, in una prospettiva de iure condendo, allo smart working, l'Autore evidenzia come l'intervento legislativo si risolva in un aggiustamento della disciplina previgente e, comunque, non esprima ancora una precisa linea di politica del diritto.

FUNCTIONAL FLEXIBILITY AND EMPLOYER'S POWERS.

FIRST REMARKS ON THE JOBS ACT DECREES AND SMART WORKING

The paper shows how the recent legislative reforms, while expanding the employer's powers, do not introduce a qualitative shift in the balance between the conflicting interests belonging to the employer and the employee. Through the analysis of the new regulation with regard to work tools, job changes, part-timers' working hours and, in a de iure condendo perspective, smart working, the Author points out that legislative action results in an adjustment of the rules already in force and, nonetheless, does not yet express a clear law policy.

Roberta Nunin (*)

**GAME OVER O RILANCIO?
LA CONTRATTAZIONE DELLA FLESSIBILITÀ DOPO IL *JOBS ACT***

SOMMARIO: 1. Premessa. — 2. Flessibilità, contrattazione e scelte del legislatore: dall'art. 8, l. n. 148/2011, al *Jobs Act*. — 3. Flessibilità e *work-life balance*: appunti per una storia ancora (in buona parte) da scrivere.

1. — *Premessa* — Ogni riflessione in tema di flessibilità, configurazione dei poteri datoriali e contratto di lavoro inevitabilmente conduce a interrogarsi – dopo l'intensa e assai controversa stagione di riforme che abbiamo appena vissuto – su quale sia il ruolo oggi riservato alla contrattazione collettiva nello scenario ridisegnato dal legislatore, tra i due opposti estremi del depotenziamento *tout court* o – al contrario – dell'apertura di nuovi possibili spazi di azione.

Il complesso degli interventi avviati nel 2014 e attuati dal governo Renzi nel corso del 2015, destinati ormai, ci piaccia o meno, a essere etichettati con il nome di *Jobs Act*, ha infatti progressivamente rivisto, procedendo per fasi, non solo le condizioni e le tutele del/nel rapporto di lavoro subordinato sul piano individuale, ma anche la dimensione collettiva di tali rapporti (1), e ciò con particolare evidenza proprio laddove si presti attenzione ai profili della flessibilità nella gestione degli stessi, vuoi sul piano costitutivo, vuoi su quello funzionale (si pensi, per limitarci qui a un solo esempio, alla nuova e controversa disciplina delle mansioni e dello *ius variandi*) (2), vuoi in relazione alla cessazione e alla disciplina dei licenziamenti. Il tutto peraltro, come è noto, con un formale ossequio, più volte apertamente evocato dal Governo, alla cd. «filosofia» della *flexicurity* di matrice europea, nella convinzione che, per incrementare i livelli occupazionali, si debba potenziare la flessibilità tanto in entrata quanto in uscita, bilanciando però tale diminuzione delle tutele per il lavoratore nel rapporto con un aumento di quelle riconosciute nel mercato del lavoro, legate a un

(*) Professore associato di Diritto del lavoro presso l'Università di Trieste.

(1) Vedi al riguardo Zilio Grandi 2016, 14.

(2) In argomento vd. il saggio di Vito Pinto in questo fascicolo di q. *Riv.* p. 345 ss.

ridisegno del sistema degli ammortizzatori sociali e a nuovi strumenti di politiche attive per l'impiego: prospettiva, tuttavia, quest'ultima, che di fatto appare in buona parte ancora da realizzare.

Guardando al nuovo quadro regolativo, approfondito negli altri saggi pubblicati in questo numero della *Rivista*, in questo scritto ci proponiamo di operare un'iniziale verifica su quali siano in concreto gli spazi, attivati (o attivabili) in sede di confronto – ai vari livelli – tra le parti sociali, per una flessibilità negoziata. Se sicuramente risponde al vero che l'avvento del *Jobs Act* «dischiude inediti orizzonti sul versante delle relazioni contrattuali collettive, che entrano in una nuova stagione fortemente derogatoria e decentrata, in cui il modello di prossimità diventa la regola sia nella formalizzazione normativa sia nella nuova prassi operativa» (3), in definitiva, nella «classica» dialettica tra autonomia ed eteronomia (4), si tratta di capire se, a fronte degli ampi margini di manovra indubbiamente assicurati dal legislatore della riforma alle imprese per una gestione maggiormente flessibile dei rapporti di lavoro, restino ancora degli ambiti concretamente agibili per il sindacato ai fini di una contrattazione di tale flessibilità in termini di attenzione (anche) per le esigenze di tutela dei lavoratori o se, al contrario, radicalmente riconfigurati i rapporti di forza, si debba riconoscere che tali spazi si sono significativamente ristretti, se non del tutto chiusi, con effetti che potranno concretamente e pienamente misurarsi in tutta la loro portata solo nel prossimo futuro.

2. — *Flessibilità, contrattazione e scelte del legislatore: dall'art. 8, l. n. 148/2011, al Jobs Act* — Interrogarsi sul ruolo attuale del contratto collettivo nel controllo delle flessibilità *post Jobs Act* impone anche, in prima bat-

(3) Così Pizzoferrato 2015, 431.

(4) Su cui vd., di recente, Zoppoli (2015, 2), che sottolinea come la storia postcostituzionale repubblicana sia stata in gran parte una «storia di ricerca di armonie nella condivisione di spazi regolativi, caratterizzata sempre più da un legislatore nazionale che apriva le proprie procedure al coinvolgimento delle parti sociali e, simmetricamente, da una contrattazione collettiva che si manifestava sensibile alle esigenze di macroregolazione dell'economia, contemperando tutela del lavoro ed esigenze delle imprese»; questa storia, «pur sostenendo le grandi trasformazioni dell'Italia nella seconda metà del Novecento, non ha però prodotto una formalizzazione del sistema delle fonti giuslavoristiche all'altezza della complessità e dei compiti che via via si accollavano tanto alla legge quanto alla contrattazione collettiva», lasciando il compito di supplire a tale carenza a «ingegno e creatività di dottrina e giurisprudenza». Al riguardo, tra molti, vd. almeno, oltre agli Atti delle Giornate di studio Aidlass di Foggia-Baia delle Zagare del 25-26 maggio 2001 (Aa.Vv. 2002): Rusciano 2003; Montuschi 2010; Persiani (a cura di) 2010; Mazzotta 2011; Lecce 2012; Mariucci 2013.

tuta, di verificare l'impatto delle nuove regole sui meccanismi a suo tempo introdotti dall'art. 8 del d.l. n. 138/2011, dedicato al «sostegno alla contrattazione collettiva di prossimità» e convertito dalla legge n. 148/2011, che tanto ha fatto discutere la dottrina negli ultimi anni, per lo più con prese di posizione assai critiche (5), alla luce del suo potenziale qualificato già dai primi commentatori come «dirompente» (6) «il materializzarsi di un incubo da Apocalisse» (7) in termini di possibile destabilizzazione degli assetti regolativi e destrutturazione delle tutele legali previste per il lavoro subordinato.

Dopo le riforme messe in campo dal governo Renzi, infatti, appare del tutto lecito chiedersi se permanga (e in quali termini) un ruolo residuo per tale disposizione o se, anche alla luce delle previsioni, su cui si tornerà tra breve, di cui all'art. 51 del d.lgs. n. 81/2015 [decreto che, delineando «la nuova tassonomia dei rapporti di lavoro» (8), assume una vera e propria «centralità sistematica» (9) nel quadro delle riforme], la portata dell'art. 8 di fatto appaia sostanzialmente superata dalle scelte successive operate dal legislatore, che si è assunto «in proprio» (anche) una parte significativa del *dirty work* della deregolazione precarizzante, con un risultato finale che, di conseguenza, potrebbe ridurre di fatto notevolmente per gli attori sindacali buona parte degli spazi di manovra in chiave «concessiva».

Come è noto, l'art. 8 della legge n. 148 ha contribuito in questi ultimi anni all'emersione di un sistema negoziale, a livello decentrato, «ben più articolato nonché decisamente più variegato e complesso rispetto a quello che si è formato sino a un recente passato» (10), con un evidente «rovesciamento delle regole del gioco in materia di rapporti tra contratti collettivi di lavoro, declinati nei diversi livelli di competenza» (11). La norma in questione dispone che i contratti collettivi di lavoro sottoscritti a livello aziendale o territoriale da associazioni dei lavoratori comparativamente più rappresentative sul piano nazionale o territoriale, ovvero dalle loro rappresentanze sindacali operanti in azienda, possano realizzare *specifiche intese* – con efficacia nei confronti di tutti i lavoratori interessati, a condizione di essere sottoscritte

(5) Vd., tra molti, Perulli, Speziale 2011; Alleva 2012; Barbieri 2012; Bavaro 2012; Carabelli 2012; Carinci 2012; Ferraro 2012; Garilli 2012; Gottardi 2012; Lassandari 2012; Leccese 2012; Scarpelli 2012; Romagnoli 2012; Veneziani 2012; Pizzoferrato 2015; Scarponi 2015.

(6) Pessi 2011, 537.

(7) Romagnoli 2012.

(8) Magnani 2015, 964.

(9) *Ibidem*.

(10) Così Romeo 2014, 857 s.

(11) *Ibidem*.

sulla base di un criterio maggioritario relativo alle predette rappresentanze sindacali – finalizzate alla maggiore occupazione, alla qualità dei contratti di lavoro, all'adozione di forme di partecipazione dei lavoratori, alla emersione del lavoro irregolare, agli incrementi di competitività e di salario, alla gestione delle crisi aziendali e occupazionali, agli investimenti e all'avvio di nuove attività. Si prevede poi che dette intese possano riguardare un ventaglio assai ampio di materie concernenti l'organizzazione del lavoro e della produzione, con espresso riferimento agli impianti audiovisivi e alla introduzione di nuove tecnologie, alle mansioni del lavoratore, alla classificazione e inquadramento del personale, ai contratti a termine, ai contratti a orario ridotto, modulato o flessibile, al regime della solidarietà negli appalti e ai casi di ricorso alla somministrazione di lavoro, alla disciplina dell'orario di lavoro, alle modalità di assunzione e disciplina del rapporto di lavoro, comprese le collaborazioni coordinate e continuative a progetto e le partite Iva, alla trasformazione e conversione dei contratti di lavoro e alle conseguenze del recesso dal rapporto di lavoro (fatta eccezione per il licenziamento discriminatorio, il licenziamento della lavoratrice in concomitanza del matrimonio, il licenziamento della lavoratrice madre nel periodo di interdizione, il licenziamento causato dalla domanda o dalla fruizione del congedo parentale e per la malattia del bambino da parte della lavoratrice o del lavoratore e il licenziamento in caso di adozione o affidamento). Premesso il doveroso ossequio al rispetto, oltre che della Costituzione, anche dei «vincoli derivanti dalle normative comunitarie e dalle convenzioni internazionali sul lavoro», a tali accordi il legislatore del 2011 ha consentito di operare anche in deroga alle disposizioni di legge e a quelle dei contratti collettivi nazionali di lavoro.

Scorrendo anche solo per sommi capi il dettato normativo che si è sopra richiamato, salta con evidenza agli occhi un'opzione legislativa [accolta con valutazioni fortemente critiche da una parte consistente della dottrina giuslavoristica italiana (12), come già si è ricordato] per una marcata flessibilizzazione della disciplina del rapporto di lavoro individuale affidata alle scelte delle parti sociali, riconoscendo un'(ampia) facoltà di deroga, anche peggiorativa, con lo strumento della contrattazione di prossimità, rispetto a molti profili regolati non solo dalla contrattazione collettiva di livello nazionale, ma anche dallo stesso legislatore. Difficile sottrarsi alla sensazione di una norma che – come osservato da Franco Carinci – assume l'aspetto di «una sorta di cambiale in bianco rilasciata alla contrattazione collettiva aziendale», con un conseguente «impatto destabilizzante sul sistema contrat-

(12) Cfr. gli Autori già citati *supra*, a nota 5. Per una valutazione di segno diverso, vd. invece Vallebona 2011; Del Conte 2012; Magnani 2012; Pisani 2012; Tiraboschi 2012.

tuale articolato in essere, di cui si sovverte qualunque criterio ordinario essenziale al suo funzionamento, cioè sia quello relativo alla primazia del livello nazionale, che legittima e regola il livello aziendale, sia quello della coordinazione fra sindacati territoriali e rappresentanze sindacali aziendali» (13).

Se questo è lo scenario disegnato dal legislatore del 2011, sembrano condivisibili le perplessità di chi ha da subito evidenziato l'ambiguità di un sistema che, «pur lasciando inattuato l'art. 39 della Costituzione, in punto di efficacia soggettiva del contratto collettivo, finisce per assicurare ora attraverso una legge ordinaria una efficacia derogatoria ai contratti di prossimità» (14). D'altra parte, è evidente che l'opzione legislativa per una declinazione in chiave aziendalistica della contrattazione collettiva ha risentito di una logica emergenziale riferibile in primo luogo alla preoccupazione di arginare l'emorragia di occupati indotta dalla crisi economica (e dai suoi tempi dilatati), portando a «scommettere» sullo strumento della contrattazione in deroga quale possibile mezzo di contenimento dei licenziamenti per riduzione del personale. Inoltre, come in dottrina non si è mancato di rilevare (15), la spinta verso un decentramento della contrattazione da tempo interessa molti sistemi europei di relazioni industriali (16): anche l'Italia, con le scelte di recente operate, si è dunque di fatto inserita in questo più vasto *mainstream*. Non per questo, tuttavia, appaiono meno condivisibili le preoccupazioni di chi osserva che, se da un lato la spinta uniforme dei processi di globalizzazione finisce per plasmare le strutture negoziali in direzione di un sempre maggior decentramento che risponde agli imperativi di mercato, dall'altro, in presenza di una crisi prolungata, emerge il rischio che un tale cambio di paradigma comporti un progressivo scardinamento degli stessi sistemi di contrattazione collettiva (17).

Così richiamati, in termini assolutamente sintetici, i termini principali del dibattito che ha animato la dottrina italiana all'indomani del varo dell'art. 8, per comprendere se e come la prospettiva sia cambiata dopo il *Jobs Act* bisogna preliminarmente chiedersi quali siano state le ricadute concrete, in termini applicativi, della «cambiale in bianco» concessa dalla norma *de qua* alla contrattazione di prossimità, e dunque – nello specifico – è opportuno indagare «quale» e «quanta» flessibilità sia stata contrattata valorizzando la disposizione in parola, e quali (nuovi) spazi siano stati concretamente occupati dalla contrattazione derogatoria *in peius*.

(13) Carinci 2012.

(14) Romeo 2014, 863. Ampiamente sul tema vd. anche Leccese 2012.

(15) Sciarra 2006.

(16) Per interessanti spunti in una prospettiva comparata vd., di recente, Borzaga 2015; Gil y Gil 2015; Peskine 2015.

(17) Così Guarriello 2012, 355 s.

Tentando di esplorare questo «*dark side*» della contrattazione aziendale l'interprete deve però prepararsi a scontrarsi da subito con un ostacolo di non poco momento per chi voglia affrontare la materia, dato dalla persistente carenza di una banca dati ufficiale e completa della contrattazione di secondo livello (18), anche se più di un elemento per una prima valutazione può trarsi – oltre che dalle cronache sindacali, che di alcuni accordi di maggiore impatto, per la dimensione delle imprese coinvolte, hanno dato con un certo rilievo notizia – dall'analisi quali-quantitativa operata dalla Cisl muovendo dai dati del proprio Osservatorio sulla contrattazione di secondo livello (di seguito, Ocsel). Infatti, già in un primo *Report* relativo agli anni 2009-2012 (19) (quindi in buona parte riferibile peraltro a un periodo antecedente all'entrata in vigore dell'art. 8) si segnalava come, su 2402 accordi censiti (per l'89% si trattava di accordi aziendali, per il 10% di accordi territoriali e per l'1% di filiera), solo il 5% fosse ascrivibile alla categoria degli accordi in deroga, riguardando le materie derogate in percentuale maggiore l'organizzazione del lavoro (per un 71%) e, a seguire, l'orario di lavoro (65%), il salario (62%) e l'inquadramento (13%). Dall'analisi dei dati Ocsel risultava inoltre un significativo rallentamento nel periodo considerato di tutte le pratiche contrattuali innovative e – possiamo aggiungere – maggiormente attente a una prospettiva *workers friendly* quali, ad esempio, quelle concernenti i temi del *welfare*, della partecipazione, della formazione, della innovazione organizzativa e delle pari opportunità (20).

Tali tendenze appaiono confermate anche nel successivo rapporto 2015 (21), che ha esteso l'analisi al 2013 e 2014 (portando a 3640 gli accordi

(18) Carezza alla quale cerca di ovviare con vari contributi la dottrina: vd., ad esempio, nell'ambito del progetto triennale di ricerca Prin (2010-2011) sul tema «Lavoro e legalità nella società dell'inclusione» (con capofila l'Università di Verona), il lavoro dell'unità di ricerca dell'Università di Bari; per i dettagli del progetto complessivo, che coinvolge gruppi di ricerca anche degli Atenei di Trieste, Udine, Venezia, Padova, Ferrara, Genova, Urbino, Milano Bicocca e Sassari vd. il sito <http://olympus.uniurb.it>. Si veda inoltre anche l'Osservatorio sulla contrattazione collettiva di secondo livello realizzato dall'Università di Trento in <http://www.dirittisocialitrentino.it> e quello costituito dall'Università di Brescia in <http://www.osmer.org>. In dottrina, vd., di recente, anche Imberti 2014; Pizzoferrato 2015; Tomassetti 2015.

(19) Vd. *Le relazioni industriali nel tempo della crisi. I dati Ocsel sulla contrattazione di 2° livello negli anni 2009-2012*, in <http://www.cisl.it>.

(20) Sulle difficoltà che incontra il consolidamento di un modello stabile di contrattazione di genere, in grado di integrare le politiche legislative in tema di pari opportunità, vd., di recente, Ferrara 2014.

(21) Vd. *Rapporto Ocsel 2015. Caratteristiche e tendenze della contrattazione di secondo livello negli anni 2013/2014*, in <http://www.cisl.it>. Nel rapporto si sottolinea una buona propensione alla stipula di accordi di secondo livello da parte delle piccole (da 10 a

esaminati) e ha censito un 4% di accordi esplicitamente stipulati in deroga: le materie derogate, anche con riferimento a questa seconda tornata di analisi, riguardano primariamente l'organizzazione del lavoro (48%), l'orario (42%) e il salario (38%), mentre nel 12% di tali accordi non viene specificato il dato relativo ai contenuti della deroga; naturalmente, scendendo maggiormente nel dettaglio, il rapporto citato non manca di evidenziare come l'intero svolgimento della contrattazione di secondo livello censita e sviluppatasi dal 2009 al 2014 abbia fortemente risentito della situazione di crisi, con un impoverimento dei contenuti della contrattazione e con una compressione di tutti gli istituti contrattuali (a partire dal salario), ai quali fa da contraltare un incremento «esponenziale» dei temi dedicati alla gestione delle crisi e dei processi di riorganizzazione (22): non a caso, continuano tra l'altro a rimanere assolutamente marginali gli interventi in materia di pari opportunità, partecipazione e responsabilità sociale d'impresa.

Anche tale ultimo rapporto conferma dunque la sensazione che è già stata espressa nelle prime analisi sull'impatto dell'art. 8 – e che emerge anche laddove ci si confronti a livello informale con chi opera nell'ambito delle relazioni industriali (sindacalisti, consulenti del lavoro, avvocati giurolavoristi, esponenti delle associazioni datoriali) –, e cioè che «le deroghe si fanno, ma non si dicono» (23), e che la contrattazione decentrata al tempo della crisi «abbia in un numero significativo di casi percorso strade parallele rispetto a quella prevista dall'art. 8 per giungere a risultati sostanzialmente analoghi, vale a dire la deroga non solo ai Ccnl, ma anche ad alcune rilevanti norme di legge» (24), mentre si ha notizia di un numero ancora relativamente contenuto di contratti aziendali conclusi *esplicitamente* in deroga *ex art. 8* (25), nella stragrande maggioranza dei casi peraltro relativi a imprese di dimensioni significative (26). D'altra parte, ben fondata è l'osservazione di chi sottolinea come possa apparire certamente «lessical-

49 addetti) e medie (da 50 a 249 addetti) imprese, mentre assai più basso è l'accesso alla contrattazione di secondo livello da parte delle microimprese (fino a 9 addetti).

(22) Vd. p. 15 del rapporto citato.

(23) Imberti 2014. Analoghe conclusioni si possono trarre dalla lettura di un recente studio relativo alla contrattazione in deroga nell'industria metalmeccanica lombarda (Tomassetti 2015): l'Autore, infatti, sottolinea (vd. p. 523, nota 5) come nessuna delle intese derogatorie analizzate «richiami espressamente l'art. 8», anche laddove ne soddisfano nel dettaglio i requisiti.

(24) Imberti 2014, 256.

(25) Bavaro 2012, 159.

(26) A partire dal noto Accordo della *Golden Lady* del 16 luglio 2012 per la stabilizzazione dei rapporti in essere con i propri associati in partecipazione, in relazione al quale vd. Imberti 2014, 257.

mente più affascinante parlare di “percorsi di stabilizzazione” o di contratti di “solidarietà espansiva” piuttosto che di “accordi in deroga”, anche se poi «il contenuto sostanziale degli accordi non è dissimile: si tratta sempre di deroghe peggiorative a norme di fonte legislativa operate da accordi stipulati a livello aziendale» (27). Certo, il mancato riferimento all’art. 8 tenta di «depotenziarne» la portata simbolica, riferibile alla significativa ampiezza, come si è sopra ricordato, delle deroghe possibili. Tuttavia, il fatto che tale contrattazione decentrata «carsica» (28) sia stata sino a oggi in gran parte derubricata quale «eccezione alla regola», utile per fronteggiare il caso (aziendale) specifico, ma non suscettibile di assurgere a un rango di regola generale, non fa venir meno – anzi ci sembra accentui ancora di più – l’evidente processo di «ribilanciamento» degli equilibri della contrattazione collettiva già segnalato, come sopra si è detto, dalla dottrina, con il livello negoziale aziendale definitivamente chiamato a un ruolo di nuovo protagonismo, maggiormente pragmatico e deideologizzato, ma dagli esiti peraltro ancora incerti e con i rischi legati all’emersione (anche) di una sorta di «localismo sindacale» (29), certamente non facilmente gestibile dalle stesse organizzazioni sindacali.

È in questo contesto che si deve cercare di valutare il possibile impatto del *Jobs Act* in termini di contrattazione della flessibilità e di controllo dei poteri datoriali, dal momento che il legislatore della riforma ha indubbiamente inciso «in profondità sulla disciplina eteronoma-autonoma di un’infinità di istituti giuslavoristici, al punto da accentuare o riscrivere alcune tendenze sistemiche» (30): da un lato, infatti, l’intervento diretto del legislatore del 2015, in chiave di destrutturazione di molte norme di tutela dei lavoratori, ha finito per rendere in diverse ipotesi del tutto superfluo per il datore di lavoro il ricorso alla negoziazione con il sindacato per avvalersi di forme di flessibilità che ormai gli vengono direttamente riconosciute/assicurate dalla legge (si pensi, per fare solo un esempio, al mutamento definitivo del paradigma regolativo del contratto a termine, con il passaggio dal sistema causale – peraltro già ampiamente messo in discussione dagli interventi legislativi degli anni precedenti, a partire dalla l. n. 92/12 – al sistema numerico) (31): la sensazione potrebbe essere, in prima battuta, quella

(27) Imberti 2014, 262.

(28) Imberti 2014, 268.

(29) Scarpelli 2011.

(30) Zoppoli 2015, 15.

(31) Vd., in argomento: Alessi 2016; Menghini 2015 e 2014; Albi 2014; Brollo 2014; Magnani 2014, Romei 2014; Santoro Passarelli 2014; Zilio Grandi, Sferrazza 2014.

di trovarsi di fronte a un (quantomeno momentaneo) *game over*, riuscendo difficile immaginare che le imprese, soprattutto quelle di dimensioni più contenute, manifestino la disponibilità a contrattare su materie per le quali oggi la bilancia del *favor* pende decisamente verso le esigenze di flessibilità aziendali. Dall'altro lato, laddove la contrattazione viene espressamente chiamata in causa, il legislatore della riforma – di fronte a un sistema sindacale che, come si è osservato, sempre più «appare attraversato e ormai lacerato da un eccesso di tensioni vecchie e nuove, giuridiche e non giuridiche» (32) – ha finito per innestare ulteriori elementi di criticità, aprendo la strada a possibili sovrapposizioni tra le nuove regole e la disciplina dell'art. 8, l. n. 148/11, che si annunciano foriere di problemi interpretativi di un certo rilievo, con una contrattazione aziendale che, inoltre, come è stato da altri di recente e condivisibilmente sottolineato, rischia di diventare nei fatti una sorta di «simulacro negoziale costruito per giustificare la permanenza in vita del principio dell'inderogabilità della legge, ma di fatto cavallo di Troia per una forte compressione dei livelli di tutela esigibili» (33).

Muovendo proprio da tali ultime questioni, particolarmente importanti, per la materia che qui interessa, appare il tema del potenziale conflitto tra le previsioni dell'art. 8, l. n. 148/11, in materia di principio maggioritario e quelle dell'art. 51 del d.lgs. 15 giugno 2015, n. 81 (34). Tale ultima disposizione contiene infatti una rilevante norma di chiusura, di carattere suppletivo, della normativa dedicata alla «disciplina organica dei contratti di lavoro e revisione della normativa in tema di mansioni», laddove dispone che per «contratti collettivi» «salvo diversa previsione [...] si intendono i contratti collettivi nazionali, territoriali o aziendali stipulati da associazioni sindacali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale e i contratti aziendali stipulati dalle loro rappresentanze sindacali aziendali ovvero dalla rappresentanza sindacale unitaria». La norma provvede così – fatte salve diverse specifiche ipotesi – a determinare in modo uniforme i livelli e i soggetti contrattuali ai quali sono affidate dal decreto in questione funzioni derogatorie e/o integrative della disciplina dallo stesso disegnata (35). Rinvii

(32) Zoppoli 2015, 15.

(33) Così Pizzoferrato 2015, 435. Che l'effetto del mutato rapporto tra legge e autonomia collettiva sia anche quello di «frantumare l'inderogabilità della norma di legge e di contratto collettivo» è sottolineato da Santoro Passarelli (2016, 14).

(34) Per un commento al d.lgs. n. 81/2015 vd. Zilio Grandi, Biasi (a cura di) 2016; Carinci 2015; Treu 2015.

(35) Si segnala che la norma è richiamata anche dagli artt. 21 e 41 del d.lgs. n. 148/2015 in materia di contratti di solidarietà difensivi ed espansivi.

– questi della legge alla contrattazione collettiva – senza dubbio nel complessivo sistema del *Jobs Act* assai numerosi (nel solo d.lgs. n. 81 sono quasi una trentina), oltre che eterogenei, e in molti casi diretti a consentire deroghe anche peggiorative alla disciplina legislativa: da cui l'evidente sovrapposizione di cui si è detto con l'art. 8, subito rilevata dalla dottrina (36).

Lo scenario aperto dal *Jobs Act*, infatti, con la norma di cui all'art. 51 del d.lgs. n. 81 sembra definitivamente riconoscere il modello di prossimità – come con preoccupazione si è osservato – quale nuova «regola sia nella formalizzazione normativa sia nella nuova prassi operativa», nel tempo superando «ogni residua remora alla devoluzione verso il basso della regolamentazione dei rapporti di lavoro, preludio alla probabile e finale sottrazione al livello nazionale della determinazione degli standard minimi anche con riguardo all'aspetto economico» (37). In effetti, la disposizione appena richiamata evoca uno spettro amplissimo di livelli e soggetti (38), innestandosi alla perfezione peraltro in uno scenario fattuale di cui la dottrina non ha mancato di cogliere la trasformazione «in senso multipolare a causa dei vistosi arretramenti di rappresentanza del sistema confederale, che hanno prestato il fianco non solo all'affermarsi di una contrattazione esclusiva di gruppo/aziendale, ma anche alla fine dell'era della concertazione sociale, all'innervarsi di modelli contrattuali nazionali competitivi e conflittuali condotti dall'esterno e all'interno delle stesse organizzazioni sindacali comparativamente più rappresentative, nonché dal rinvio regolatorio a contratti nazionali relativi a diversi settori merceologici per l'intervenuta dismissione dell'affiliazione sindacale imprenditoriale» (39). Si potrebbe dire che, in un certo senso, l'art. 51 «chiude il cerchio», nella misura in cui supera quei limiti che comunque l'art. 8, l. n. 148/11, vedeva posti alla propria operatività quale strumento di deregolamentazione anche *in peius* di diritti e tutele (40). Infatti, quest'ultima norma, rispetto a quanto

(36) Vd. Zoppoli 2015, 17.

(37) Così Pizzoferrato 2015, 431.

(38) Vd. Menghini 2015, 182.

(39) Così Pizzoferrato 2015, 432-433.

(40) Con riferimento, ad esempio, alla sostanziale inutilità di ricorrere oggi all'art. 8, l. n. 148/11, a fronte delle previsioni dell'art. 51, in materia di quote di contingentamento dei contratti a termine, vd. le condivisibili osservazioni di Alessi 2016, 28; l'Autrice sottolinea come, se «prima del d.lgs. n. 81/2015, in verità si poteva porre qualche dubbio sulla stessa possibilità di intervenire sul punto per i contratti di prossimità [...] oggi, il rinvio legale ai contratti collettivi senza altra specificazione fa sì che qualunque contratto aziendale, sia pure stipulato da soggetti rappresentativi, possa derogare ai limiti percentuali e di durata, con ciò mettendo seriamente in dubbio la tenuta delle misure antiabusive stabilite dalla legge e rilevanti ai fini della conformità europea».

previsto dall'art. 51, da un lato, patisce comunque una limitazione quanto ai soggetti chiamati a stipulare, dall'altro – a differenza di quanto previsto dai contratti derogatori stipulabili *ex art. 51 del Jobs Act* –, richiama al rispetto di un sia pure generico principio maggioritario, su cui l'art. 51 è invece assolutamente silente. Il tema non è da poco, laddove si ponga attenzione al fatto che rinvii ai contratti collettivi «genericamente intesi» si rinvengono con riguardo a materie assai importanti (ri)regolate nel d.lgs. n. 81/15, come le mansioni e lo *ius variandi*, i contratti a tempo determinato, il lavoro somministrato, l'apprendistato: tutte materie che interessano in modo rilevante la declinazione dei profili di flessibilità gestionale e organizzativa dell'impresa. In questi ambiti, ora, la possibile sovrapposizione con la contrattazione *ex art. 8, l. n. 148/11*, risulta del tutto evidente e la scomparsa del criterio maggioritario nell'art. 51 conduce a un evidente conflitto tra le due norme, che in qualche modo l'interprete è chiamato a risolvere, non avendolo fatto il legislatore, come pure avrebbe potuto.

A tale proposito, in dottrina si è di recente sostenuto che, regolando la medesima fattispecie, «le due norme non avrebbero ragione di coesistere» e di conseguenza, facendo applicazione *de plano* del criterio cronologico, «la legge più recente dovrebbe prevalere almeno quando vi sia coincidenza delle materie su cui la legge abilita il contratto aziendale alla deroga (anche peggiorativa)» (41); tuttavia, lo stesso Autore or ora richiamato si premura di segnalare come tale soluzione – di certo la più semplice e immediata – non sia però la più sicura, dal momento che residua il dubbio se i contratti *ex art. 51* abbiano la stessa efficacia *erga omnes* dei contratti di prossimità *ex art. 8*, posto che la legge non lo prevede espressamente come per questi ultimi: con tutto ciò che ovviamente ne consegue in relazione all'annosa questione dell'efficacia soggettiva che si deve riconoscere ai contratti collettivi oggetto di specifico rinvio (o di delega) da parte del legislatore (42). Peraltro, per parte nostra, riteniamo pienamente condivisibile la posizione di chi in dottrina ritiene che la contrattazione aziendale non possa sfuggire all'applicazione dei principi di cui all'art. 39 Cost. (43), per cui l'art. 51 – nella misura in cui appare legittimare la stipulazione di contratti aziendali da parte di rappresentanze sindacali minoritarie (e a maggior ragione laddove tali intese assumano caratteri derogatori rispetto ai profili di tutela dei lavoratori) – ci sembra affetto da profili rilevanti di illegittimità co-

(41) Così Zoppoli 2015, 18.

(42) Per una ricostruzione del dibattito pregresso in dottrina e giurisprudenza vd., per tutti, Campanella 2000.

(43) In argomento vd. Leccese 2012.

stituzionale e concordiamo con chi ha osservato come appaia del tutto paradossale, sotto il profilo della coerenza e della chiarezza, che «proprio mentre il contratto aziendale diviene un simulacro di contrattazione si vorrebbe del tutto immunizzare quella dimensione dell'autonomia dall'applicazione di basilari principi costituzionali» (44).

Quanto poi all'altro aspetto della questione, ovvero la sussistenza e il rilievo dell'interesse concreto dei datori di lavoro, in particolare di quelli di dimensioni medie (o medio-piccole), ad attivare pratiche negoziali in materia di flessibilità, qualche dubbio è forse lecito, alla luce dell'importante intervento in chiave *destruens* di molte tutele comunque già realizzato dal legislatore con il *Jobs Act*, senza necessità della mediazione negoziale. In ogni caso, sarà comunque solo la prassi contrattuale dei prossimi anni che potrà darci qualche indicazione maggiormente univoca. Difficile, tuttavia, non avvertire il rischio, peraltro già da alcuni paventato, che gli standard effettivi di tutela del lavoro finiscano per frammentarsi e sgretolarsi in una situazione di «decentramento disorganizzato» (45), abbandonato ai rapporti di forza tra le parti in un contesto dove sempre più difficile potrebbe diventare la difesa di un nocciolo duro e inderogabile di diritti. Difesa che oggi deve confrontarsi, appunto, con quello che una dottrina ha qualificato efficacemente come un cambiamento della «qualità» dell'intervento legislativo (46), nella misura in cui, senza più alcun richiamo al rispetto del principio maggioritario e di quello finalistico di cui all'art. 8, l. n. 148, «viene concesso all'autonomia contrattuale di incidere sulle tutele fondamentali del lavoro, di superare lo schema legislativo su materie *core*, qualificanti la situazione di dipendenza economica di una parte del rapporto, senza richiami a forme di temperamento di interessi o a situazioni eccezionali di salvaguardia della continuità di impresa e occupazionale» (47), e ciò per il tramite di una contrattazione aziendale che si pone in una condizione di piena fungibilità con il livello nazionale e alla quale viene affidato un ruolo soprattutto ablativo, «anche nelle situazioni di ordinarietà o addirittura di espansione organizzativa» (48).

In un simile contesto, che dunque fornisce più di un motivo di fondata preoccupazione, resta da vedere se e come potranno operare i possibili «anticorpi ordinamentali e fattuali» che una dottrina ha di recente evocato (49),

(44) Così Zoppoli 2015, 22.

(45) Pizzoferrato 2015, 436-437.

(46) *Ivi*, 434.

(47) *Ibidem*.

(48) Pizzoferrato 2015, 435.

(49) Così Zoppoli 2015, 14.

sottolineando come, in un'economia quale quella italiana, caratterizzata dalla notoria massiccia presenza di imprese di dimensioni medio-piccole, potrebbe essere assai rischioso imboccare una strada di indebolimento generalizzato di risorse regolative di livello sovraaziendale, dal momento che portare una tale scelta alle estreme conseguenze potrebbe voler dire rinunciare definitivamente a governare «molti mercati territoriali, lasciandoli in situazioni di lacerazione, sottosviluppo e disgregazione sociale» (50), con la conseguente perdita (anche) di quella pretesa valenza attrattiva di possibili nuovi investimenti che il legislatore del *Jobs Act* ha più volte richiamato quale giustificazione assunta a fondamento delle proprie scelte deregolative in materia di flessibilità, nelle varie declinazioni di quest'ultima.

D'altra parte, non volendo indulgere solo al pessimismo, alcune recenti prassi contrattuali dimostrano che gli spazi ampliati per la contrattazione a livello aziendale potrebbero anche essere valorizzati in termini favorevoli ai lavoratori: questo è il caso non solo della cd. flessibilità «*family friendly*», sulla quale ci soffermeremo nel paragrafo seguente, ma anche di alcuni interventi con cui la contrattazione aziendale ha reintrodotto per i lavoratori le tutele «forti» contro i licenziamenti di cui all'art. 18 St. lav., in via sostitutiva rispetto alle previsioni del d.lgs. n. 23/2015; in casi siffatti, come si è osservato, la contrattazione aziendale «gioca un ruolo autonomo e polivalente, potendo nel contempo presentarsi quale veicolo di liberalizzazione nella gestione delle risorse umane ma anche di supplenza alla legge e al Ccnl in funzione di specifici beni fondamentali della persona» (51).

Naturalmente sono prassi contrattuali, queste or ora ricordate, che per potersi diffondere richiedono, in primo luogo, e con palese evidenza, un contesto economico favorevole: per una verifica sugli spazi di effettiva (e non meramente episodica) implementazione delle stesse, risulteranno dunque decisivi anche e soprattutto i tempi di effettivo superamento della crisi.

3. — *Flessibilità e work-life balance: appunti per una storia ancora (in buona parte) da scrivere* — A fronte dei rischi concreti di appiattimento ver-

(50) *Ibidem*.

(51) Pizzoferrato 2015, 432. Sul tema dell'estensione/reintroduzione per via negoziale dell'applicazione delle tutele di cui all'art. 18, l. n. 300/70, anche a rapporti rientranti nel campo di applicazione del d.lgs. n. 23/2015, vd., da ultimo, Novella (2016, 266 ss.) osserva condivisibilmente come accordi di questo tipo possano trovare piena applicazione giudiziale «in quanto l'istituto della reintegrazione nel posto di lavoro è tuttora presente e disciplinato nell'ordinamento», dal momento che non solo l'art. 18 non è stato abrogato, ma che l'ordine di reintegrazione stesso «è contemplato tra i poteri del giudice anche nel d.lgs. n. 23/2015».

so una flessibilità «povera» (con l'implementazione, ad esempio, della precarietà del lavoro o, anche, di una maggior gravosità dei turni, degli orari ecc.), non dovrebbe trascurarsi, da parte del sindacato *in primis*, la necessità di uno sforzo sul piano progettuale per una possibile valorizzazione di forme di flessibilità «ricca», in grado, cioè, di coniugare pratiche organizzative flessibili con un maggior coinvolgimento e valorizzazione delle risorse umane e una maggiore considerazione per le esigenze e il benessere di queste ultime. Peraltro, lo sviluppo di tali pratiche – che, laddove adottate, possono portare, oltre che a generare opportunità di crescita e sviluppo per le aziende e i lavoratori coinvolti, anche a significativi miglioramenti del bilanciamento, spesso difficile, tra attività lavorative e vita privata, come di seguito si dirà – non può non fondarsi «sull'accrescimento del grado di partecipazione organizzativa dei lavoratori e sul coinvolgimento delle rappresentanze sindacali a livello decentrato» (52).

In quest'ottica, un tema sicuramente importante, che riteniamo meriti maggiore attenzione di quella fino a oggi allo stesso dedicata dalle parti sociali (53), è quello della flessibilità che potremmo definire *family friendly*, attenta cioè a sostenere le esigenze di conciliazione tra attività lavorativa e vita privata delle lavoratrici e dei lavoratori: obiettivo, quest'ultimo, che viene esplicitamente evocato dalla legge n. 183/2014, laddove ci si propone di intervenire al fine di garantire «adeguato sostegno alle cure parentali, attraverso misure volte a tutelare la maternità delle lavoratrici e favorire le opportunità di conciliazione dei tempi di vita e di lavoro per la generalità dei lavoratori» (così l'art. 8, l. n. 183/2014).

Sotto questo profilo, se, da un lato, con il d.lgs. n. 80/2015 il legislatore è intervenuto a riordinare la materia complessiva dei congedi per i genitori lavoratori (54), aumentando tra l'altro la flessibilità quanto alle possibili modalità di fruizione del congedo parentale (si vedano in particolare le previsioni in materia di frazionabilità e fruizione oraria dello stesso) (55), dall'altro, nel medesimo decreto è stata inserita una norma (vd. art. 23) volta a incentivare uno specifico strumento di flessibilità quale è il telelavoro (56), con una previsione – peraltro assai blanda – che dispone che i datori di lavoro *privati*, laddove facciano ricorso all'istituto del telelavoro per

(52) Nacamulli 2014, 467.

(53) Sul rapporto «difficile» tra contrattazione collettiva e *work-life balance* vd. Vallauri 2016; Ferrara 2014; Costantini 2009.

(54) Per un commento alla normativa vd. Gottardi (a cura di) 2016; Calafà 2015; sia inoltre consentito rinviare anche a Nunin 2016a.

(55) Vd., in argomento, Fenoglio 2016.

