

## Inderogabilità, derogabilità e crisi dell'uguaglianza\*

Giorgio Fontana

1. Premessa.	536
2. Fra libertà ed eguaglianza.	537
3. La derogabilità dei trattamenti: brevi note critiche.	541
4. Disuguaglianze e giustificazioni. Come difendere oggi l'ispirazione garantista e democratica dell'inderogabilità.	543
5. L'art. 8 l. n. 141/2011: il (dis)valore delle differenze.	545
6. Le riforme del lavoro del Governo Renzi: d. lgs. n. 23/2015, d. lgs. n. 81/2015.	548
6.1. Il contratto a tutele crescenti.	548
6.2. I "nuovi" contratti a termine.	551
6.3. La riforma dei contratti parasubordinati.	553
6.4. Le procedure di stabilizzazione.	555
6.5. Il nuovo art. 2103 c.c.	556
7. I rapporti fra contratto collettivo e legge.	559
8. Conclusioni.	560

---

\* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 276/2015

## 1. Premessa.

L'inderogabilità, come teoria della norma nel diritto del lavoro, è certamente tributaria di tendenze affermatesi nel corso del Novecento ed affonda le sue radici nei valori fondanti della nostra Costituzione, anche se la sua incubazione risale a tempi più remoti. Così la sua crisi – indiscutibilmente portata, da un punto di vista strutturale, dai cambiamenti nel sistema delle fonti, e dal punto di vista funzionale dalle contingenti, pressanti istanze socio-economiche – potrebbe preludere al superamento di quei valori originari e di quelle tendenze, inerendo ad una ben precisa fase storica, e quindi ad un certo modo di regolazione del mercato per fini di interesse generale (o così considerati: in tal senso è essa stessa, l'inderogabilità, da considerarsi un "valore").<sup>1814</sup> La sua "storicità" - quanto meno nel senso della variabile incidenza sul contratto di lavoro e sul rapporto fra le fonti - è stata del resto sempre riconosciuta come uno dei tratti caratteristici dell'inderogabilità,<sup>1815</sup> ed è sottintesa anche in questo lavoro, che si occupa criticamente della sua parabola declinante velocizzata dall'iperattivo contro-riformismo degli ultimi anni.

La tesi di fondo di questo saggio è che esprimersi in termini di "storicità" e quindi di relativismo è certamente giusto, ma che forse ancora più giusto sarebbe collocare l'eclissi dell'inderogabilità come "valore ordinante" nel contesto della crisi dell'uguaglianza, che vede emergere valori diversi se non opposti - i valori dell'identità e delle differenze – tipici del post-modernismo.<sup>1816</sup>

Che l'inderogabilità e l'uguaglianza, pur non essendo sinonimi, siano fra loro collegate e anzi in qualche misura si tengano reciprocamente, può essere considerato del resto un dato acquisito.<sup>1817</sup> *Simul stabunt simul cadent*, si potrebbe dire, e non v'è dubbio che il *trend*, da alcuni anni o decenni, sia negativo per entrambi questi valori/principi. Come scrive Cassano – un non-giurista – il "nuovo capitalismo ha rilanciato le disuguaglianze celebrandole come un valore",<sup>1818</sup> ed è proprio questo il punto cruciale della crisi che li riguarda, alla luce dell'incapacità degli ordinamenti

<sup>1814</sup> v. C. Cester, *La norma inderogabile: fondamento e problema del diritto del lavoro*, in *Giorn.dir.lav.rel.ind.*, 2008, p. 353 ss.

<sup>1815</sup> R. De Luca Tamajo, *La norma inderogabile nel diritto del lavoro*, Napoli, Jovene ed., 1976, ma si veda pure, più recentemente, *Il problema dell'inderogabilità delle regole a tutela del lavoro: passato e presente*, relazione al Congresso Aidlass pubblicata in *Giorn.dir.lav.rel.ind.*, 2013, 4. Per riflessioni più recenti sul tema dell'inderogabilità v. A. Zoppoli, *Il declino dell'inderogabilità*, in *Diritti Lavori Mercati*, 2013, 1, p. 53 ss. e G. Santoro Passarelli, *Autonomia privata individuale e collettiva, norma inderogabile e norma flessibile*, in G. Pino (a cura di), *Diritti fondamentali e regole del conflitto collettivo*, Giuffrè, Milano, 2015, p. 93 ss. Si veda poi il lavoro sempre attuale di M. Novella, *L'inderogabilità nel diritto del lavoro. Norme imperative e autonomia individuale*, Giuffrè, Milano, 2009. Per un'analisi critica della normazione in materia di lavoro flessibile v. recentemente L. Calcaterra, *Brevi riflessioni sulle tecniche normative nella legislazione della flessibilità*, in *Arg. Dir. Lav.*, 2014, 6.

<sup>1816</sup