(56) Con riguardo a tale istituto vd., per tutti, Gottardi 2003; Gaeta, Pascucci 1998.

motivi legati a esigenze di cura parentali dei lavoratori e delle lavoratrici in forza di accordi collettivi, stipulati da associazioni sindacali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale, possano beneficiare dell'esclusione dei dipendenti ammessi al telelavoro dal computo dei limiti numerici previsti da leggi e contratti collettivi per l'applicazione di particolari normative e istituti. Il legislatore non ha dunque individuato il livello della contrattazione collettiva rilevante per consentire al datore di lavoro di beneficiare dello scomputo, ma si è limitato a chiedere che i soggetti negoziali abbiano un grado elevato di rappresentatività. Di conseguenza, si può sicuramente concordare con chi in dottrina ha osservato come i contratti collettivi in questione possano essere conclusi tanto a livello nazionale quanto a livello territoriale o aziendale (57), purché siano stipulati da attori sindacali aventi le caratteristiche ora richiamate (58). È anche stato osservato da un'Aurice che la norma andrebbe letta come «premiante» per il datore di lavoro che, potendo utilizzare il telelavoro (perché, ad esempio, previsto dal Ccnl applicato in azienda), vi faccia ricorso espressamente per soddisfare esigenze di conciliazione del dipendente, senza che sia necessario richiedere che anche l'accordo collettivo che di volta in volta viene in gioco attribuisca puntualmente al telelavoro detta funzione, bastando che ne sia ivi previsto il possibile utilizzo (anche in termini generali) (59).

Sempre in tema di flessibilità attenta alle esigenze di *work-life balance*, di un certo interesse è anche la previsione contenuta nell'art. 24 del d.lgs. n. 151/2015, che – ispirandosi all'intervento del legislatore francese del maggio 2014 (*Loi* n. 2014/459), noto come «legge *Mathys*» – ha previsto che, fermi restando i diritti di cui al d.lgs. n. 66/2003, i lavoratori possano cedere a titolo gratuito i riposi e le ferie da loro maturati ai lavoratori dipendenti dallo stesso datore di lavoro, al fine di consentire a questi ultimi di assistere i figli minori che – per le particolari condizioni di salute – abbiano necessità di cure costanti (60). Tale cessione, specifica la norma, potrà essere operata «nella misura, alle condizioni e secondo le modalità sta-

(57) Così Vallauri 2016, 133.

(58) Mentre restano esclusi dal beneficio dello scomputo i datori che utilizzino il telelavoro sulla base di un accordo *individuale*, non sorretto da alcun contratto collettivo. Compressione dell'autonomia individuale, questa, che, come osservato da un'Aurice, deve con evidenza intendersi volta «a evitare un impiego fraudolento dell'istituto, finalizzato ad aggirare gli obblighi derivanti da determinate previsioni di legge senza rispondere effettivamente alla funzione attribuitagli dal legislatore»: così Vallauri 2016, 135.

(59) *Ibidem*.

(60) Peraltro non mancano delle esperienze di matrice solidaristica che, in più di un contesto aziendale, avevano già anticipato le scelte del legislatore: vd., ad esempio,

bilite dai contratti collettivi stipulati dalle associazioni sindacali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale applicabili ai rapporti di lavoro». Non entrando qui nei dettagli dell'istituto (61), ci preme sottolineare il ruolo affidato alla contrattazione collettiva, che potrebbe tra l'altro a nostro avviso scegliere di estendere l'applicabilità dell'istituto ad altri destinatari della cura (rispetto ai soli figli minori contemplati dalla norma), ampliando il novero dei familiari le cui esigenze di assistenza continuativa possano trovare considerazione: importante sarà di conseguenza monitorare l'attenzione riservata al tema nelle scelte future degli attori contrattuali.

In materia di conciliazione tra le esigenze legate al lavoro e quelle riferibili alla dimensione della vita privata e familiare potrebbero dunque aprirsi – anche valorizzando le previsioni del legislatore del *Jobs Act* sopra richiamate – degli spazi interessanti per la contrattazione, che potrebbe assumere, pure a livello aziendale, quel ruolo maggiormente propositivo e innovativo, finanche sui temi delle politiche di genere intese nel senso più ampio, che fino a oggi non è stata ancora in grado di interpretare su larga scala (62), apparendo le pratiche di contrattazione sostanzialmente ancora modellate sulla figura del *male breadwinner*. Circostanza, quest'ultima, che indubbiamente ha finora fortemente ostacolato una produzione contrattuale attenta ai profili di genere (63) e fa sì che risultino tuttora del tutto sporadici i contratti collettivi che esplicitamente riconnettono i temi legati all'organizzazione del lavoro a tale prospettiva (64). Riteniamo invece che, proprio dedicando in sede negoziale una specifica attenzione ai temi delle pari opportunità e del *work-life balance*, l'accento sempre più forte posto dall'odierno legislatore sul tema di una flessibilità declinata (anche) in chiave di *smart work* (o lavoro «agile») potrebbe trovare un punto di equilibrio corretto che, allo stesso tempo, possa prendere in considerazione le nuove ed emergenti esigenze dell'economia 3.0 senza per questo travolgere completamente i diritti e le tutele dei lavoratori e delle lavoratrici, a partire dal necessario bilanciamento tra le richieste del lavoro e i tempi della vita privata e familiare.

il caso dell'Arpa Spa (Autolinee regionali pubbliche abruzzesi) e dell'Azienda toscana di trasporto pubblico Ctt Nord: vd., in argomento, Nunin 2016b, 733.

(61) Per i quali ci permettiamo di rinviare a Nunin 2016b.

(62) Vd. Calafà 2005; Tinti 2009; Ferrara 2014. Secondo i dati del già citato Rapporto 2015 dell'Osservatorio Ocsel sulla contrattazione decentrata, negli anni 2009-2014 i contratti contenenti clausole riferibili al tema «Pari opportunità» risultano essere appena il 3% degli accordi censiti.

(63) Vd., sul punto, Ferrara 2014; Murgia, Poggio 2007.

(64) Per una ricognizione, vd. Ferrara 2014. Inoltre, in argomento, vd. anche Pietanza 2009.

Riferimenti bibliografici

- Aa.Vv. (2002), *Il sistema delle fonti nel diritto del lavoro*, Atti delle giornate di studio Aidlass di Foggia-Baia delle Zagare (25-26 maggio 2001), Giuffrè, Milano.
- Alessi C. (2016), *Il lavoro a tempo determinato dopo il d.lgs. n. 81/2015*, in G. Zilio Grandi, M. Biasi (a cura di), *Commentario breve alla riforma «Jobs Act»*, Cedam – Wolters Kluwer, Padova, 19 ss.
- Alleva P. (2012), *Titolarità e usurpazione di poteri dispositivi e derogatori*, in q. *Riv.*, n. 3, I, 481 ss.
- Barbieri M. (2012), *Il rapporto tra l'art. 8 e l'Accordo interconfederale del 28 giugno 2011*, in q. *Riv.*, n. 3, I, 461 ss.
- Bavaro V. (2012), *Azienda, contratto e sindacato*, Cacucci, Bari.
- Bavaro V. et al. (a cura di) (2009), *Tempo comune*, Franco Angeli, Milano.
- Borzaga M. (2015), *Il decentramento «controllato» della contrattazione collettiva nella Repubblica federale tedesca come antidoto alla crisi economica: realtà o mito?*, in *DLRI*, n. 2, 275 ss.
- Brollo M. (2014), *La nuova flessibilità semplificata del lavoro a termine*, in *ADL*, n. 3, I, 566 ss.
- Calafà L. (2005), *Contrattazione decentrata e conciliazione tempi di vita e di lavoro*, Rapporto di ricerca Isfol.
- Calafà L. (2015), *Il sostegno alla genitorialità dopo il Jobs Act*, in *LG*, n. 10, 877 ss.
- Campanella P. (2000), *Rappresentatività sindacale: fattispecie ed effetti*, Giuffrè, Milano.
- Carabelli U. (2012), *I profili di incostituzionalità dell'art. 8 con riferimento all'efficacia erga omnes dei contratti collettivi da esso previsti*, in q. *Riv.*, n. 3, I, 539 ss.
- Carinci F. (a cura di) (2012), *Contrattazione in deroga*, Ipsoa, Milano.
- Carinci F. (2012), *Al capezzale del sistema contrattuale: il giudice, il sindacato, il legislatore*, in F. Carinci (a cura di), *Contrattazione in deroga*, Ipsoa, Milano, 1 ss.
- Carinci F. (a cura di) (2015), *Commento al d.lgs. 15 giugno 2015, n. 81: le tipologie contrattuali e lo ius variandi*, Adapt University Press, <http://www.adapt.it>.
- Costantini S. (2009), *Contrattazione collettiva nazionale e conciliazione fra lavoro e vita familiare: un rapporto difficile*, in *LD*, n. 1, 121 ss.
- De Luca Tamajo R. (2012), *Crisi economica e relazioni industriali: alcune osservazioni sull'art. 8 della legge n. 148/2011*, in *DRI*, n. 1, 11 ss.
- Del Conte M. (2012), *La riforma della contrattazione decentrata: dissoluzione o evoluzione del diritto del lavoro*, in *DRI*, n. 1, 24 ss.
- Fenoglio A. (2016), *Nuove modalità di fruizione del congedo parentale: un modello di «flessibilità buona»*, in D. Gottardi (a cura di), *La conciliazione delle esigenze di cura, di vita e di lavoro*, in L. Fiorillo, A. Perulli (diretto da), *Il nuovo diritto del lavoro*, Giappichelli, Torino, 71 ss.
- Ferrara M.D. (2014), *Il gender mainstreaming nei contratti collettivi: tendenze della contrattazione di genere*, in *DLM*, n. 2, 519 ss.
- Ferraro G. (2012), *Profili di costituzionalità della disponibilità del sistema di tutele del diritto del lavoro subordinato*, in q. *Riv.*, n. 3, I, 471 ss.
- Gaeta L., Pascucci P. (a cura di) (1998), *Telelavoro e diritto*, Giappichelli, Torino.
- Garilli A. (2012), *Finalizzazione e oggetto degli accordi di prossimità*, in q. *Riv.*, n. 3, I, 485 ss.

- Gil y Gil J.L. (2015), *Contrattazione collettiva decentrata e produttività del settore della produzione di automobili in Spagna*, in *DLRI*, n. 2, 295 ss.
- Gottardi D. (2003), voce *Telelavoro*, in *DDPComm.*, Agg., Utet, Torino, 1 ss.
- Gottardi D. (2012), *Deroga della legge e rispetto della normativa comunitaria*, in *q. Riv.*, n. 3, I, 521 ss.
- Gottardi D. (a cura di) (2016), *La conciliazione delle esigenze di cura, di vita e di lavoro*, in L. Fiorillo, A. Perulli (diretto da), *Il nuovo diritto del lavoro*, Giappichelli, Torino.
- Guarriello F. (2012), *I diritti di contrattazione collettiva in un'economia globalizzata*, in *DLRI*, n. 3, 341 ss.
- Imberti L. (2013), *A proposito dell'articolo 8 della legge n. 148/2011: le deroghe si fanno ma non si dicono*, in *DLRI*, n. 2, 255 ss.
- Lassandari A. (2012), *Il limite del rispetto della Costituzione*, in *q. Riv.*, n. 3, I, 503 ss.
- Leccese V. (2012), *Il diritto sindacale al tempo della crisi. Intervento eteronomo e profili di legittimità costituzionale*, in *DLRI*, n. 4, 479 ss.
- Magnani M. (2012), *L'art. 8 della legge n. 148/2011: la complessità di una norma sovrabbondante*, in *DRI*, n. 1, 1 ss.
- Magnani M. (2014), *La disciplina del contratto di lavoro a tempo determinato: novità e implicazioni sistemiche*, in *W.P. Csdle «Massimo D'Antona».IT*, n. 212, in <http://csdle.lex.unict.it>.
- Mariucci L. (2013), *Contratto e contrattazione collettiva oggi*, in Aa.Vv., *Il contributo di Mario Rusciano all'evoluzione teorica del diritto del lavoro. Studi in onore*, Torino, Giappichelli, 197 ss.
- Mazzotta O. (2001), *Il diritto del lavoro e le sue fonti*, in *RIDL*, n. 3, I, 219 ss.
- Menghini L. (2014), *La nuova disciplina del lavoro a termine del 2014: una rivoluzione utile, doverosamente provvisoria*, in *ADL*, n. 6, I, 1221 ss.
- Menghini L. (2015), *Lavoro a tempo determinato*, in F. Carinci (a cura di), *Commento al d.lgs. 15 giugno 2015, n. 81: le tipologie contrattuali e lo ius variandi*, Adapt University Press, in <http://www.adapt.it>, 153 ss.
- Montuschi L. (2010), *Il sistema generale delle fonti giuslavoristiche*, in M. Persiani (a cura di), *Le fonti del diritto del lavoro*, Cedam, Padova.
- Murgia A., Poggio B. (2007), *L'integrazione delle politiche di genere nella contrattazione sindacale*, in *I Quaderni di Gelso*, n. 14, in <http://web.unitn.it/archive/gelso/quaderni.php>.
- Nacamulli R.C.D. (2014), *Modelli organizzativi flessibili ad alta performance e sindacati: i contratti di produttività di seconda generazione*, in *DLM*, n. 2, 437 ss.
- Novella M. (2016), *Derogabilità collettiva e individuale del regime a tutele crescenti*, in G. Zilio Grandi, M. Biasi (a cura di), *Commentario breve alla riforma «Jobs Act»*, Cedam – Wolters Kluwer, Padova, 257 ss.
- Nunin R. (2016a), *I congedi parentali dopo il d.lgs. 15 giugno 2015, n. 80*, in *LG*, n. 1, 14 ss.
- Nunin R. (2016b), *La cessione gratuita delle ferie e dei permessi maturati*, in G. Zilio Grandi, M. Biasi (a cura di), *Commentario breve alla riforma «Jobs Act»*, Cedam – Wolters Kluwer, Padova, 729 ss.

- Persiani M. (a cura di) (2010), *Le fonti del diritto del lavoro*, in M. Persiani, F. Carinci (diretto da), *Trattato di diritto del lavoro*, vol. I, Cedam, Padova.
- Perulli A., Speciale V. (2011), *L'articolo 8 della legge 14 settembre 2011, n. 148, e la «Rivoluzione di agosto» del Diritto del lavoro*, in W.P. Csdle «Massimo D'Antona».IT, n. 132, in <http://csdle.lex.unict.it>.
- Peskine E. (2015), *Il contratto collettivo aziendale al centro del riordino del sistema della fonti in Francia*, in DLRI, n. 2, 315 ss.
- Pessi R. (2011), *Indisponibilità del tipo e disponibilità regolativa dell'autonomia collettiva. Sull'art. 8 della manovra bis*, in RIDL, n. 4, I, 537 ss.
- Pessi R. (2012), *Ancora sull'art. 8 della seconda manovra estiva. Quali spazi per la contrattazione di prossimità?*, in DRI, n. 1, 57 ss.
- Pietanza E. (2009), *Il contributo della contrattazione collettiva alle istanze di conciliazione vitalavoro*, in V. Bavaro et al. (a cura di), *Tempo comune*, Milano, Franco Angeli, Milano, 133 ss.
- Pisani C. (2012), *Una ricetta della Bce per l'occupazione: regole specifiche aziendali*, in DRI, n. 1, 67 ss.
- Pizzoferrato A. (2015), *L'autonomia collettiva nel nuovo diritto del lavoro*, in DLRI, n. 2, 411 ss.
- Romagnoli U. (2012), *La privatizzazione del diritto del lavoro*, in <http://www.dirittiso-cialiecittadinanza.org>.
- Romei R. (2014), *La nuova disciplina del lavoro subordinato a termine*, in DLRI, n. 4, 675 ss.
- Romeo C. (2014), *Il processo di «aziendalizzazione» della contrattazione collettiva: tra prossimità e crisi di rappresentatività sindacale*, in ADL, n. 4-5, I, 857 ss.
- Rusciano M. (2003), *Contratto collettivo e autonomia sindacale*, Utet, Torino.
- Santoro Passarelli G. (a cura di) (2014), *Jobs Act e contratto a tempo determinato*, Giappichelli, Torino.
- Santoro Passarelli G. (2016), *Sulle categorie del diritto del lavoro «riformate»*, in DRI, n. 1, 7 ss.
- Scarpelli F. (2011), *Rappresentatività e contrattazione tra l'Accordo unitario di giugno e le discutibili ingerenze del legislatore*, in W.P. Csdle «Massimo D'Antona».IT, n. 127, in <http://csdle.lex.unict.it>.
- Scarpelli F. (2012), *Il rapporto tra la legge e la contrattazione collettiva di prossimità nell'art. 8 del d.l. n. 138/2014*, in q. Riv., n. 3, I, 493 ss.
- Scarponi S. (2015), *Il rapporto tra legge e contrattazione collettiva a livello aziendale o territoriale*, in q. Riv., n. 1, I, 113 ss.
- Sciarra S. (2006), *L'evoluzione della contrattazione collettiva. Appunti per una comparazione nei paesi dell'Unione europea*, in RIDL, n. 4, I, 447 ss.
- Tinti A. (2009), *Conciliazione e misure di sostegno. Sulle azioni positive di cui all'art. 9 della legge n. 53/2000*, in LD, n. 2, 195 ss.
- Tiraboschi M. (2012), *L'art. 8 del decreto legge 13 agosto 2011 n. 138: una prima attuazione dello «Statuto dei lavori» di Marco Biagi*, in DRI, n. 1, 78 ss.
- Tomassetti P. (2015), *La contrattazione in deroga nell'industria metalmeccanica lombarda*, in DLRI, n. 3, 517 ss.

- Treu T. (2015a), *In tema di Jobs Act. Il riordino dei tipi contrattuali*, in *DLRI*, n. 2, 155 ss.
- Treu T. (2015b), *L'art. 51 del decreto 81/2015: i livelli contrattuali pari sono*, in *GLav*, p. 27.
- Vallauri M.L. (2016), *Il telelavoro come strumento di conciliazione*, in D. Gottardi (a cura di), *La conciliazione delle esigenze di cura, di vita e di lavoro*, in L. Fiorillo, A. Perulli (diretto da), *Il nuovo diritto del lavoro*, Giappichelli, Torino, 123 ss.
- Vallebona A. (2011), *L'efficacia derogatoria dei contratti aziendali e territoriali: si sgretola l'idolo dell'uniformità oppressiva*, in *Bollettino Adapt*, n. 32, <http://www.adapt.it>.
- Veneziani B. (2012), *Introduzione*, in *q. Riv.*, n. 3, I, 453 ss.
- Zilio Grandi G. (2016), *Introduzione: una riforma in più «fasi»*, in G. Zilio Grandi, M. Biasi (a cura di), *Commentario breve alla riforma «Jobs Act»*, Cedam – Wolters Kluwer, Padova, 1 ss.
- Zilio Grandi G., Biasi M. (a cura di) (2016), *Commentario breve alla riforma «Jobs Act»*, Cedam – Wolters Kluwer, Padova.
- Zilio Grandi G., Sferrazza M. (2014), *Il lavoro a termine verso la liberalizzazione?*, in *ADL*, n. 4-5, I, 919 ss.
- Zoppoli L. (2015), *Le fonti (dopo il Jobs Act): autonomia ed eteronomia a confronto*, in *W.P. Csdle «Massimo D'Antona».IT*, n. 284.

ABSTRACT

Il saggio propone alcune riflessioni sul ruolo oggi riservato alla contrattazione collettiva dopo i recenti interventi di riforma operati con il Jobs Act, tra i due opposti estremi di un possibile depotenziamento di fatto o – al contrario – dell'apertura di nuovi possibili spazi d'azione. L'Autrice sottolinea come il legislatore abbia definitivamente superato ogni residua remora quanto alla devoluzione verso il basso della regolamentazione dei rapporti di lavoro, con il rischio che gli standard di tutela del lavoro finiscano per frammentarsi e sgretolarsi in una situazione di decentramento disorganizzato lasciato ai rapporti di forza tra le parti. Per non indulgere, tuttavia, solo al pessimismo, nel saggio si evidenzia anche un possibile ruolo della contrattazione della flessibilità in chiave maggiormente favorevole ai lavoratori, laddove vengano adeguatamente valorizzate in sede negoziale le potenzialità fino a oggi trascurate in relazione ai temi della conciliazione lavoro-vita privata e delle pari opportunità.

GAME OVER OR RELAUNCH? BARGAINING FLEXIBILITY AFTER THE JOBS ACT

The essay offers some reflections on the role now reserved for collective bargaining after the recent Italian reform of the so-called «Jobs Act», between the two opposite extremes of the possible weakening or the opening of new areas of action. The Author underlines how the Italian legislature has exceeded any concern downgrading the regulation of the labor contract. The emerging risk is a fragmentation and a crumbling of labor protection standards in a decentralized and disorganized collective bargaining situation. However, the paper also highlights a possible positive role of negotiating flexibility, if work-life balance and equal opportunities topics will be valorized by the social partners.

Luigi de Angelis (*)

GIUDICE DEL LAVORO E RECENTI RIFORME: CONSIDERAZIONI SPARSE

SOMMARIO: 1. *L'intervento-manifesto* del Collegato lavoro sulle clausole generali. — 2. La relativa sdrammatizzazione della *questione della subordinazione*. — 3. Dal controllo sulla fattispecie a quello sui limiti esterni: il contratto a termine e la somministrazione a termine. — 4. *Part-time* e integrazione sostitutiva della volontà delle parti. — 5. Autonomia collettiva e ruolo del giudice nella disciplina delle mansioni. In particolare, cenno alle tensioni con la delega, il venir meno dell'«equivalenza» e l'obbligo formativo. — 5.1. Lo *ius variandi in melius*. — 5.2. Lo *ius variandi in peius*. — 6. La disciplina dei licenziamenti. — 7. (Rapidissime) considerazioni conclusive.

1. — *L'intervento-manifesto del Collegato lavoro sulle clausole generali* — Qualunque siano il significato e la posizione nell'ordinamento che si attribuisca alle clausole generali e sui quali il dibattito nella cultura giuridica italiana, aperto da Rodotà negli anni sessanta del secolo scorso (1), è ormai ultracinquennale (2), è dato certo, e direi ovvio, che esse conferiscano al giudice discrezionalità più ampia, e quindi poteri più difficilmente controllabili (3), di quel che gli viene dalla tecnica normativa cd. della fattispecie (4); un'ampiezza maggiore o minore a seconda delle varie letture in argomento, largheggianti o restrittive, che si sposano. Per questo intervenire sulle clausole generali nel secondo senso e solo in materia di lavoro, come

(*) Già presidente della Sezione lavoro della Corte d'Appello di Genova.

(1) Cfr. Rodotà 1967, 84 ss.; Rodotà 1969, 111 ss.; ma vd. anche Rodotà 1960, 1252 ss.

(2) Una ricostruzione efficace del dibattito, così fitto da sconsigliare il tentativo di riferimenti bibliografici che sarebbero inevitabilmente incompleti, può leggersi, in Barcellona 2009, 261 ss.; per i più recenti contributi lavoristici in argomento cfr. Loy 2015, 3 ss., Bellomo 2015, 45 ss.; Campanella 2015, 89 ss. (tutti i suddetti scritti costituiscono le relazioni definitive degli Autori alle Giornate di studio dell'Aidlass su «Clausole generali e diritto del lavoro» (Roma, 29-30 maggio 2014); altresì Ballestrero 2014, 389 ss.

(3) Cfr., di recente, Irti 2015, 15; da ultimo, Lipari 2015, 1130 ss.

(4) Per l'estraneità delle clausole generali alla fattispecie, *ibidem*, e ivi i richiami alle note 48 e 49.

fatto dal Collegato lavoro nel 2010 (art. 30, l. n. 183/2010) – in punto si ritornerà – è emblematico dell’atteggiamento del processo riformatore degli ultimi anni nei confronti della giustizia del lavoro verso la quale già il *Libro bianco* dell’ottobre 2001 (5) aveva avanzato riserve sia sul piano dell’efficienza che su quello della qualità, ma in una logica diversa, quella del connesso sacrificio dei diritti delle parti: «La crisi della giustizia del lavoro è, infatti, tale», si legge al paragrafo I.3.7, «sia per i tempi con cui vengono celebrati i processi, sia per la qualità professionale con cui sono rese le pronunce, da risolversi in un diniego della medesima, con un danno complessivo per entrambe le parti titolari del rapporto di lavoro». In tale logica si guardava con interesse a proposte valorizzanti la giustizia arbitrale.

Invece, con il Collegato lavoro s’intende dare certezza ai rapporti, in particolare contenendo l’intervento giudiziale sia, appunto, con la posizione di limiti al controllo sulle clausole generali, e quindi ridimensionando la discrezionalità del giudice, sia rivalorizzando, sempre nell’art. 30, cit., l’autonomia privata individuale assistita (certificazione) sul piano della qualificazione e della stessa interpretazione del contratto di lavoro. Questo – ed è la forte novità – in una logica economicistica, che soprattutto nella seconda metà di questo primo decennio del 2000 ha caratterizzato anche la materia più strettamente processualistica, per la quale una giustizia che non funziona o funziona male rappresenta un costo, anche in termini di scoraggiamento degli investimenti dall’interno e dall’esterno del paese, che la collettività non può permettersi tanto più in tempi difficilissimi per l’economia. Sotto questo aspetto mi è parso appropriato parlare di *nuova efficienza* (6), verso la quale ci si è tesi con modi e con tecniche diverse.

Come argomentato in altra sede cui si rinvia (7), l’art. 30, cit., piuttosto che per avere una pregnante valenza regolativa e incidere significativamente sul ruolo del giudice, ha in realtà maggior rilievo come *manifesto, segnale* e indicazione di una direzione di politica del diritto in materia di controllo giudiziale. E proprio per questo è in continuità con le valutazioni di diffidenza, se non di sfiducia, precedenti e tutto sommato con le scelte normative successive, anche se quest’ultime adottate con Governi differenti e con una pluralità di tecniche, come si tenterà di illustrare nei seguenti paragrafi esaminando quelli che sembrano essere i mutamenti in punto più significativi.

(5) Cfr., di recente, in una prospettiva critica, De Luca (2016), par. 8.1.

(6) Cfr., se vuoi, de Angelis 2015a, 807 ss.

(7) Cfr. de Angelis 2011, 161 ss.

2. — *La relativa sdrammatizzazione della* questione della subordinazione — La sopra accennata disciplina dell'art. 1, d.lgs. n. 81/2015, sembrerebbe, per alcuni con un approccio pragmatico piuttosto che dogmatico (8), poter sdrammatizzare il problema della qualificazione dei rapporti di lavoro che da sempre affolla le aule giudiziarie. Infatti, si potrebbe ritenere che, e se, s'interpreti il comma 1 di tale disposizione quale ridisegno della nozione di subordinazione eventualmente come sottotipo, e se lo si consideri contenente una presunzione di subordinazione o la mera estensione alle collaborazioni eterorganizzate della disciplina del lavoro dipendente — in punto il dibattito è però già fittissimo (9) — la quota maggiore delle fattispecie concrete su cui la questione qualificatoria si pone sia soggetta allo stesso regime (della subordinazione). Il problema si sdrammatizza, però, solo in parte, spostandosi sull'individuazione della nozione di organizzazione del committente, che rileva su due piani: quello dell'assai complicata (10) — lo dimostra la varietà delle tesi già proposte (11) — distinzione con la coordinazione continuativa, che permane e che assicura un regime molto più favorevole al datore di lavoro, e quello della distinzione con la tradizionale eterodirezione, rispetto alla quale si pone il dubbio della persistenza comunque di differenze di regole importanti a cominciare dal regime amministrativo, previdenziale e assistenziale (12), per i quali orienta nettamente in senso contrario all'estensione quanto meno il rilievo del relativo carattere pubblicistico, con la conseguente impossibilità per la contrattazione collettiva di incidere su di esso, come può invece fare in via d'eccezione sul rapporto di lavoro *ex* art. 2, comma 2, d.lgs. n. 81, cit. Senza dire della verifica del ricorrere o meno, appunto, delle eccezioni di cui a tale disposizione, in particolare a quella della lettera *a*, che, se si accogliesse l'interpretazione che sostiene la nuova nozione di subordinazione, porterebbe anche a una seria valutazione di costituzionalità (anche perciò è preferibile

(8) Cfr. Fili 2015, 1092.

(9) Basti vedere — ma i contributi sono molti di più — i numerosissimi, variegati interventi in Aa.Vv. 2015, *passim*. Per Tosi (2015, 1129 ss.) l'art. 2, comma 1, cit., è privo di efficacia propriamente normativa, al più risolvendosi in un intervento di sostegno, *a latere* dell'art. 2094 c.c., dell'approccio pragmatico della giurisprudenza improntato alla prudente valutazione della ricorrenza nel caso concreto degli indici della soggezione del lavoratore a un pieno potere organizzativo del datore di lavoro.

(10) Di «ambiguo confine» scrive Perulli 2015, 305.

(11) Vd. la nota n. 9.

(12) In proposito cfr. Perulli (2015, 292) che richiama la necessità della verifica giurisprudenziale; cfr. altresì Magnani 2015a, 972. Per considerazioni che fanno propendere per l'esclusione dell'applicazione del regime previdenziale cfr. Persiani 2015a, 1265 ss.

la tesi dell'estensione della disciplina) (13). Il ruolo del giudice su tutti questi aspetti cruciali per investire *a cascata* la disciplina applicabile al rapporto rimane allora decisivo (14).

3. — *Dal controllo sulla fattispecie a quello sui limiti esterni: il contratto a termine e la somministrazione a termine* — Con la scomparsa della causale nell'apposizione del termine al contratto di lavoro, iniziata – a parte ipotesi eccezionali – con l'art. 1, comma 9, lett. *b*, l. n. 92/2012 (cd. legge Fornero), e portata a termine dall'art. 1, d.l. n. 34/2014, convertito con modificazioni in l. n. 78/2014 (cd. decreto Poletti), l'obiettivo della certezza dei rapporti di cui si è detto sopra ha di certo altra solidità, iniettando nell'ordinamento una forte dose di flessibilità in entrata e risolvendo in modo tranciante i problemi di maggiore rilievo posti soprattutto in sede giudiziaria dall'ampia formula – clausola generale o, come penso, norma generale (15): vd. *supra* – dell'art. 1, d.lgs. n. 368/2001, anche in ragione del previsto obbligo di specificazione *a priori* per iscritto (16). Da ciò il drastico ridimensionamento del controllo giudiziale in punto (17) – il contenzioso sul contratto a termine sta infatti notevolmente diminuendo –, che non soltanto non può essere esercitato con la discrezionalità data dalla norma generale, ma non viene a cadere neppure sulla fattispecie legittimante l'apposizione del termine (l'uso del contratto a termine è ormai *ad nutum*), essendo ormai limitato alla verifica di limiti esterni (vd. artt. 19 ss., d.lgs. n. 81/2015) (18), di natura quantitativa e temporale (19): il rispetto della soglia quantitativa di assunzioni a tempo determinato [rispetto sanzionato non con la trasformazione del contratto a termine in contratto a tempo indeterminato, come dubbio sotto il vigore dell'art. 5, comma 4-*septies*, d.lgs.

(13) Cfr. Tiraboschi 2015, 983; Perulli 2015, 291; diversamente, alla luce della sua peculiare lettura dell'art. 2, comma 1, e del ripensamento del principio d'indisponibilità del tipo che propone, cfr. Razzolini 2015, 21 ss.

(14) Cfr. Tosi 2015, 1131; Santoro Passarelli 2015a, 1150. Del Conte (2015, 954 ss., e 2016, 34) pone in luce il ruolo della giurisprudenza nell'individuare i contorni del concetto di eteroorganizzazione, rilevando al riguardo la necessità di rielaborare l'esperienza interpretativa sul valore dell'inserimento nell'organizzazione ai fini qualificatori della subordinazione e di superare la figura della subordinazione attenuata.

(15) Conf. Brollo 2014, 569.

(16) *Ibidem*.

(17) Cfr., tra i più recenti, Alessi 2015, 604.

(18) Cfr. Brollo 2014, 580 ss. Secondo Magnani (2014, 5) il legislatore ha trasformato la fattispecie da qualitativa in quantitativa; conf. Olivieri 2015, 1134.

(19) Cfr. Albi 2015, 625 ss.; Alessi 2015, 604 ss.

n. 368/2001, aggiunto dal d.l. n. 34/2014, cit. (20), e come con sfasatura sistematica rimasto per la somministrazione a termine per la quale l'apparato sanzionatorio non ha avuto modifiche significative più di tanto (21), ma solo con una sanzione amministrativa quantificata con criteri predeterminati (22) e derogato per alcuni casi], nonché l'osservanza della durata massima, dei tempi di rinnovo e del numero di proroghe, dei divieti di assunzione, della forma scritta per i contratti di durata superiore a dodici giorni. Limiti, tutti, disposti dal decreto Poletti, e in parte precisati e modificati dall'art. 19, d.lgs. n. 81/2015, che dovrebbero consentire la conformità della normativa ai dettami eurounitari di cui alla clausola 5 dell'allegato alla Direttiva Ce n. 1999/70 (23), resa però assai problematica con riguardo al ruolo derogatorio anche *in peius* assegnato alla contrattazione collettiva (24). Si fa poi fatica a individuare spazi per la tutela generalissima di cui all'art. 1344 c.c. (25), già molto ristretti con il d.lgs. n. 368/2001 (26), la quale tutela comunque in via di principio *in subiecta materia* non è stata derogata.

Disciplina simile (pur se non identica) (27) è stata prevista per la somministrazione a termine, che, già vincolata, salvi casi eccezionali, alle stesse ragioni del contratto a termine (art. 20, comma 4, d.lgs. n. 276/2003), è stata resa acausale sempre dal d.lgs. n. 92/2012 (nei limiti su visti), dal d.l. n. 34 e dal d.lgs. n. 81, cit. (28). In argomento valgono quindi considerazioni analoghe, dovendosi però ricordare – e ciò vale specie per le differenze dell'apparato sanzionatorio – che, come ritenuto dalla Corte di Giustizia dell'Unione europea, «la Direttiva n. 1999/70/Ce del Consiglio 28 giugno 1999, relativa all'Accordo quadro Ces, Unice e Ceep sul lavoro a tempo de-

(20) Cfr. Albi 2015, 629 ss., e ivi i riferimenti alle note 10 e 11; Ciucciuvino 2015, 617.

(21) Cfr. Garofalo 2015, 1153.

(22) Per considerazioni critiche al riguardo cfr. Olivieri 2015, 1140.

(23) Cfr., ad es., tra i più recenti, Alessi 2015, 605 ss.; Aimo 2015, 644.

(24) Cfr. Pizzoferrato 2015, 105 ss., e Leccese 2014, 722 ss., entrambi con riguardo al decreto Poletti; spunto in Aimo 2015, 644 ss.

Per l'incostituzionalità del contratto a termine acausale cfr. Saracini (2015, 422 ss.) sempre espressasi con riguardo al decreto Poletti; vd. altresì, per il contrasto con la Costituzione, la Carta dei diritti fondamentali della Ue e la Convenzione Oil n. 158/1982, Alessi (2015, 605), pur sottolineando l'esistenza di precedenti nell'opposto senso.

(25) Tutela esclusa, come le altre di diritto civile comune, da Ciucciuvino 2015, 621.

(26) Per un'ipotesi cfr. Putaturo Donati 2016, 23 ss.

(27) Per le differenze cfr. Ciucciuvino 2015, 621 ss.

(28) Per l'incompatibilità con la Direttiva n. 2008/104/Ce cfr. Fili, Riccardi 2015, 303 ss.

terminato, e l'Accordo quadro sul lavoro a tempo determinato, concluso il 18 marzo 1999, che compare in allegato a tale direttiva, devono essere interpretati nel senso che non si applicano né al rapporto di lavoro a tempo determinato tra un lavoratore interinale e un'agenzia di lavoro interinale né al rapporto di lavoro a tempo determinato tra tale lavoratore e un'impresa utilizzatrice» (29).

Ritornando al contratto a termine, la tormentata vicenda del precariato pubblico illegittimo (30) sembrerebbe risolta dalla recentissima Cass. 5.3.2016, n. 5072, S.U., che, ferma la non trasformazione in contratto a tempo indeterminato dell'abusiva reiterazione di contratti a termine, ha risolto nel senso del risarcimento *ex art.* 1223 c.c. l'alternativa con la sanzione emersa nella giurisprudenza della Sezione lavoro, affermando poi discutibilmente che la quantificazione vada fatta applicando l'art. 32, d.lgs. n. 183/2010.

4. — *Part-time e integrazione sostitutiva della volontà delle parti* — Dall'angolazione del ruolo del giudice, che qui interessa, le novità di disciplina del lavoro a tempo parziale (artt. 4-12, d.lgs. n. 81/2015) appaiono avere minore rilievo, pur essendo stata abrogata *ex art.* 55, lett. *a*, d.lgs. n. 81, cit., la precedente normativa (31), e pur le novità presentando aspetti di notevole delicatezza anche perché toccano la tecnica dell'integrazione giudiziale sostitutiva dell'assetto negoziale. Circa la previsione per cui in caso di articolazione in turni dell'organizzazione lavorativa l'indicazione della durata della prestazione e della collocazione temporale dell'orario con riferimento al giorno, alla settimana, al mese e all'anno stabilita dall'art. 5, d.lgs. n. 81, cit., «può avvenire mediante rinvio a turni programmati di lavoro articolati su fasce orarie prestabilite» – inciso presente sempre nell'art. 5, cit., e assente nella precedente disciplina di cui all'art. 2, d.lgs. n. 61/2000 – è condivisibile la tesi che, alla stregua di interpretazione costituzionalmente orientata facente leva sui principi espressi da C. cost. 11.5.1992, n. 210 (32), esclude la legittimità di clausole che si limitino a prevedere la distribuzione della prestazione su turni avvicendati oppure ar-

(29) C. Giust. 11.4.2013, n. 290/12, in *FI*, 2013, n. 6, IV, 257, e anche, s.m., in q. *Riv.*, 2013, n. 3, II, 415, con nota di Siotto.

(30) Al riguardo cfr., tra i molti, da ultimo, Menghini 2016, n. 1, 132 ss., e ivi riferimenti.

(31) Normativa mutata più volte nel tempo dopo il d.lgs. n. 61/2000. Per Altimari (2015, 356), il d.lgs. n. 81/2015, abrogando tale decreto, gli avrebbe concesso quell'onore delle armi di cui parlava Del Punta 2004, 474.

(32) In q. *Riv.*, 1992, n. 3, II, 433, con nota di Chiacchieroni.

ticolati con riferimento all'orario di lavoro dell'unità produttiva cui il lavoratore è adibito, fissati con un certo preavviso dal datore. In ciò utilizzando, tale tesi, il riferimento all'articolazione dei turni su fasce orarie prestabilite di cui sopra, che quanto meno rende necessario puntualizzare nel contratto individuale le specifiche fasce eventualmente riferite a periodi del mese e/o dell'anno, e utilizzando la giurisprudenza prevalente che con la previgente normativa ha ritenuto inammissibili pattuizioni analoghe a quelle prima indicate, pur se determinando – ecco la tecnica dell'integrazione sostitutiva – non univocamente la collocazione temporale della prestazione in mancanza di comune volontà delle parti (33). Sempre nella logica di Corte costituzionale n. 210, cit., pare «quanto meno possibile [...] il ricorso alla successiva determinazione giudiziale in presenza di esigenze sopravvenute che rendano incompatibili le fasce stabilite nel contratto» (34).

Il ruolo del giudice in punto resta allora pregnante, come lo è per il caso di omessa determinazione della collocazione temporale dell'orario, che va sempre fatta giudizialmente in via d'integrazione (art. 10, comma 2, d.lgs. n. 81, cit.). Con il previgente testo (art. 8, c. 2, d.lgs. n. 61/2000), però, in via principale si era vincolati alle previsioni dei contratti collettivi, essendovi in via sussidiaria («in mancanza») ampia discrezionalità, dovendo ricorrersi all'equità (appunto integrativa) per in particolare tener conto delle responsabilità familiari del lavoratore, delle sue necessità di integrazione del reddito con altra attività, delle esigenze del datore di lavoro. Ora, invece, il vincolo è dato dalla necessità di utilizzo di questi ultimi pur ampi parametri: per un verso, quindi, il potere giudiziale si è allargato; per un altro verso – anche se in seconda battuta – la discrezionalità si è ridotta. Sembrerebbe invece essere nettamente ridotta con riguardo al risarcimento del danno previsto dall'art. 10, comma 3, d.lgs. n. 81, in aggiunta alle retribuzioni per le prestazioni rese prima della pronuncia determinativa della durata o della collocazione temporale omesse, non più agganciato all'equità (35). Ciò, però, solo se si ritenga che tale risarcimento sia strettamente tale e non sanzione, come invece affermato dalla Corte di Cassazione con il testo del 2000 (36).

(33) Cfr. Leccese 2015, 49 ss., e ivi anche i riferimenti giurisprudenziali alle note 26-27.

(34) Così *ivi*, 50, seguito da Voza 2015a, 1118, nota 13. Per dubbio di costituzionalità della disciplina cfr. Bavaro 2015, 219.

(35) Cfr. Voza 2015a, 1117; Cimarosti 2015, 888.

(36) Cfr. Cass. 4.5.2015, n. 8882, in *MFI*, 2015, n. 3, 285, che peraltro si riferisce erroneamente al contratto a tempo determinato. Nel senso della continuità con tale orientamento cfr. Leccese 2015, 65 ss.; Voza 2015a, 1117.

5. — *Autonomia collettiva e ruolo del giudice nella disciplina delle mansioni. In particolare, cenno alle tensioni con la delega, il venir meno dell'«equivalenza» e l'obbligo formativo* — La *parabola discendente* dello Statuto dei lavoratori (37) ha interessato, oltre che vari altri istituti, primo fra tutti quello del licenziamento (vd. *infra*), anche la gestione funzionale del rapporto di lavoro, e sempre nella direzione della flessibilità (38).

Tra gli aspetti più evidenti e salienti vi è la scomparsa, disposta dall'art. 3, d.lgs. n. 81/2015, del riferimento, contenuto nell'art. 2103 c.c. quale modificato dall'art. 13 dello Statuto dei lavoratori, all'equivalenza delle mansioni come terza alternativa alle mansioni per le quali il lavoratore è stato assunto e alle altre corrispondenti all'inquadramento superiore che egli abbia successivamente acquisito. Nel testo di tale articolo novellato dal d.lgs. n. 81/2015 – la riforma non tocca quindi il lavoro contrattualizzato alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni, già avente una disciplina propria (art. 52, d.lgs. n. 165/2001) –, ferme le due prime alternative, la terza è stata sostituita «dalle mansioni riconducibili allo stesso livello e categoria legale di inquadramento delle ultime effettivamente svolte», in somiglianza con quanto previsto dall'art. 52, cit. (39), per questo, è stato detto da un'Aurice, venendo mutato il bene tutelato «dalla professionalità “acquisita” nella fase pregressa (secondo l'interpretazione giurisprudenziale prevalente) alla professionalità “classificata” in astratto in un determinato contesto organizzativo aziendale» (40). La sostituzione è stata accolta da alcuni (41) con favore in ragione dei tratti di maggiore certezza della formula e altresì in ragione del rilancio della contrattazione collettiva che comporta, fondamentale in materia d'inquadramenti, e a un tempo in ragione dello stimolo alla stessa a ritrattare quest'ultimi meditatamente. Altri invece – e io sono d'accordo – hanno notato l'aver, il nuovo testo, non tanto fatto risorgere all'ultimo momento (42) il concetto di categoria legale da decenni in gravis-

(37) Cfr. Liso 2015, 15.

(38) È il caso di ricordare che l'art. 13, l. n. 300 del 1970, sostituì l'art. 2103 c.c. per ovviare alla discrezionalità incontrollata della forza di lavoro risultante dal testo originario della disposizione e soprattutto della sua discutibile interpretazione giurisprudenziale (cfr. Liso 1982, 141 ss.).

(39) Cfr. Miscione (2015a, 439), che, alla nota 4, richiama la relazione illustrativa del 16.4.2015 di M. Sacconi allo schema di decreto A.G. n. 158 che ha preceduto il decreto legislativo n. 81/2015; De Feo 2015, 859.

(40) Cfr. Brollo 2015a, 1161; altresì Bini 2015, 1243.

(41) Cfr. Liso 2015, 7 ss.; Santoro Passarelli 2016, 21.

(42) Infatti il riferimento non era presente nello schema di decreto delegato presentato alle Camere.

sima crisi, se non sepolto (43), quanto non avere tenuto conto dell'eterogeneità dei compiti compresi nei livelli contrattuali, non superabile attraverso il pure previsto obbligo di formazione.

Ho altrove (44) messo in luce le tensioni con la delega della modifica – il che ovviamente chiama in causa le valutazioni incidentali di costituzionalità dei giudici del lavoro e poi le valutazioni della Corte costituzionale – mancando quanto richiesto dal legislatore delegante, e cioè il presupposto della riorganizzazione, ristrutturazione e conversione aziendale, e *a fortiori* l'oggettività del parametro volto a individuare tale presupposto e la considerazione (equilibrata) degli opposti interessi dei datori di lavoro e dei lavoratori (vd. art. 1, comma 7, lett. e, l. n. 183/2014). A tale sede qui rinvio non senza evidenziare come si sia da parte di un Autore diffusamente contrapposta la tesi del pieno rispetto della delega (45), anche in espressa replica proprio al mio scritto (46), in particolare valorizzando la «finalità “antiincertezza” che ha ispirato la legge delega, avendo realizzato una semplificazione della gestione aziendale mediante una maggiore certezza *ex ante* delle decisioni assunte dal datore di lavoro in ordine al mutamento “orizzontale” delle mansioni, e quindi in relazione alla flessibilità endoaziendale», e mettendo in discussione che il nuovo testo rientri nella revisione della disciplina cui si riferisce la delega, esso piuttosto intervenendo solo su di un'interpretazione giurisprudenziale (47). Il tutto in vista di favorire nuovi investimenti e quindi contrastare la disoccupazione.

Ora preme invece rilevare come l'intervento normativo sia avvenuto su di una delle rigidità – che però contraddittoriamente è stata rafforzata con la previsione della forma scritta *ad substantiam* della comunicazione del mutamento di mansioni (art. 2103, comma 3, novellato) – maggiormente messe sotto accusa e oggetto di *pressing* per una correzione (48) alla luce delle dinamiche economiche e della rivoluzione tecnologi-

(43) Cfr. Nunin 2012, 472 ss., e ivi riferimenti; altresì Ichino 2015a, par. 2.

(44) Cfr. de Angelis 2015b, 433 ss.; conf., da ultimo, oltre ai richiami contenuti in tale scritto, De Feo 2015, 865 ss.; Ghera F. 2015, 22; Voza 2015b, 203. Secondo Leone (2015, 1110), la verifica dell'incidenza causale della modifica organizzativa sulla fattispecie concreta assorbe i parametri oggettivi richiesti dalla delega, per cui, in mancanza di tale incidenza, il mutamento di mansioni è nullo (ciò ridimensionerebbe il problema del rispetto della delega). Per una prognosi negativa, essenzialmente in ragione del clima politico prevalente, circa l'eventuale giudizio della Corte costituzionale cfr. Brollo 2015a, 1158.

(45) Cfr. Pisani 2015a, 52 ss.

(46) Cfr. Pisani 2016, 67.

(47) Pisani 2016, 70.

(48) Così Carinci 2015a, 1111.

ca in atto (49), nonostante le aperture giurisprudenziali via via nel tempo prodottesi nell'interpretazione dell'art. 2103 c.c., soprattutto del suo ultimo comma («Ogni patto contrario è nullo»), a partire dagli anni ottanta del secolo andato (50); aperture che, pur tali da essere state definite addirittura *fantasiose* (51), hanno comunque sempre dato rilievo al patrimonio professionale del lavoratore, anche se in una visione più dinamica (52). La professionalità, che, come è stato scritto, assurgeva a baricentro del concetto di equivalenza (53), con il d.lgs. n. 81, cit., è stata ridimensionata in tale ruolo, e la sua residua valenza è rimasta affidata all'obbligo formativo (54).

La tecnica dell'intervento è stata ancora diversa, nel d.lgs. n. 81, cit., rispetto alle tecniche sopra esaminate. Sostituendosi l'equivalenza della mansioni con la riconducibilità di esse allo stesso livello e categoria legale di inquadramento delle ultime effettivamente svolte, si è rimasti fedeli alla tecnica della fattispecie ma si sono ristrette le maglie, così contenendo l'operazione ermeneutica nella semplice verifica della corrispondenza alle mansioni comprese allo stesso livello e categoria (55), in tal modo semplificando gli oneri probatori che sono a carico del datore di lavoro (56), e privilegiando il ruolo della contrattazione collettiva rispetto a quello del giudice (57), il quale tuttavia dovrà risolvere il delicato problema che si

(49) Si sofferma sul punto, da ultimo, Bini 2016, 224 ss. Per la rivendicazione della modernità dell'art. 2103 c.c., in controtendenza nei confronti dell'opinione prevalente, cfr. Gargiulo (2008, *passim*), che, a p. 9, dice di un preconcetto culturale di tale opinione.

(50) Al riguardo cfr. Brollo, Vendramin 2015, 559 ss.; da ultimo, Magrini 2015, 143 ss.; Liso 2015, 2 ss.

(51) Cfr. Miscione 2015b, 1088.

(52) Cfr., ad es., Cass. 8.3.2013, n. 5798, in *NGL*, 2014, n. 9. Per l'evoluzione, dottrinale e giurisprudenziale in argomento cfr., Riccobono 2014a, 1011 ss.; da ultimo, Leone 2015, 1102 ss., e ivi riferimenti.

(53) Cfr. De Feo 2015, 855.

(54) L'esistenza di tale obbligo già era stato da tempo sostenuto da alcuni in via interpretativa prima della riforma: così Sartori 2015a, 243, e Sartori 2015b, 1370, e ivi richiami a lavori di Napoli, Corti, Alessi, Loffredo.

(55) Per una prima pronuncia in argomento cfr. T. Roma 30.9.2015, in *LG*, 2015, n. 11, 1031, con nota di Aiello; anche in *RIDL*, 2015, n. 4, II, 1044, con nota di Nuzzo, e *FI*, n. 1, 2016, I, 362 con nota di richiami, secondo cui la nuova normativa si applica anche ai mutamenti di mansioni disposti prima di tale data e in atto anche dopo; *contra*, su tale ultimo aspetto, T. Ravenna 30.9.2015, in *FI*, 2016, n. 1, I, 362, con nota di richiami.

(56) Cfr., da ultimo, Cass. 17.9.2015, n. 18223, e 25.9.2015, n. 19044, in *ADL*, 2015, n. 6, II, 1338 e 1339, con nota di Panizza.

(57) Cfr. Scarano 2015, 848; Nuzzo 2015, 1048 ss. Per il fondamentale ruolo ora riconosciuto alla contrattazione collettiva cfr., da ultimo, Sartori, 2015a, 242 ss.

pone ove il contratto collettivo manchi o, soprattutto, non sia applicabile per quel datore di lavoro. Il d.lgs. n. 81 ha però previsto l'*accompagnamento* al mutamento di mansioni, ove necessario, dell'assolvimento dell'obbligo di formazione a carico del datore di lavoro (art. 3, comma 3) (58), come era del resto inevitabile dal momento che la contrattazione collettiva contiene all'interno dei livelli le mansioni più disparate, magari richiedenti professionalità lontanissime tra di loro, per cui senza la previsione di tale obbligo la nuova regola supererebbe ogni limite di ragionevolezza. Limite che peraltro sarebbe ugualmente superato (59), con conseguente problema di costituzionalità *sub specie* dell'art. 3, comma 1, Cost., posto che nessuna formazione può consentire in tempi ragionevoli, per utilizzare a mo' di esempio la classificazione del personale del più recente contratto collettivo nazionale del settore chimico farmaceutico (art. 4, categoria A), che il «responsabile centro di distribuzione», che «coordina lo svolgimento delle attività amministrative, l'effettuazione di inventari e controlli contabili e fiscali...», possa essere in grado di gestire, quale «responsabile di ufficio tecnico e lavori di stabilimento complesso», «le attività di progettazione e di montaggio di competenza dello stabilimento». Per questo merita apprezzamento la tesi di chi ha tentato di riportare a ragionevolezza la regola facendo leva civilisticamente sull'intesa iniziale e sul fulcro di essa, e considerando così illegittimo il cambiamento di mansioni se tale fulcro snaturi, a un tempo avvertendo della difficoltà di stabilire cosa quest'ultimo sia ma anche della necessità di affrontarla, per essere «molto peggio ignorare tale tema, con una totale incoerenza del diritto del lavoro rispetto a quello privato e di eventuali atti modificativi rispetto al negozio fondativo della collaborazione» (60). Ebbene, penso che proprio l'obbligo – per alcuni onere (61) – di formazione possa contribuire alla causa, nel senso che si debba escludere la legittimità del mutamento legittimo laddove nessuna formazione in tempi ragionevoli possa mettere in condizione il lavoratore di svolgere proficuamente le nuove mansioni. Manca, cioè, la necessità di formazione non perché il dipendente sia già in grado di eseguire i diversi compiti, ma perché nessuna formazione in tempi ragionevoli sarebbe utile allo scopo.

(58) Per Liso (2015, 12) il lavoratore ha il diritto alla formazione ma ne ha anche il dovere.

(59) Dubbio di costituzionalità anche per questo è espresso da Vallebona 2016, 7.

(60) Cfr. Gagnoli 2016, 18 ss.; per la svalutazione della differenza testuale cfr. Ferrante 2015, 6; altresì Aiello 2015, 1038. Richiama, per lo stesso fine limitativo dell'ambito della regola, la protezione della personalità morale, Corti 2016, 56 ss.

(61) Cfr. Liso 2015, 13; altresì, più diffusamente, Zoli 2015, 346 ss.

Sono in proposito consapevole che la giurisprudenza relativa al testo simile previsto per il rapporto di lavoro pubblico contrattualizzato (62) sia diversamente orientata, per essa rilevando solo l'equivalenza formale fra le mansioni esigibili, così come definita dalle previsioni del contratto collettivo e indipendentemente dalla professionalità in concreto acquisita dal dipendente (63). Vi è però da considerare che l'indirizzo si è formato su mansionari, quelli dei dipendenti pubblici, contenenti una varietà di mansioni e di profili di numero sensibilmente inferiore e in qualche misura meno distanti tra di loro.

Il ruolo del giudice in argomento resta allora rilevante e anzi fondamentale, nonostante che l'obbligo di formazione non sia sanzionato di nullità (64). Ciò non solo se si aderisca alle considerazioni or ora svolte, e non tanto in quanto la necessità («ove necessario») di esso deve comunque essere valutata – e la valutazione di una situazione descritta in modo così ampio compete ovviamente al giudice –, quanto perché comunque la violazione dell'inadempimento dell'obbligo di formazione può aprire la strada all'eccezione di inadempimento (65), all'illegittimità del licenziamento in caso di rifiuto, al rassegnare le dimissioni per giusta causa (66), al risarcimento del danno (67). Non si tratta, qui, della «estrema capacità della stessa giurisprudenza di manipolare e adattare lettera e *ratio* della legge aiutata non poco dalla stessa formulazione normativa» (68), ma di espletare la tipica funzione di controllo giudiziale sull'esistenza di un obbligo (legale), sul contenuto, sull'esatto adempimento, sulla proporzionalità tra inadempimento e reazione. Il ruolo del giudice, ridotto per quel che riguarda la verifica degli elementi della fattispecie, viene allora a riaffermarsi spostandosi sulla verifica di un aspetto *a latere* ma fondamentale.

Quanto detto investe qualsiasi mutamento di mansione, e quindi lo *ius variandi* orizzontale e quello verticale, *in melius* e anche *in peius*, quest'ul-

(62) Cfr. Cass. 23.10.2014, n. 22535, in *FI*, 2015, n. 1, I, 116, con nota di richiami a ulteriori precedenti.

(63) Cfr. Cass. 23.10.2014, n. 22535, cit.

(64) Per la valenza solo ossimorica e priva di contenuto normativo della previsione dell'obbligo di formazione cfr., invece, Bellavista 2015, 2 ss.; nella stessa direzione cfr. Gargiulo 2015, 627 ss.

(65) Cfr. Miscione 2015a, 444; Leone 2015, 1109; Zoli 2015, 347; dubitativamente Amendola 2016, 25 ss.

(66) Cfr. Zoli 2015, 347.

(67) Cfr. Amendola 2016, 25; Leone 2015, 1109; Zoli 2015, 347; Ferluga 2016, 92.

(68) Così Carinci 2015b, 12.

timo ora consentito in caso di modifica degli assetti aziendali che incide sulla posizione del lavoratore, secondo il disposto del nuovo art. 2103, comma 2, c.c.

5.1. — *Lo ius variandi in melius* — Circa lo *ius variandi in melius* è il caso di sottolineare che il consenso del lavoratore rileva non ai fini del mutamento della mansione, ma ai fini della definitività dello stesso ove abbia avuto luogo – e non per sostituzione di assente – per il tempo fissato dai contratti collettivi o, in mancanza, di sei mesi continuativi. Notevoli sono quindi le differenze rispetto al precedente assetto: la non operatività della cd. promozione automatica nel caso di sostituzione di assente *tout court* e non di assente con diritto alla conservazione del posto (69), la possibilità per il lavoratore, si è visto, di opporsi alla definitività dell'assegnazione, il rilievo dato alla contrattazione collettiva (da individuarsi *ex art.* 51 del d.lgs. n. 81 stesso) (70) in contrasto, che, lo si è prima accennato, è proprio del nuovo regime delle mansioni (vd., oltre alla prima indicata valorizzazione dei livelli, *infra*), con la diffidenza verso il sindacato emergente da altri punti della riforma del mercato del lavoro (71). Inoltre, la durata dell'assegnazione ai fini della promozione, fissata dalla legge e ora raddoppiata e specificata come continuativa, ha funzione meramente sussidiaria. Il frazionamento dell'assegnazione, pertanto, esclude la promozione. In questo caso, però, la su accennata, generale tutela contro la frode alla legge può rivestire il ruolo già riconosciutale dalla giurisprudenza con il precedente testo, rendendo nulle le interruzioni ove appunto esse siano state poste in essere artatamente per impedire la progressione; ipotesi ritenuta accertata anche dalla frequenza e sistematicità delle reiterate assegnazioni (72).

(69) Per spunto contrario cfr., da ultimo, Ghera E. 2015, 15.

(70) Cfr. Voza 2015b, 204.

Dubbio di sopravvivenza dell'art. 8, l. n. 148, cit., in materia di mansioni stante l'art. 51, cit., è posto da Brollo 2015b, 40; *contra*, a quel che sembra, Santoro Passarelli 2016, 22 ss. Secondo Speciale (2014, 37) si è introdotta «una ipotesi “speciale” che dovrebbe costituire una deroga alla disciplina generale di competenza normativa introdotta dall'art. 8 della l. n. 148/2011. Pertanto l'autonomia collettiva, in relazione a questa materia, potrà agire anche in assenza dei presupposti normativi (“vincoli di scopo”, efficacia soggettiva ecc.) previsti dalla disposizione del 2011) e fermo restando, ovviamente, il rispetto – oltre che dei contenuti della delega – anche dei limiti imposti dalla Costituzione e dalle altre fonti sovraordinate alla legge»; in punto, ceno, da ultimo, in Allamprese 2015, 142, anche nota 96.

(71) Cfr. Carinci 2015b, 7 ss.

(72) Cfr. Cass. 13.1.1997, n. 271, in q. *Riv.*, 1997, n. 1, II, 169, con nota di Di Croce; più di recente, Cass. 15.9.2005, n. 18270, in *LG*, 2006. 133, con nota di

5.2. — *Lo ius variandi in peius* — È l'aspetto dello *ius variandi in peius* ad avere maggiore rilievo e a presentare notevoli profili critici, a partire dalla difformità dalla delega. Su quest'ultimo profilo, ripeto, rinvio al mio precedente contributo prima richiamato, non senza rilevare che è stata fornita l'interpretazione costituzionalmente orientata per la quale l'assegnazione a mansioni inferiori può essere disposta, fermo il nesso di causalità tra modifica e posizione del lavoratore, soltanto per contemperare «l'interesse dell'impresa all'utile impiego del personale con l'interesse del lavoratore alla tutela del posto di lavoro, della professionalità e delle condizioni di vita ed economiche» di cui alla l. n. 183/2014, sicché in assenza di un «rischio» concreto – e verificabile in sede giudiziaria – per il posto di lavoro, per la professionalità o per talune condizioni individuali del dipendente, non potrà essere riconosciuto come sussistente il presupposto che legittima la modifica peggiorativa dell'assetto negoziale (73).

Condizione generale che consente il mutamento peggiorativo, che il decreto non specifica dover esser temporaneo (74), è la modifica degli assetti organizzativi aziendali che incide sulla posizione del lavoratore e che le mansioni di livello inferiore – quello *immediatamente* inferiore (75), come emerge dalla preposizione «al» e non «a» adoperata nel decreto – rientrano nella medesima categoria legale (nozione, si è detto, resuscitata o quantomeno rispolverata). Anche il semplice mutamento di mansioni è una modifica dell'assetto organizzativo, ma la modifica, per rendere legittimo il mutamento stesso, deve essere quindi distinta e *a monte*, e ragionevolezza, se non correttezza e buona fede, fa ritenere che l'incidenza sulla posizione del lavoratore – concetto, quest'ultimo, che ci richiama il testo dell'art. 2103 c.c. scritto nel 1942 – non debba essere marginale. Sul punto già si confrontano opinioni divergenti e sarà ovviamente cruciale il ruolo giurisprudenziale (76). Ancora in controtendenza con altri aspetti del *Jobs Act*, alla contrattazione collettiva, secondo la lettura tutto sommato preferibile dell'art. 2103, comma 4, nuovo testo (per l'altra, vd. *infra*), è demandata

Mannacio, che ha escluso la illegittimità del frazionamento sistematico se reso necessario dall'obbligo di espletare una procedura concorsuale.

(73) Cfr. Gargiulo 2015, 624; vd. altresì Amendola 2016, 7 ss.

(74) Cfr. Gargiulo 2015, 625.

(75) Cfr. Miscione 2015a, 442.

(76) Per una posizione restrittiva, pronosticata da Liso (2015, 12) e paventata da Santoro Passarelli (2016, 17), cfr. Mimmo 2015a, 20.

Per Voza (2015b, 203) il testo non richiede affatto che il demansionamento si presenti come alternativa a un licenziamento e neppure a una comprovata crisi aziendale.

la possibilità di prevedere ulteriori ipotesi di assegnazione a mansioni appartenenti al livello d'inquadramento inferiore – anche questa volta immediatamente inferiore, dato l'uso della preposizione «al» –, sempre purché rientranti nella medesima categoria legale. Il che trova conforto nella seconda parte dell'art. 1, comma 7, lett. *e*, l. n. 183, cit. L'intervento della contrattazione può prescindere dalla modifica di assetti organizzativi aziendali incidenti sulla posizione del lavoratore, come invece previsto nell'ipotesi di cui al comma 2 dell'art. 2103, nuovo testo, e ciò è in linea con la legge di delegazione, che, nel riferirsi alle prerogative della contrattazione collettiva, non fa riferimento ai processi di riorganizzazione, ristrutturazione e conversione prima considerati (77).

Non sembra invece sostenibile, anche perché eccede clamorosamente la delega, la lettura del testo che consideri diversamente l'ambito dei poteri riconosciuti dalla l. n. 183 all'autonomia collettiva; se, cioè, anziché ritenere che la «previsione» della seconda parte della lettera *e* si aggiunga alla «revisione» di cui all'esordio della prima parte della lettera medesima, si colleghi appunto la «previsione» al periodo immediatamente precedente distaccato dal punto e virgola, e per questo si ritenga che la contrattazione possa piuttosto introdurre ulteriori ipotesi di limiti alla modifica dell'inquadramento. La contrattazione collettiva in questo caso opererebbe non per flessibilizzare ulteriormente la disciplina delle mansioni ma, all'opposto, per aggiungere limiti a quelli che il decreto delegato abbia posto alla modifica dell'*inquadramento*. D'altronde non bisogna dimenticare che alla contrattazione collettiva – anzi alla contrattazione collettiva di prossimità quale indicata nell'art. 8, comma 1, d.l. n. 138/2011, convertito nella l. n. 148 dello stesso anno (per il vero utilizzata «raramente e in modo clandestino») (78) – è stato attribuito il potere di raggiungere intese con efficacia nei confronti di tutti i lavoratori interessati anche in materia di mansioni, classificazione e inquadramento del personale (art. 8, comma 2, lett. *b*); intese che possono derogare (anche *in peius*) alla disciplina legale e contrattuale collettiva nazionale. Al riguardo, e anzi in generale anche sulle molteplici materie di cui all'art. 8, comma 2, ha particolare importanza il controllo giudiziale sulla esistenza reale delle finalità cui la legge ricollega tale potere e, ancor prima, sul rispetto dei vincoli derivanti dalle normative comunitarie e dalle convenzioni internazionali sul lavoro e della Costituzione, che, come dispone l'art. 8, comma 2-*bis*, d.l. n. 138, cit., resta fermo.

(77) Cfr. Pisani 2016, 80; *contra*, Ferluga 2016, 84.

(78) Così Corti 2016, 48.

Sempre con riguardo alla modifica peggiorativa delle mansioni, all'autonomia privata individuale, purché in sede protetta, il decreto legislativo n. 81, cit., che non contiene la previsione del contemperamento dell'interesse del lavoratore con quello dell'impresa invece previsto nella delega (79) ma comunque assicurato dalla titolarità del potere stesso, riconosce un potere più incisivo di quello riconosciuto all'autonomia collettiva (80) e che pare inquadabile, piuttosto che nello *ius variandi*, nella novazione del contratto (81). È infatti possibile concordare non solo la modifica delle mansioni, ma anche della categoria legale e del livello di inquadramento (che qui possono essere ridimensionati anche *per saltum*) (82) e della relativa retribuzione (art. 2103, comma 6, nuovo testo), intangibili, invece, nelle ipotesi prima esaminate (83). Il decreto prevede però che questo possa avvenire nell'interesse del lavoratore alla conservazione dell'occupazione, all'acquisizione di una diversa professionalità o al miglioramento delle condizioni di vita (84).

In tal modo si dà luogo a una disciplina in parte, ma solo in parte, non diversa da quella raggiunta dagli approdi giurisprudenziali che hanno forzato la lettera dell'art. 2103, ultimo comma, vecchio testo (85). Vi è infatti ora che l'intesa può essere fatta non soltanto per evitare la perdita del posto di lavoro (86), come affermato da più pronunce della Corte di Cassazione, ma anche per le altre indicate esigenze: la nuova normativa si allinea così in qualche modo all'ulteriore flessibilizzazione attuata da Cass. 22.5.2014, n. 11395 (87). Secondo il d.lgs. n. 81, cit., però, l'intesa può incidere anche sull'inquadramento e perfino sull'entità della retribuzione, come mai la giurisprudenza ha ritenuto. Il tutto, lo si ripete, con il mero rafforzamento della volontà del lavoratore attraverso la sede protetta, in cui

(79) Cfr. Tampieri 2016, 112. Riccobono (2014b, 1359 ss.), scrive di limiti interni ed esterni.

(80) Diversamente da quanto sostenuto nel presente lavoro cfr. Pizzoferrato 2015b, 427.

(81) Santoro Passarelli 2016, 17.

(82) Conf. Miscione 2015a, 443, con riguardo al livello e non alla categoria, nello schema di decreto legislativo, da tale Autore commentato, non flessibilizzabile.

(83) Su tale intangibilità cfr. Bellavista 2015, 2.

(84) In punto cfr. Tampieri 2016, 111 ss.; per l'alternatività delle finalità indicate nel testo cfr. Voza 2015, 207; Mimmo 2015a, 22.

(85) Cfr. Magrini 2015, 143 ss., e ivi riferimenti; Leone 2015, 1105 ss., e ivi richiami.

(86) Diversamente, Romeo (2015a, 294), commentando però la legge di delega prima del decreto n. 81 del 2015.

(87) In *NGL*, 2014, n. 10, 750.

egli può farsi assistere, come prevede sempre il citato comma 6, da un rappresentante dell'associazione sindacale cui aderisce o conferisce mandato o da un avvocato o da un consulente del lavoro.

La previsione della sede protetta importa, ora, nullità, ai sensi dell'ultimo comma anche dell'attuale art. 2103, di modifiche *in peius* concordate *aliunde*, e quindi in sede non protetta o in via collettiva (88). Da tale angolazione, la disciplina del 2015 appare più rigida di quella costruita dalla più recente evoluzione giurisprudenziale. La nullità deve inoltre ritenersi operare (89) in mancanza di quell'interesse del lavoratore che il decreto ha contemplato, così riconoscendo il controllo giudiziale sullo stesso merito dell'intesa modificativa sia pure con riguardo all'esistenza dell'interesse stesso; un controllo significativo, se si considera la molteplicità e l'ampiezza dei contenuti dell'interesse, che, si è visto, investono la conservazione dell'occupazione, l'acquisizione di una diversa professionalità o il miglioramento delle condizioni di vita. A proposito dei contenuti, se non si vuole ridurre l'inciso a un semplice *flatus vocis* si deve ritenere che il concreto interesse debba essere esplicitato nell'intesa assistita, pena l'illegittimità della medesima e quindi della modifica (90). L'intesa, inoltre, potrebbe in astratto essere sempre impugnata per vizi del consenso (91), come è però davvero assai marginale stante la sede in cui essa deve essere raggiunta.

Il controllo giudiziario cade su di un elemento esterno pure per quel che attiene il rispetto dell'intangibilità della retribuzione (ove previsto: vd. *ante*). Si tratta però di un obbligo la cui violazione è dubbio se comporti le conseguenze proprie dell'inadempimento ovvero incida sulla validità del mutamento di mansione.

6. — *La disciplina dei licenziamenti* — Basterebbe considerare l'intensità e i toni della discussione giuridica e politica precedente e successiva al *Jobs Act* per rendersi conto che la modifica della disciplina dei licenziamenti, in particolare di quella riguardante la stabilità reale del posto, costituisca un aspetto cruciale della riforma, come del resto è logico anche in ragione delle ricadute che il tema ha su altri aspetti importanti del rapporto di lavoro.

(88) Cfr. Miscione 2015a, 443; Tampieri 2016, 111.

(89) Cfr. Voza 2015b, 207.

(90) Per il rafforzamento dei poteri di controllo dell'autorità certificatoria e a un tempo dubbi circa le possibilità di successo dell'impugnazione del patto cfr. Amendola 2016, 24 ss.

(91) Cfr. Gargiulo 2015, 632. Per Ferrante (2015, 9), il negozio sarebbe esposto a un rischio di annullamento ai sensi dell'art. 1429 c.c.

Qui, come è noto, le fattispecie legittimanti il licenziamento – tratteggiate da norme generali (92) – sono rimaste intatte, con le relative questioni, e si sono flessibilizzate orientandosi, con alcune eccezioni (93), come invece era incerto con la l. n. 92/2012 (94), nella direzione della tutela obbligatoria (95) più o meno forte a seconda dei casi le conseguenze per i cd. contratti a tutele crescenti, vale a dire le assunzioni poste in essere dal 7 marzo 2015. Per quelle precedenti valgono le regole anteriori, ancora con le relative questioni, e la diversità di trattamento pone per più Autori dubbi di costituzionalità sui quali è assai probabile che i giudici di merito chiederanno presto a pronunciarsi la Corte costituzionale; pronunzia che, alla stregua di precedenti di quest'ultima in materia di altro contratto di durata, la locazione (96), dovrebbe però essere d'infondatezza.

Il controllo giudiziale sulla fattispecie cui solo è demandata anche, in materia disciplinare, la valutazione di proporzionalità, assume minore rilievo (vd., però, *infra*) rispetto a quello sui presupposti delle conseguenze, ora delicatissimo in quanto da esso derivano tutele di intensità assai diversa. Non ci si riferisce tanto al presupposto numerico quanto alla ricorrenza delle eccezioni implicanti la stabilità reale, che riguardano, oltre il licenziamento (anche collettivo) orale, la materia delle discriminazioni di cui all'art. 15 n. 300/1970 e successive modificazioni e quella disciplinare, nonché le ipotesi di nullità espressamente previste dalla legge. Dalle eccezioni sono esclusi il licenziamento per giustificato motivo oggettivo e quello collettivo (salvo, si ripete, se orale).

Quanto al licenziamento disciplinare, la tutela reale è collegata alla *diretta* dimostrazione dell'«insussistenza del fatto materiale contestato al lavoratore, rispetto alla quale resta estranea ogni valutazione circa la sproporzione del licenziamento». È palese la derivazione del testo dalla nota, non lucidissima sentenza 6.11.2014, n. 23669, della Corte di Cassazione (97) emessa con il testo precedente, quello introdotto dalla l. n. 92/2012, che

(92) Diversamente, con riguardo alla sindacabilità in cassazione, Cass. 7.10.2013, n. 22791, in *LG*, 2014, n. 4, 367, con nota di C. Garofalo; Cass. 13.12.2010, n. 25144, in *OGI*, 2010, n. 4, I, 1003.

(93) Vd. art. 3, commi 1 e 2, d.lgs. n. 23/2015: «Salvo quanto disposto dal comma 2 del presente articolo...», e, rispettivamente, «Esclusivamente nelle ipotesi...». In proposito, cfr., tra gli altri, Romei 2015, 561 ss. Dubbiosa, pare, Magnani 2015b, 5 ss.

(94) Vd., infatti, Scarpelli 2012, 82.

(95) Per la condivisibile tesi della conformità a Costituzione di una tutela diversa da quella reale è la dottrina dominante. Cfr., da ultimo, Romei 2015, 560, e ivi, alla nota 7, riferimenti a contrarie opinioni.

(96) Cfr. C. cost. ord. 16.3.1989, n. 116, in *Arch. locazioni*, 1989, 240.

(97) In *FI*, 2014, n. 12, I, 3418, con nota di De Luca.

ha suscitato accese discussioni in dottrina (98) e notevoli tensioni in giurisprudenza (99) sull'alternativa «fatto materiale-fatto giuridico». Discussioni e tensioni risolte solo in parte (100) dalla nuova formulazione. In questa sede mi limito a rilevare che l'inequivoca lettera del nuovo testo non sembra consentire il ricorso alla seconda alternativa, ma che non solo il ricorso al canone della ragionevolezza sistematica (101) ma anche l'inciso esclusivo della sproporzione – altrimenti superfluo o improprio, posto che la sproporzione è una valutazione e non un fatto – lascino intatto il potere-dovere del giudice di compiere il controllo sulla rilevanza giuridica del fatto (102), diverso pur se finitimo alla valutazione di proporzionalità. Quest'ultima può essere invece fatta solo con riguardo alla causale, e ciò mi sembra comunque sufficiente a salvaguardare la regola da censura di costituzionalità e di non conformità al diritto dell'Unione europea.

Non la salva, a mio avviso, la previsione in merito alla dimostrazione dell'insussistenza del fatto materiale. Al di là di quello che si potrebbe pensare a una prima lettura del testo, il d.lgs. n. 23, cit., non attua il ribaltamento dell'onere della prova attribuito al datore di lavoro dall'art. 5, l. n. 604/1966. A tale conclusione si deve pervenire non sul rilievo che la indicata disposizione non è stata espressamente abrogata – tutta la legge n. 604 è rimasta in vigore per i vecchi contratti, e si è invece introdotta con il d.lgs. una diversa disciplina per alcuni aspetti dei nuovi, tra i quali potrebbe ritenersi compresa la disciplina dell'onere della prova, così inasprendosi il profilo di costituzionalità per difetto di delega da me enunciato altrove – (103), ma considerandosi i due differenti piani prima illustrati su cui ha agito la riforma del 2015: quello della esistenza della giusta causa o del giustificato motivo di licenziamento e l'altro delle conseguenze dello stesso. Mentre sul primo piano si muove l'art. 5, cit., sul secondo si muove l'art. 3, comma 2, d.lgs. n. 23/2015, cit.

(98) Cfr. i richiami in Cangemi 2015, 995 ss., note 8 e 9.

(99) Per recente ricostruzione degli orientamenti giurisprudenziali, di merito e di legittimità, cfr. Villa 2015, 662 ss.

(100) Per Miscione (2015b, 1085), il d.lgs. n. 23 ha reso più incerti i licenziamenti, così fallendo l'obiettivo che si era preposto.

(101) Cui, con riguardo al testo della l. n. 92, cit., sembrano fare ricorso Cass. 13.10.2015, n. 20540 e n. 20545, in *MGL*, 2015, n. 12, 850, con nota (la prima) di Vallebona, e (entrambe) di Romeo; la seconda anche in *FI*, 2015, n. 12, I 3830, con nota di richiami di Perrino e nota di Ferrari. Per adesione a tali pronunce cfr. De Luca 2015a, 1181.

(102) Tra i molti, cfr. Magnani 2015b, 5, e ivi, alla nota 13, riferimenti bibliografici.

(103) Spunto in Barraco 2015, 130.

Sennonché, potrebbe obiettarsi che la prova della giusta causa comprenda l'esistenza del fatto materiale contestato, per cui la nuova regola verrebbe a perdere senso. Ma non è così: innanzitutto è estraneo al fatto materiale contestato ogni ulteriore profilo di fatto rilevante in materia (ad esempio, il numero dei dipendenti o la clausola di contratto collettivo contenente il codice disciplinare). Vi è poi che se il datore di lavoro fornisce la prova del fatto materiale stesso, *nulla quaestio*, nel senso che o il licenziamento è munito di giusta causa o di giustificato motivo soggettivo, o comunque, ove le ulteriori valutazioni, ad esempio sulla proporzionalità, lo escludano, opererà la tutela obbligatoria forte sussistendo appunto il fatto materiale (104). Altrimenti, opererà sempre appunto la tutela obbligatoria forte, e cioè se la prova non sia stata fornita dal datore di lavoro per mancata deduzione o non ammissione dei mezzi di prova ovvero per incertezza sulle risultanze istruttorie. Opererà, invece, la tutela reale se il lavoratore provi la insussistenza del fatto materiale.

Quest'ultimo rilievo apre la strada al profilo maggiormente critico della disciplina, concernente il limite probatorio posto al lavoratore laddove il d.lgs. ha precisato che la dimostrazione dell'insussistenza del fatto debba essere «direttamente dimostrata in giudizio». Ebbene, la estrema precisione del testo non può essere ignorata (105), e depone univocamente nel senso appunto del limite di utilizzazione – e, ancor prima, di ammissibilità – della prova indiretta, e quindi delle presunzioni e della prova sui fatti secondari, quelli, pure, da cui si ricava l'esistenza dei fatti primari (106). È palese allora il *vulnus* all'art. 24 Cost. – e per alcuni all'art. 30 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (107) – anche in combinazione con l'art. 3, comma 1, Cost. (con quest'ultimo per lo squilibrio difensivo rispetto al datore di lavoro che può utilizzare ogni prova), tanto più se si considera che la prova che il lavoratore deve fornire coinvolge un fatto negativo, e quindi non può che essere fornita dimostrando l'esistenza di fatti positivi contrari, e quindi non può che essere indiretta (108). Questo a meno che voglia fornirsi una lettura costituzionalmente orientata della disposizione, la quale però non sarebbe tale cozzando clamorosamente con il testo e in sostanza ignorandolo (109), facendo come se l'avverbio «diretta-

(104) Conf. Ichino 2015b; altresì Marazza 2015, n. 236, 14; Mimmo 2015b, par. 3.1.1.

(105) In fondo, è quanto fa Pisani 2015b, 36 ss.

(106) Cfr. Marazza 2015, 13. Sulla nozione di prova indiretta cfr., per tutti, Taruffo, 1992, 426 ss., in particolare 429 ss.

(107) Cfr. Voza 2015c, 592; De Luca 2015b, 557.

(108) Cfr. Voza 2015c, 592; de Angelis 2015c, 255 ss.

(109) Cfr. Borghesi 2015, 3.

mente» non vi fosse contenuto (110). O a meno che si legga la diretta dimostrazione dell'insussistenza del fatto come irrilevanza degli elementi accertati in altro giudizio (111), questo però in inattendibile contrasto, del tutto estraneo al dibattito anche politico sulla riforma, con la *ratio* di efficienza e quindi di celerità del processo da anni perseguita e dagli arresti giurisprudenziali in materia (112).

Il testo dell'art. 2, comma 1, d.lgs. n. 23, cit., si apre richiamando la figura del giudice relativamente ai casi per i quali la tutela della legge deve essere nel sistema, anche per ragioni eurounitarie, più intensa: quella delle discriminazioni e delle altre ipotesi sanzionate di nullità, oltre che quella del licenziamento orale inefficace. Per questo è prevista la tutela reale in termini analoghi, pur se non identici, a quella di cui all'art. 18, l. n. 300/1970.

Le discriminazioni, per le quali si pongono alcuni problemi processuali già esaminati in altra sede, alla quale ci si riporta (113), sono quelle *nominatae* (114), come risulta dal richiamo ad altre leggi («discriminatorio a norma dell'articolo 15 della legge 20 maggio 1970, n. 300, e successive modificazioni»), che appunto contemplano specifici fattori di protezione o di rischio (115) anche se di numero progressivamente aumentato nel tempo si da far dire di tendenza a un allargamento universalistico della tutela antidiscriminatoria (116). Per esse, e solo per esse, valgono a mio avviso le note regole sull'affievolimento dell'onere della prova (117).

Quanti agli altri casi per i quali il giudice applica le regole della stabilità reale, l'inclusione nel testo dell'avverbio «espressamente» fa ritenere che siano compresi nell'ambito di previsione normativa i soli casi in cui la conseguenza della nullità sia specificamente indicata negli enunciati normati-

(110) Per un severo giudizio sull'uso forzato che a volte si è fatto dell'interpretazione costituzionalmente orientata cfr., da ultimo, Romei 2015, 560.

(111) In tal senso Persiani 2015b, 396 ss.

(112) Cfr. Cass. 27.3.2013, n. 7675, in *NGL*, 2013, 892; 26.3.2012, n. 4804, *ivi*, 2013, 28.

(113) Cfr. de Angelis 2015c, 250 ss., e *ivi* riferimenti.

(114) Conf. Romei, 2015, 565, e *ivi*, alla nota 21, richiamo a opinioni sempre conformi e contrarie. Secondo la Corte di Giustizia dell'Unione europea l'ambito di applicazione della Direttiva n. 2000/78 non deve essere esteso per analogia al di là delle discriminazioni fondate sui motivi elencati tassativamente nell'art. 1 di quest'ultima: tra le recenti, cfr. C. Giust. 18.12.2014, n. 354/13, in *FI*, 2015, n. 2, IV, 96, e in essa ulteriori richiami ai propri precedenti *Chacón Navas* e *Coleman*.

(115) Da ultimo, cfr. Carapezza Figlia 2015, 1393 ss.

(116) Cfr. Barbera 2007, XXXII.

(117) Cfr. de Angelis 2015c, 252 ss.

vi. Non è infatti condivisibile la diversa tesi (118) per la quale sarebbero soggette al disposto tutte le ipotesi di contrarietà a norme imperative in quanto anche l'art. 1418 c.c. contempla per esse, espressamente, la nullità (cd. virtuale). La tesi non è convincente non solo e non tanto perché toglie ogni significato all'inclusione dell'avverbio, ma anche perché la nuova formulazione si contrappone alla precedente, il cui testo, *in parte qua* analogo, l'avverbio non prevedeva. Vi è piuttosto un problema di compatibilità con la delega, che non distingue tra i licenziamenti nulli nel prevedere la conseguenza della reintegrazione.

Analoghe considerazioni valgono per il licenziamento per ragioni discriminatorie non nominate o per quello per ritorsione (119) o determinato da motivi illeciti, per i quali non sembrano applicabili i precedenti approdi giurisprudenziali. Infatti, manca ora nel testo il richiamo dell'art. 1345 c.c. in patente contrapposizione con il testo precedente dell'art. 1, comma 42, l. n. 92/2012 (120). Inoltre, è contraddittorio che il microsistema della materia escluda la tutela reale per i licenziamenti nulli *ex art.* 1418 c.c. e la riconosca, *ultra textum*, per quelli in questione.

L'inapplicabilità delle regole della tutela reale, però, non significa che sul piano sistematico più generale venga a crearsi un'intollerabile aporia: una nullità, quella pure generalissima che deriva dalla violazione di norma imperativa o da ragioni diverse da quelle per cui essa è espressamente prevista, che non è tale, nel senso che non esprima la mancata produzione di effetto negoziale e finale propria dell'atto cui si riferisce (vd., però, *infra*).

Ciò significa invece che a tali ipotesi si applichi il diritto primo, il diritto civile dei contratti (e degli atti unilaterali); *id est*, si producono le conseguenze di diritto comune (121), le quali possono ritenersi compatibili con la delega dando al termine «reintegrazione» in essa contenuto un'accezione fattuale e non tecnica nel peculiare senso dell'art. 18 dello Statuto.

Ancora una volta viene pertanto a verificarsi quello che già negli ultimi anni si è verificato (si pensi all'uso della nullità per frode alla legge nel

(118) Cfr. Giubboni 2015, n. 246, 9 ss.; Musella 2015, 28; Recchia 2015, 87 ss. Propone la tesi in alternativa a quella da me sostenuta nel testo Voza 2015c, 583 ss.

(119) Conf., con differente argomentare, Romei 2015, 567.

(120) È stata prospettata, sia pure come ipotesi, la tesi per cui la nuova disposizione, non contenendo il riferimento all'art. 1345 c.c., abbia allargato l'area di applicabilità della nullità: cfr. Giubboni 2015, 8 ss.

(121) Cfr., sia pure proponendola come tesi subordinata, *ivi*, 9 ss.; cfr. altresì Santoro Passarelli 2016, 45 ss., in particolare con riguardo al licenziamento per ritorsione.

caso di abuso del contratto a termine) (122), e che cioè il diritto dei contratti, il diritto tendenzialmente *tra uguali*, venga in soccorso di un diritto pure orientato alla tutela del contraente dotato di minore forza contrattuale e quindi *diseguale*. Neppure qui si inibisce questo soccorso, non impedendosi che il diritto *primo* assolva alla sua funzione. Ovviamente non possono qui operare, lo si è prima accennato, le regole sull'alleggerimento dell'onere della prova previste dalla tutela antidiscriminatoria nominata.

È però il caso di sottolineare che la soluzione accolta presupponga che la legge di delega e il decreto delegato del 2014-2015 non abbiano elevato al rango dell'ordine pubblico (123) la nuova disciplina dei licenziamenti in ragione della funzione economicistica della certezza di cui si diceva all'inizio: in tal caso, infatti, verrebbe meno il carattere inderogabile della norma non sanzionata espressamente di nullità o la stessa illiceità dell'atto; venir meno che troverebbe un aggancio testuale nella secca dicitura «il regime di tutela nel caso di licenziamento illegittimo è disciplinato dalle disposizioni di cui al presente decreto» contenuta nell'art. 1, comma 1, d.lgs. n. 23/2015.

Sennonché, una tesi siffatta conduce non tanto al paradosso di una disciplina lavoristica, come tale pur sempre di tutela del contraente debole, che depotenzia la normativa generale sui contratti a danno dello stesso, quanto al paradosso ancora maggiore che tale disciplina si risolverebbe nel rendere priva di sanzione l'atto nullo, posto che la tutela indennitaria è dagli artt. 2-4 contemplata per ipotesi differenti dalla nullità non espressa.

Senza dire della mancanza di delega al riguardo e dunque della necessità di interpretare la disposizione in termini alla delega conformi e quindi conformemente a Costituzione (124). Si deve quindi ritenere che la su trascritta dicitura si riferisca alle sole ipotesi indicate in tali articoli, per il resto dovendosi applicare appunto il diritto civile comune.

Alle tante incertezze in argomento sopra segnalate, che ovviamente chiamano in causa il ruolo della giurisprudenza, si aggiungono quelle legate alla disciplina dei rapporti di lavoro privatizzato alle dipendenze della pubblica amministrazione, in particolare inerenti l'applicabilità dell'art. 18, l. n. 300/1970, e *quale*. Fittissimi sono al riguardo il dibattito dottri-

(122) Cfr., da ultimo, Cass., 8.1.2015, n. 62, in *FI*, 2015, n. 2, I, 473, con nota di richiami di Perrino.

(123) Per la derogabilità *in melius* della disciplina del d.l. n. 23/2015, vd. Minervini 2015, 880 ss. Per la più generale riaffermazione della libertà contrattuale *in melius* – dall'Autore esaminata dall'angolazione della contrattazione collettiva – cfr. Centamore 2015, 508 ss.

(124) Tra le recenti, Cass., 22.8.2013, n. 19420, in *MFI*, 2013, n. 10, 721.

nale e le tensioni giurisprudenziali (125), e già fitta è la discussione relativa all'applicabilità a tali rapporti della stessa, nuova regolamentazione introdotta dal d.lgs. n. 23/2015 (126), e anche questa volta spetterà ai giudici costruire il *diritto vivente*.

7. — (*Rapidissime*) *considerazioni conclusive* — Si è del resto giustamente rilevato (127) che chi, se non il giudice, può stabilire la ragione e il torto nella complessità dei rapporti d'impresa, specie tenuto conto delle non brillanti esperienze di strumenti alternativi alla giurisdizione. Non ritengo, però, che sia altrettanto giusta la conseguenza che se ne trae come previsione, e cioè che la presenza del giudice nelle controversie di lavoro sia destinata ad aumentare (128), e ciò neppure se s'intenda tale aumento sul piano esclusivamente *quantitativo*. Inducono infatti a essere di diverso avviso anche — ma non solo: vedi quello che accennavo sopra a proposito del contenzioso sul contratto a termine — le incrinature prodottesi negli ultimi anni sulla gratuità del giudizio e la più rigorosa disciplina della compensazione delle spese (129), e il fatto che le sopravvenienze dei procedimenti si siano sensibilmente ridotte.

Le considerazioni svolte nei precedenti paragrafi fanno comunque pensare a un sensibile ridimensionamento del ruolo *qualitativo* (il *peso*) del giudice, che, si è visto, viene da lontano e che sempre in una logica economicistica trova conferma anche in molti degli interventi di natura processuale improntati da più di un lustro a *nuova certezza* e a *nuova efficienza* (130). Ma fanno anche ritenere che al ruolo residuano significativi spazi specialmente nell'area coperta dalle norme generali, per le quali è particolarmente avvertita la delicatissima operazione «di contemperamento degli interessi in gioco, che è un tipico lavoro da giudici» (131).

(125) In proposito cfr., per tutti, da ultimo, Boscato 2016, 247 ss., e ivi puntuale ricostruzione e ricchi riferimenti.

(126) Cfr. ancora *ivi*, 257 ss.

(127) Cfr. Rusciano 2015, 199.

(128) Così invece *ibidem*.

(129) In proposito mi permetto di rinviare a de Angelis 2016.

(130) *Ivi*.

(131) Cfr. Carinci 2015b, 12.

Riferimenti bibliografici

- Aa.Vv. (2015), *Il lavoro parasubordinato organizzato dal committente*, in A. Vallebona (a cura di), *Colloqui giuridici sul lavoro*, supplemento a *MGL*, n. 12.
- Aiello F. (2015), *Il nuovo art. 2103 c.c.: equivalenza senza professionalità pregressa?*, in *LG*, 2015, n. 11, 1034 ss.
- Aimo M.P. (2015), *La nuova disciplina sul lavoro a termine e somministrazione a confronto con le direttive europee: assolto il dovere di conformità?*, in *DLRI*, n. 148, 635 ss.
- Albi P. (2015), *Il rapporto fra contratto a tempo determinato e contratto a tempo indeterminato nella legislazione più recente*, in *DLRI*, n. 148, 625 ss.
- Alessi C. (2015), *Il sistema «acausale» di apposizione del termine e di ricorso alla somministrazione: come cambia il controllo sulla flessibilità*, in *DLRI*, n. 148, 597 ss.
- Allamprese A. (2015), *Sindacato e potere dispositivo*, Cacucci, Bari.
- Altimari M. (2015), *Il tempo parziale tra contratto e mercato del lavoro*, in *LD*, n. 2, 355 ss.
- Amendola F. (2016), *La disciplina della mansioni nel d.lgs. n. 81 del 2015*, in *W.P. Csdle «Massimo D'Antona».IT*, n. 291.
- Ballestrero M.V. (2014), *Tra confusione e sospetti. Clausole generali e discrezionalità del giudice del lavoro*, in *LD*, n. 2-3, 389 ss.
- Barbera M. (2007), *Introduzione Il nuovo diritto antidiscriminatorio: innovazione e continuità*, in Aa.Vv., *Il nuovo diritto antidiscriminatorio*, a cura di M. Barbera, Giuffrè, Milano, XIX ss.
- Barcellona M. (2009), *Sul «senso» delle clausole generali. Il diritto tra giudice e legge*, in *Democrazia e diritto*, n. 1, 261 ss.
- Barraco E. (2015), *Jobs Act: le tutele crescenti contro il licenziamento per i neo-assunti*, in *LG*, n. 2, 123 ss.
- Bavaro V. (2015), *Il lavoro part-time dopo il d.lgs. n. 81/2015*, in Aa.Vv., *Contratti di lavoro, mansioni e misure di conciliazione vita-lavoro nel Jobs Act*, a cura di E. Ghera e D. Garofalo, Cacucci, Bari, 215 ss.
- Bellavista A. (2015), *Il nuovo art. 2103 c.c. nel Jobs Act*, in *Dirittisocialcittadinanza.it*.
- Bellomo S. (2015), *Autonomia collettiva e clausole generali*, in *DLRI*, n. 145, 45 ss.
- Bini S. (2015), *Dall'equivalenza professionale all'equivalenza economica delle mansioni. Questioni ermeneutiche e prime osservazioni*, in *ADL*, n. 6, I, 1240 ss.
- Bini S. (2016), *Contributo alla studio del demansionamento del lavoratore in Italia*, in *DRI*, n. 1, 224 ss.
- Borghesi D. (2015), *Aspetti processuali del contratto a tutele crescenti*, in *judicium.it*.
- Boscato A. (2016), *Art. 18 e lavoro pubblico nella giurisprudenza di merito e nella prima pronuncia di legittimità*, in *DRI*, n. 1, 247 ss.
- Brollo M. (2014), *La nuova flessibilità «semplificata» del lavoro a termine*, in *ADL*, n. 3, I, 566 ss.
- Brollo M. (2015a), *La disciplina delle mansioni dopo il Jobs Act*, in *ADL*, n. 6, I, 1156 ss.
- Brollo M. (2015b), *Disciplina delle mansioni*, in Aa.Vv., *Commento al d.lgs. 15 giugno 2015, n. 81: le tipologie contrattuali e lo jus variandi*, a cura di F. Carinci, *Adapt labour studies*, e-book series, n. 48, 29 ss.

- Brollo M., Vendramin M. (2015), *Le mansioni del lavoratore: inquadramento e jus variandi*. *Mansioni, qualifiche, jus variandi*, in Aa.Vv., *Contratto di lavoro e organizzazione*, t. I, *Contratto e rapporto di lavoro*, a cura di M. Martone, in *Trattato di diritto del lavoro*, diretto da M. Persiani e F. Carinci, Cedam, Padova, 512 ss.
- Campanella P. (2015), *Clausole generali e obblighi del prestatore di lavoro*, in *DLRI*, n. 145, 89 ss.
- Cangemi V. (2015), *In bilico tra fatto materiale e fatto giuridico lungo il crinale della proporzionalità*, in *ADL*, n. 4-5, II, 993 ss.
- Carapezza Figlia G. (2015), *Il divieto di discriminazione quale limite all'autonomia contrattuale*, in *RDC*, n. 6, 1387 ss.
- Carinci F. (2015a), *A proposito del Jobs Act*, in *ADL*, n. 6, I, 1111.
- Carinci F. (2015b), *Jobs Act: atto II, la legge delega sul mercato del lavoro*, in *ADL*, n. 1, I, 1 ss.
- Centamore G. (2015), *Legge e autonomia collettiva: una critica della dottrina dell'inderogabilità bilaterale*, in *LD*, n. 3, 491 ss.
- Chiacchieroni A. (1992), *Lo jus variandi nel part-time*, in *q. Riv.*, n. 8, II, 433 ss.
- Cimarosti A. (2015), *Il part-time dopo il Jobs Act*, in *LG*, n. 8, 886 ss.
- Ciucciiovino S. (2015), *Il sistema sanzionatorio del contratto a termine e della somministrazione di lavoro dopo il Jobs Act*, in *DLRI*, n. 148, 611 ss.
- Corti M. (2016), *Jus variandi e tutela della professionalità dopo il «Jobs Act» (ovvero cosa resta dell'art. 13 dello Statuto dei lavoratori)*, in *Variazioni su temi di diritto del lavoro*, n. 1, 39 ss.
- de Angelis L. (2011), *Collegato lavoro 2010 e diritto processuale*, in *LG*, n. 1, 157 ss.
- de Angelis L. (2015a), *Dispositivo e motivazione della sentenza di lavoro e nuova efficienza*, in *ADL*, n. 4-5, I, 807 ss.
- de Angelis L. (2015b), *Note sulla nuova disciplina delle mansioni ed i suoi (difficilissimi) rapporti con la delega*, in *FI*, n. 11, V, 433 ss.; in *W.P. Csdle «Massimo D'Antona».IT*, n. 263.
- de Angelis L. (2015c), *Il giudizio*, in Aa.Vv., *Jobs Act Il contratto a tutele crescenti*, a cura di M.T. Carinci e A. Tursi, Giappichelli, Torino, 245 ss.
- de Angelis L. (2016), *Sguardo su effettività dei diritti e deflazione delle controversie di lavoro*, contributo alla Tavola rotonda «L'accesso alla giustizia del lavoro dal garantismo alle tecniche deflative», a conclusione del convegno di studi sul tema «Lavoro ed esigenze dell'impresa: garanzie ed effettività fra diritto sostanziale e processo», organizzato dall'Università degli Studi di Pisa-dipartimento di Giurisprudenza (Pisa, 3-4 dicembre 2015), in corso di pubblicazione negli atti del convegno.
- De Feo D. (2015), *La nuova nozione di equivalenza professionale*, in *ADL*, n. 4-5, I, 853 ss.
- De Luca M. (2014), *Il fatto nella riforma della tutela reale contro i licenziamenti illegittimi: note minime sulla prima sentenza in materia della Corte di Cassazione*, in *FI*, n. 12, I, 3422 ss.
- De Luca M. (2015a), *Tre parole del legislatore non bastano per la rivoluzione copernicana promessa: il Jobs Act alla prova della giurisprudenza*, in *LG*, n. 12, 1180 ss.
- De Luca M. (2015b), *Contratto di lavoro a tempo indeterminato a tutele crescenti e nuovo sistema sanzionatorio contro i licenziamenti illegittimi*, in *LG*, n. 5, 545 ss.

- De Luca M. (2016), *Processo del lavoro e deflazione del contenzioso: strumentalità del processo versus declino della tutela giurisdizionale effettiva ed alcune criticità delle misure deflattive*, rielaborazione e sviluppo del contributo introduttivo dell'Autore alla Tavola rotonda su «L'accesso alla giustizia del lavoro dal garantismo alle tecniche deflattive», a conclusione del convegno di studi sul tema «Lavoro ed esigenze dell'impresa: garanzie ed effettività fra diritto sostanziale e processo», organizzato dall'Università degli Studi di Pisa-dipartimento di Giurisprudenza (Pisa, 3-4 dicembre 2015), in corso di pubblicazione negli atti del convegno.
- Del Conte M. (2015), *Premesse e prospettive del Jobs Act*, in *DRI*, n. 4, 939 ss.
- Del Conte M. (2016), *Il «Jobs Act» e la protezione del lavoro: variazioni metodologiche*, in *Variazioni su temi di diritto del lavoro*, n. 1, 21 ss.
- Del Punta R. (2004), *Lavoro a tempo parziale*, sub art. 46, in Aa.Vv., *Il nuovo mercato del lavoro*. Commentario al d.lgs. 10 settembre 2003, n. 276, coordinato da M. Pedrazzoli, Zanichelli, Bologna, 469 ss.
- Di Croce I. (1997), *La legittimità della prassi dei sostituti programmati*, in *q. Riv.*, n. 1, II, 169 ss.
- Ferluga L. (2016), *La dequalificazione unilaterale nella nuova disciplina delle mansioni*, in *Variazioni su temi di diritto del lavoro*, n. 1, 69 ss.
- Ferrante V. (2015), *La nuova disciplina delle mansioni del lavoratore*, in *I quaderni del Cedri*, n. 1, in http://centridiricerca.unicatt.it/cedri_FerranteE-qUADERNI_cedri-1.
- Ferrari V. (2015), *Giuridicità del fatto materiale e materialità del fatto giuridico*, n. 20540, in *FI*, n. 12, I, 3832 ss.
- Fili V. (2015), *Le collaborazioni organizzate dal committente nel d.lgs. n. 81/2015*, in *LG*, n. 12, 1091 ss.
- Fili V., Riccardi A. (2015), *La somministrazione del lavoro*, in Aa.Vv., *Contratti di lavoro, mansioni e misure di conciliazione vita-lavoro nel Jobs Act*, a cura di E. Ghera e D. Garofalo, Cacucci, Bari, 293 ss.
- Gargiulo U. (2008), *L'equivalenza delle mansioni nel contratto di lavoro*, Rubettino, Soveria Mannelli.
- Gargiulo U. (2015), *Lo ius variandi nel nuovo art. 2103 c.c.*, in *q. Riv.*, n. 3, I, 619 ss.
- Garofalo C. (2014), *Licenziamento per giusta causa: il sindacato giudiziale tra contratto collettivo e clausole generali*, in *LG*, n. 4, 367 ss.
- Garofalo C. (2015), *La somministrazione di lavoro nel Jobs Act tra tutele e promozione dell'occupazione*, in *LG*, n. 12, 1143 ss.
- Ghera E. (2015), *Introduzione*, in Aa.Vv., *Contratti di lavoro, mansioni e misure di conciliazione vita-lavoro nel Jobs Act*, a cura di E. Ghera e D. Garofalo, Cacucci, Bari, 11 ss.
- Ghera F. (2015), *Profili di costituzionalità del decreto legislativo n. 81/2015 in materia di riordino delle tipologie contrattuali e di mansioni*, in Aa.Vv., *Contratti di lavoro, mansioni e misure di conciliazione vita-lavoro nel Jobs Act*, a cura di E. Ghera e D. Garofalo, Cacucci, Bari, 19 ss.
- Giubboni S. (2015), *Profili costituzionali del contratto di lavoro a tutele crescenti*, in *W.P. Csdle «Massimo D'Antona».IT*, n. 246.
- Gragnoles E. (2016), *L'oggetto del contratto di lavoro privato e l'equivalenza delle mansioni*, in *Variazioni su temi di diritto del lavoro*, n. 1, 3 ss.

- Ichino P. (2015a), *Appunti irriverenti sui nuovi decreti attuativi della riforma del lavoro*, in www.pietroichino.it.
- Ichino P. (2015b), risposta a lettera pervenuta il 27 maggio 2015, in www.pietroichino.it.
- Irti N. (2015), *Un diritto incalcolabile*, in *RDC*, n. 1, 15 ss.
- Leccese V. (2014), *La compatibilità della nuova disciplina del contratto di lavoro a tempo determinato con la Direttiva n. 99/70*, in *q. Riv.*, n. 4, II, 709 ss.
- Leccese V. (2015), *Il lavoro a tempo parziale*, in *Aa.Vv., Tipologie contrattuali e disciplina delle mansioni*, a cura di L. Fiorillo, A. Perulli, Giappichelli, Torino, 41 ss.
- Leone G. (2015), *La nuova disciplina delle mansioni: il sacrificio della professionalità «a misura d'uomo»*, in *LG*, n. 12, 1101 ss.
- Lipari N. (2015), *I civilisti e la certezza del diritto*, in *RTDPC*, n. 4, 1130 ss.
- Liso F. (1982), *La mobilità del lavoratore in azienda: il quadro legale*, Franco Angeli, Milano.
- Liso F. (2015), *Brevi osservazioni sulla revisione disciplina delle mansioni contenuta nel d.lgs. n. 81/2015 e su alcune recenti tendenze di politica legislativa in materia di rapporto di lavoro*, in *W.P. Csdle «Massimo D'Antona».IT*, n. 257.
- Loy G. (2015), *Diritto del lavoro e nozioni a contenuto variabile*, in *DLRI*, 2015, n. 145, 3 ss.
- Magnani M. (2014), *La disciplina del contratto a tempo determinato: novità e implicazioni sistematiche*, in *W.P. Csdle «Massimo D'Antona».IT*, n. 212.
- Magnani M. (2015a), *La riforma dei contratti e del mercato del lavoro nel cd. Jobs Act. Il Codice dei contratti*, in *DRI*, n. 4, 961 ss.
- Magnani M. (2015b), *Correzioni e persistenti aporie del regime sanzionatorio dei licenziamenti: il cd. contratto a tutele crescenti*, in *W.P. Csdle «Massimo D'Antona».IT*, n. 256.
- Magrini S. (2015), *Rivoluzioni silenziose nella giurisprudenza della Corte di Cassazione (in tema di demansionamento e di licenziamento per malattia)*, in *ADL*, n. 1, I, 143 ss.
- Mannacio G. (2006), *Discontinuità nello svolgimento di mansioni superiori e promozione automatica*, in *LG*, n. 2, 133 ss.
- Marazza M. (2015), *Il regime sanzionatorio dei licenziamenti nel Jobs Act (un commento provvisorio, dallo schema al decreto)*, in *W.P. Csdle «Massimo D'Antona».IT*, n. 236.
- Marino D. (2015), *Il «danno comunitario» da illegittima reitenzione di contratti di lavoro a termine: conforme al diritto dell'Unione?*, in *DRI*, n. 4, 1114 ss.
- Menghini L. (2016), *Precariato pubblico, soluzioni giurisprudenziali e novità legislative: una vicenda ancora del tutto aperta*, in *Variazioni su temi di diritto del lavoro*, n. 1, 127 ss.
- Mimmo G. (2015a), *Mansioni, la riscrittura di uno dei capisaldi del diritto del lavoro*, in *Speciale Sole24ore*, luglio 2015.
- Mimmo G. (2015b) *Appunti su schema di decreto legislativo (Attuazione della legge delega 10.12.2014 n. 183)*, in legge-e-giustizia.it/documenti.
- Minervini A. (2015), *Il lavoro a tutele crescenti tra l'autonomia individuale e quella collettiva*, in *ADL*, n. 4-5, I, 872 ss.
- Miscione M. (2015a), *Jobs Act: le mansioni e la loro modificazione*, in *LG*, n. 12, 437 ss.
- Miscione M. (2015b), *Il Jobs Act sulle tipologie contrattuali con certezze e qualche ambiguità (d.lgs. n. 81 del 2015)*, in *LG*, n. 12, 1085 ss.

- Musella C. (2015), *I licenziamenti discriminatori e nulli*, in Aa.Vv., *I licenziamenti nel contratto «a tutele crescenti»*, a cura di G. Ferraro, in *Quaderni di ADL*, n. 14, 13 ss.
- Nunin R. (2012), *La classificazione dei lavoratori subordinati in categorie e l'inquadramento unico, le mansioni del lavoratore: inquadramento e jus variandi*, in Aa.Vv., *Contratto di lavoro e organizzazione*, t. I, *Contratto e rapporto di lavoro*, a cura di M. Martone, in *Trattato di diritto del lavoro*, diretto da M. Persiani e F. Carinci, Cedam, Padova, 471 ss.
- Nuzzo V. (2015), *Il nuovo art. 2103 c.c. e la (non più necessaria) equivalenza professionale delle mansioni*, in *RIDL*, n. 4, II, 1047 ss.
- Olivieri A. (2015), *Le novità del contratto a tempo determinato tra esigenze di certezza e incoerenze con la regolazione dell'Unione europea*, in *LG*, n. 12, 1131.
- Panizza G. (2015), *Jus variandi e oneri probatori: su chi grava la prova dell'osservanza della regola dell'equivalenza?*, in *ADL*, n. 6, II, 1342 ss.
- Persiani M. (2015a), *Note sulla disciplina di alcune collaborazioni coordinate*, in *ADL*, n. 6, I, 1257 ss.
- Persiani M. (2015b), *Noterelle su due problemi di interpretazione della nuova disciplina dei licenziamenti*, in *ADL*, n. 2, I, 393 ss.
- Perulli A. (2015), *Le collaborazioni organizzate dal committente*, in Aa.Vv., *Tipologie contrattuali e disciplina delle mansioni*, a cura di L. Fiorillo, A. Perulli, Giappichelli, Torino, 279 ss.
- Pisani C. (2015a), *La nuova disciplina del mutamento delle mansioni*, Giappichelli, Torino.
- Pisani C. (2015b), *Il nuovo regime di tutele per il licenziamento ingiustificato*, in R. Pessi *et al.*, Giappichelli, Torino, 17 ss.
- Pisani C. (2016), *Il superamento del problema dell'eccesso di delega in relazione ai limiti alla mobilità orizzontale di cui al 1° comma del nuovo art. 2013 c.c.*, in *FI*, n. 2, V, 67 ss.
- Pizzoferrato A. (2015a), *Il contratto a termine dopo il Jobs Act Atto I: l'insostenibile ruolo derogatorio libero della contrattazione collettiva*, in *MGL*, n. 2, 102 ss.
- Pizzoferrato A. (2015b), *L'autonomia collettiva nel nuovo diritto del lavoro*, in *DLRI*, n. 145, 411 s.
- Putaturo Donati F. (2016), *L'acausalità del termine al vaglio delle Sezioni Unite*, in *MGL*, n. 1, 17 ss.
- Razzolini O. (2015), *La nuova disciplina delle collaborazioni organizzate dal committente. Prime considerazioni*, in *W.P. Csdle «Massimo D'Antona».IT*, n. 266.
- Recchia G.A. (2015), *Il licenziamento nullo ed inefficace*, in Aa.Vv., *Le tutele per i licenziamenti e la disoccupazione involontaria*, a cura di E. Ghera e D. Garofalo, Cacucci, Bari, 87 ss.
- Riccobono A. (2014a), *Mansioni esigibili ed equivalenza professionale nel lavoro pubblico e privato: un'ipotesi di cross fertilization tra modelli regolativi della mobilità intraaziendale?*, in *ADL*, n. 3, I, 993 ss.
- Riccobono A. (2014b), *Ancora sull'equivalenza delle mansioni nel lavoro pubblico e privato: interferenze reciproche e circolazione dei modelli regolativi nella più recente evoluzione normativa*, in *ADL*, n. 4, I, 1341 ss.

- Rodotà S. (1960), *Note critiche in tema di proprietà*, in *RTDPC*, n. 4, 1252 ss.
- Rodotà S. (1964), *Il problema della responsabilità civile*, Giuffrè, Milano.
- Rodotà S. (1967), *Ideologie e tecniche della riforma del diritto civile*, in *Rivista di diritto commerciale*, n. 1, I, 84 ss.
- Rodotà S. (1969), *Le fonti d'integrazione del contratto*, Giuffrè, Milano.
- Romei R. (2015), *La nuova disciplina del licenziamento: qualche spunto di riflessione*, in *DLRI*, n. 148, 557 ss.
- Romeo C. (2015a), *Il dilemma delle tutele nel nuovo diritto del lavoro: i campi esclusi dalla riforma del Jobs act*, in *ADL*, n. 2, I, 285 ss.
- Romeo C. (2015b), *Due sentenze «gemelle» della Suprema Corte che estendono la tutela reintegratoria in materia di licenziamento disciplinare*, in *MGL*, n. 12, 854 ss.
- Rusciano M. (2015), *Una riflessione d'insieme*, in Aa.Vv., *I licenziamenti nel contratto «a tutele crescenti»*, a cura di G. Ferraro, in *Quaderni di ADL*, n. 14, 193 ss.
- Santoro Passarelli G. (2015a), *I rapporti di collaborazione organizzati dal committente e le collaborazioni continuative e coordinate ex art. 409, n. 3, cod. proc. civ.*, in *ADL*, n. 6, I, 1133.
- Santoro Passarelli G. (2015b), *Il contratto aziendale «in deroga»*, in *DLM*, n. 2, 273 ss.
- Santoro Passarelli G. (2016), *Sulle categorie del diritto del lavoro «riformate»*, in *DRI*, n. 1, 7 ss.
- Saracini P. (2015), *Il contratto a termine nel Jobs Act*, in *DLM*, n. 2, 419 ss.
- Sartori A. (2015a), *Il Testo Unico sulle tipologie contrattuali e le mansioni: un nuovo equilibrio tra flessibilità e tutele*, in *RIDL*, n. 4, III, 231 ss.
- Sartori A. (2015b), *Mansioni e inquadramenti: il ruolo della contrattazione collettiva prima e dopo il Jobs Act*, in *ADL*, n. 6, II, 1356 ss.
- Scarano L. (2015), *Spunti di riflessione sull'interazione delle «fonti» (cd. formanti) nelle più recente legislazione del lavoro*, in *MGL*, n. 12, 845 ss.
- Scarpelli F. (2012), *L'ingiustificatezza qualificata del licenziamento*, Intervento in A. Vallebona (a cura di), *Colloqui giuridici sul lavoro*, supplemento di *MGL*, n. 12, 82 ss.
- Siotto F. (2013), *Somministrazione e lavoro a termine - Per la Corte di Giustizia «questa o quella pari (non) sono»*, in *q. Riv.*, n. 3, II, 416 ss.
- Speziale V. (2014), *Le politiche del governo Renzi: il Jobs Act e la riforma dei contratti e delle altre discipline del rapporto di lavoro*, in *W.P. Csdle «Massimo D'Antona».IT*, n. 233.
- Tampieri A. (2016), *L'accordo individuale di dequalificazione*, in *Variazioni su temi di diritto del lavoro*, n. 1, 107 ss.
- Taruffo M. (1992), *La prova dei fatti giuridici*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, già diretto da A. Cicu e F. Messineo e continuato da L. Mengoni, Giuffrè, Milano.
- Tiraboschi M. (2015), *Il lavoro etero-organizzato*, in *DRI*, n. 4, 978 ss.
- Tosi P. (2015), *L'art. 2, comma 1, d.lgs., n. 81/2015: una norma apparente?*, in *ADL*, n. 6, I, 1117 ss.
- Vallebona A. (2015), *Cassazione e reintegrazione: l'attuale stato dell'arte*, in *MGL*, n. 12, 853 ss.

- Vallebona A. (2016), *Dubbi di costituzionalità per la nuova disciplina del mutamento delle mansioni*, in *MGL*, n. 1, 6 ss.
- Villa E. (2015), «Sussistenza» e «insussistenza» del fatto nel licenziamento disciplinare, in *RIDL*, n. 4, I, 661 ss.
- Voza R. (2015a), *Il «riordino» del contratto di lavoro a tempo parziale*, in *LG*, n. 12, 1115 ss.
- Voza R. (2015b), *Autonomia privata e norma inderogabile nella nuova disciplina del mutamento di mansioni*, in Aa.Vv., *Contratti di lavoro, mansioni e misure di conciliazione vita-lavoro nel Jobs Act*, a cura di E. Ghera, D. Garofalo, Cacucci, Bari, 199 ss.
- Voza R. (2015c), *Licenziamenti illegittimi e reintegrazione: le nuove mappe del Jobs Act*, in *DLRI*, n. 148, 575 ss.
- Zoli C. (2015), *La disciplina delle mansioni*, in Aa.Vv., *Tipologie contrattuali e disciplina delle mansioni*, a cura di L. Fiorillo, A. Perulli, Giappichelli, Torino, 333 ss.

ABSTRACT

Lo scritto tratta della recente riforma del mercato del lavoro dalla prospettiva del ruolo del giudice. L'Autore la considera in continuità con la legge n. 183 del 2010 ed esamina, in particolare, gli aspetti del lavoro subordinato e del lavoro coordinato organizzato dal committente, la disciplina del contratto a termine e di somministrazione a termine, quella del part-time, delle mansioni e dei licenziamenti, giungendo alla conclusione che il ruolo del controllo giudiziario si è ridimensionato ma che a esso residuano significativi spazi.

LABOUR'S JUDGE AND RECENT REFORMS: SCATTERED REFLECTIONS

This paper investigates the recent reform of the Italian labour market (2014-2015) from the perspective of the judge's role. The Author evaluates the reform in continuity with law n. 183 of 2010, focusing on new aspects concerning personal work relations when the client exercises a unilateral power of organization, and on rules regarding fixed-term employment contracts, temporary agency work, part-time work, as well as employee's tasks and dismissal. The Author concludes that the judicial control has been reduced but still maintains significant role.

Lorenzo Scarano (*)

È FINITO IL TEMPO DEI PATTI DI SINDACATO. INTERVENTO ETERONOMO E AUTONOMIA INDIVIDUALE NEL *JOBS ACT* II (**)

SOMMARIO: 1. Ultimi sviluppi sulla regolazione della flessibilità. — 2. L'affievolimento del ruolo dell'autonomia sindacale: i rinvii «impropri» alla contrattazione collettiva. — 2.1. I rinvii «propri» e le deleghe con facoltà di deroga. — 3. Il potenziamento dell'autonomia individuale in veste derogatoria. — 3.1. L'autonomia individuale assistita. — 3.2. L'autonomia individuale «nuda e pura». — 3.3. Chiosa su ulteriori deleghe all'autonomia individuale.

1. — *Ultimi sviluppi sulla regolazione della flessibilità* — «Il tempo dei salotti buoni è finito davvero, è finito per tutti, e così anche il tempo degli amici degli amici e dei patti di sindacato [...] non ci siamo domandati a sufficienza quanti danni ha fatto il patto di sindacato»: parole e musica del Premier Matteo Renzi nel «salotto buono» del meeting sulla finanza di Cernobio il 5 settembre 2015, un giorno prima di mostrarsi fiero al Gran Premio di Monza per intonare l'inno d'Italia a fianco di Marchionne e Briatore.

Sembra trascorso un secolo dai tempi in cui ci insegnavano che il sistema del diritto del lavoro era incentrato sul principio, desumibile dalla trama costituzionale, del *favor* nei confronti del lavoratore subordinato, declinabile, sul piano delle fonti di produzione, nel postulato dell'inderogabilità della legge da parte dell'autonomia privata (sia essa individuale che collettiva) e, all'interno del diritto dei privati, nella primazia della contrattazione collettiva rispetto a quella individuale.

Sono trascorsi, invece, meno di tre lustri da quando è tramontata la stagione del garantismo collettivo.

Com'è noto, la pubblicazione da parte del ministero del Lavoro nell'ottobre del 2001 del *Libro bianco sul mercato del lavoro in Italia* segna una nuova fase per il diritto del lavoro. Il problema della regolazione della fles-

(*) Dottore di ricerca in Diritto del lavoro presso l'Università di Bari «Aldo Moro».

(**) La riflessione riprende il più ampio contributo *Legge e autonomia privata ai tempi del Jobs Act*, pubblicato nel volume curato da E. Ghera, D. Garofalo, *Contratti flessibili, mansioni e misure per la conciliazione vita-lavoro nel Jobs Act 2*, Cacucci, Bari, 2015, 91 ss.

sibilità, infatti, viene affrontato in termini diametralmente differenti rispetto al passato e attraverso tecniche normative «innovative» rispetto a quelle sino a quel momento utilizzate. La ricorrente esigenza di introdurre nuove regole che consentano una maggiore flessibilità nella gestione dei rapporti di lavoro viene perseguita in un'ottica neoliberista (1), finalizzata ad attenuare quelle rigidità – vincoli legislativi e negoziali – che ingessano le dinamiche del mercato del lavoro. La «ricetta» è costituita da un *mix* di «ingredienti» fra i quali spicca – perché indefettibile – l'introduzione di nuove fattispecie contrattuali flessibili, alternative al contratto di lavoro subordinato a tempo pieno e a tempo indeterminato che ha caratterizzato il Novecento italiano.

Le misure effettivamente realizzate, ma ancor più gli interventi solo pre-annunciati, s'ispirano a un disegno orientato ad allargare i margini di libertà per l'imprenditore nell'assunzione, nella gestione e nella «liberazione» dei propri lavoratori, risolvendosi nei fatti in una declinazione del termine «flessibilità» finitima alla (se non sconfinante nella) ben nota nozione di «precarietà» (2). Da ciò la conseguente riduzione del tasso di rigidità delle normative legali e contrattuali in relazione al rapporto di lavoro; il che si è tramutato in *meno* regole eteronome e regole *meno* rigide (3).

La flessibilizzazione delle regole che disciplinano il mercato e la gestione dei rapporti di lavoro, infatti, è stata perseguita con una tecnica normativa ben diversa da quella sino a quel momento utilizzata. Nella tendenziale ottica di rimettere alla regolamentazione delle parti *individuali* l'assetto effettivo del contratto di lavoro, la legislazione del Duemila sottrarrà all'autonomia *collettiva* la funzione di gestire la flessibilità, pur rimanendo sostanzialmente immutate le circostanze di contesto rispetto a quelle di cui alla legge n. 196/1997.

Se nella stagione «passata» il controllo sindacale si sostanzialmente nella necessità che fossero gli interpreti dell'interesse collettivo ad *autorizzare* (4) una determinata misura di flessibilità (altrimenti vietata), dal d.lgs. n. 368/2001 le dosi di flessibilità sono già introdotte *ex lege*, senza che sia il sindacato a intervenire nell'attenuazione di una disciplina considerata troppo rigida (5). È dunque direttamente il legislatore a consentire l'utilizzo di strumenti di fles-

(1) Ghera 2006a, 23.

(2) Garofalo 2006, 140.

(3) Supiot 1997, 189.

(4) Da qui la fortunata espressione della funzione «autorizzatoria» (il cd. «terzo effetto» del contratto collettivo): D'Antona 1998.

(5) Mentre in precedenza il sindacato «era investito del compito di “aprire il rubinetto” della flessibilità, erogandone dosi altrimenti precluse» (Voza 2006, 336).

sibilità senza un intervento di mediazione del sindacato. A quest'ultimo vengono comunque attribuite delle funzioni, ma completamente diverse rispetto alla realtà sperimentata negli anni addietro. All'autonomia collettiva, infatti, verrà nuovamente delegata la funzione di integrare il precetto legale, ma per tentare di limitare una flessibilità ormai autorizzata. L'intervento sulla flessibilità non ha più a oggetto l'*an* o il *quomodo* (anche se il legislatore rinvia alla contrattazione collettiva il compito di ampliare i margini di flessibilità implementando le ipotesi legali già tipizzate), concernendo esclusivamente il *quantum*, vale a dire la possibilità per il soggetto collettivo di fissare limiti quantitativi all'utilizzo di schemi legali flessibili. Nelle sparute ipotesi in cui l'introduzione e le modalità di attuazione di istituti della flessibilità sono rimessi al controllo sindacale, il completamento negoziale della disciplina legale è sovrastato dalla possibile «scur» dell'intervento sostitutivo (ma potenzialmente definitivo) del dicastero del *Welfare* con un d.m. (6).

Si è così fatta strada una linea di politica del diritto tendente ad allentare i vincoli eteronomi che gravano sui contraenti e mirata all'alleggerimento delle tutele, al fine di restituire alle parti spazi di manovra nella disciplina del rapporto (7). E fra i primi grimaldelli impiegati per scardinare l'impostazione tradizionale della norma inderogabile protettiva del lavoratore occupa un posto di rilievo la tecnica dell'autonomia individuale assistita (in veste «derogatoria»). All'inizio della sua apparizione, placata nella sua capacità destrutturante dall'interpretazione conforme a Costituzione dell'istituto che ne reca l'*imprinting* – la certificazione dei contratti di lavoro (8) –, la tecnica è stata riprodotta con l'art. 30 legge n. 183/2010 e surrettiziamente reintrodotta con l'arbitrato irrituale d'equità; senza le fortune sperate, però. Non ci si può, tuttavia, esimere dal constatare come il confine mobile tra regolamentazione inderogabile e spazi di autonomia (individuale o collettiva) si sia sensibilmente spostato, ampliandosi gli ambiti non sottoposti al raggio di applicazione della prima (9).

Lo stesso discorso vale per i successivi Governi che si sono alternati nella gestione delle endemiche crisi economiche: tutti orientati ad alleggerire le tutele del prestatore nel rapporto di lavoro con un intervento diretto nel senso dell'abbassamento dei livelli di protezione e nell'affidamento all'autono-

(6) In questo assetto, l'affermato «sostegno e valorizzazione dell'autonomia collettiva» (che si legge alla «rubrica» dall'art. 40, d.lgs. n. 276/2003) si risolve in un mero *flatus vocis*.

(7) Ichino 1996.

(8) Voza 2007, 195 ss..

(9) Sciarra 2006, 41.

mia collettiva decentrata prima (con il celeberrimo art. 8, d.l. n. 138/2011), all'autonomia individuale ora, di ulteriori facoltà derogatorie *in peius*.

Certo, è l'erosione della nozione di inderogabilità della norma legale e contrattual-collettiva che costituisce il principale strumento per l'instaurazione di un nuovo rapporto fra disciplina eteronoma e autonomia privata individuale, e in prima battuta si è portati a pensare che sia la diminuzione del tasso di eteronomia e l'erosione dell'inderogabilità delle regole dello scambio fra lavoro e retribuzione a sottoporre a *restyling* il paradigma del diritto del lavoro, scuotendo i suoi caratteri fondanti per sostituirli con altri. Sarebbe però miope ancorare una rivoluzione a una tecnica; giova a tal proposito rimarcare il carattere neutrale della norma inderogabile (10) e un'eloquente constatazione, ricavabile dal confronto fra diversi modelli e che conferma come la regolazione sia solo una «forma», utile alle più svariate esigenze, modellabile sui più eterogenei «contenuti»: è singolare osservare come il condiviso obiettivo dello «sviluppo ottimale delle relazioni di mercato» viene perseguito nel diritto dei contratti con la «limitazione della libertà contrattuale» e con la «valorizzazione dell'autonomia individuale» nel rapporto di lavoro (11).

La riprova è nel nuovo testo dell'art. 18 St. lav., pur sempre una norma inderogabile: sono i contenuti prescrittivi – e non la tecnica normativa – ad aver alleggerito la soglia protettiva per il lavoro subordinato.

Dunque, l'originario assetto della disciplina non è più il paradigma in grado di spiegare la formazione della regolazione dei rapporti individuali di lavoro, sollecitando nell'interprete l'invito a rimeditare l'intero sistema delle fonti di produzione di questo speciale ramo del diritto.

Ovviamente, non è questa la sede per procedere in questa riflessione; né in queste pagine potrà essere affrontata la complessa trama dei rapporti fra le fonti come delineata nel d.lgs. n. 81 del 2015, e, ancor prima, in quello n. 23: il presente contributo s'incenterà *trasversalmente* sui rapporti fra regolazione statale del rapporto individuale di lavoro e autonomia individuale a valle della seconda tornata dei decreti attuativi della legge n. 183/2014, cercando di indagare il ruolo occupato oggi dall'intervento eteronomo e gli spazi riservati alle parti del contratto. Nel passaggio dal generale all'individuale, però, alcuni brevissimi spunti dovranno essere riservati all'effetto dei decreti sull'autonomia collettiva, posta com'è a cavallo fra l'eteronomia e l'autonomia nella disciplina del contratto di lavoro.

(10) Barcellona 1969, 165. Più di recente, De Luca Tamajo 2014.

(11) Vd., in proposito, le acute osservazioni di Speziale 2011, 333 e, *si licet*, Scarano 2014.

L'immagine che balza immediatamente agli occhi dell'esegeta è la conferma dell'inderogabilità quale mera tecnica di regolazione dei rapporti negoziali: il cd. *Jobs Act* sembra portare a compimento un generale abbassamento del livello di protezione del lavoratore nel rapporto contrattuale col datore, attuato con un diretto intervento del legislatore delegato e completato con un'evidente compressione dei margini di azione dell'autonomia sindacale, compensata da una rinnovata fiducia riposta nell'autonomia individuale, non sempre assistita e spesso in funzione derogatoria.

2. — *L'affievolimento del ruolo dell'autonomia sindacale: i rinvii «impropri» alla contrattazione collettiva* — Prima di analizzare come sono cambiati i rapporti fra legge e autonomia individuale, concentrando l'attenzione sulle novità della riforma, è necessario spiegare per quali ragioni (al netto delle «dichiarazioni di facciata») sembra riscontrarsi un depotenziamento del ruolo della contrattazione collettiva.

Se è vero che nessuno dubitava che il clima generale intorno alla fiducia da riservare ai sindacati fosse cambiato da un bel po' di tempo, la decretazione delegata avviata dal governo Renzi per attuare il suo «piano del lavoro» ha direttamente inciso nell'equilibrio delle relazioni industriali privando la contrattazione collettiva di alcune funzioni nel tempo acquisite. Già con il d.lgs. n. 23/2015 in materia di licenziamenti individuali e collettivi il quadro sembrava abbastanza chiaro: basti riflettere sull'evaporazione della portata precettiva, non solo delle procedure di consultazione e informazione sindacale, ma anche sugli equilibri pattizi raggiunti in sede nazionale (ad esempio, in ordine alla rilevanza disciplinare da attribuire alle mancanze dei prestatori di lavoro nell'elaborazione dei codici aziendali) ovvero in sede decentrata (nell'individuazione dei criteri di scelta nella gestione degli esuberanti di personale) (12).

Ma era sufficiente leggere lo spazio riservato alla contrattazione collettiva già nella legge delega per arguire come dalle sole quattro menzioni fatte dal Parlamento – in un disegno di complessiva riscrittura delle regole del lavoro – non ci si potesse attendere altro (13). Occorre ora passare al diritto positivo e verificare in che modo e con quale finalità il legislatore ha operato deleghe e rinvii all'autonomia collettiva.

Il numero delle volte in cui il d.lgs. n. 81/2015 chiama in causa la contrattazione collettiva non rende ragione dell'impianto generale della riforma. Si potrebbe pensare che la legge intenda valorizzare i risultati *autono-*

(12) Scarano 2015a.

(13) Zoppoli A. 2014.

mamente raggiunti nel sistema di relazioni industriali, ma l'impostazione complessiva che emerge è invece quella di deleghe in funzione *servente* agli obiettivi del legislatore (di abbassamento dei livelli di tutela nel rapporto), spesso con autorizzazione alla *deroga* peggiorativa. Occorre infatti catalogare (e archiviare) in un unico contenitore tutti quei rinvii «impropri», inutili, ai limiti della costituzionalità per contrasto con l'art. 39 Cost., perché espressivi di una facoltà già riconosciuta a tutti i soggetti collettivi dal principio costituzionale di libertà sindacale: quella di raggiungere con lo strumento del contratto collettivo miglioramenti nella disciplina del rapporto di lavoro che possono tradursi in incremento di diritti ovvero in restrizione delle prerogative unilaterali del datore di lavoro (14).

Proprio in questa direzione si esprime il legislatore nel sollecitare l'autonomia collettiva così come individuata nell'art. 51, d.lgs. n. 81/2015 – vale a dire «i contratti collettivi nazionali, territoriali o aziendali stipulati da associazioni sindacali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale e i contratti collettivi aziendali stipulati dalle loro rappresentanze sindacali aziendali ovvero dalla rappresentanza sindacale unitaria» –, a intervenire per prevedere il trattamento retributivo accessorio (art. 35, c. 3) e indennitario da riconoscere al lavoratore somministrato ovvero a quello intermittente (artt. 16, c. 1, e 34, c. 1); a «prevedere modalità e strumenti diretti ad agevolare l'accesso dei lavoratori a tempo determinato a opportunità di formazione adeguata, per aumentarne la qualificazione, promuovere la carriera e migliorarne la mobilità occupazionale» (art. 26); a rendere «visibili» lavoratori che altrimenti sarebbero «invisibili» ai fini del computo dell'organico aziendale (come avviene in materia di apprendistato in base all'art. 47, c. 3); e a stabilire eventuali clausole di contingentamento in materia di tipologie contrattuali flessibili (art. 31, c. 2).

Ciò che accomuna tali disposizioni – si ripete – è la connotazione pleonastica (o peggio tacciabile di illegittimità costituzionale dei rinvii, se presi sul serio) delle stesse: anche in mancanza di tali sollecitazioni, l'autonomia collettiva può fare quel che il legislatore sembra solo apparentemente permettere.

2.1. — *I rinvii «propri» e le deleghe con facoltà di deroga* — Fuori da queste ipotesi, la legge rinvia all'autonomia collettiva il compito di integrare alcune discipline di settore spesso relegandole una funzione derogatoria della normativa legale, così riproponendo problemi di legittimità costituzionale in ordine ai soggetti e ai livelli ai quali vengono riservati tali preroga-

(14) Pinto 2012.

tive. In ogni caso, siamo in presenza di rinvii «propri» perché con tali deleghe il legislatore assegna alle organizzazioni sindacali (*rectius*: al contratto collettivo di cui all'art. 51, d.lgs. n. 81/2015) funzioni nuove, non estrapolabili neanche in via ermeneutica dal tessuto costituzionale in cui viene inquadrato il sindacato.

Dopo la disposizione (che Chiovenda avrebbe definito «canzonatoria») di cui all'art. 1, d.lgs. n. 81/2015, sul contratto di lavoro subordinato a tempo indeterminato quale «forma contrattuale comune», ci si imbatte nell'art. 2, dettato in materia di «collaborazioni organizzate dal committente». Se il c. 1 estende, a far data dal 1° gennaio 2016, «la disciplina del rapporto di lavoro subordinato anche ai rapporti di collaborazione che si concretano in prestazioni di lavoro esclusivamente personali, continuative e le cui modalità di esecuzione sono organizzate dal committente anche con riferimento ai tempi e al luogo di lavoro», la lett. *a* del c. 2 attribuisce agli «accordi collettivi nazionali stipulati da associazioni sindacali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale» il potere di derogare a tale statuto protettivo disegnando una disciplina *ad hoc* («il trattamento economico e normativo») qualora vi siano «particolari esigenze produttive e organizzative del relativo settore». Viene, quindi, affidata alla sola autonomia sindacale nazionale, in veste derogatoria, la potestà di annullare la protezione legale appena introdotta alle collaborazioni personali, continuative ed eteroorganizzate (15).

Nell'area del lavoro subordinato, all'autonomia collettiva viene *indirettamente* attribuita (in via *non esclusiva* ma in concorso con l'autonomia individuale: vd. *infra*) la possibilità di intervenire in materia di contratto a tempo parziale nel regolamentare il lavoro supplementare (senza necessariamente prevedere – a differenza col previgente art. 1, c. 1, d.lgs. n. 61/2000 – le causali di accesso) e le clausole elastiche (art. 6, d.lgs. n. 81/2015), e i contratti collettivi di cui all'art. 51 del decreto 81 «possono modulare la durata del periodo di prova, del periodo di preavviso in caso di licenziamento o dimissioni e quella del periodo di conservazione del posto di lavoro in caso di malattia e infortunio in relazione all'articolazione dell'orario di lavoro»; sempre in via *concorrente* – questa volta con la decretazione ministeriale –, la contrattazione collettiva potrà definire, in base all'art. 13, d.lgs. n. 81/2015, le esigenze che consentono l'assunzione con contratto di lavoro intermittente «anche con riferimento alla possibilità di svolgere le prestazioni in periodi predeterminati nell'arco della settimana, del mese o dell'anno».

(15) Cfr. Treu 2015, spec. par. 10, anche se in relazione alla precedente formulazione della bozza di decreto, ove il rinvio era ai soggetti confederali.

I rinvii in veste derogatoria sono più evidenti nella disciplina del contratto a tempo determinato e della somministrazione di lavoro. Se in ordine al *part-time* e al contratto intermittente il coinvolgimento sindacale è pensato in via meramente *suppletiva*, in relazione alle altre tipologie contrattuali flessibili, il soggetto collettivo viene coinvolto per completare la disciplina legale *tout court*, spesso senza indicazioni di quale debba essere la linea dell'integrazione regolativa (se per migliorare la posizione del lavoratore o no) ma più di frequente nella chiara ottica di abbassare il livello delle garanzie legali.

È quanto si desume dal combinato disposto degli artt. 19, c. 2, 23, cc. 1 e 2, 24, c. 1, e 28, c. 3: la contrattazione collettiva delegata può fissare una diversa durata massima del rapporto a tempo determinato fra le stesse parti e stabilire (salvo che per alcune ipotesi tipizzate) un tetto alla manodopera assunta a termine differente rispetto al 20% sull'intero organico aziendale individuato dalla legge. Analogo discorso vale anche per la somministrazione di lavoro, in base agli artt. 31, c. 1, e 34, c. 2, del decreto n. 81. Fissato poi, ad alcune condizioni, il diritto di precedenza nelle assunzioni a tempo indeterminato, e il regime dimidiato di tutela nell'ipotesi di illegittimo utilizzo del contratto a termine successive a pronunce di conversione giudiziale del rapporto di lavoro, alla contrattazione collettiva è attribuita la possibilità di prevedere una diversa disciplina nonché di dimezzare ulteriormente l'indennità risarcitoria attraverso meccanismi di assunzione già collaudati nel settore.

Nell'ambito del rinnovato apprendistato reggono le deleghe attribuite all'autonomia collettiva; tuttavia – anche in questo settore – si possono apprezzare le facoltà derogatorie «senza direzione» affidate dal legislatore al sindacato, con la possibilità sia di migliorare che di peggiorare il trattamento legale. Infatti, il c. 8 dell'art. 42, d.lgs. n. 81/2015, attribuisce ai soli «contratti collettivi nazionali di lavoro, stipulati dalle associazioni sindacali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale» la possibilità di individuare limiti diversi nel rapporto percentuale che il datore di lavoro deve rispettare per assumere altri apprendisti. L'art. 45, c. 3, d.lgs. n. 81/2015, poi, consente ai contratti collettivi (questa volta quelli dell'art. 51 dello stesso decreto) di fissare una retribuzione «per le ore di formazione a carico del datore di lavoro» non necessariamente «pari al 10 per cento di quella» che sarebbe dovuta all'apprendista in caso di esecuzione dell'ordinaria prestazione lavorativa. Inoltre, resta da segnalare l'annullamento del ruolo sindacale nella definizione degli standard formativi, che nella precedente disciplina la legge riservava per l'apprendistato professionalizzante ai contratti collettivi: l'art. 46 del decreto 81, al c. 1, infatti, affida la defini-

zione degli standard formativi dell'apprendistato a un «decreto del ministro del Lavoro e delle Politiche Sociali, di concerto con il ministro dell'Istruzione, dell'Università e della Ricerca e del ministro dell'Economia e delle Finanze, previa intesa in sede di Conferenza permanente per i rapporti tra lo Stato, le Regioni e le Province autonome di Trento e Bolzano».

Questa parte della trattazione dev'essere conclusa in una materia che verrà ripresa con riferimento all'autonomia individuale (assistita e non): occorre brevemente verificare il ruolo riservato dal nuovo art. 2103 c.c. alla contrattazione collettiva (16). La nuova disciplina delle mansioni, infatti, è il terreno in cui maggiormente si può apprezzare l'intero impianto sistematico delle attuali tendenze regolative e, nello specifico, i nuovi rapporti instaurati fra intervento eteronomo e autonomia privata. Già la riformulazione della rubrica ci introduce nella nuova ottica: dall'essere una norma dalla portata *soggettiva*, deputata alla protezione della personalità professionale del lavoratore, la disposizione acquista oggi una *oggettiva* efficacia organizzativa, funzionale ad assicurare l'efficienza dell'impresa in base alle mutevoli esigenze datoriali. La stessa norma ci consente di rilevare un'ulteriore chiave di lettura nella regolazione della flessibilità (sia essa in entrata, in uscita e funzionale) che si colloca nella prospettiva del rapporto fra i vari formanti.

Come già notato in altra sede (17), il legislatore si pone nei confronti del formante giurisprudenziale e sindacale in maniera bivalente quanto ai *mezzi* e in modo univoco quanto ai *fini*: stabilizza e rende norma generale e astratta gli orientamenti che ampliano le prerogative datoriali nella gestione della forza lavoro; per altro verso, neutralizza con una disposizione apposita posizioni extralegislative limitatrici del potere del creditore della prestazione. La *ratio* dell'intervento legislativo, tuttavia, è sempre la stessa, perseguita con pervicacia negli ultimi anni.

La contrattazione collettiva vede così rinvigorita la funzione classica di prevedere, attraverso le griglie di classificazione del personale e i livelli di inquadramento, le mansioni (poste sullo stesso piano orizzontale ma non più equivalenti) fisiologicamente esigibili dal lavoratore (18), senza che il formante giurisprudenziale possa più intervenire a sindacare un'equivalenza delle mansioni che non c'è più. Ma nello stesso momento in cui il legislatore così argina la discrezionalità giudiziaria, generalizza attribuendo efficacia precettiva *erga omnes* (oltre al pragmatico principio del «meglio

(16) Voza 2015a.

(17) Scarano 2015b.

(18) Liso 2015, spec. par. 2.1; Bellavista 2015, 2.

morti che feriti» in relazione al demansionamento attuato mediante l'esercizio del potere datoriale, su accordo delle parti o richiesta del lavoratore) a quegli orientamenti sulle cd. «clausole di fungibilità», *job rotation* e sul «demansionamento espansivo» affidando alla contrattazione collettiva il potere di individuare le ipotesi che consentono l'adibizione a mansioni inferiori. Con la stessa mano, poi, la legge ribadisce quanto sperimentato con la contrattazione collettiva di prossimità (art. 8, d.l. n. 138/2011) consentendo anche agli accordi aziendali la possibilità di tipizzare «ulteriori ipotesi» di mutamento verso il basso – non più vincolate alle «specifiche intese» – e, infine, permette ai contratti collettivi di cui all'ormai celeberrimo art. 51 di intervenire anche sull'adibizione a mansioni superiori: nel caso di mutamento verso l'alto, l'autonomia sindacale può aumentare (oltre a diminuire, ovviamente) il periodo necessario a far maturare il diritto (rinunciabile) alla promozione, fissato dalla legge in «sei mesi continuativi». In quest'ultima ipotesi, l'interazione del formante legale con quello sindacale non ci è nuova: delega all'autonomia collettiva «senza direzione»; la contrattazione può migliorare oppure peggiorare il trattamento legale (l'ordinamento è indifferente rispetto ai possibili esiti).

Si possono quindi trarre le fila del discorso condotto su taluni aspetti della contrattazione collettiva ai tempi del *Jobs Act*. Salvo poche eccezioni (19), e in attesa, ovviamente, di riflessioni più approfondite sull'articolazione del nuovo sistema delle fonti, i rinvii che il legislatore opera nei confronti dell'autonomia sindacale sono in parte impropri, e alcune deleghe poi sono spesso poste nel concorso con l'autonomia individuale ovvero con il potere sostitutivo del ministero del Lavoro. Le vere attribuzioni delegate al sindacato sono sì nella gestione della flessibilità tipologica e funzionale, ma in una prospettiva derogatoria *in peius* e, dunque, *servente* rispetto all'obiettivo generale del legislatore di ridurre le tutele nel rapporto di lavoro. Con l'ulteriore effetto – di non poco conto – che con l'art. 51, d.lgs. n. 81/2015, il legislatore ha operato una conformazione eteronoma del sistema di relazioni industriali prevedendo una equiordinazione dei livelli contrattuali che non conosce alcun raccordo neanche di tipo soggettivo, proprio nel mo-

(19) Gli artt. 14, 20 e 32, d.lgs. n. 81/2015 – rispettivamente dettati in materia di contratto intermittente, lavoro a termine e somministrazione –, elidono la possibilità per i contratti collettivi di derogare ai divieti di accesso previsti dalla legge per queste tipologie flessibili. Un ulteriore restrizione si riscontra sempre nella disciplina del lavoro a tempo determinato, laddove l'art. 19, c. 3, del decreto n. 81 sottrae ai sindacati la determinazione del periodo della cd. «proroga assistita» del termine di 36 mesi di durata del rapporto a termine, fissato direttamente dal legislatore in ulteriori 12 mesi.

mento in cui l'ordinamento intersindacale pare aver faticosamente raggiunto autonomi equilibri con l'approvazione del Testo Unico del 10.1.2014. Non è più il caso di indugiare ulteriormente sulla svalutazione del ruolo sindacale nel governo del lavoro prestatore nell'altrui interesse nel cammino che ci porterà al completamento della parabola del *Jobs Act* (20); anche perché c'è un'altra autonomia privata che è stata rivitalizzata: l'autonomia individuale.

3. — *Il potenziamento dell'autonomia individuale in veste derogatoria* —
In genere, quando il legislatore interviene per valorizzare l'autonomia individuale lo fa per irrobustire i poteri dell'imprenditore nella gestione del rapporto di lavoro, attesa la strutturale disegualianza (oltretutto sociale, giuridificata dall'art. 2094 c.c., perlomeno) contrattuale di poteri fra le parti. Prima però di analizzare il rapporto fra fonti eteronome e contratto individuale, è opportuno segnalare un isolato caso di genuina valorizzazione della volontà del lavoratore: il riferimento è all'art. 8, c. 7, d.lgs. n. 81/2015, che, nell'ambito della disciplina della trasformazione del rapporto di lavoro in *part-time* e viceversa, sancisce che «il lavoratore può chiedere, per una sola volta, in luogo del congedo parentale o entro i limiti del congedo ancora spettante ai sensi del Capo V del decreto legislativo 26 marzo 2001, n. 151, la trasformazione del rapporto di lavoro a tempo pieno in rapporto a tempo parziale, purché con una riduzione d'orario non superiore al 50 per cento», e il datore «è tenuto a dar corso alla trasformazione entro quindici giorni dalla richiesta». Questa disposizione si affianca alle precedenti (già collaudate) contenute oggi nei precedenti commi 3 e 4 dello stesso art. 8, che riconosce analoga situazione giuridica soggettiva attiva – con corrispondente obbligo in capo al datore di lavoro – a favore di prestatori affetti (ovvero lavoratori con coniuge, figli o genitori affetti) «da patologie oncologiche» nonché (questa è l'ulteriore novità) «da gravi patologie cronicodegenerative ingravescenti, per i quali residui una ridotta capacità lavorativa, eventualmente anche a causa degli effetti invalidanti di terapie salvavita» e a tutela dei lavoratori che assistono persone conviventi «con totale e permanente inabilità lavorativa con connotazione di gravità ai sensi dell'articolo 3, comma 3, della legge 5 febbraio 1992, n. 104, che abbia necessità di assistenza continua in quanto non in grado di compiere gli atti quotidiani della vita».

Trattasi di fattispecie in cui, all'interno di una relazione contrattuale

(20) Per ulteriori considerazioni: Liso 2015; Pizzoferrato 2015, par. 5; Tiraboschi 2015, par. 9.

ov'è il datore di lavoro depositario di un potere unilaterale, è eccezionalmente attribuita al prestatore una prerogativa che valorizza la volontà individuale (lo stesso dicasi per la facoltà di «denuncia» delle clausole elastiche *ex art. 6, c. 7, d.lgs. n. 81/2015*), ponendo il creditore della prestazione in una posizione giuridica passiva.

Sempre nell'ambito del lavoro a tempo parziale, vi sono poi disposizioni in cui il concorso fra autonomia collettiva e individuale, sotto la vigile regia della norma legale, è posto in termini antinomici e tendenti a valorizzare il potere organizzativo del datore di lavoro (21). Ciò avviene, ad esempio, in relazione al ricorso al lavoro supplementare e all'utilizzo delle clausole elastiche: se il contratto collettivo applicato al rapporto non disciplina la dose di flessibilità (*id est*: se il datore di lavoro non applica alcun contratto collettivo), «il datore di lavoro può richiedere lo svolgimento di prestazioni di lavoro supplementare in misura non superiore al 25 per cento delle ore di lavoro settimanali concordati»; cioè a dire che se l'autonomia collettiva non ha inteso consentire l'utilizzo del lavoro supplementare in una data categoria (o azienda) (22), il datore di lavoro può comunque accedere all'istituto, e anzi viene appesantita la responsabilità del lavoratore, atteso che – escluse le ipotesi tipizzate dall'art. 6, c. 2 – il rifiuto può costituire giustificato motivo di licenziamento, oltretutto in adempimento contrattuale con rilievo disciplinare, non essendo stato riproposto il previgente divieto. Per l'utilizzo delle clausole elastiche non consentite dal contratto collettivo ovvero nell'ipotesi di mancata applicazione del contratto collettivo, invece, la discrezionalità datoriale è sostituita dall'autonomia individuale assistita (par. 3.1).

Sempre nell'ambito delle tipologie a orario ridotto, modulato o flessibile, all'interno del lavoro intermittente, l'eliminazione del vecchio disposto dell'art. 35, c. 2, d.lgs. n. 276/2003 – non riproposto nell'attuale art. 15, d.lgs. n. 81/2015 –, elimina l'obbligo per le parti del contratto di «recepì-

(21) Di significativo impatto sarà l'alleggerimento dei vincoli formali nella redazione del contratto di lavoro *part-time*, atteso che la «puntuale indicazione della durata della prestazione lavorativa e della collocazione temporale dell'orario con riferimento al giorno, alla settimana, al mese e all'anno» (elementi essenziali per l'organizzazione delle esigenze di vita e lavoro del prestatore, sancite una volta e per tutte dalla Consulta nella celeberrima pronuncia di C. cost. 11.5.1992, n. 210, in *RIDL*, 1992, n. 4, II, 731) potrà essere assolta *per relationem*, perché quando «l'organizzazione del lavoro è articolata in turni [l'adempimento] può avvenire anche mediante rinvio a turni programmati di lavoro articolati su fasce orarie prestabilite» (art. 5, cc. 2 e 3, d.lgs. n. 81/2015).

(22) Il contratto collettivo al quale il legislatore intende riferirsi è sempre quello di cui all'art. 51, d.lgs. n. 81/2015.

re le indicazioni contenute nel contratto collettivo» quanto agli elementi da riportare nella lettera d'assunzione, così ampliando gli spazi per l'autonomia individuale nella costruzione del regolamento contrattuale, pur sempre nel rispetto del disposto legale.

Per la restante parte della disciplina sulla flessibilità tipologica e funzionale, il richiamo all'autonomia individuale è svolto in veste tipicamente derogatoria dei trattamenti legali e sindacali.

3.1. — *L'autonomia individuale assistita* — L'autonomia individuale delle parti del contratto viene rispolverata dal *Jobs Act* in alcuni snodi cruciali della nuova regolazione del lavoro, a volte con il necessario supporto dell'assistenza di un terzo soggetto (che non sempre coincide con il sindacato) e altre volte senza che abbisognino ulteriori orpelli, così *sic et simpliciter*, in maniera «nuda e pura»: «nuda» appunto perché spesso è sufficiente il *nudo patto* – che non sempre deve essere esplicitato ovvero reso oggetto di formalizzazione cartolare – per integrare la fattispecie utile alla produzione degli effetti derogatori previsti; «pura» perché liberata dalla presenza dell'assistenza di altro soggetto.

Ma prendiamo le mosse dalle ipotesi in cui l'assistenza del terzo soggetto è ancora necessaria per la configurazione della fattispecie legale, e iniziamo dalle nuove collaborazioni personali, continuative eterodirette di cui all'art. 2, d.lgs. n. 81/2015.

In questa materia sono due gli aspetti che ci interessano: il c. 3 contiene una disposizione che ravviva lo sbiadito istituto della certificazione dei contratti, inserendosi nel solco delle finalità proprie dell'istituto (vale a dire la riduzione del «contenzioso in materia di contratti di lavoro»: art. 76, c. 1, d.lgs. n. 276/03) che – allo stesso tempo – costituiscono il limite d'efficacia dell'eventuale contratto di collaborazione certificato. La commissione di certificazione, infatti, potrà, con l'assistenza dei consulenti nominati dalle parti, non far rientrare la tipologia negoziale concretamente prescelta dai singoli all'interno della nuova fattispecie di cui all'art. 2, c. 1, d.lgs. n. 81/2015 e, quindi, bloccare l'effetto necessitato dell'applicazione della disciplina del lavoro subordinato a far data dal 1° gennaio 2016, senza però risolvere il problema della perdurante «precaria» efficacia del contratto certificato (23). Com'è noto, infatti, «la certificazione prende atto della disci-

(23) Non tanto in riferimento al potere di agire in autotutela degli enti ispettivi (se si pensa alla «celebre» direttiva Sacconi del 18 settembre 2008), quanto in ordine alle prerogative dell'autorità giudiziaria ordinaria, che può riqualificare il contratto di applicando il provvedimento di certificazione (cfr. Garofalo 2006, 600 ss.; Costantino 2006, 618 s.; Ghera 2006b, 110).

plina legale inderogabile e opera per conformare la volontà individuale a tale disciplina» (24).

Particolarmente interessante risulta poi la norma contenuta nell'art. 54, d.lgs. n. 81/2015, che al dichiarato «fine di promuovere la stabilizzazione dell'occupazione mediante il ricorso a contratti di lavoro subordinato a tempo indeterminato nonché di garantire il corretto utilizzo dei contratti di lavoro autonomo» stabilisce, a far data dal 1° gennaio 2016, che «i datori di lavoro privati che procedano alla assunzione con contratto di lavoro subordinato a tempo indeterminato di soggetti già parti di contratti di collaborazione coordinata e continuativa anche a progetto e di soggetti titolari di partita Iva con cui abbiano intrattenuto rapporti di lavoro autonomo» possono godere della sanatoria tombale di cui al c. 2 «a condizione che: a) i lavoratori interessati alle assunzioni sottoscrivano, con riferimento a tutte le possibili pretese riguardanti la qualificazione del pregresso rapporto di lavoro, atti di conciliazione in una delle sedi di cui all'articolo 2113, comma 4, del codice civile, o avanti alle commissioni di certificazione; b) nei dodici mesi successivi alle assunzioni di cui al comma 2, i datori di lavoro non recedano dal rapporto di lavoro, salvo che per giusta causa ovvero per giustificato motivo soggettivo».

Bene, per cercare di comprendere la portata *innovativa* della presente norma occorre leggerla unitamente al nuovo art. 2, c. 1, del decreto n. 81. Quest'ultima disposizione, in breve, estende dal 1° gennaio 2016 l'applicazione *tout court* dello Statuto protettivo del lavoro subordinato ad alcune tipologie di collaborazioni: quelle denominate dalla *rubrica legis* «collaborazioni organizzate dal committente». Dunque, da quest'anno a queste fattispecie trova applicazione una regolazione migliorativa del rapporto: escluse le ipotesi di cui alle lettere *a-d* del successivo c. 2 e i contratti certificati di cui *supra*, l'assunzione con rapporto di collaborazione ovvero con contratto di lavoro subordinato non inciderà sulla disciplina applicabile, che sarà sempre quella tipica della subordinazione. Se questo è vero, la nuova procedura di stabilizzazione non può trovare applicazione alle collaborazioni in corso alla data di entrata in vigore del decreto n. 81 né a quelle stipulate dopo il 1° gennaio 2016: questo argomento logico si affianca a quello letterale contenuto nello stesso art. 54, c. 1, che limita l'ambito di applicazione soggettivo ai datori «già parti di contratti di collaborazione coordinata e continuativa anche a progetto e di soggetti titolari di partita Iva con cui abbiano intrattenuto rapporti di lavoro autonomo». Argomentando diversamente e in senso contrario – vale a dire volendo ritenere estensibile la

(24) Maresca 2009, 103: «la derogabilità assistita vuole, invece, ribellarsi a essa».

disposizione anche alle collaborazioni in essere al 25 giugno 2015 o ancora esistenti nel 2016 –, alla norma si attribuirebbe una portata *derogatoria* perché l'applicazione della disciplina protettiva (introdotta *ex novo* dal legislatore) sarebbe condizionata alla sottoscrizione di una conciliazione tombale sul pregresso (25).

Fatte queste precisazioni, il disposto normativo si risolve in una nuova stabilizzazione delle collaborazioni poco genuine, che la legge vuole incentivare con la tecnica dell'autonomia individuale assistita (che serve per rendere inoppugnabili le rinunce e transazioni intervenute *ex art.* 2113 c.c. ovvero in sede di conciliazione su diritti già maturati), così riprendendo quanto già sperimentato nella legge finanziaria per il 2007 (art. 1, cc. 1201-1210, legge n. 296/2006), che valse al sindacato il ruolo di «confessore» (26). È bene precisare che già con il solo disposto di cui all'art. 2113 c.c. è consentito alle parti conciliare su un pregresso rapporto di lavoro e contestualmente disporre una nuova assunzione: il *quid pluris* (a tutto vantaggio del datore) introdotto dalla disposizione è la «sanatoria» degli illeciti derivanti dall'utilizzo di lavoro «grigio» a fronte di una clausola di stabilità del rapporto (limitatrice, in sostanza, del solo licenziamento per motivi economici) con pochi risvolti positivi per il lavoratore, se letta alla luce del nuovo contratto a tutele crescenti (27), come regolato dal d.lgs. n. 23/2015.

Altra ipotesi in cui viene attribuita all'autonomia individuale assistita una funzione «autorizzatoria» della flessibilità è quella, già ritrovata, di cui all'art. 6, c. 6, d.lgs. n. 81/2015, dettata in materia di *part-time*: quando il datore di lavoro non applica il contratto collettivo ovvero nel caso in cui quello che applica «non disciplini le clausole elastiche queste possono essere pattuite per iscritto dalle parti avanti alle commissioni di certificazione, con facoltà del lavoratore di farsi assistere da un rappresentante dell'associazione sindacale cui aderisce o conferisce mandato o da un avvocato o da un consulente del lavoro».

Si può dire che c'è sempre un rimedio nei rapporti fra autonomia collettiva e autonomia individuale nel governo del rapporto, perché se il sindacato non consente qualcosa è l'accordo delle parti individuali a poter colmare il deficit di flessibilità. A temperamento di quest'apertura, il legislatore aggiunge alcune previsioni minime, stabilendo che l'accordo sulle clausole elastiche debba prevedere, «a pena di nullità, le condizioni e le mo-

(25) Il collaboratore parte di un contratto che spiegherà i propri effetti anche nel 2016 sa che al suo rapporto trova oggi applicazione la disciplina del lavoro subordinato senza necessità che rinunci a eventuali pretese pregresse.

(26) Ichino 2006.

(27) Zoppoli L. 2014.

dalità con le quali il datore di lavoro, con preavviso di due giorni lavorativi, può modificare la collocazione temporale della prestazione e variarne in aumento la durata, nonché la misura massima dell'aumento, che non può eccedere il limite del 25 per cento della normale prestazione annua a tempo parziale», e sancendo che l'utilizzo della prestazione con modalità elastica (e non la mera introduzione del patto assistito di elasticità nel contratto) (28) comporta «il diritto del lavoratore a una maggiorazione del 15 per cento della retribuzione oraria globale di fatto, comprensiva dell'incidenza della retribuzione sugli istituti retributivi indiretti e differiti».

Rispetto alla disciplina previgente, il legislatore del *Jobs Act* conferma come solo eventuale l'assistenza del soggetto sindacale (al quale oggi si affiancano altri professionisti), «su richiesta del lavoratore», ma impone il *luogo*: la Commissione di certificazione. Analogo ragionamento pare aver condotto l'Esecutivo quando ha riscritto la disciplina della cd. «proroga assistita», oggi contenuta nell'art. 19, c. 3, d.lgs. n. 81/2015, perché il nuovo contratto a termine dev'essere stipulato «presso la Direzione provinciale del lavoro competente per territorio» punto e basta, senza possibilità per il lavoratore di essere assistito.

Ma forse, in maniera più che realistica, il legislatore si è reso conto di quanto poco può fare, in termini di assistenza a vantaggio del lavoratore, il soggetto terzo rispetto alle parti. In simili ipotesi c'è poco da contrattare, e forse il fatto che il patto d'elasticità o la proroga assistita vengano sottoscritti nella *sede* giudicata «protetta» anziché *in camera caritatis* è giudicata sufficiente a rendere genuino il consenso del lavoratore (29).

L'ambito nel quale la tecnica dell'autonomia individuale assistita maggiormente s'impone all'attenzione del giurista per l'importanza della tematica è certamente quello della posizione professionale del lavoratore. Il nuovo testo dell'art. 2103 c.c., infatti, e in particolare il c. 6, sembra costituire la prima vera applicazione della derogabilità assistita, sovente sbandierata ma mai effettivamente praticata. Il legislatore, infatti, si prende la responsabilità di affermare che nelle solite sedi protette (quelle di cui all'art. 2113, c. 4, c.c. e nelle commissioni di certificazione) e con l'eventuale assistenza di un sindacalista, di un avvocato o di un consulente del lavoro, «possono essere stipulati accordi individuali di modifica delle mansioni, della categoria legale e del livello di inquadramento e della re-

(28) Per una più che condivisibile critica, Voza (2006, 336), al quale si rinvia pure per le valutazioni circa la genuinità del consenso che il lavoratore potrebbe prestare all'atto dell'assunzione se posto dinanzi all'alternativa del prendere o lasciare.

(29) Cfr. le valutazioni in tal senso già avanzate da Maresca (2009, 104 s.).

lativa retribuzione, nell'interesse del lavoratore alla conservazione dell'occupazione, all'acquisizione di una diversa professionalità o al miglioramento delle condizioni di vita».

Precisato che, com'è stato già rilevato (30), il patto assistito di dequalificazione può comportare un demansionamento definitivo e di più livelli (difettando – a differenza dei commi precedenti – alcun vincolo relativo ai livelli e alla categoria legale di sottoinquadramento) e che debbono sussistere quelle finalità (31) individuate dalla norma poste a tutela del lavoratore ma che sarà sempre l'autonomia individuale – e quindi molte volte la discrezionalità datoriale – a determinare (senza che il giudice possa intervenire a valutarne l'opportunità dovendosi limitare a un mero controllo di legittimità), la novità della norma sta nell'aver reso pienamente legittimo e realizzabile un patto in deroga.

Le parti individuali, cioè, possono costruire il regolamento giuridico del rapporto di lavoro subordinato in deroga allo Statuto protettivo che disciplina l'oggetto del contratto (la prestazione del lavoro) incidendo sul corrispettivo (la relativa retribuzione), così rendendo del tutto evanescenti – anzi, disponibile alle parti individuali – principi sinora incrollabili, quali quello dell'irriducibilità della retribuzione. Ciò è ora possibile perché la nullità degli accordi e degli atti negoziali unilaterali in deroga a norme imperative con conseguente sostituzione automatica delle clausole è una regola desumibile dalla disciplina codicistica che il nuovo art. 2103, c. 6, c.c. supera con altra disposizione del medesimo rango ordinario. Salvo ulteriori riflessioni basate sui principi costituzionali e a condizione di passare per un'interpretazione meramente positivista, non sembrano esservi alternative praticabili nell'esegesi della norma.

3.2. — *L'autonomia individuale «nuda e pura»* — Rimanendo sul nuovo art. 2103 c.c., un primo aspetto di valorizzazione dell'autonomia individuale nuda e pura (del datore di lavoro), che si traduce in un ennesimo ampliamento del potere direttivo, si riscontra nel c. 2, che introduce l'ipotesi di mutamento di mansioni verso il basso mediante potere unilaterale dell'imprenditore. Si tratta di un'ulteriore ipotesi di adibizione a mansioni inferiori legata sì ai casi «di modifica degli assetti organizzativi aziendali che indic[ono] sulla posizione del lavoratore», ma che spetterà comunque alla discrezionalità datoriale determinare (senza che il giudice, anche qui, possa intervenire con un sindacato di merito).

(30) Mimmo 2015, 22; Voza 2015a.

(31) Su cui molto insiste Liso (2015, par. 2.2).

Sempre in tema di mutamento di mansioni ci si imbatte dinanzi a un «ritorno al futuro», perché il legislatore prende dal passato una norma superata da una successiva modifica che varrà nuovamente per i tempi a venire. La regola in base alla quale lo svolgimento continuativo per sei mesi (salvo diverso termine fissato dai contratti collettivi di cui all'art. 51, d.lgs. n. 81/2015, e fuori dalle ipotesi in cui sussistano «ragioni sostitutive di altro lavoratore in servizio») di mansioni superiori costituisce il presupposto per la configurazione del diritto alla promozione non è più una norma ad applicazione necessaria. Com'era nell'originaria versione della disposizione codicistica prima dell'intervento dell'art. 13, legge n. 300/1970, «l'assegnazione diviene definitiva, salvo diversa volontà del lavoratore» (art. 2103, c. 7, c.c., come sostituito dall'art. 3, d.lgs. n. 81/2015). Quindi, se vi è manifestazione contraria alla *voluntas legis*, l'effetto migliorativo per la posizione del lavoratore non si realizza: *mutatis mutandis*, l'applicazione della disciplina protettiva della professionalità del lavoratore è subordinata alla volontà individuale dello stesso (32).

Al fine di individuare correttamente i presupposti applicativi di quella che si può definire una «rinuncia alla promozione» (33), è bene delineare il perimetro della norma. Il ragionamento dal quale sembra partire il legislatore è che occorre finalmente riconoscere al lavoratore la possibilità di evitare che accada quello che succedeva fino a ieri, vale a dire che, trascorso un determinato periodo di tempo, il prestatore di lavoro non possa più essere adibito alle precedenti mansioni e, quindi, *a contrario*, dargli la possibilità di esprimere la sua volontà individuale contro l'oppressione uniforme della legge: rifiutare il carattere definitivo di un'assegnazione a mansioni superiori. Preciso che non pare essere proprio questo il problema che affligge il mercato del lavoro né che questo rischio può seriamente essere considerato una preoccupazione dei lavoratori, il legislatore dichiara di intervenire in aiuto della parte debole del rapporto, consentendogli sì di svolgere mansioni superiori, ma senza che ciò comporti necessariamente che le stesse diventino definitive.

Bene: cruciale è verificare, da un lato, *quando* questa volontà debba essere manifesta per poter trionfare e, dall'altro, *se e come* l'autonomia individuale del lavoratore debba essere rappresentata alla controparte per costringere il datore di lavoro a soggiacere all'altrui volontà. Diciamo subito

(32) Si «è reso compromettibile a livello individuale il diritto alla promozione»: così Liso (2015, 14 s.), che aggiunge come trattasi di «una novità curiosa, perché sarebbe stato più logico disciplinare la possibilità di rifiuto dell'assegnazione alle mansioni superiori».

(33) Voza 2015a.

che la legge nulla dice al riguardo. L'interprete pertanto è invitato a cimentarsi nella consapevolezza delle alternative teoricamente praticabili nell'esigesi della norma, perché la «diversa volontà» del lavoratore potrebbe teoricamente manifestarsi sin dall'inizio del rapporto (all'atto dell'assunzione) ovvero nel corso di svolgimento dello stesso (prima, durante o dopo l'eventuale adibizione a mansioni superiori *de qua*), oppure alla cessazione dello stesso. In ordine poi all'*an* e al *quomodo*, in assenza di forme tipizzate, la volontà individuale può essere unilaterale recettizia ovvero consacrata in un accordo, oppure è sufficiente sia implicitamente desumibile per *facta concludentia*?

Forse cercando di rispondere ai possibili interrogativi e partendo da alcuni esempi (34) si possono trarre utili spunti interpretativi.

a) È possibile inserire nel contratto individuale di lavoro di un cameriere la clausola – ovvero può il cameriere sottoscrivere una dichiarazione unilaterale – con cui si stabilisce che nel caso in cui venga adibito alla mansione di capo cuoco la stessa non diventerà mai definitiva?

b) È possibile stipulare un accordo *ad hoc* – ovvero può la parte sottoscrivere una dichiarazione unilaterale – con cui si stabilisce che l'assegnazione del cameriere alla mansione di capo cuoco per un periodo continuativo superiore ai sei mesi non diventerà mai definitiva?

c) È possibile stipulare un accordo *ad hoc* – ovvero può la parte sottoscrivere una dichiarazione unilaterale – con cui si stabilisce che la disposta assegnazione del cameriere alla mansione di capo cuoco, durata continuativamente per sei mesi, non diventerà definitiva?

d) Se dopo l'adibizione a mansioni di capo cuoco per un periodo continuativo superiore ai sei mesi il lavoratore viene assegnato alla mansione di cameriere ove vi resta per un lungo periodo di tempo – eventualmente fino alla cessazione del rapporto – senza pretendere di rimanere a svolgere le precedenti mansioni superiori perde il diritto alla promozione?

e) Può il cameriere adibito per oltre sei mesi continuativi alla mansione di capo cuoco rinunciare, alla fine del rapporto di lavoro, alle differenze retributive derivanti dalla mancata promozione?

A una prima lettura della novella, e tenendo in debita considerazione la disposizione di cui all'art. 2113 c.c., è difficile depotenziare la portata destrutturante dell'art. 2103, c. 7, c.c. perché pare dare risposta teoricamen-

(34) Che sviluppano quelli già ipotizzati da Voza (2015a), e si basano sul presupposto fattuale che l'autonomia collettiva non abbia esercitato la delega di cui all'art. 2103, c. 7, c.c., come modificato dall'art. 3, d.lgs. n. 81/2015, e, quindi, che il termine a partire dal quale scatta il diritto alla promozione resti fissato in sei mesi continuativi.

te affermativa a tutti gli interrogativi avanzati. Le sole parti individuali, cioè, verrebbero così abilitate (senza più la necessaria presenza dell'assistenza di un soggetto terzo) alla costruzione di un regolamento negoziale che deroga alla legge. In questo caso, però, e a differenza del precedente comma, questa deriva si può evitare, perché l'*incipit* della norma non sembra consentire i patti in deroga di cui ai casi *sub a e b*, in quanto si riferisce alle sole ipotesi in cui vi sia *già* stata un'adibizione a mansioni superiori per il tempo necessario e sufficiente a far sorgere nel patrimonio del lavoratore il diritto alla promozione. Oltre al criterio ermeneutico letterale e alla sanzione della nullità per i patti contrari di cui al modificato ultimo comma dell'art. 2103 c.c., milita a favore di questa interpretazione l'insegnamento che ancora l'intero statuto protettivo del lavoro subordinato alla trama costituzionale (35) e al valore dalla stessa attribuito al lavoro quale strumento di sviluppo della personalità per costruire un apparato di tutele indisponibili, ad applicazione necessaria, anche contro il volere (ovvero quello dichiarato tale) delle parti e le manifestazioni (genuine e non, assistite o nude e pure) dell'autonomia individuale, per sancire l'inderogabilità per via interpretativa delle norme di legge (36).

Insomma, mutuando il disposto dell'art. 2113 c.c., la regola *iuris* che sovrintende al sistema suona nei seguenti termini: «le manifestazioni di volontà del lavoratore e gli accordi individuali che hanno per oggetto diritti derivanti da disposizioni inderogabili della legge e dei contratti o accordi collettivi non sono valide»; salvo ovviamente che la stessa legge ne sancisca espressamente la derogabilità.

La deroga all'apparato di tutele può avvenire solo con un intervento del legislatore – e non sembra che quello attuale abbia remore assumendosene la piena responsabilità, come ha fatto nell'art. 2103, c. 6, c.c. – che sia *diretto* (com'avvenuto nell'abbassamento dell'asticella protettiva in diverse materie) o *indiretto* (come fa introducendo nuove ipotesi di derogabilità a opera dell'autonomia privata).

Per gli altri esempi considerati, nelle ipotesi *sub c* ed *e* ricorrono situazioni di vera e propria «rinunzia alla promozione», perché il lavoratore dispone validamente di un diritto già entrato a far parte del proprio patrimonio (il diritto a ottenere la definitività della promozione, e non la stabilizzazione del relativo aumento retributivo, che pare escluso dalla disposizio-

(35) *Amplius*, Ghera *et al.* 2015, cap. II, sez. b, e cap. III, sez. a.

(36) De Luca Tamajo 2014. «Il potere di derogare la legge può venire solo dalla legge»: Vallebona (2012, 119), che aggiunge, «come nella specie dall'espressa disposizione dell'art. 8, comma 2-*bis*, d.l.» n. 138/2011.

ne in commento e dunque «salvato» da una «diversa volontà del lavoratore» desumibile *aliunde*), senza però alcun'assistenza di un soggetto terzo, potendo diventare valida anche una rinuncia o una transazione formalizzata nei luoghi di lavoro o comunque fuori dalle sedi protette (37).

Molto più delicata è invece l'ipotesi *sub d*, che rinnova le annose questioni relative alla possibilità di attribuire rilevanza giuridica nel diritto del lavoro a un mero *fatto* – l'*inerzia* nell'esercizio del diritto da parte del lavoratore – che con pericolosa frequenza porta con sé rilevanti conseguenze di *diritto* (38). L'inerzia del lavoratore nell'esercitare il diritto alla promozione – con tutte le conseguenze che derivano – esporrebbe lo stesso al rischio della «consumazione» (cd. *verwirkung*) del diritto nel momento in cui il mancato esercizio della pretesa ingeneri nella controparte un legittimo affidamento circa l'abbandono di quest'ultima, tale da non consentire un successivo comportamento di segno contrario, anche se posto in essere nel rispetto dei termini di prescrizione; la condotta omissiva del lavoratore non rileverebbe in quanto configurante una rinuncia tacita, un'acquiescenza ovvero un comportamento concludente (come avveniva nel vigore dell'art. 2103 c.c. prima dello Statuto dei lavoratori), ma perché da sola costituirebbe l'elemento in grado di colorare lo spazio neutro del decorso del tempo al fine di far evaporare determinati diritti del lavoratore, nel caso di specie quello alla promozione.

Le conclusioni alle quali può portare questo ragionamento, che è inevitabile prospettare, sono tanto più pericolose in quanto la norma, come già detto, nulla dice circa la manifestazione della volontà del lavoratore e resta silente circa la forma della stessa, così abbandonando pure quel barlume di protezione insito nella tecnica del formalismo negoziale (39), pe-

(37) Se così non fosse, la norma non avrebbe alcuna innovativa potenzialità normativa: la nuova disposizione, insomma, si limita di fatto a consentire *oggi* fuori dalle sedi protette quello che fino a *ieri* era ammesso solo in tali luoghi; ciò anche se l'evidente conflitto con l'art. 2113 c.c. renderebbe necessaria una valutazione aggiuntiva (impensabile in questa sede) per verificare se, nella disciplina delle mansioni superiori, la disposizione che impone la necessaria ed effettiva assistenza per la stipula di valide rinunce e transazioni possa dirsi effettivamente superata dall'art. 2103, c. 7, c.c. Su questa anomalia: Liso 2015, 15; Bellavista 2015, 3; Voza 2015a.

(38) Anche se trattasi di un orientamento da più parti osteggiato, merita di essere attentamente considerata la posizione giurisprudenziale che considera il comportamento inerte del titolare di una situazione creditoria «idoneo come tale [...] a determinare la perdita della medesima situazione soggettiva» (Cass. 29.4.2009, n. 9924, in *RIDL*, 2010, n. 3, II, 593). Più in generale, sul tema della *verwirkung*, vd., per tutti, Patti 1999, 722.

(39) D'Onghia 2005.

raltro a fronte di un'altra norma contenuta nello stesso articolo che àncora il peggioramento della tutela al necessario rispetto, «a pena di nullità», della forma scritta (c. 5, sull'adibizione a mansioni inferiori). Tuttavia, esigenze di ragionevolezza e di certezza del diritto, unite alla necessità di non obliterare la potenzialità normativa della disposizione (art. 2936 c.c.) che tuttora sancisce l'inderogabilità della disciplina della prescrizione, impongono la necessità di esigere una qualche esternazione di questa «diversa volontà del lavoratore» rispetto a quella della legge. È impensabile che la condotta di un lavoratore che decide – per i più svariati, legittimi e giustificati motivi – di attendere, tollerare e comunque non esercitare una pretesa nel rispetto dei termini fissati dall'ordinamento possa comportare effetti dismissivi, così stravolgendo l'inquadramento giuridico dell'inerzia che costituisce solo una modalità di esercizio del diritto (40). La fase di mera attesa può assumere un diverso valore giuridico – una «diversa volontà» come richiesto dalla norma – solo nell'ipotesi in cui venga *assistita* da altri e univoci comportamenti del lavoratore, attivi e non più omissivi (anch'essi da valutarsi *cum grano salis*): i soli che possano far desumere una diversa volontà del titolare della prerogativa e dar luogo a un legittimo affidamento del creditore della prestazione.

3.3. — *Chiosa su ulteriori deleghe all'autonomia individuale* — Le norme atte a valorizzare l'autonomia individuale non si esauriscono nella nuova disciplina delle mansioni ma si estendono anche in relazione ai rivisitati contratti di lavoro flessibili. Questa volta, però – in mancanza di indicazione legislativa di segno contrario, e in base al principio dell'inderogabilità *in peius* del trattamento legale –, trattasi di rinvii che analogamente possiamo giudicare «impropri» perché riservano all'autonomia individuale la possibilità di migliorare, per il lavoratore, la disciplina di legge. Ma pochi dubbi v'erano sulla possibilità per le parti di derogare *in melius* il trattamento legale, anche senza espressa delega normativa.

Si è già visto che nel *part-time* resta ferma la possibilità di stipulare un patto scritto di flessibilità nel rispetto «di quanto previsto dai contratti collettivi» per l'introduzione nel contratto individuale di «clausole elastiche relative alla variazione della collocazione temporale della prestazione lavorativa ovvero relative alla variazione in aumento della sua durata» (art. 6, c. 4, d.lgs. n. 81/2015) con «diritto a un preavviso di due giorni lavorativi, fatte salve le diverse intese tra le parti, nonché a specifiche compensazioni» (c. 5). Ci troviamo nell'ipotesi di patto di flessibilità non

(40) Scialoja 1961, 256.

assistito in quanto già autorizzato dal contratto collettivo, al quale la legge assegna anche la possibilità (qualora ce ne fosse la necessità) di derogare *in melius* rispetto agli accordi sindacali in relazione al termine minimo di preavviso per l'esecuzione della prestazione di lavoro con modalità flessibili.

Nel contratto intermittente con obbligo di risposta alla chiamata è stato mantenuto inalterato il testo della disposizione attualmente contenuta nell'art. 16, c. 4, d.lgs. n. 81/2015, che continua a lasciare all'autonomia individuale, in «caso di malattia o di altro evento» non tempestivamente comunicato al datore di lavoro, la perdita del «diritto all'indennità per un periodo di quindici giorni, salvo diversa previsione del contratto individuale» che potrà solo essere migliorativa.

Ma se si escludono questi dati residui, il discorso può tornare sul cuore del problema, sugli spazi di discrezionalità lasciati al datore di lavoro non solo in quanto creditore della prestazione, ma anche nella veste di capo dell'organizzazione produttiva (art. 2086 c.c.), se è vero che la disciplina si pone ancora come «un sistema di limiti all'autonomia privata» (41). Ovviamente, quanto più ampi sono gli aspetti della relazione contrattuale non regolati dalle fonti eteronome, tanto più larghi saranno i margini di manovra svincolata dell'imprenditore, con il rischio che la concreta effettività di taluni diritti sociali resti esposta al volere del contraente forte (spesso «coperta» dalla comune volontà, talvolta «assistita», delle parti individuali), su cui forse solo la sapiente opera dell'interpretazione sistematica potrà arginare gli esiti più radicali.

La prima lettura dell'interazione delle fonti al tempo del *Jobs Act*, infatti, sembra riproporre il ricorrente problema della tenuta dello Statuto protettivo della disciplina che appare sempre più avviata verso il rafforzamento della tutela del contraente forte (42), incamminato com'è in un'inarrestabile «marcia indietro» (43) che gli ultimi interventi hanno solo accelerato.

(41) Giugni 1989, 262.

(42) Voza 2015b.

(43) Zoppoli 2011, spec. 200 ss.

Riferimenti bibliografici

- Barcellona P. (1969), *Intervento statale e autonomia privata nella disciplina dei rapporti economici*, Giuffrè, Milano.
- Bellavista A. (2015), *Il nuovo art. 2103 c.c. nel Jobs Act*, in *www.dirittisocialiecittadinanza*.
- Costantino G. (2006), *Profili processuali della certificazione*, in P. Curzio (a cura di), *Lavoro e diritti a tre anni dalla legge 30/2003*, Cacucci, Bari, 618 ss.
- D'Antona M. (1998), *Il quarto comma dell'art. 39 della Costituzione, oggi*, in *DLRI*, n. 4, 665 ss.
- D'Onghia M. (2005), *La forma vincolata nel diritto del lavoro*, Giuffrè, Milano.
- De Luca Tamajo R. (2014), *Il problema dell'inderogabilità delle regole a tutela del lavoro, ieri e oggi*, in *La crisi economia e i fondamenti del diritto del lavoro (Atti delle giornate di studio nel cinquantenario della nascita dell'Associazione - Bologna, 16-17 maggio 2013)*, Giuffrè, Milano, 233 ss.
- Garofalo M.G. (2006), *Contratti di lavoro e certificazione*, in P. Curzio (a cura di), *Lavoro e diritti a tre anni dalla legge 30/2003*, Cacucci, Bari, 581 ss.
- Ghera E. (2006a), *Diritto del lavoro*, Cacucci, Bari.
- Ghera E. (2006b), *Il nuovo diritto del lavoro. Subordinazione e lavoro flessibile*, Giappichelli, Torino.
- Ghera E. et al. (2015), *Diritto del lavoro*, Giappichelli, Torino.
- Giugni G. (1989), *Lavoro, legge, contratti*, Mulino, Bologna.
- Ichino P. (1996), *Il lavoro e il mercato*, Giuffrè, Milano.
- Ichino P. (2006), *Il sindacato confessore*, in *Il Corriere della Sera*, 31 ottobre 2006.
- Liso F. (2015), *Brevi osservazioni sulla revisione della disciplina delle mansioni contenuta nel decreto legislativo n. 81/2015 e su alcune recenti tendenze di politica legislativa in materia di rapporto di lavoro*, in *W.P. Csdle «Massimo D'Antona».IT*, n. 257.
- Maresca A. (2009), *Autonomia e diritti individuali nel contratto di lavoro (rileggendo «L'autonomia individuale e le fonti del diritto del lavoro»)*, in *DLRI*, n. 1, 97 ss.
- Mimmo G. (2015), *Mansioni, la riscrittura di uno dei capisaldi del diritto del lavoro*, in *Speciale Sole24ore*, luglio, 17 ss.
- Patti A. (1999), voce *Verwirkung*, in *DDPCiv.*, vol. XIX, , 722 ss.
- Pinto V. (2002), *Il lavoro part-time e la mediazione sindacale: la devoluzione di funzioni normative al contratto collettivo nel d.lgs. 25 febbraio 2000, n. 61, e le sue prospettive di riforma*, in *DLRI*, n. 2, 275 ss.
- Pizzoferrato A. (2015), *L'autonomia collettiva nel nuovo diritto del lavoro*, relazione alle Giornate di studio Aidlass 2015 di Foggia, su *www.aidlass.it*.
- Scarano L. (2014), *Sulla «crisi» di un paradigma «in rivoluzione»*, in *La crisi economia e i fondamenti del diritto del lavoro (Atti delle giornate di studio nel cinquantenario della nascita dell'Associazione - Bologna, 16-17 maggio 2013)*, Giuffrè, Milano, 377 ss.
- Scarano L. (2015a), *L'apparato sanzionatorio per i licenziamenti collettivi illegittimi*, in E. Ghera, D. Garofalo (a cura di), *Le tutele per i licenziamenti e per la disoccupazione involontaria nel Jobs Act 2*, Cacucci, Bari, 153 ss.

- Scarano L. (2015b), *Spunti di riflessione sull'interazione dei formanti nella più recente legislazione del lavoro*, in *MGL*, n. 12, 845 ss.
- Scialoja V. (1961), *Il non uso è abuso del diritto soggettivo?*, in *FI*, n. 2, I, 256 ss.
- Speziale V. (2011), *La tutela del contraente debole*, in *Il diritto del lavoro nel sistema giuridico privatistico (Atti delle giornate di studio Aidlass, Parma, 4-5 giugno 2010)*, Giuffrè, Milano, 333 ss.
- Supiot A. (1997), *Critica del diritto del lavoro*, Teleconsul, Roma.
- Tiraboschi M. (2015), *Prima lettura del d.lgs. n. 81/2015 recante la disciplina organica dei contratti di lavoro*, Giuffrè, Milano.
- Treu T. (2015), *In tema di Jobs Act. Il riordino dei tipi contrattuali*, in *DLRI*, n. 1, 155 ss.
- Vallebona A. (2012), *Breviario di diritto del lavoro*, Giappichelli, Torino.
- Voza R. (2006), *I contratti ad orario «ridotto, modulato o flessibile» tra lavoro e disponibilità*, in P. Curzio (a cura di), *Lavoro e diritti a tre anni dalla legge 30/2003*, Cacucci, Bari, 333 ss.
- Voza R. (2007), *L'autonomia individuale assistita nel diritto del lavoro*, Cacucci, Bari.
- Voza R. (2015a), *Autonomia privata e norma inderogabile nella nuova disciplina delle mansioni*, in E. Ghera, D. Garofalo (a cura di), *Contratti flessibili, mansioni e misure per la conciliazione vita-lavoro nel Jobs Act 2*, Cacucci, Bari, 2015, 199 ss.
- Voza R. (2015b), *La tutela del contraente forte nel diritto del lavoro*, in *RIDL*, n. 1, III, 13 ss.
- Zoli C. (2005), *Contratto e rapporto tra potere e autonomia nelle recenti riforme del diritto del lavoro*, in *Autonomia individuale e collettiva alla luce delle più recenti riforme (Atti delle giornate di studio Aidlass, Abano Terme-Padova, 21-22 maggio 2004)*, Giuffrè, Milano, 73 ss.
- Zoppoli A. (2014), *Jobs Act e formante sindacale: quale ruolo per la contrattazione collettiva?*, in M. Rusciano, L. Zoppoli (a cura di), *Jobs Act e contratti di lavoro dopo la legge delega 10 dicembre 2014, n. 183*, in *W.P. Csdle «Massimo D'Antona» - Collective Volumes*, 2014, n. 3, 25 ss.
- Zoppoli L. (2011), *Contratto, contrattualizzazione, contrattualismo: la marcia indietro del diritto del lavoro*, in *RIDL*, n. 1, I, 175 ss.
- Zoppoli L. (2014), *Qualche nota di metodo per giuristi e legislatori con applicazione al contratto di lavoro a tutele crescenti*, in M. Rusciano, L. Zoppoli (a cura di), *Jobs Act e contratti di lavoro dopo la legge delega 10 dicembre 2014 n. 183*, in *W.P. Csdle «Massimo D'Antona» - Collective Volumes*, 2014, n. 3, 10 ss.

ABSTRACT

Il saggio si propone di effettuare una prima riflessione sul rapporto fra legge e contrattazione nella disciplina del contratto di lavoro subordinato, come modificata dal d.lgs. n. 81/2015, attuativo della legge delega n. 183/2014. La valutazione delle novità normative porta alla conclusione che il potenziamento dell'autonomia individuale spesso si traduce in un aumento della discrezionalità del datore di lavoro nella gestione del rapporto, ancora una volta accompagnato dalla continua riduzione del ruolo assegnato all'autonomia sindacale.

THE TIME OF COLLECTIVE BARGAINING IS OVER.

HETERONYMOUS INTERVENTION AND INDIVIDUAL LIBERTY IN THE JOBS ACT II

The paper tries to carry out just a first reflection between law and collective bargaining in the rules of employment contract, as modified by Legislative Decree no. 81 of 2015 that implement the Law no. 183/2014. The evaluation of the new rules comes to the conclusion that often the enforcement of the individual freedom of contract causes an increase of the discretion of the employer in managing the working relationship, once more accompanied by a reduction of the role of collective bargaining.

NOTE E COMMENTI

Luca Busico (*)

LA TITOLARITÀ DEL POTERE DISCIPLINARE NEGLI ATENEI

SOMMARIO: 1. La titolarità del potere disciplinare nelle amministrazioni pubbliche: il dirigente e l'Ufficio dei procedimenti disciplinari. — 2. Peculiarità degli atenei: il docente direttore di dipartimento può irrogare sanzioni disciplinari?

1. — *La titolarità del potere disciplinare nelle amministrazioni pubbliche: il dirigente e l'Ufficio dei procedimenti disciplinari* — La cd. «riforma Brunetta» ha profondamente modificato le regole del potere disciplinare nel lavoro pubblico. L'avvio della suddetta riforma è stato dato all'inizio dell'anno 2009 con la legge 4 marzo 2009, n. 15 (1), il cui art. 7 contiene l'indicazione di principi e criteri finalizzati al potenziamento dello strumento disciplinare. È quindi intervenuto in attuazione di tale legge il decreto legislativo 27 ottobre 2009, n. 150, che ha novellato l'art. 55 del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, a cui si sono aggiunti gli articoli da 55-*bis* a 55-*septies* (2).

L'art. 55-*bis* del d.lgs. n. 165 del 2001 prevede due distinti modelli di procedimento disciplinare:

1) «procedimento monocratico o semplificato», disciplinato dal comma 2, che trova applicazione quando ricorrono due condizioni: *a*) la contestazione di infrazioni di minore gravità, per le quali è prevista l'irrogazione di sanzioni superiori al rimprovero verbale e inferiori alla sospensione dal servizio con privazione della retribuzione per più di 10 giorni; *b*) la qualifica dirigenziale della struttura presso la quale il dipendente incolpato presta servizio;

2) «procedimento ordinario o aggravato», disciplinato dai commi 3 e 4, che trova applicazione in due ipotesi: *a*) la contestazione di infrazioni di maggior gravità (per le quali sono previste sanzioni superiori alla sospen-

(*) Coordinatore della Direzione del personale dell'Università di Pisa.

(1) Cfr.: Carinci 2008; Romeo 2009.

(2) Cfr.: Mainardi 2010a; Di Paola 2010; Di Marco 2010; Sandulli 2010.

sione dal servizio con privazione della retribuzione fino a 10 giorni) poste in essere da dipendenti in servizio presso strutture con qualifica dirigenziale; *b*) la contestazione di tutte le infrazioni poste in essere da dipendenti in servizio presso strutture non aventi qualifica dirigenziale.

In base ai commi 2, 3 e 4 dell'art. 55-*bis*, competente allo svolgimento del primo tipo di procedimento è il dirigente della struttura presso la quale il dipendente è in servizio, per il secondo tipo è, invece, competente l'Ufficio dei procedimenti disciplinari.

Il legislatore ha, quindi, voluto una maggiore responsabilizzazione della categoria dirigenziale, considerando il potere disciplinare esercitato in relazione alle infrazioni meno gravi come diretta espressione delle prerogative datoriali riconosciute al dirigente pubblico dall'art. 5, c. 2, del d.lgs. n. 165 del 2001 (3).

La mancanza di qualifica dirigenziale nel responsabile della struttura, ovvero la gravità delle infrazioni, determinano, invece, la necessità in capo all'organo procedente della specializzazione e del distacco rispetto al responsabile della struttura, in cui presta servizio il dipendente incolpato (4).

2. — *Peculiarità degli atenei: il docente direttore di dipartimento può irrogare sanzioni disciplinari?* — Nelle Università si assiste alla compresenza di personale contrattualizzato (il personale tecnico amministrativo) e di personale in regime di diritto pubblico (i professori e i ricercatori, in base all'art. 3, c. 2, del d.lgs. n. 165 del 2001). Differente è il sistema della responsabilità disciplinare relativo alle due categorie: per il personale tecnico amministrativo trovano applicazione gli artt. 55-*bis* ss. del d.lgs. n. 165 del 2001, l'art. 2106 c.c., l'art. 7 della legge 20 maggio 1970, n. 300, e le norme della contrattazione collettiva; per il personale docente, invece, gli artt. 84-91 del T.U. delle leggi sull'istruzione superiore, approvato con r.d. 31 agosto 1933, n. 1592, e, per i profili procedurali, l'art. 10 della legge 30 dicembre 2010, n. 240 (5).

Deve tenersi in debito conto la peculiarità organizzativa degli atenei, all'interno dei quali sussistono strutture (dipartimenti, centri interdipartimentali, scuole ecc.) dirette per un determinato arco temporale da docenti universitari, eletti dai componenti della strutture stesse. Gli *interna corporis* (statuto, regolamenti) di vari atenei attribuiscono a tali soggetti anche poteri gestionali sul personale tecnico amministrativo.

(3) Cfr. Caruso 2010.

(4) Cfr. Cass. 3.6.2004, n. 10600, in *GC*, 2005, I, 243.

(5) Cfr.: Viola 2010; Portaluri 2013; Mattarella 2013.

Si pone, pertanto, il seguente problema: il professore universitario, che svolge le funzioni di direttore di dipartimento (o di centro o di scuola), può avere competenza disciplinare per le infrazioni meno gravi poste in essere dal dipendente tecnico amministrativo in servizio presso il dipartimento medesimo?

La risposta, ad avviso di chi scrive, è negativa per due ragioni di carattere sistematico: 1) il principio di distinzione tra attività politica e attività di gestione; 2) le caratteristiche del sistema disciplinare costruito dalla riforma del 2009.

Per quanto concerne la prima, occorre ricordare che una delle innovazioni di maggior rilievo che hanno caratterizzato la contrattualizzazione del pubblico impiego è stata l'introduzione di norme decisamente ispirate al principio di distinzione tra attività politica e attività di gestione (6), in base al quale sono attribuite agli organi elettivi le funzioni di indirizzo politico, fissazione dei programmi e degli obiettivi e verifica della effettiva realizzazione di essi; ai dirigenti, invece, compete lo svolgimento delle attività necessarie a dare attuazione agli obiettivi e ai programmi fissati dagli organi elettivi, unitamente all'adozione degli atti a rilevanza esterna (art. 4 del d.lgs. n. 165 del 2001). La Corte costituzionale ha evidenziato in diverse occasioni che l'introduzione e il rafforzamento da parte del legislatore di una chiara distinzione funzionale tra i compiti di indirizzo politico-amministrativo e quelli di gestione è coerente coi principi costituzionali di buon andamento e imparzialità della pubblica amministrazione (art. 97 Cost.) (7).

L'elettività e la temporaneità della carica di direzione di una struttura deputata allo svolgimento della ricerca scientifica, di attività didattiche e formative (art. 2, c. 2, lett. *a*, della legge n. 240/10) portano a considerare il direttore di dipartimento quale organo politico.

Non vi è dubbio che la gestione del personale non rientri tra le attività degli organi politici, ma tra quelle di competenza dirigenziale: l'art. 5, c. 2, del d.lgs. n. 165 del 2001 dispone, infatti, che, nell'ambito delle leggi e degli atti organizzativi di definizione delle linee fondamentali di organizzazione degli uffici, le determinazioni per l'organizzazione degli uf-

(6) Tra gli innumerevoli contributi sul tema, cfr.: Meoli 1991; D'Orta 1994; Merloni 1997; Cassese 2003; Battini 2012.

(7) Cfr.: C. cost. 30.1.2002, n. 11, ord., in *FI*, 2002, n. 10, I, 2964, con nota di D'Auria, in *RIDL*, 2002, n. 3, II, 478, con nota di Cerbo; C. cost. 20.5.2008, n. 161, in *LPA*, 2008, n. 2, II, 361, con nota di Ferretti, *MGL*, 2008, n. 7, 565, con nota di Vallebona; C. cost. 25.2.2014, n. 27, in *GCost.*, 2014, n. 1, 416. Sulla rilevanza costituzionale del principio cfr. Monzani 2014.

fici e le misure inerenti la gestione dei rapporti di lavoro sono assunte dagli organi preposti alla gestione (ossia i dirigenti) con la capacità e i poteri del privato datore di lavoro (8).

Con riferimento alla seconda ragione, occorre evidenziare che il d.lgs. n. 165 del 2001 contiene un nucleo di disposizioni (introdotte dalla riforma del 2009) espressamente dedicato a fissare, in modo particolare per i dirigenti, una serie di obblighi di comportamento in vista dell'effettività dell'azione disciplinare (9).

L'art. 55-*bis*, c. 7, impone al dirigente, che è a conoscenza per ragioni di ufficio o di servizio di informazioni rilevanti per un procedimento disciplinare in corso, di prestare collaborazione all'autorità disciplinare procedente, salvo la ricorrenza di un giustificato motivo. La norma, oggetto di forti critiche dottrinali (10), prevede, nel caso di inadempimento all'obbligo di collaborazione, la sanzione disciplinare della sospensione dal servizio con privazione della retribuzione, commisurata alla gravità dell'illecito contestato al dipendente, fino a un massimo di quindici giorni.

L'art. 55-*sexies*, c. 3, dispone che il mancato esercizio o la decadenza dall'azione disciplinare, dovuti all'omissione o al ritardo, senza giustificato motivo, degli atti del procedimento disciplinare o a valutazioni sull'insussistenza dell'illecito disciplinare irragionevoli o manifestamente infondate, comporta la responsabilità disciplinare in capo all'inerte (o colluso) dirigente (11). Per tale ipotesi la sanzione prevista è la sospensione dal servizio con privazione della retribuzione in proporzione alla gravità dell'infrazione non perseguita, fino a un massimo di tre mesi in relazione alle infrazioni sanzionabili con il licenziamento, e altresì la mancata attribuzione della retribuzione di risultato per un importo pari a quello spettante per il doppio del periodo della durata della sospensione.

La disposizione dell'art. 55-*sexies*, c. 3, si applica, in forza dell'art. 55-*septies*, c. 6, anche all'ipotesi di mancata osservanza da parte del dirigente delle disposizioni finalizzate al controllo e alla prevenzione delle condotte assenteistiche.

Dalla lettura delle citate disposizioni emerge chiaramente che il legislatore si riferisce al dirigente pubblico contrattualizzato, la cui disciplina è

(8) Cfr.: Ales 2002; Spinelli 2012.

(9) Cfr. Romei 2009.

(10) Cfr.: Ursi (2009, 764), che ritiene la norma di dubbia costituzionalità e di sapore «maccartistico»; Mainardi (2010b), secondo cui non è casuale l'utilizzazione dell'espressione «autorità disciplinare».

(11) Cfr. Ravelli 2011.

dettata dagli artt. 19 ss. del d.lgs. n. 165 del 2001 e dalla contrattazione collettiva della relativa area. Il direttore di dipartimento è un soggetto non contrattualizzato, non avente alcuno dei requisiti imprescindibili del dirigente *ex* d.lgs. n. 165 del 2001: il conferimento di incarico a opera della parte politica, in quanto è eletto dai colleghi della struttura; la fissazione di obiettivi; il controllo sui risultati ottenuti e la valutazione degli stessi; la percezione della retribuzione di risultato; la responsabilità dirigenziale per mancato raggiungimento degli obiettivi. È un professore universitario, cui è stato attribuito dai componenti dello stesso dipartimento, per un arco temporale limitato, l'incarico di coordinare e gestire le attività connesse alla didattica e alla ricerca, che non a caso l'art. 15, c. 3, del d.lgs. n. 165 del 2001 esclude dal novero delle attribuzioni della dirigenza amministrativa.

Quanto affermato trova conforto anche in una circolare del dipartimento della Funzione Pubblica, che non ha affrontato la specifica questione, ma ha sostenuto che con la locuzione «qualifica dirigenziale», utilizzata dall'art. 55-*bis* del d.lgs. n. 165 del 2001, si intendono tutti i soggetti che, anche se solo a tempo determinato e non appartenenti ai ruoli della pubblica amministrazione (come i dirigenti «esterni» *ex* art. 19, c. 6, del d.lgs. n. 165), siano formalmente investiti della qualifica attraverso l'attribuzione di un incarico dirigenziale (12).

Il riconoscimento in capo a docenti universitari della potestà disciplinare nei confronti del personale tecnico amministrativo, come avvenuto in taluni atenei, rappresenterebbe, ad avviso di chi scrive, una violazione del principio di distinzione tra attività politica e attività di gestione, nonché degli artt. 19 ss. del d.lgs. n. 165 del 2001, in quanto a una categoria non contrattualizzata risultano attribuite funzioni dirigenziali.

Riferimenti bibliografici

- Ales E. (2002), *Le prerogative datoriali della dirigenza pubblica alla prova del nuovo quadro legale*, in *LPA*, n. 3-4, I, 449 ss.
- Battini S. (2012), *Il principio di separazione fra politica e amministrazione in Italia: un bilancio*, in *RTDPub.*, n. 1, 60 ss.
- Carinci F. (2008), *La terza riforma del lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, in *LPA*, n. 5, I, 980 ss.

(12) Cfr. circolare 23 dicembre 2010, n. 14, in www.funzionepubblica.gov.it.

- Caruso B. (2010), *Le dirigenze pubbliche tra nuovi poteri e responsabilità (il ridisegno della governance nelle pubbliche amministrazioni italiane)*, in W.P. Csdle «Massimo D'Antona».IT, n. 104.
- Cassese S. (2003), *Il rapporto tra politica e amministrazione e la disciplina della dirigenza*, in LPA, n. 2, I, 231 ss.
- D'Orta C. (1994), *Dalla sovrapposizione alla distinzione tra politica ed amministrazione*, in RTDPub., n. 1, 151 ss.
- Di Marco G. (2010), *Procedimento disciplinare per i pubblici dipendenti*, in DPL, n. 22, 1247 ss.
- Di Paola L. (2010), *La nuova disciplina dell'esercizio del potere disciplinare nel pubblico impiego privatizzato*, in RIDL, n. 1, III, 3 ss.
- Mainardi S. (2010a), *Profili della responsabilità disciplinare dei dipendenti pubblici*, in q. Riv., n. 4, I, 615 ss.
- Mainardi S. (2010b), *Il «dovere» del dirigente di sanzionare il demerito: il procedimento disciplinare*, in GI, n. 12, 2717 ss.
- Mattarella B.G. (2013), *La responsabilità disciplinare dei docenti universitari dopo la legge Gelmini: profili sostanziali*, in GDA, n. 1, 97 ss.
- Meoli C. (1991), *La riforma della dirigenza pubblica: riflessioni sul rapporto fra politica e amministrazione*, in FA, n. 10, 2773 ss.
- Merloni F. (1997), *Amministrazione neutrale: a proposito di rapporti tra politica e amministrazione*, in Diritto pubblico, n. 2, 319 ss.
- Monzani S. (2014), *Il principio di separazione tra funzioni di indirizzo politico e funzioni di gestione quale valore di rango costituzionale funzionale alla realizzazione dei principi di buon andamento e imparzialità dell'azione amministrativa*, in FA, n. 1, 119 ss.
- Portaluri P.L. (2013), *Note de iure condendo sul procedimento disciplinare nei confronti dei docenti universitari*, in www.federalismi.it, n. 1.
- Ravelli F. (2011), *Sanzioni disciplinari e responsabilità dei dipendenti pubblici*, in W.P. Csdle «Massimo D'Antona».IT, n. 122.
- Romei R. (2009), *I procedimenti disciplinari*, in Amministrativamente, n. 12, 6 ss.
- Romeo C. (2009), *La controriforma del pubblico impiego*, in LG, n. 8, 761 ss.
- Sandulli P. (2010), *Il procedimento disciplinare nel pubblico impiego dopo l'entrata in vigore del d.lgs. 27 ottobre 2009, n. 150, di attuazione della legge 4 marzo 2009, n. 15*, in LPO, 2010, n. 4, 368 ss.
- Spinelli C. (2012), *Il datore di lavoro pubblico: autonomia organizzativa e poteri del dirigente*, Cacucci, Bari.
- Ursi R. (2009), *Alcune considerazioni sul nuovo regime delle sanzioni disciplinari dopo il decreto Brunetta*, in LPA, n. 5, I, 759 ss.
- Viola L. (2010), *Il procedimento disciplinare dei docenti universitari dopo la riforma Gelmini*, in LPA, n. 5, III, 995 ss.

PROBLEMI DI DIRITTO SOCIALE EUROPEO

Gianni Arrigo (*)

UGUAGLIANZA, PARITÀ E NON DISCRIMINAZIONE NEL DIRITTO DELL'UNIONE EUROPEA (PARTE I)

SOMMARIO: PARTE I. 1. Uguaglianza e non discriminazione come valori, principi e diritti fondamentali dell'Unione europea. Ricognizione delle fonti. — 2. Il principio di parità tra donne e uomini nel diritto primario e derivato. Dalla non discriminazione salariale alla parità di genere. — 2.1. Dai trattati delle origini al Trattato di Nizza. — 2.2. Parità tra donne e uomini e parità di genere nel Trattato di Lisbona, nella Carta di Nizza e nel diritto derivato. — 3. Non discriminazione e uguaglianza nella Carta di Nizza. In particolare: il diritto di sposarsi e di costituire una famiglia; il divieto di qualsiasi discriminazione; la tutela della famiglia e la conciliazione di vita familiare e vita professionale. Verso le «differenze indifferenti». — 4. Non discriminazione e uguaglianza come principi e «politiche» dell'Unione. I diversi ambiti e gradi di tutela. Limiti all'estensione della tutela antidiscriminatoria a fattispecie non «nominate» nel Trattato e nel diritto derivato. Tecnica redazionale e ruolo integrativo della giurisprudenza della Corte di Giustizia. Principio di uguaglianza e giudizio antidiscriminatorio. — 5. «Oltre il giardino» delle discriminazioni in base alla nazionalità e al genere. Il divieto di discriminazione tra lavoratori a tempo parziale e a tempo determinato, e lavoratori «comparabili» a tempo pieno e a tempo indeterminato.

SOMMARIO: PARTE II. 6. La legislazione antidiscriminatoria dell'anno duemila (direttive 2000/43 e 2000/78). Gerarchia delle tutele e separazione degli ambiti di efficacia. — 7. Divieto di discriminazioni a motivo della «razza» o dell'origine etnica (Dir. n. 2000/43). Onere della prova. Tutela contro ritorsioni. Sanzioni. Assenza di una vittima e/o di un denunciante identificabile: irrilevanza. — 8. Divieto di discriminazioni nelle condizioni di lavoro e nell'occupazione (Dir. n. 2000/78). Il contributo della giurisprudenza della Corte di Giustizia sul divieto di discriminazioni basate su: orientamento sessuale, disabilità, età.

1. — *Uguaglianza e non discriminazione come valori, principi e diritti fondamentali dell'Unione europea. Ricognizione delle fonti* —

1.1. — Le fonti dell'Unione europea (di seguito Ue) in tema di uguaglianza, parità e non discriminazione costituiscono un insieme di norme di

(*) Professore associato di Diritto del lavoro presso la Facoltà di Economia dell'Università di Bari.

così vario significato, valore e forza giuridica – per le istituzioni comuni, gli Stati membri e le persone, fisiche e giuridiche – da ricordare a prima vista una raccolta di francobolli che allinea per inerzia esemplari antichi e pezzi di nuovo conio (con il dovuto rispetto per i collezionisti di francobolli: sono loro e non i filosofi, ammonisce Aldous Huxley, a formare «*the backbone of society*»...!). Quest'impressione è più viva in chi legga i trattati con l'occhio alle Costituzioni (1) che dedicano un solo articolo al principio di uguaglianza, legandolo ai fondamentali valori di libertà e dignità umana e completando il riconoscimento dell'uguaglianza formale con l'affermazione dell'uguaglianza sostanziale, innescando in tal modo una relazione dialettica capace di dinamizzare l'intero ordinamento giuridico. Tuttavia, una lettura meditata di quei testi, condotta alla luce della giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione europea (di seguito, C. Giust.), fa intendere che quella scrittura *additiva* non è casuale ma è il «racconto» del lento e irregolare procedere dell'integrazione europea, spezzato da contraddizioni e lacune, verso il rafforzamento dello Stato di diritto, quale elemento intrinsecamente connesso al rispetto della democrazia e dei diritti fondamentali (2).

1.2. — Più delle fonti in materia di non discriminazione e parità, sono quelle sull'uguaglianza a destare a un tempo interesse e perplessità. Sin dai primi anni novanta, l'ente Comunità economica europea ha dovuto affrontare, e cercare di risolvere, le questioni poste dal suo stesso ampliamento territoriale, dai flussi migratori interni ed esterni, dall'istituzione di una moneta unica e dalla cd. globalizzazione. A tal fine era necessario predisporre un'architettura istituzionale più vicina ai modelli democratici statuali propri dei paesi membri e ridurre il *deficit democratico*. In questa direzione muovevano le conclusioni del Consiglio di Amsterdam (1997), misurandosi con un'organizzazione sempre più complessa e distante dai cittadini. Da qui, fra le questioni prioritarie, l'introduzione nell'ordinamento comunitario del principio di uguaglianza «in tutte le sue dimensioni», come punto di forza di un processo costituente europeo (3). Uguaglianza intesa, cioè, come principio costitutivo e ordinatore dell'ente sovranazionale, come paradigma fondativo del rapporto tra cittadini e istituzioni, e tra le stesse persone, nonché come elemento identitario delle società e dei popoli d'Europa. Ma quell'impegno trovò una debole eco nel Trattato di Amsterdam, rinviandosi così la parte autenticamente riformatrice. Sta di

(1) Come la Costituzione italiana (art. 3) e la Costituzione spagnola (art. 9).

(2) Cfr. Commissione Ue 2014a; 2014b.

(3) Ferrajoli 2007, 18.

fatto che tra i principi dell'Unione, nell'*incipit* del TUE (testo di Amsterdam) non figurava l'uguaglianza, ritenendo gli Stati membri che essa fosse implicitamente connessa ai «principi di libertà, democrazia, rispetto dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, e dello Stato di diritto», principi «comuni agli Stati membri [e] sui quali si fonda l'Unione» (art. 6, TUE). Ma questa presunzione garantiva solo indirettamente il rispetto dei diritti fondamentali sanciti dalla Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (di seguito, Cedu) e risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri, in quanto principi generali del diritto comunitario: *in primis* il *diritto universale* all'uguaglianza. Espliciti richiami alla «parità tra uomini e donne» e alla non discriminazione erano invero contenuti nel Trattato istitutivo della Comunità europea (di seguito, TCE): che collocava la parità tra gli obiettivi della Comunità (art. 3.2, TCE), ed enunciava il divieto di discriminazione per taluni fattori nell'art. 13, TCE (ora art. 19 del TfUE), legittimando il Consiglio a legiferare in materia entro rigorosi limiti procedurali e sostanziali (superando i quali ha potuto emanare la Direttiva n. 2000/43 e la Direttiva n. 2000/78; *infra*, parr. 7 e 8).

Progressi ulteriori hanno fatto registrare il (non ratificato) Trattato costituzionale (2004) e il Trattato di Lisbona (2007), che attingendo dal Trattato costituzionale colloca l'uguaglianza nei «titoli di testa», talora in connessione con la libertà e i diritti, assumendola sia come valore fondativo che come principio da realizzare. Nel Preambolo del TUE l'uguaglianza figura tra i «valori universali» sviluppatasi dalla tradizione europea. Essa compare di nuovo nel Titolo I del TUE («Disposizioni comuni»), insieme ai valori su cui «l'Unione si fonda», vale a dire: il «rispetto della dignità umana, della libertà, della democrazia, dello Stato di diritto e del rispetto dei diritti umani, compresi i diritti delle persone appartenenti a minoranze [...]. Valori comuni agli Stati membri in una società caratterizzata dal pluralismo, dalla non discriminazione, dalla tolleranza, dalla giustizia, dalla solidarietà e dalla parità tra donne e uomini» (art. 2, TUE). Più incisivo è il riferimento all'uguaglianza in capo al Titolo II, dedicato ai «principi democratici», secondo cui «l'Unione rispetta, in tutte le sue attività, il principio dell'uguaglianza dei cittadini, che beneficiano di uguale attenzione da parte delle sue istituzioni, organi e organismi...» (art. 9). Nel Capo I del Titolo V («Disposizioni generali sull'azione esterna dell'Unione»), l'uguaglianza è posta tra i principi su cui si fonda «l'azione dell'Unione sulla scena internazionale», segnatamente: «democrazia, Stato di diritto, universalità e indivisibilità dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, rispetto della dignità umana, principi di uguaglianza e di solidarietà e rispetto dei

principi della Carta delle Nazioni Unite e del diritto internazionale», che sono i principi «che hanno informato la creazione, lo sviluppo e l'allargamento [dell'Unione] e che essa si prefigge di promuovere nel resto del mondo» (art. 21.1, TUE).

Di forza giuridica pari alle norme dei due Trattati di Lisbona sono quelle della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (d'ora in poi: Carta di Nizza) dedicate all'uguaglianza e alla non discriminazione, peraltro ordinate in modo peculiare. Difatti, il divieto di qualsiasi forma di discriminazione (art. 21) è scisso dal principio dell'uguaglianza di tutte le persone davanti alla legge (art. 20), che a sua volta – diversamente dal citato art. 2 del TUE – è separato dal valore della *dignità umana* (4), scolpito nell'art. 1 della Carta di Nizza, e da altri valori (che peraltro lo stesso Preambolo della Carta lega inscindibilmente alla dignità e all'uguaglianza), come la *libertà* e la *solidarietà*, pur dovendosi riconoscere che a questi quattro «valori cardinali» la Carta di Nizza dedica specifiche norme, ordinate in appositi titoli. Secondo gli estensori della Carta di Nizza, questa sistemazione conferirebbe un carattere *autonomo* al principio di «uguaglianza davanti alla legge», evitandone la «confusione» con i vari divieti di discriminazione (art. 21) e col principio di parità tra i sessi (art. 23); anzi, la riunione delle norme in materia di uguaglianza nell'apposito Titolo III ne rafforzerebbe il prestigio (5). Senza contare che la sistemazione per *valori* crea un vincolo tra gli articoli di riferimento, rafforzando una certa indivisibilità tra i diritti enunciati. Non è però estraneo a questa sistemazione il *limite costituzionale* all'espansione, anche per via interpretativa, dell'ambito di applicazione della Carta di Nizza (in base al suo controverso art. 51).

1.3. — Diversamente dal principio di uguaglianza, i principi e i diritti sulla non discriminazione e la parità di trattamento (per nazionalità e per sesso) albergano nei Trattati sin dalle Comunità originarie. Volti essenzialmente a garantire la circolazione di persone e merci *libera* da vincoli di nazionalità e la concorrenza tra Stati *libera* da primitive forme di *dumping* sociale (come le pratiche del sottosalario femminile), quei principi si sono gradualmente aperti ad altre situazioni soggettive grazie anche al contributo della giurisprudenza della C. Giust., la quale ha affermato che il divieto di

(4) Art. 1: «La dignità umana è inviolabile. Essa deve essere rispettata e tutelata». Nell'ambito della Convenzione per la redazione della Carta di Nizza, i rappresentanti italiani (Paciotti, Manzella e Rodotà) avevano proposto di disciplinare in un solo articolo il principio fondamentale dell'uguaglianza in ogni sua componente (si vd. la *Nota* del Presidium del 5 maggio 2000; *Convent.* 28).

(5) Così la *Nota* del Presidium del 15 giugno 2000 (*Convent.* 38).

discriminazione «è una specifica espressione del principio generale d'eguaglianza, parte dei principi fondamentali del diritto comunitario» radicato nelle fonti internazionali e nelle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri (6). Esso impone di non trattare in modo diverso fattispecie di fatto uguali e in modo uguale fattispecie di fatto diverse (7) e vieta di trattare un soggetto (o un gruppo individuato secondo un determinato fattore) in modo tale da recargli effetti svantaggiosi «a meno che una diversità di trattamento non sia obiettivamente giustificata da una finalità legittima e sia comunque adeguata e necessaria a perseguire tale finalità» (8). Così inteso, il principio di non discriminazione opera come criterio di valutazione della correttezza del legislatore, europeo e nazionale, circa gli effetti che un atto, un patto o una condotta determinati possono produrre (9). Spetta all'interprete valutare se l'interesse che giustifica un atto, anche potenzialmente discriminatorio, possa prevalere nel caso concreto sull'uguaglianza.

Il Trattato di Lisbona assegna un posto di rilievo al divieto di discriminazione. Anzitutto, il TUE qualifica la lotta alle discriminazioni come uno specifico *obiettivo* dell'Unione nella definizione e attuazione delle sue politiche e attività (art. 3.3). A sua volta, il Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (di seguito, TfUE) prevede che «nelle sue azioni l'Unione mira a eliminare le ineguaglianze, nonché a promuovere la parità tra uomini e donne» (art. 8), precisando all'art. 10 l'ambito delle relative competenze, e cioè che «nella definizione e nell'attuazione delle sue politiche e azioni, l'Unione mira a combattere le discriminazioni fondate sul sesso, la razza o l'origine etnica, la religione o le convinzioni personali, la disabilità, l'età o l'orientamento sessuale». Nella Parte II, intitolata significativamente «Non discriminazione e cittadinanza dell'Unione», il TfUE riba-

(6) *Ex multis*: C. Giust. 9.1.2010, C-555/07, *Küçükdeveci*, in *Racc.*, I-365, punto 50; 16.10.2007, C-411/05, *Palacios de la Villa*, in *Racc.*, I-8531; punto 50; 2.10.2006, C-17/05, *Cadman*, in *Racc.*, I-9583, punto 28; 6.3.2003, C-14/01, *Niemann*, in *Racc.*, I-2294; 12.12.2002, C-442/00, *Rodríguez Caballero*, in *Racc.*, I-11915, punto 32. Sulla non discriminazione in base all'età come «principio generale del diritto dell'Unione», si vd. C. Giust., *Küçükdeveci*, cit., che sviluppa la giurisprudenza *Mangold*, 22.11.2005, C-144/04, in *Racc.*, I-9981.

(7) *Ex multis*, C. Giust. 5.5.1998, C-157/96, *National Farmers' Union e a.*, in *Racc.*, I-02211, punto 61; 2.10.2003, C-148/2002, *Garcia Avello*, in *Racc.*, I-11613, punto 31.

(8) C. Giust., *Mangold*, cit., punti 58-60; *Age Concern England*, 2009, 5.3.2009, C-388/07, in *Racc.*, I-1569; *Küçükdeveci*, cit., in applicazione dell'art. 2.2, lett. b, della Direttiva n. 2000/43 e della Direttiva n. 2000/78.

(9) C. Giust., *Rodríguez Caballero*, cit., punto 30; *Age Concern England*, cit.; *Küçükdeveci*, cit.

disce il divieto di «ogni discriminazione effettuata in base alla nazionalità», legittimando il Parlamento europeo (di seguito Pe) e il Consiglio a stabilire «regole volte a vietare tali discriminazioni» (art. 18). Più precisamente, l'art. 19, TfUE, attingendo dal citato art. 13, TCe, conferma il potere legislativo del Consiglio di «prendere i provvedimenti opportuni per combattere le discriminazioni» indicate nel citato art. 10, ma a condizione che siano «fatte salve le altre disposizioni dei trattati e nell'ambito delle competenze da essi conferite all'Unione» e con deliberazioni «all'unanimità secondo una procedura legislativa speciale e previa approvazione del Pe» (art. 19.1). Meno vincolata è, invece, la procedura di emanazione di misure puramente «esortative» e di sostegno: in tal caso, il Pe e il Consiglio, «deliberando secondo la procedura legislativa ordinaria», possono «adottare i principi di base delle misure di incentivazione dell'Unione, a esclusione di qualsiasi armonizzazione delle disposizioni legislative e regolamentari degli Stati membri, destinate ad appoggiare le azioni degli Stati membri volte a contribuire alla realizzazione degli obiettivi di cui al par. 1» dell'art. 19. Nella Parte III del TfUE, intitolata «Politiche e azioni interne dell'Unione», si prevede l'esclusione di «qualsiasi discriminazione fra i cittadini degli Stati membri per quanto riguarda le condizioni relative all'approvvigionamento e agli sbocchi» (art. 37.1); «l'abolizione di qualsiasi discriminazione, fondata sulla nazionalità, tra i lavoratori degli Stati membri, per quanto riguarda l'impiego, la retribuzione e le altre condizioni di lavoro» (art. 45.1-2); e «l'applicazione del principio della parità di retribuzione tra lavoratori di sesso maschile e quelli di sesso femminile per uno stesso lavoro o per un lavoro di pari valore» (art. 157.1).

Nella Carta di Nizza, la non discriminazione occupa quasi tutto il Titolo III, solennemente intitolato alla «Uguaglianza», escluso l'*introibo* (art. 20) che riporta l'antica massima per cui «tutte le persone sono eguali davanti alla legge». La non discriminazione è articolata in una *specificazione* delle diverse esigenze della vita sociale che ricorda la «specificazione delle differenze» ribadita da Norberto Bobbio (10) per superare quell'universalismo dei diritti incapace di cogliere le differenze e fornire loro una tutela sostanziale. Viene così affermato il rispetto – da parte dell'Unione – della diversità culturale, religiosa e linguistica (art. 22) e sancita la parità tra uomini e donne in tutti i campi (art. 23); sono riconosciuti i diritti del bambino (art. 24), degli anziani (art. 25) e la necessità di favorire l'inserimento sociale e professionale dei disabili (art. 26), in tal modo conformandosi alle citate fonti europee e internazionali.

(10) Bobbio 1990, 63.

1.4. — L'uguaglianza, malgrado la ripetuta enunciazione nei due Trattati di Lisbona e nella Carta di Nizza – ora come principio, ora come valore, ora come obiettivo, ora in connessione con la libertà e i diritti –, si configura nell'ordinamento dell'Ue in modo diverso da quello riconoscibile negli ordinamenti interni. In questi è conseguenza del carattere generale dello Stato come ente politico, in coerenza con la natura del principio in parola, il quale è espressione di un diritto soggettivo inalienabile che limita e delinea l'attività dei pubblici poteri ed è presupposto di ogni ordine costituzionale basato su democrazia e diritto. In quello, invece, è conseguenza della peculiare natura dell'ente sovranazionale, limitato alle competenze attribuitegli. Si aggiunga che, mentre il principio di uguaglianza formale è facilmente enucleabile dal diritto primario dell'Ue, viceversa l'agnizione dell'uguaglianza sostanziale avviene attraverso l'interpretazione estensiva di norme del diritto primario, in quanto applicate dal diritto derivato e nei limiti delle competenze dell'Unione. Ancora: mentre nel diritto interno l'uguaglianza è principio rivolto al legislatore, che deve conformarsi a esso, nel diritto dell'Ue, di converso, quel principio è tutelabile avanti il giudice dell'Ue quando una persona (fisica o giuridica) lamenti di essere discriminata in un suo fondamentale e specifico diritto, senza che, come invece accade nel diritto interno, assuma rilievo la *ratio* posta a fondamento di ogni singola normativa, ma con esclusivo riguardo all'eliminazione degli effetti discriminatori che essa produce. Tuttavia, diversamente da quanto accade negli ordinamenti interni, la C. Giust. può essere chiamata a verificare la validità di atti e fatti delle istituzioni e degli Stati membri alla luce del principio di uguaglianza. Il che si spiega considerando che, per poter funzionare, il sistema giuridico dell'Ue, nel suo insieme, esige anzitutto l'assenza di discriminazioni fondate sulla nazionalità, presupposto indefettibile della garanzia delle libertà di circolazione, e in secondo luogo la mancanza di discriminazioni basate su fattori espressamente riconosciuti, in quanto principi, valori e obiettivi coesenziali a varie politiche dell'Unione, vale a dire a una parte significativa della sua attività.

Può dirsi dunque che il principio di eguaglianza è uno di quei principi che, pur recando lo stesso nome, ha una tutela differenziata nell'ordinamento europeo e in quello nazionale. Nel primo, come anticipato, la sua tutela dipende dall'attribuzione all'Unione di determinate competenze normative, nell'ambito di specifici settori, ed è (anche se non più in modo assorbente) legata alla garanzia della libera concorrenza e del mercato; nel secondo, la sua tutela è funzionale alla garanzia della complessiva coerenza e ragionevolezza delle scelte del legislatore, comprese quelle che si risolvono in discipline differenziate per categorie svantaggiate.

2. — *Il principio di parità tra donne e uomini nel diritto primario e derivato. Dalla non discriminazione salariale alla parità di genere* —

2.1. — *Dai trattati delle origini al Trattato di Nizza* — Il divieto di discriminazione in ragione del sesso è stato un tema centrale del costituzionalismo del secolo passato, toccando molti settori della vita sociale. Questo carattere attraversa e permea anche i testi fondamentali dell'Unione, che evidenziano il percorso compiuto dal principio in argomento sin dal Trattato di Roma. Questo, invero, orientava il principio di parità salariale tra uomini e donne «per uno stesso lavoro» (art. 119, Cee) più all'*uguagliamento* degli interessi economici degli Stati membri che all'*uguaglianza* delle persone, in coerenza con lo scopo fondativo di liberare il neonato mercato comune da pratiche distorsive della concorrenza, come il sottosalario femminile, all'epoca vietato dal solo diritto francese. L'attuazione del suddetto principio, da compiersi a norma del Trattato sin dalle prime tappe del periodo transitorio, avvenne solo dopo il Programma d'azione sociale del 1974, che definiva la parità retributiva tra uomini e donne «questione prioritaria e necessaria al funzionamento del comune mercato», a tal fine legittimando il Consiglio a utilizzare le basi giuridiche generali del Trattato per «affrettare l'integrale attuazione dell'art. 119» (C. Giust. 8 aprile 1976, C-43-75, *Defrenne II*, punto 53). Vennero pertanto emanate tre Direttive: a) la n. 75/117 (sull'applicazione del principio di parità salariale fra lavoratori e lavoratrici); b) la n. 76/207 (sulla parità di trattamento nell'accesso al lavoro, nella formazione e nelle condizioni di lavoro); c) la n. 79/7 (sulla parità tra uomini e donne nei regimi legali di sicurezza sociale. Seguirono negli anni ottanta le Direttive sulla parità di trattamento nei regimi professionali di sicurezza sociale (Direttiva n. 86/378, modificata con la Direttiva n. 96/97) e sulla parità nel lavoro autonomo, compreso il settore agricolo, e la tutela della maternità (Direttiva n. 86/613, modificata con la Direttiva n. 2010/41).

A tale processo evolutivo ha contribuito la giurisprudenza della Corte di Giustizia, sviluppando da principi embrionali dell'ordinamento comunitario concetti fondamentali come quello di *discriminazione indiretta*. Se con la sentenza *Defrenne I* (1971, C-80/7) la C. Giust. inizia a chiarire la natura e l'ambito di applicazione del principio enunciato nel citato art. 119, è con la citata *Defrenne II* che ne riconosce l'*efficacia diretta orizzontale* (anche se per le sole discriminazioni dirette) (11), in ragione della fi-

(11) C. Giust. 8.4.1976, C-43/75, *Defrenne C. Sabena* («*Defrenne II*»), in *Racc.*, 455.

nalità sociale dell'art. 119, «evidenziata dal fatto che [tale norma] si trova nel capo dedicato alla Politica sociale, il cui primo articolo [il 117 (12)], rileva la necessità di promuovere il miglioramento delle condizioni di vita e di lavoro della mano d'opera, che consenta la loro parificazione nel progresso» (C. Giust., *Defrenne II*, punto 11). Il principio di cui al citato art. 119, unica norma sociale del Trattato originario direttamente efficace perché non subordinata a provvedimenti comunitari o nazionali di esecuzione (13), viene in tal modo riconosciuto come elemento essenziale della coesione giuridica e sociale, prim'ancora che economica, della Comunità (14). Proprio perché direttamente efficace, l'art. 119 poteva essere invocato davanti i giudici nazionali, che dovevano garantirne l'applicazione, in particolare contro le discriminazioni «direttamente originate da norme di legge o da contratti collettivi di lavoro, come pure nel caso di retribuzione diversa di lavoratori di sesso femminile e di lavoratori di sesso maschile per lo stesso lavoro [...] svolto nella stessa azienda o ufficio, privato o pubblico» (C. Giust., *Defrenne II*).

In seguito, la Corte ha riconosciuto la diretta efficacia del principio *ex* art. 119 anche per le discriminazioni salariali *indirette* o dissimulate «costituite da misure solo in apparenza neutre che, di fatto, svantaggiano prevalentemente esponenti di un determinato sesso». In questi casi la lavoratrice discriminata «può pretendere che il giudice nazionale disapplichi le norme» interne, di legge e contrattuali «incompatibili col suddetto principio» (C. Giust., *Nimz*, punto 11) (15), poiché «il diritto di non essere discriminati in ragione del proprio sesso costituisce uno dei diritti fondamentali della persona umana, di cui la Corte deve garantire l'osservanza» (16).

Dagli anni ottanta in poi, la Corte di Giustizia ha inteso affermare un'uguaglianza sostanziale e non meramente formale, ritenendo che l'eliminazione di ogni discriminazione fosse parte dei principi generali di cui

(12) Gli artt. 117-120, Cee, poi sostituiti dagli artt. 136-143, TCe, sono stati abrogati o sostituiti dagli artt. 143-144, TfUe.

(13) C. Giust., *Defrenne II*, punti 59-60 e 65-68.

(14) «La finalità economica perseguita dall'art. 119 [...], consistente nell'eliminazione delle distorsioni di concorrenza tra le imprese situate nei diversi Stati, riveste un carattere secondario rispetto all'*obiettivo sociale* di cui alla stessa disposizione, che costituisce l'espressione di un *diritto fondamentale* della persona umana» (C. Giust. 10.2.2000, cause riunite C-270-271/97, *Deutsche Post*, in *Racc.*, I-00929, punto 57; corsivo nostro).

(15) C. Giust. 7.2.1991, C-184/89, *Nimz*, in *Racc.*, I-297.

(16) C. Giust. 15.6.1978, C-149/77, *Defrenne III*, in *Racc.*, 1365, punti 26 e 27; 30.4.1996, C-13/94, *P.c. S.*, e *Cornwall County Council*, in *Racc.*, I-2159, punto 19; *Deutsche Post*, cit., punti 53-56.

essa deve garantire l'osservanza. La progressiva estensione delle tutele è ravvisabile nella stessa interpretazione della nozione di discriminazione fondata sul «sesso», sia pure con alcuni limiti (17); difatti, la tutela è stata estesa dalla Corte alle discriminazioni a danno del sesso maschile (18), alle discriminazioni subite a causa della maternità e della gravidanza (19) e a quelle patite in conseguenza del mutamento di sesso, non invece per quelle fondate sull'orientamento sessuale. Nell'accertamento giudiziale della discriminazione è stata importante la *perdita di centralità della comparazione* in precedenza svolta fra la situazione della presunta vittima e quella del soggetto individuato come «normale», prescindendosi ora dal raffronto fra chi assume di essere discriminato e un soggetto terzo. L'*astrazione* dal giudizio comparativo è stata assorbita dal diritto antidiscriminatorio, ammettendosi la possibilità che il soggetto «comparabile» sia meramente astratto (20).

Di pari rilievo è la giurisprudenza della Corte di Giustizia che preclude il conseguimento dell'obiettivo di parità attraverso una riduzione della tutela riconosciuta ad alcuni lavoratori. Come ricorda la Corte, l'art. 119 (ora 157, TfUe), norma rivolta al progresso sociale, non può comportare un livellamento verso il basso dei trattamenti differenziati rimanendo la sola possibilità di riconoscere alle persone che rientrano nella categoria sfavorita gli stessi vantaggi che hanno gli individui della categoria favorita (21). Infine, quanto all'elemento psicologico della discriminazione, è sempre alla C. Giust. che si deve l'irrilevanza dell'intento discriminatorio da parte dell'autore (22), dovendosi valutare soltanto l'*effetto* che un comportamento determina nei confronti della vittima della discriminazione.

(17) Nel senso della disparità di trattamento fra lavoratori *part-time* e lavoratori a tempo pieno come discriminazione fondata sul sesso, si vd. C. Giust. 6.12.2007, C-300/06, *Ursula Vöfß*, in *Racc.*, I-10573, punto 37; nonché 27.5.2004, C-285/02, *Elsner-Lakeberg*, in *Racc.*, I-05861.

(18) C. Giust. 21.7.2005, C-207/04, *Vergani*, in *Racc.*, I-7474; 13.11.2008, C-46/07, *Commissione c. Italia*, in *Racc.*, I-00151.

(19) C. Giust. 8.11.1990, C-177/88, *Dekker*, in *Racc.*, I-03941, punto 12; 30.4.1998, C-136/95, *Thibault*, in *Racc.*, I-02011, punto 31. Sulla nozione di «lavoratrice gestante» applicabile a una «lavoratrice licenziata quando i suoi ovuli, alla data della comunicazione del licenziamento, erano stati fecondati in vitro, ma non ancora trasferiti nel suo utero», si vd. C. Giust. 26.2.2008, C-506/06, *Mayr*, in *Racc.*, I-01017.

(20) C. Giust. 14.7.1994, C-32/93, *Webb*, in *Racc.*, I-03567.

(21) C. Giust., *Defrenne II*, cit., punto 27; 28.9.1994, C-200/91, *Corollor Pension Trustees Ltd*, in *Racc.*, I-04389; 21.6.2007, C-231-232 e 233/06, *Jonkman, Vercheval e Permesaen*, I-5149.

(22) C. Giust. 8.11.1990, C-177/88, *Dekker*, in *Racc.*, I-3941, punto 12, nonché 11.3.1981, C-69/80, *Worringham e Humphreys*, in *Racc.*, 767.

Da Maastricht (1992) a Nizza (2000), il principio in discorso ha trovato nel Trattato formule più coerenti con la giurisprudenza della Corte di Giustizia e con il diritto derivato che assorbiva gli orientamenti della Corte. Si veda, ad esempio, l'affermazione dell'uguaglianza tra uomini e donne non solo come *obiettivo* della Comunità ma come *principio fondamentale* (art. 2, TCe), da promuovere «in ogni sua attività» (art. 3.2, del TCe), in particolare attraverso il citato art. 13, TCe, mentre alla parità nel lavoro erano deputati gli artt. 137 e 141, TCe. Vanno ascritte a questa fase le Direttive: a) n. 92/85, che migliora la tutela della sicurezza e della salute sul lavoro della lavoratrice madre; b) n. 96/34, sul congedo parentale (modificata con la Direttiva n. 2010/18); c) n. 96/97 (cd. «Direttiva post-Barber») che modifica la Direttiva n. 86/378, sul principio di parità di trattamento tra uomini e donne nei regimi di sicurezza sociale, conformandone il contenuto alla giurisprudenza della C. Giust. intervenuta sin dalla sentenza *Barber* (23); d) n. 97/80 (sull'onere della prova).

L'evoluzione del principio in argomento, dalla tutela alla parità e dalla parità alle pari opportunità, ha scontato limiti di varia natura, imputabili all'Unione per aver riconosciuto tardivamente i fondamentali diritti di uguaglianza, e a vari Stati membri per la loro colpevole inerzia, pur essendo membri di organizzazioni internazionali che da tempo avevano riconosciuto quegli stessi diritti. In questo lento processo, il principio di parità si è sviluppato in modo incrementale, integrando i canoni dell'uguaglianza formale con concetti più aderenti a quelli dell'uguaglianza sostanziale, mutuati dai sistemi giuridici più progrediti in materia e rivisitati dalla C. Giust. con metodi interpretativi nuovi, configurandosi infine, nei testi normativi più recenti, come diritto fondamentale all'uguaglianza di genere anche oltre il lavoro e il suo «mercato».

2.2. — *Parità tra donne e uomini e parità di genere nel Trattato di Lisbona, nella Carta di Nizza e nel diritto derivato* — Da anni il lessico dell'Ue (con qualche influenza sui testi normativi) (24) adotta il termine «genere», spesso usato in alternativa a «sesso», o in modo interscambiabile e promiscuo, benché i due termini indichino modalità diverse di guardare all'identità sessuale, che possono entrare in reciproca tensione (si vedano le divergenze tra sesso e genere o sesso e orientamento sessuale nel campo dei diritti delle persone transessuali; *infra*, par. 8.2).

(23) C. Giust., 17.5.1990, C-262/88, *Barber*, in *Racc.*, I-1889.

(24) Tra i quali il Reg. n. 1922/2006 del Parlamento europeo e del Consiglio del 20.12.2006, che istituisce un Istituto europeo per l'uguaglianza di genere.

Alla «parità tra donne e uomini» il Trattato di Lisbona (2007) dedica previsioni simili a quelle del (non ratificato) Trattato costituzionale; il TUE la inserisce tra i *valori* dell'Unione (art. 2) e tra gli obiettivi *identitari* dell'Ue (art. 3). Il TfUE la inquadra nella più solida cornice programmatica dell'art. 8 (25), alla cui luce devono leggersi il citato art. 153.1, lett. *i*, e l'art. 157, che conferma la sostanza del vecchio art. 141, TCe (con adeguamenti procedurali) (26).

Il riferimento all'orientamento sessuale, introdotto col Trattato di Amsterdam (1997), trova esplicita menzione nell'art. 19, TfUE e nell'art. 21 della Carta di Nizza, collocato tra altri fattori soggettivi. Norme più chiare pone la Carta di Nizza: anzitutto nell'art. 21, che vieta «qualsiasi forma di discriminazione fondata, in particolare, sul sesso [...] o le tendenze sessuali», e nell'art. 23, il quale afferma che «la parità tra uomini e donne deve essere assicurata in tutti i campi [non solo] in materia di occupazione, di lavoro e di retribuzione» (comma 1) (27), e che «il principio della parità non osta al mantenimento o all'adozione di misure che prevedano vantaggi specifici a favore del sesso sottorappresentato» (comma 2). Il comma 1 dell'art. 23 riprende la sostanza degli artt. 2 e 3.2 del TCe (sostituiti, dopo Lisbona, dall'art. 3, TUE, e dall'art. 8, TfUE), nonché del par. 1 dell'art. 141, TCe (ora art. 157.1, TfUE), e si ispira all'art. 20 della Carta sociale europea «riveduta» (1996) nonché al punto 16 della Carta comunitaria dei diritti sociali fondamentali dei lavoratori (d'ora in poi Carta comunitaria del 1989). Esso è inoltre coerente con il citato par. 3 dell'art. 157, TfUE, e con l'art. 2.4, della Direttiva n. 76/207. Il comma 2 dell'art. 23, invece, secondo una lettura restrittiva (28), non modificherebbe la portata dell'art. 157.4, TfUE; di converso, per il nesso che lo lega all'art. 8, TfUE, orientato al riequilibrio di opportunità e risultati, esso rafforza la nozione di azioni positive e per questa via l'*acquis* comunitario in materia.

Di pari rilievo è l'art. 33 della Carta di Nizza, che al par. 2 sancisce il diritto di *ogni persona*, «al fine di poter conciliare vita familiare e vita pro-

(25) Art. 8: «Nelle sue azioni l'Unione mira a eliminare le ineguaglianze, nonché a promuovere la parità, tra uomini e donne».

(26) In base all'art. 157.3 del TfUE: il Pe e il Consiglio, «deliberando secondo la procedura legislativa ordinaria e previa consultazione del [Comitato economico e sociale], adottano...».

(27) C. Giust. 1.3.2011, C-236/09, *Association belge des Consommateurs*, in *Racc.*, I-342.

(28) Cfr. le «Spiegazioni relative alla Carta dei diritti fondamentali» (*Gu Ue*, 2007/C 303/02), che contribuiscono a chiarire le disposizioni della Carta senza vincolare l'interprete al loro rispetto.

fessionale [...] di essere tutelata contro il licenziamento per un motivo legato alla maternità e il diritto a un congedo di maternità retribuito e a un congedo parentale dopo la nascita o l'adozione di un figlio». Questa norma s'ispira, da un lato, alla citata Direttiva n. 92/85 e alla Direttiva n. 96/34, sul congedo parentale (modificata con la Direttiva n. 2010/18), e, dall'altro, al «Diritto delle lavoratrici alla protezione», di cui all'art. 8 della Carta sociale europea (del 1961) nonché all'art. 27 della Carta sociale «riveduta» (1996) (29). Titolare del diritto è *ogni* genitore, donna o uomo, celibe o coniugato o unito in qualsiasi forma di convivenza a un'altra persona, senza distinzione di sesso; acquistano così maggiore certezza le prescrizioni minime di tutela e più forza i principi fondativi di tale diritto. La conciliazione tra tempi di vita e di lavoro è infatti espressione di una visione integrata del principio d'eguaglianza. L'integrazione tra dimensione privata (della cura) e pubblica (del lavoro) di uomini e di donne acquista nell'art. 33 della Carta di Nizza una peculiare posizione nel modello sociale europeo. La ricostruzione della conciliazione come esercizio combinato di diritti fondamentali si correla con il concetto di parità di trattamento tra donne e uomini, cui appare ispirata, con la conciliazione condivisa, il cui significato si salda strettamente con la finalità ultima di superare lo stereotipo della ripartizione dei carichi di cura. Finalità, quest'ultima, cui tuttavia non corrisponde un'acconcia normativa dell'Ue.

Infine, l'art. 34 della Carta di Nizza afferma che la tutela della maternità (per il periodo compreso tra il concepimento e l'allattamento) include il diritto d'accesso a specifiche prestazioni di sicurezza sociale. Questo principio è coerente con le previsioni degli artt. 153 e 156 del TfUe, dell'art. 12 della Carta sociale europea e del punto 10 della Carta comunitaria del 1989. Esso dev'essere rispettato dall'Ue quando esercita i poteri di cui ai citati artt. 153 e 156, TfUe. Il riferimento ai servizi sociali riguarda i casi in cui siffatti servizi sono stati istituiti per garantire determinate prestazioni, e, secondo una non condivisibile interpretazione restrittiva, «non implica che essi debbano essere creati laddove non esistono» (30).

Dopo Nizza (2000), la citata Direttiva n. 76/207 è stata novellata con la Direttiva n. 2002/73, che ha recepito consolidati orientamenti della Corte di Giustizia; poi, norme sparse in precedenti direttive sono state riordinate nella Direttiva n. 2006/54, così divenuta un testo base del diritto antidiscriminatorio di genere in materia di lavoro. La Direttiva n. 2006/54,

(29) Concernente il «diritto dei lavoratori aventi responsabilità familiari alla parità di opportunità e di trattamento».

(30) Cfr. le citate «Spiegazioni relative alla Carta dei diritti fondamentali».

emanata per «esigenze di chiarezza e più facile consultazione», e per tener conto di consolidati orientamenti della C. Giust. detta norme in materia di parità di trattamento salariale, regimi professionali di sicurezza sociale, accesso al lavoro, alla promozione e alla formazione professionale e condizioni di lavoro, e individua gli strumenti atti a garantire l'effettività di tale principio, in particolare sul piano della tutela giudiziale, a tal fine conformando alcuni concetti e norme a quelli contenuti nelle citate Direttive n. 2000/43 e n. 2000/78.

Sono inoltre espressione di questa fase: la Direttiva n. 2004/113 (31), che attua il principio di parità per quanto riguarda l'accesso a beni e servizi e alla loro fornitura; la Direttiva n. 2010/18, che conferisce efficacia generale (in ambito comunitario) al rinnovato Accordo quadro sul congedo parentale, abrogando la Direttiva n. 96/34; la Direttiva n. 2010/41 (32), sulla parità di trattamento dei coniugi coadiuvanti e dei lavoratori autonomi, che riduce il divario normativo rispetto alle prestazioni sociali dei lavoratori subordinati. Va ascritto a questa fase anche l'Accordo quadro (autonomo) sulle molestie e la violenza sul luogo di lavoro, firmato dalle parti sociali europee «confederali» il 26 aprile 2007.

Restano, invece, in «lista d'attesa» la proposta di direttiva sul congedo di maternità, presentata dalla Commissione nel 2008 (33), e la proposta di direttiva sul miglioramento dell'equilibrio di genere fra gli amministratori delle società quotate in borsa, presentata dalla Commissione nel 2012 (34).

(31) Concepita per contrastare le discriminazioni fra uomini e donne al di fuori del lavoro, la Direttiva n. 2004/113, del 13.12.2004, «che attua il principio della parità di trattamento tra uomini e donne per quanto riguarda l'accesso a beni e servizi e la loro fornitura», è stata circoscritta, durante l'iter legislativo, alle discriminazioni nell'accesso e nella fornitura di beni e servizi, comunque aprendo un nuovo fronte di tutela. In *Association belge des Consommateurs Test-Achats e a.*, cit., la C. Giust. ha dichiarato «incompatibile» con gli artt. 21 e 23 della Carta di Nizza, e pertanto invalido, l'art. 5.2 della citata Direttiva nella parte in cui prende in considerazione «il sesso dell'assicurato quale fattore per la valutazione dei rischi assicurativi nei contratti privati di assicurazione sulla vita».

(32) La Direttiva n. 2010/18 e la Direttiva n. 2010/41 sono coerenti con le priorità individuate nell'Agenda sociale dell'Ue di conseguire «un miglior equilibrio tra lavoro e vita privata...»: così Commissione Ce 2008a.

(33) «Proposta di direttiva del Pe e del Consiglio recante modifica della Direttiva n. 92/85/Ce del Consiglio concernente l'attuazione di misure volte a promuovere il miglioramento della sicurezza e della salute sul lavoro delle lavoratrici gestanti, puerpere o in periodo di allattamento»: Bruxelles, 3.10.2008, Com(2008)637 def.

(34) «Proposta di direttiva del Pe e del Consiglio riguardante il miglioramento dell'equilibrio di genere fra gli amministratori senza incarichi esecutivi delle società quotate in Borsa e relative misure»: Com(2012)614 final.

3. — *Non discriminazione e uguaglianza nella Carta di Nizza. In particolare: il diritto di sposarsi e di costituire una famiglia; il divieto di qualsiasi discriminazione; la tutela della famiglia e la conciliazione di vita familiare e vita professionale. Verso le «differenze indifferenti»* —

3.1. — L'art. 21 della Carta di Nizza vieta, anzitutto, *qualsiasi* discriminazione, elencandone a titolo *esemplificativo* alcune (par. 1) (35), e ribadisce quindi (al par. 2) il divieto di discriminazioni in ragione della *cittadinanza* e non più in base alla *nazionalità*: non sfugga l'ordine di questi divieti, che pospone quello relativo alla cittadinanza, «totem e tabù» del diritto comunitario, confermando una concezione più matura dell'uguaglianza, anche se non traducibile in una tutela *in-mediata* e universale. È opinione quasi unanime, infatti, che il divieto di *qualsiasi* discriminazione *non* si fondi sui diritti dell'uomo «senza distinzione alcuna» (diversamente dall'art. 2 del Patto internazionale relativo ai diritti civili e politici) (36) ma si applichi ai soli cittadini dell'Ue e ai soggetti equiparati, senza contare che la tutela sostanziale contro le diverse forme di discriminazione dipende dall'attribuzione di specifiche competenze all'Ue. Benché la formula dell'art. 21.1 sia più aperta di quella del citato art. 19, TfUe, non è possibile (al momento) ricorrere a tale norma come base giuridica per ampliare l'ambito del vigente diritto antidiscriminatorio. Questa ipotesi è stata esclusa dai redattori della Carta con argomentazioni peraltro deboli, affermando che l'art. 21 della Carta di Nizza e l'art. 19 del TfUe hanno «ambiti e finalità» diversi (37), confermando i limiti dell'art. 51 della Carta di Nizza (38).

3.2. — L'art. 21 della Carta di Nizza va letto «in combinazione» con altre norme della Carta di Nizza aventi un *nesso* col principio di non discriminazione. È il caso dell'art. 9, il quale afferma che «il diritto di sposarsi e il diritto di costituire una famiglia sono garantiti secondo le leggi nazionali che ne disciplinano l'esercizio». Per com'è scritto, e per omettere ogni ri-

(35) Il par. 1 s'ispira all'art. 14 Cedu («Divieto di discriminazione») e all'art. 11 della Convenzione sui diritti dell'uomo e la biomedicina per quanto riguarda il patrimonio genetico.

(36) Adottato a New York il 19.12.1966 (ratificato e reso esecutivo in Italia con l. n. 881/1977).

(37) Cfr. le citate «Spiegazioni relative alla Carta dei diritti fondamentali».

(38) Art. 51, par. 2: «La presente Carta non introduce competenze nuove o compiti nuovi per la Comunità e per l'Unione, né modifica le competenze e i compiti definiti dai trattati».

ferimento al sesso dei titolari dei diritti in parola, l'art. 9 riconosce due diritti autonomi (il diritto «di sposarsi» e quello «di costituire una famiglia»), e quindi il diritto di ognuno di formare una famiglia a prescindere dal matrimonio e il diritto di sposarsi a prescindere dal sesso. Esso ha una formula più aperta dell'art. 12 della Cedu (39); ciò «al fine di disciplinare i casi in cui le legislazioni nazionali riconoscono modi diversi dal matrimonio per costituire una famiglia. L'articolo non vieta né impone la concessione dello *status* matrimoniale a unioni tra persone dello stesso sesso e la sua portata può essere più estesa se la legislazione nazionale lo preveda» (40). Pertanto, l'art. 9, pur utilizzando espressioni generiche per definire il matrimonio, in teoria compatibili anche con modelli matrimoniali diversi da quello eterosessuale, lascia impregiudicate le leggi nazionali per quanto riguarda il regime degli istituti e la garanzia dei relativi diritti. Sembra dunque difficile, al momento, far derivare dall'art. 9 un *obbligo* degli Stati di riconoscere le famiglie omosessuali. Come già affermato dalla C. Giust. in *D. e Regno di Svezia c. Consiglio* (41), né l'Unione europea né gli Stati sono obbligati a equiparare le unioni omosessuali registrate al matrimonio. E non aiuta più di tanto il fatto che la Carta di Nizza sia equiparata ai due Trattati (di Lisbona); poiché al suo rispetto sono obbligati, sul piano dei testi, gli organi e le istituzioni dell'Ue, e gli Stati membri, solo quando si ricada nell'attuazione del diritto dell'Unione; la forza e il contenuto dell'art. 9 non sembrano variati. Tuttavia, il dato (formale) della prevalenza del diritto nazionale di famiglia non può non misurarsi col dato (sostanziale) del numero crescente di leggi nazionali che riconoscono i diritti delle coppie omosessuali attraverso le unioni civili o i matrimoni: ben dodici Stati membri hanno emanato una legge sui matrimoni delle coppie omosessuali, mentre le unioni civili anche tra coppie dello stesso sesso sono riconosciute in quattro paesi (42).

Ora, l'esistenza di un orientamento legislativo pressoché comune alla maggioranza degli Stati membri, se non vincola il giudice dell'Unione, può

(39) Art. 12 Cedu: «A partire dall'età minima per contrarre matrimonio, l'uomo e la donna hanno il diritto di sposarsi e di fondare una famiglia secondo le leggi nazionali che regolano l'esercizio di tale diritto».

(40) Cfr. le «Spiegazioni della Convenzione relative al testo completo della Carta» (doc. *Convent.* 49; 11.10.2000).

(41) C. Giust. 31.5.2001, C-122/99P e C-125/99P, *D. e Svezia c. Consiglio*, in *Racc.*, I-4319.

(42) Non prevedono ancora (al mese di febbraio 2016) tutele per le coppie omosessuali i seguenti paesi dell'Ue: Bulgaria, Cipro, Estonia, Lettonia, Lituania, Polonia, Romania, Slovacchia.

invece costituire un argomento *ad adiuvandum* ai fini dell'adozione di più mature norme nazionali che accolgano le ripetute esortazioni del Parlamento europeo agli Stati membri sulla «opportunità di [...] garantire alle famiglie monoparentali, alle coppie non sposate e alle coppie dello stesso sesso parità di diritti rispetto alle coppie e alle famiglie tradizionali», di «adeguare le proprie legislazioni per introdurre la convivenza registrata tra persone dello stesso sesso riconoscendo loro gli stessi diritti e doveri previsti dalla convivenza registrata tra uomini e donne» e di «modificare le proprie legislazioni al fine di riconoscere legalmente la convivenza al di fuori del matrimonio indipendentemente dal sesso». A queste esortazioni vari Stati membri reagiscono ottusamente, arroccandosi sulle competenze riservate agli Stati membri in materia di matrimonio e stato civile, per negare la tutela giuridica alle coppie dello stesso sesso e ai loro figli e per respingere le rivendicazioni previdenziali connesse a rapporti di stabile convivenza non assimilati al matrimonio dai diritti nazionali (43). A tal fine adottano definizioni restrittive di *famiglia*, dimenticando che il diritto dell'Ue dev'essere «applicato senza discriminazione sulla base di sesso od orientamento sessuale, in conformità della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea» (44). Oltretutto, la necessità di estendere la nozione di famiglia oltre il paradigma eterosessuale trova fondamento anche nell'esigenza di tutelare la vita familiare in senso ampio, affermata dall'art. 33 della Carta di Nizza (45).

In quest'ambito, il contributo della giurisprudenza della Corte di Giustizia si apprezza confrontando il suo orientamento degli anni ottanta con quello più recente (influenzato da progressi nel clima culturale e politico, oltre che giuridico, di alcuni paesi dell'Ue), che a sua volta ha contribuito a ulteriori progressi della tutela antidiscriminatoria di determinati gruppi sociali. Ora, la C. Giust. potrebbe pronunciarsi più liberamente sul punto basandosi anche su un fondamento autorevole, come quello costituito dalle direttive che, nell'individuare la nozione di «familiare rilevante» dei soggetti destinatari, fanno riferimento non solo al coniuge ma anche al suo partner non sposato, che abbia con questi una relazione stabile, se la legislazione o la prassi dello Stato membro interessato equipara le coppie non sposate a quelle sposate, per il fondamentale rapporto che questi diritti hanno con quelli (dei cittadini europei e delle loro famiglie) di circolare, la-

(43) Izzi 2008a, 1231; Ballestrero, 2009, 161; De Simone, 2009, 255.

(44) Parlamento europeo 2012.

(45) L'art. 33.3 afferma in termini generali che «è garantita la protezione della famiglia sul piano giuridico, economico e sociale».

vorare e risiedere in qualsiasi Stato membro (46). Non resta che augurare miglior fortuna all'ultima richiesta del Pe (in ordine di tempo), indirizzata ai paesi «non allineati» nella tutela in argomento, di «considerare la possibilità di offrire alle coppie omosessuali istituti giuridici come la coabitazione, le unioni di fatto registrate e il matrimonio» (47).

Malgrado i richiamati limiti, la tutela antidiscriminatoria si è aperta a nuove problematiche connesse alle differenze sessuali. Da un lato, quella dell'identità di genere, con particolare riferimento ai diritti delle persone Lgtb (lesbiche, gay, transessuali e bisessuali). Dall'altro, quella del divieto di discriminazioni basate sull'orientamento sessuale, con particolare riferimento alle unioni omosessuali. Gli sviluppi del principio di non discriminazione sembrano orientare la cultura giuridica europea verso le «differenze indifferenti», dove il diritto vorrebbe essere una cornice neutrale (per l'appunto indifferente), rispetto alle diversità realmente presenti nella società.

4. — *Non discriminazione e uguaglianza come principi e «politiche» dell'Unione. I diversi ambiti e gradi di tutela. Limiti all'estensione della tutela antidiscriminatoria a fattispecie non «nominate» nel Trattato e nel diritto derivato. Tecnica redazionale e ruolo integrativo della giurisprudenza della Corte di Giustizia. Principio di uguaglianza e giudizio antidiscriminatorio* —

4.1. — Come anticipato, le politiche dell'Unione contro talune inaccettabili (48) forme di discriminazione si basano sugli artt. 10 e 19, TfUe. L'art. 10 (posto tra le «disposizioni di applicazione generale») mediante un approccio *orizzontale* impegna l'Ue a orientare *tutte* le sue politiche e attività nella lotta alle discriminazioni ivi elencate, mentre l'art. 19 indica gli

(46) Si vd. la Direttiva n. 2003/86, del 22.9.2003, sul diritto al ricongiungimento familiare, nonché la Direttiva n. 2004/38, sul diritto dei cittadini Ue e dei loro familiari di circolare e soggiornare liberamente negli Stati membri, che modifica il Reg. n. 1612/68 e abroga le Direttive Cee n. 64/221, n. 68/360, n. 72/194, n. 73/148, n. 75/34, n. 75/35, n. 90/364, n. 90/365 e n. 93/96. Sul punto, si vd. la Risoluzione del Pe, del 2.4.2009, sull'applicazione della Direttiva n. 2004/38, che stigmatizza «l'esistenza di un'interpretazione restrittiva, da parte degli Stati membri, dei concetti di "familiare", di "ogni altro familiare" e di "partner", in special modo per quanto riguarda le coppie dello stesso sesso e il loro diritto alla libera circolazione ai sensi degli artt. 2 e 3 della Direttiva n. 2004/38».

(47) Cfr. il par. 85 del Rapporto sulla Situazione dei diritti fondamentali nella Ue, approvato a Strasburgo l'8.9.2015.

(48) Così l'Avv. Gen. al punto 49 delle Conclusioni (del 22.5.2008), in *Bartsch* (23.9.2008, C-427/06, in *Racc.*, I-07245).

strumenti (provvedimenti legislativi e/o misure esortative) e le procedure per la loro adozione, lasciando irrisolte le questioni della sua efficacia, in particolare quella orizzontale (invocabile nelle controversie tra privati), e della natura (se tassativa o esemplificativa) dell'elenco dei fattori ivi menzionati. Elenco che la Corte ha ritenuto tassativo in *Chacon Navas* (2006) (49) e in *Bartsch* (2008) (50) con argomenti che ricalcano elementi testuali, e senza pronunciarsi sul coordinamento dell'art. 19, TfUe con l'art. 21 della Carta di Nizza, che contiene invece una lista *esemplificativa* di fattori. Si aggiunga che l'art. 19, TfUe, nell'esigere il rispetto delle «altre disposizioni dei trattati e [...] delle competenze [...] conferite all'Unione», non esclude, in via teorica, che la *lotta* dell'Ue contro discriminazioni *ulteriori* a quelle menzionate negli artt. 10 e 19, TfUe, si basi sulla Carta di Nizza (in quanto fonte pariorinata ai trattati) e su *altre* disposizioni dei trattati, come l'art. 352, TfUe, cui si può ricorrere dimostrando che determinati provvedimenti sono *necessari* a perseguire uno scopo dell'Unione.

La solenne affermazione di «taglio» orizzontale dei principi di parità e non discriminazione, comune al TUe e alla Carta di Nizza, si traduce però nel TfUe in previsioni di tipo settoriale e ordinate in modo *gerarchico*, che riconoscono tutele più puntuali ai risalenti divieti di discriminazione in base alla cittadinanza e al genere, cui corrispondono esplicite competenze dell'Ue, mentre al divieto di discriminazione per i fattori elencati negli artt. 10 e 19, TfUe sono deputati gli strumenti e le procedure di cui al citato art. 19, con la precisazione che i relativi provvedimenti legislativi devono essere deliberati all'unanimità, mentre le «misure di incentivazione» solo con voto a maggioranza. Tra le discriminazioni vietate dal diritto primario dell'Ue, quella di genere, fondata su specifiche basi giuridiche, ha dunque un posto preminente, essendo valore, principio, diritto fondamentale e obiettivo dell'Ue.

Il carattere settoriale e gerarchico del diritto antidiscriminatorio dell'Ue emerge in particolare dal Titolo X del TfUe, dedicato alla Politica sociale, che resta preservato da ogni «contaminazione» egualitaria. Così è per l'art. 151, TfUe, che non menziona l'uguaglianza e la non discriminazione tra gli *obiettivi* dell'Ue e degli Stati membri nella Politica sociale. Così è anche per l'art. 153.1, TfUe, che conferma (alla lett. *i*) le competenze concorrenti dell'Ue in materia di «parità tra uomini e donne per quanto riguarda le opportunità sul mercato del lavoro e il trattamento sul lavoro», ma tace di altri fattori di discriminazione, forse ritenendo che la

(49) C. Giust. 11.7.2006, C-13/05, *Chacon Navas*, in *Racc.*, I-06 06467, punto 56.

(50) C. Giust., *Bartsch*, cit.

loro tutela possa derivare dalla «lotta contro l'esclusione sociale» (di cui alla lett. *j*), e pertanto *non* con norme imperative (giusta l'art. 153.2, lett. *b*). Il che è poca cosa, se è vero che «la discriminazione può condurre alla povertà e all'esclusione sociale, impedendo la partecipazione e l'accesso alle risorse» (51). Interventi legislativi in tema di parità e non discriminazione dei lavoratori, per fattori non espressamente elencati negli artt. 10 e 19 del TfUe, e riconosciuti invece meritevoli di tutela dalla Carta di Nizza, non sono in via astratta esclusi ma, come anticipato, devono far «salve le altre disposizioni dei trattati» e scaturire dalle «competenze da essi conferite all'Unione».

4.2. — Rilevanti sono dunque le condizioni e i limiti posti a una legislazione Ue che intenda vietare discriminazioni per fattori diversi da quelli nominati o rafforzare le tutele previgenti. Lo scarto tra la forza giuridica, degli artt. 10 e 19 del TfUe, da un lato, e degli artt. 3.3, cpv. 2, del TUE e 21 della Carta di Nizza, dall'altro, è evidente. Quest'ultima previsione parrebbe integrare l'impegno dell'Unione, scolpito nell'art. 3, TUE, di «combatte[re] l'esclusione sociale e le discriminazioni e promuove[re] la giustizia e la protezione sociali, la parità tra donne e uomini, la solidarietà tra le generazioni e la tutela dei diritti del minore», per configurarsi come base giuridica di provvedimenti a tutela delle vittime di discriminazioni per fattori personali non enumerati nell'art. 19, TfUe, e di azioni positive a favore di «altri» soggetti e gruppi sociali (riconducibili a quelli di cui all'art. 3.3 del TUE). Invero, la parificazione giuridica della Carta di Nizza ai trattati dovrebbe esser tale *in toto* e non in parte, comprendendo pertanto le clausole orizzontali e i precetti che ne regolano modi di applicazione ed efficacia (*ex artt.* 51 ss. della Carta). Ma, si obietta, l'art. 52, al par. 2, stabilisce che «i diritti riconosciuti dalla Carta che trovano fondamento nei trattati [...] si esercitano alle condizioni e nei limiti definiti dai trattati stessi», senza che la Carta possa legittimare alcuna modifica o estensione del loro ambito. E, si aggiunge: gli artt. 19 e 157 TfUe circoscrivono l'ambito d'azione della legge dell'Ue nell'attuazione del principio antidiscriminatorio, per alcuni specifici fattori, così prevalendo sugli artt. 21 e 23 della Carta. Con la conseguenza che un intervento del legislatore europeo nella materia in esame sarebbe legittimo solo se e in quanto riguardasse qualcuna delle cause di discriminazione enumerate all'art. 19, TfUe. Senza dimenticare che il «potenziale normativo» dell'art. 21 della Carta di Nizza deve misurarsi con la ridotta efficacia *ex se* del principio di

(51) Cfr. Consiglio 2007; cui *adde* Commissione Ce 2009.

non discriminazione ivi enunciato. Tuttavia, da molti anni la C. Giust. afferma che il principio di non discriminazione di genere deriva direttamente dal Trattato e non dalle direttive emanate in sua attuazione. Anzi, fin dal «vecchio» art. 119, Cee, la Corte ha riconosciuto effetto diretto, anche orizzontale, al principio di parità retributiva tra lavoratori e lavoratrici; poi in *Barber* (1990) ne ha affermato la prevalenza sulle direttive emanate in applicazione del citato art. 119. Il contenuto essenziale del diritto fondamentale alla parità di genere prevale, dunque, sul diritto derivato vincolando direttamente le istituzioni comuni, gli Stati membri e le persone, analogamente a quanto avviene con la diretta applicazione dei diritti fondamentali enunciati nelle Costituzioni nazionali. Quanto, invece, agli altri fattori elencati nell'art. 19, TfUe, giova ricordare che questa norma manca di contenuto essenziale e non ha efficacia diretta *ex se*: più che riconoscere dei diritti fondamentali, attribuisce all'Unione una specifica competenza normativa che può generare leggi solo mediante procedure deliberative all'unanimità. Come ha affermato il Tribunale in *Herrera* (52) (2004), dall'art. 19, TfUe non può farsi derivare un diritto direttamente invocabile davanti al giudice dell'Unione. Si aggiunga che quando la C. Giust. si è pronunciata per l'applicazione del divieto di discriminazione per i fattori enumerati nell'art. 19, TfUe, e disciplinati dalle Direttive n. 2000/43 e n. 2000/78, ha certamente affermato l'esistenza di un principio generale di non discriminazione che informa di sé l'ordinamento dell'Ue, ma ha anche precisato che quel principio – e il suo contenuto, desumibile dal quadro dei diritti fondamentali – è subordinato alla sua formale enunciazione nelle citate direttive.

L'adesione della giurisprudenza della Corte a canoni interpretativi che privilegiano l'elemento testuale dipende anche dalla tecnica redazionale usata dal legislatore europeo. Si consideri la Direttiva n. 2000/78: essa contiene analitiche esemplificazioni delle situazioni e dei fattori protetti e delle deroghe utilizzabili dagli Stati membri; ad esempio, all'art. 6, dopo aver indicato le cause giustificatrici di trattamenti discriminatori in base all'età, ne precisa alcune in modo puntuale. Questa tecnica, se da un lato rafforza il potere delle autorità nazionali di circoscrivere le ipotesi derogatorie del principio di non discriminazione, dall'altro, invece, limita l'ambito di un'interpretazione estensiva e integrativa del divieto di discriminazione. Quando il divieto non è accompagnato da puntuali esemplificazioni, la C. Giust. ha maggiori possibilità di colmare lacune del diritto scritto e di ade-

(52) Tribunale 28.10.2004, *Herrera c. Commissione*, cause riunite T-219/02 e T-337/02, in *Racc.*, II-01407, punto 89.

guarlo via via alle nuove esigenze. Ad esempio, in *Coleman* (*infra*, par. 8.3) la Corte ha ritenuto discriminatorio in ragione dell'invalidità il trattamento *in peius* riservato a una lavoratrice che chiedeva di esercitare diritti legati alla cura del figlio disabile (discriminazione per associazione). A questa conclusione la Corte è potuta giungere grazie al fatto che né l'art. 2 né l'art. 5 della Direttiva n. 2000/78 specificano chi è il soggetto da tutelare contro discriminazioni «fondate sugli handicap»; e quindi ha potuto dare un'interpretazione estensiva al principio in argomento.

4.3. — Qual è il rapporto tra i principi di non discriminazione e il principio di eguaglianza nel diritto dell'Ue? Che nesso c'è tra eguaglianza e diritti? Perché il principio di non discriminazione si accompagna regolarmente ai «nuovi diritti» che emergono nella giurisprudenza della Corte di Giustizia?

Ora, se si escludono interpretazioni minoritarie del principio di uguaglianza che non ne riconoscono la natura di diritto fondamentale *à part entière* (53), l'uguaglianza e la non discriminazione sono facce indivisibili dello stesso principio e invariabilmente legate nelle Costituzioni nazionali (uguaglianza come non discriminazione; uguaglianza formale e sostanziale; uguaglianza come diritto alla diversità). Esse configurano i divieti di discriminazione come il mezzo rispetto al fine di garantire il principio di eguaglianza formale (54): se l'uguaglianza formale tende a valorizzare l'universalità, l'uguaglianza sostanziale giustifica piuttosto la specificità e la singolarità dei provvedimenti normativi (55). Ora, se i concetti di uguaglianza e non discriminazione esprimono un bisogno etico di uguale trattamento delle persone, e sono entrambi densi di valore morale, la *ratio* dei divieti di discriminazione in un testo fondamentale non è ridicibile a motivazioni di tipo economico o al mero scopo di eliminare ostacoli al funzionamento del mercato, ma si ricollega (come afferma la stessa Corte di Giustizia) a obiettivi di tutela dei diritti fondamentali della persona comuni alle tradizioni costituzionali degli Stati membri e scolpiti nel diritto internazionale. Benché testualmente separate, le norme degli artt. 20 e 21 della Carta di Nizza risultano allora complementari laddove affermano il principio di non discriminazione per situazioni particolari garantendo preliminarmente l'uguaglianza di diritto e la tutela contro ogni forma di discriminazione.

(53) Melin-Soucramanien 2005, 295.

(54) De Simone, 2001, 10 ss.

(55) Cartabia 2011, 415.

Il principio di uguaglianza crea una presunzione in base alla quale qualsiasi disparità di trattamento costituisce una discriminazione, a meno che la norma da cui ha origine non sia «oggettivamente giustificata da una finalità legittima e i mezzi impiegati per il suo conseguimento siano appropriati e necessari» (così l'art. 2.2, lett. *b*, di entrambe le Direttive n. 2000/43 e n. 2000/78). La Corte di Giustizia fornisce solo gli elementi interpretativi necessari alla valutazione, da parte del giudice nazionale, della «compatibilità» della normativa interna con il suddetto principio (56). L'intensità del controllo sulle giustificazioni addotte e sulle discriminazioni che ne discendono varia secondo la materia e i motivi di differenziazione considerati dal legislatore nazionale: se quest'ultimo utilizza classificazioni legate alla razza, al sesso, all'origine etnica, alle opinioni politiche o religiose, il controllo è assai rigido e di regola include un esame rigoroso della proporzionalità. «Per contro, in alcuni settori, in particolare quello della regolamentazione economica e sociale, e quando il legislatore non ricorre a tali classificazioni sospette, vale a dire quando è in discussione solo l'uguaglianza davanti alla legge, il grado di intensità del controllo è meno elevato» (57). Così inteso, il sindacato giudiziale in materia di non discriminazione opera come garanzia finale, di «chiusura», della coerenza del sistema, per dare effettività ai principi di uguaglianza, di dignità della persona e di tutela delle vittime di atti discriminatori. Principi, questi, annoverati tra i diritti fondamentali della persona oltre che tra i principi del diritto sociale dell'Ue, che costituiscono i principali strumenti per costruire regole limitative del potere privato in generale, e delle libertà economiche in particolare.

5. — *«Oltre il giardino» delle discriminazioni in base alla nazionalità e al genere. Il divieto di discriminazione tra lavoratori a tempo parziale e a tempo determinato, e lavoratori «comparabili» a tempo pieno e a tempo indeterminato* —

5.1. — Nella seconda metà degli anni novanta, ancor prima dell'entrata in vigore del Trattato di Amsterdam, e quindi senza il viatico dell'art. 13, TCE, che sarà la base giuridica delle Direttive n. 2000/43 e n. 2000/78, il principio di non discriminazione si spinge «oltre il giardino» dell'uguaglianza in base alla nazionalità e al genere cercando nuove fattispecie da feconda-

(56) «... verificando: a) se sussista una disparità di trattamento; b) se tale disparità sia oggettivamente giustificata da una finalità legittima; c) se tale disparità sia comunque adeguata e necessaria a perseguire la detta finalità» (C. Giust., *Mangold*, cit., punti 65 e 75, con rinvii a *Rodríguez Caballero*, cit., punti 30-32).

(57) Così l'Avv. Gen. nei punti 31-33 delle sue Conclusioni (in data 21.5.2008), in C-127/07, decisa il 16.12.2008, *Arcelor Atlantique*, in *Racc.*, I-9895.

re. Il che non avviene sempre per «filiazione diretta», ma anzi «da zio a nipote», con la complicità di basi giuridiche peculiari e di «rimbalzo» dalla sponda della giurisprudenza comunitaria. Poggiando sulle norme del dialogo sociale istituzionale (ora artt. 154-155, TfUe), che legittimano la partecipazione delle parti sociali al processo di determinazione delle fonti del diritto Ue, il principio di non discriminazione permea sia l'Accordo quadro europeo sul lavoro a tempo parziale (allegato alla Direttiva n. 97/81) (58) sia quello sul lavoro a termine (allegato alla Direttiva n. 1999/70) (59). Entrambe le «direttive contrattate» stabiliscono invero che ai prestatori di lavoro impiegati con rapporti a tempo parziale o a tempo determinato si applicano le garanzie e i trattamenti riconosciuti ai lavoratori impiegati a tempo pieno e a tempo indeterminato, *comparabili*, a meno che *ragioni oggettive* non giustificano un trattamento differenziato. Esse «riconoscono al principio di non discriminazione una portata generale, in quanto costituiscono norme di diritto sociale dell'Unione di particolare importanza, di cui ogni lavoratore deve usufruire, in quanto prescrizioni minime di tutela» (60). Le eccezioni consentite al principio di non discriminazione – direttamente applicabile anche nei rapporti interprivati (61) – soggiacciono in ogni caso al test di idoneità, necessità e proporzionalità.

Assai rilevante è l'applicazione del principio di non discriminazione nel lavoro a tempo determinato. Al suo sviluppo ha contribuito una copiosa giurisprudenza della Corte, che ha acquistato rilievo sia per le conseguenze determinate in alcuni Stati membri (62) sia per il contributo recato all'*acquis* comunitario in tema di non discriminazione, affinando concetti (come, tra gli altri, le «ragioni oggettive» che possono giustificare trattamenti differenziati, i criteri e i parametri della «comparazione») e principi (come la conformazione del diritto interno al diritto Ue, col conseguente obbligo del

(58) Direttiva n. 97/81/Ce, del Consiglio del 15.12.1997, relativa all'Accordo quadro sul lavoro a tempo parziale concluso dall'Unice, dal Ceep e dalla Ces, la cui base giuridica era l'Accordo sulla politica sociale allegato al Protocollo (n. 14) sulla politica sociale del Trattato Ce (testo di Maastricht), in particolare l'art. 4.2. La direttiva è stata recepita in Italia col d.lgs. n. 61/2000.

(59) Direttiva n. 1999/70/Ce, del 28.6.1999, relativa all'Accordo quadro Ces, Unice e Ceep sul lavoro a tempo determinato.

(60) C. Giust. 13.9.2007, C-307/05, *Del Cerro Alonso*, in *Racc.*, I-07109, punto 27; 22.12.2010, cause riunite C-444/09 e C-456/09, *Gavieiro Gavieiro e Iglesias Torres*, in *Racc.*, I-14031, punto 41.

(61) C. Giust., *Gavieiro Gavieiro e Iglesias Torres*, cit.

(62) Tra cui l'Italia, per il settore della scuola: cfr., da ultimo, C. Giust. 26.11.2014, cause riunite C-22/13, C-61/13, C-62/13, C-63/13, C-418/13, *Mascolo e aa.*, confermativa di precedenti pronunce.

giudice nazionale di disapplicare le norme interne contrastanti), con positiva *retroazione* sulle pronunce relative ad altre fattispecie discriminatorie.

5.2. — Al principio di non discriminazione assegnano un ruolo centrale i citati Accordi quadro, e in particolare quello sul lavoro a termine, come affermano il Considerando n. 14 e l'art. 2 della Direttiva n. 1999/70, la quale conferisce forza giuridica all'Accordo e dà quindi sostanza sia alla «volontà delle parti sociali di stabilire un quadro generale che garantisca la parità di trattamento ai lavoratori a tempo determinato, proteggendoli dalle discriminazioni» (così il preambolo dell'Accordo), sia all'obiettivo di «migliorare la qualità del lavoro a tempo determinato garantendo il rispetto del principio di non discriminazione» (clausola 1, lett. *a*, dell'Accordo). Obiettivo, questo, da conseguirsi mediante «requisiti minimi atti a garantire l'applicazione del divieto di discriminazione» (Considerando 14 della Direttiva, nonché Preambolo e Considerando 10 dell'Accordo). Divieto che la clausola 4 dell'Accordo impone di applicare «nei confronti dei lavoratori a tempo determinato, per impedire che questo tipo di rapporto venga utilizzato dal datore per privare quei medesimi lavoratori di diritti riconosciuti invece ai lavoratori a tempo indeterminato (63), in tal modo esprimendo «un principio di diritto sociale dell'Unione che non può essere interpretato in modo restrittivo» (64). Il principio di non discriminazione, di cui alla clausola 4, è stato ritenuto dalla Corte di Giustizia caposaldo indiscutibile e autosufficiente (o *self executing*) perché trasfonde nell'ordinamento europeo il contenuto del principio di uguaglianza.

Sin dalla sentenza *Impact* (65) la Corte di Giustizia ha riconosciuto al contenuto della clausola 4 carattere incondizionato e sufficientemente preciso, tanto da poter essere invocato dal singolo dinanzi al giudice nazionale e ribadendo, in base all'art. 136, TCe (ora art. 151, TfUe), che nella determinazione sia degli elementi costitutivi della retribuzione sia del livello di tali elementi doveva applicarsi ai lavoratori a tempo determinato il principio di non discriminazione, di cui alla clausola 4 dell'Accordo. La locuzione «condizioni di impiego» (di cui alla clausola 4) comprende infatti, secondo la C. Giust., ogni aspetto regolativo del rapporto di lavoro, e quindi la stessa fase estintiva (66), senza escludere la *retribuzione*, non rilevan-

(63) Cfr. C. Giust., *Gavieiro Gavieiro e Iglesias Torres*, cit.; *Del Cerro Alonso*, cit., punto 37.

(64) Cfr. C. Giust., *Del Cerro Alonso*, cit., punto 38; 15.4.2008, C-268/06, *Impact*, in *Racc.*, I-02483, punto 114; *Gavieiro Gavieiro e Torres*, cit.

(65) *Impact*, punto 114.

(66) C. Giust. 12.12.2013, C-361/12, *Carratù c. Poste italiane Spa*, in *Racc. digitale*.

do in proposito la formale mancanza di competenze dell'Ue in materia di retribuzione (secondo l'art. 153.5, TfUe), da riferirsi alla sola diretta determinazione dei livelli retributivi (67). Oltretutto, l'esclusione della retribuzione dalle «condizioni di impiego» priverebbe la direttiva di ogni effetto utile, posto che di norma i trattamenti discriminatori ineriscono aspetti retributivi (si pensi alle pronunce della C. Giust. sul riconoscimento degli scatti di anzianità, cui fa peraltro espressa menzione la clausola 4.4.) (68). Il divieto di applicazioni di condizioni di impiego differenziate si applica anche nei rapporti con la p.a. e anche nel caso in cui al rapporto di lavoro medesimo corrispondano ruoli, funzioni ovvero incarichi dirigenziali.

Il divieto di cui alla clausola 4.1 è stato costantemente ritenuto dalla Corte di Giustizia incondizionato e sufficientemente preciso, tale da non richiedere atti di trasposizione interna della direttiva, con la sola riserva delle giustificazioni fondate su *ragioni oggettive*, soggette in ogni caso al sindacato giurisdizionale. Secondo la Corte, il principio di non discriminazione enunciato nella clausola 4 ha un contenuto sufficientemente preciso da poter essere invocato da un singolo nei confronti dello Stato e applicato dal giudice anche previa disapplicazione di norme interne difformi (69). La Corte ha anche ritenuto che la nozione di «ragioni oggettive» dev'essere intesa nel senso che non giustifica una disparità di trattamento per il fatto che essa sia prevista da una norma interna generale e astratta come una legge o un contratto collettivo (70). Per converso, tale nozione esige che una disparità di trattamento sia giustificata da elementi precisi e concreti che contraddistinguono il rapporto di impiego di cui trattasi nel particolare contesto in cui s'inscrive e in base ai criteri oggettivi e trasparenti, al fine di verificare se tale disparità risponda a una reale necessità, sia idonea a conseguire l'obiettivo perseguito e risulti a tal fine necessaria (71).

Al principio di non discriminazione si può dunque derogare solo in presenza di «ragioni oggettive»; in base a questo principio, le deroghe devono consistere nella necessità di perseguire un obiettivo di preminente interesse generale, legittimo ai sensi del diritto Ue, e le misure in deroga devono

(67) C. Giust., *Del Cerro Alonso*, cit.

(68) C. Giust., *Del Cerro Alonso*, cit.; 8.9.2011, C-177/10, *Rosado Santana* in *Racc.*, I-07907.

(69) C. Giust., *Impact*, 2008, cit.; 22.4.2010, C-486/08, *Zentralbetriebsrat der Landeskrankenhäuser Tirols*, in *Racc.*, I-03527; *Gavieiro Gavieiro*, cit.; *Rosado Santana*, cit.; 18.10.2012, cause riunite C-302-305/11, *Valenza e Marsella e a.*, in *Racc. digitale*.

(70) C. Giust., *Valenza*, cit., punto 50; *Del Cerro Alonso*, cit., punto 57, *Gavieiro Gavieiro e Iglesias Torres*, cit., punto 54; *Rosado Santana*, cit., punto 72; 9.2.2012, C-556/11, *Lorenzo Martínez*, punto 47, in *Racc. digitale*.

(71) C. Giust., *Zentralbetriebsrat der Landeskrankenhäuser Tirol*, cit.

essere, in relazione al fine, idonee, necessarie e proporzionate, senza andare oltre quanto necessario per conseguire quel fine. La Corte ha, ad esempio, decisamente escluso che rientrino nel novero delle ragioni oggettive il mero fatto che si tratti di rapporti a termine nel pubblico impiego o che si tratti, *tout court*, di rapporti a tempo determinato (72).

Il principio di non discriminazione implica l'esistenza di un parametro di riferimento, che è identificato con il lavoratore a tempo indeterminato «comparabile» (come definito dalla clausola 3.2.), mediante un criterio essenzialmente incentrato sull'inquadramento contrattuale e sulla professionalità, ammettendosi pertanto, come nel divieto di discriminazione di genere, che il giudizio comparativo possa prescindere (73) dall'esistenza, nella stessa azienda, di un soggetto «comparabile», ben potendo basarsi su norme di legge e contrattuali o sulla prassi.

Correlato al principio di non discriminazione è l'obbligo degli Stati membri (*ex art. 2 della Direttiva*) di adottare le misure necessarie per prevenire gli *abusi*, il che implica la previsione di sanzioni sufficientemente dissuasive e adeguatamente riparative (cioè proporzionate) (74), nonché tali da non rendere «praticamente impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti conferiti dall'ordinamento giuridico dell'Unione» (75).

Priva di valore precettivo è, invece, l'affermazione secondo cui il contratto a «tempo indeterminato» resta la «forma comune» dei rapporti di lavoro (Preambolo e Considerando dell'Accordo quadro) (76). Quell'affer-

(72) L'ordinamento italiano è stato investito più volte del controllo della Corte di Giustizia sulla parità di trattamento in riferimento all'anzianità di servizio, sulla base di disposizioni speciali del diritto interno. I casi riguardavano procedure disciplinate dalla legge, destinate a favorire la «stabilizzazione», a tempo indeterminato, di pubblici dipendenti assunti a tempo determinato (C. Giust. 7.3.2013, C-393/11; *Bertazzi e a.; Valenza e Marsella*, cit.).

(73) C. Giust., *Webb*, cit.

(74) In *Affatato* (1.10.2010, C-3/10, in *Racc.*, I-00121), la C. Giust. afferma che di per sé il diritto dell'Ue non impone la sanzione della conversione del contratto a termine in contratto a tempo indeterminato. Nel pubblico impiego italiano può anche prevedersi il solo risarcimento del danno (art. 36, d.lgs. n. 165/2001), purché adeguato. Spetta al giudice interno tale valutazione.

(75) C. Giust. 12.12.2013, C-50/13, *Papalia*.

(76) Gli Stati membri possono decidere di escludere dalle tutele della direttiva determinati tipi di contratto a termine (ad es., la C. Giust. ha considerato legittima l'esclusione dei lavoratori socialmente utili nel diritto italiano: 15.3.2012, C-157/11, *Sibilio*, in *Racc. digitale*). La direttiva riguarda contratti stipulati direttamente tra datore e prestatore di lavoro, con esclusione pertanto del lavoro interinale (sul quale è intervenuta la Direttiva n. 2008/104); deroga confermata da C. Giust. 11.4.2013, C-290/12, *Della Rocca c. Poste italiane Spa*.

mazione viene in genere usata dall'interprete per sottolineare come l'utilizzo del contratto a termine non sia esente da limiti e condizioni, la cui inosservanza può comportare sanzioni.

Ulteriore espressione del principio di non discriminazione è anche la clausola 7.1 dell'Accordo, secondo cui «i lavoratori a tempo determinato devono essere presi in considerazione in sede di calcolo della soglia oltre la quale, ai sensi delle disposizioni nazionali, possono costituirsi gli organi di rappresentanza dei lavoratori nelle imprese previsti dalle normative comunitarie e nazionali».

Riferimenti bibliografici

- Ballestrero M.V. (2009), *La conciliazione tra lavoro e famiglia. Brevi considerazioni introduttive*, in *LD*, n. 2, 161 ss.
- Bobbio N. (1990), *L'Età dei diritti*, Einaudi, Torino.
- Calafà L. (2004), *Le Direttive antidiscriminatorie di «nuova generazione»: il recepimento italiano*, in *Studium iuris*, n. 7-8, 873 ss.
- Calafà L. (2007), *Le discriminazioni basate sull'orientamento sessuale*, in M. Barbera (a cura di), *Il nuovo diritto antidiscriminatorio. Il quadro comunitario e nazionale*, Giuffrè, Milano, 171 ss.
- Calafà L. (2009), *Unione solidale registrata fra persone omosessuali e pensione superstiti: il caso TadaoMaruko dinanzi alla Corte di Giustizia Ce*, in *q. Riv.*, n. 1, II, 251 ss.
- Cartabia M. (2011), *Riflessioni in tema di eguaglianza e di non discriminazione*, in *Alle frontiere del diritto costituzionale, Scritti in onore di Valerio Onida*, Giuffrè, Milano, 415 ss.
- Commissione Ce (2008a), Comunicazione «Un miglior equilibrio tra lavoro e vita privata: sostenere maggiormente gli sforzi tesi a conciliare la vita professionale, privata e familiare», Com(2008)635 def.
- Commissione Ce (2008b), Proposta di direttiva «recante applicazione del principio di parità di trattamento fra le persone indipendentemente dalla religione o le convinzioni personali, la disabilità, l'età o l'orientamento sessuale», Com(2008)426.
- Commissione Ce (2009) Comunicazione al Consiglio, al Parlamento europeo, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle Regioni, su «Attuazione, risultati e valutazione globale dell'Anno europeo delle pari opportunità per tutti (2007)», Com(2009)269 def.
- Commissione Ue (2014a), *An open and secure Europe: making it happen*, Com(2014)154.
- Commissione Ue (2014b), *The EU Justice Agenda for 2012 – Strengthening Trust, Mobility and Growth within the Union*, Com(2014)144 final.
- Commissione Ue (2014c), Relazione al Parlamento europeo e al Consiglio sull'applicazione della Direttiva n. 2000/43/Ce del Consiglio, del 29 giugno 2000, che attua il principio della parità di trattamento fra le persone indipendentemente dalla razza e dall'origine etnica e della Direttiva n. 2000/78/Ce del Consiglio, del 27 no-

- vembre 2000, che stabilisce un quadro generale per la parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro, Com(2014)02 final.
- Consiglio (2007), Risoluzione del 5.12.2007 sul *follow-up* dell'Anno europeo delle pari opportunità per tutti (2007 C-308/01)
- Cosio R. (2013), *Discriminazioni per età: la Corte di Giustizia Ue in tema di giustificazione delle disparità di trattamento*, in *LG*, n. 1, 75 ss.
- Cosio R., Foglia R. (a cura di) (2012), *Il diritto europeo nel dialogo delle Corti*, Milano, Giuffrè.
- De Simone G. (2001), *Dai principi alle regole. Eguaglianza e divieti di discriminazione nella disciplina dei rapporti di lavoro*, Giappichelli, Torino.
- De Simone G. (2009), *Conciliare lavori e famiglie. Differenze virtuose e differenze perniciose in tema di tassazione dei redditi da lavoro e di sistemi pensionistici*, in *LD*, n. 2, 255 ss.
- European Union Agency for Fundamental Rights (2013), *EU LGBT survey - European Union lesbian, gay, bisexual and transgender survey - Results at a glance (fra.europa.eu)*.
- European network of equality bodies – Equinet (2013), *Equality bodies promoting equality & non-discrimination for LGBT people*, in www.equineteurope.org.
- Ferrajoli L. (2007), *Uguaglianza e non discriminazione nella Costituzione europea*, in A. Galasso (a cura di), *Il principio di uguaglianza nella Costituzione europea, diritti fondamentali e rispetto della diversità*, Franco Angeli, Milano, 16 s.
- Izzi D. (2008a), *La Direttiva n. 2000/78 tutela le aspettative previdenziali del partner omosessuale di un lavoratore deceduto?*, in *LG*, n. 12, 1223 ss.
- Izzi D. (2008b), *Il divieto di discriminazioni razziali preso sul serio*, in *q. Riv.*, n. 4, II, 765 ss.
- Melin-Soucramanien F. (2005), *Constitution de la République Française*, Dalloz, Paris.
- Parlamento europeo (1999), Risoluzione del 17.6.1999, sulla parità di opportunità in materia di occupazione per i disabili (in *GU Ce* del 2.7.1999, C 186/3).
- Parlamento europeo (2012), Risoluzione del 13.2.2012 sulla parità tra donne e uomini nell'Ue (2011/2244/Ini).
- Valenti V. (2014), *Verso l'uropeizzazione del diritto nazionale di famiglia? (Brevi osservazioni a margine del caso Hay, Corte di Giustizia Ue C-267/12, sent. 12 dicembre 2013)*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, n. 2, 24.5.2014.

ABSTRACT

L'articolo tratta del divieto di discriminazione nel diritto dell'Ue. L'analisi è condotta attraverso l'esame dei concetti fondamentali di uguaglianza e non discriminazione nei loro vari significati e del diritto antidiscriminatorio come uno strumento di tutela di soggetti deboli e potenzialmente discriminabili. Lo studio inizia con una ricostruzione della situazione precedente il 2000, dedicando attenzione ai limiti di alcune leggi nazionali, in particolare in tema di onere della prova e di discriminazione indiretta. L'Autore esamina quindi l'attuazione delle Direttive n. 2000/43 e n. 2000/78, con particolare riferimento al divieto di discriminazione in base alla razza, all'età, alla disabilità e all'orientamento

sessuale, dedicando attenzione all'interpretazione del principio di non discriminazione nella giurisprudenza della Corte di Giustizia, mettendone in rilievo l'evoluzione da una fase iniziale di neutralità e di chiusura a una di maggiore apertura e «garantista» nella tutela dei diritti, grazie anche al dialogo con la Corte europea dei diritti dell'uomo. L'articolo restituisce un quadro del diritto antidiscriminatorio caratterizzato, da un lato, da una copiosa produzione normativa e, dall'altro, dalla resistenza dei singoli Stati a una corretta trasposizione.

EQUALITY, GENDER PARITY AND ANTI-DISCRIMINATION LAW IN THE EU

The article relates to the prohibition of discrimination in EU law. The study is conducted through the analysis of fundamental concepts such as equality and no-discrimination in all their meanings and anti-discrimination law as a new tool for protecting «weak» and potentially discriminable subjects. It begins with a survey of the situation prior to 2000, paying special attention to the failures of some national laws, in particular where the burden of proof and indirect discrimination are concerned. It then proceeds to examine the implementation of EC Directives n. 2000/43 and n. 2000/78 and, particularly, the elimination of discrimination on the grounds of race, age, disability, and sexual orientation. Fundamental analysis is the principle of nondiscrimination in the judgments of the Court of Justice of the EU, as is its case-law that makes live antidiscrimination law. The Court itself has actually seen an evolution of their positions going from an initial phase of closure against an involvement in the issue of protection of human rights to one of more opening, establishing a dialogue with the European Court of Human Rights. The article returns a picture of the situation on the one hand characterized by copious production of legal acts, and on the other hand by the resistance offered by the individual States to transpose of the same acts.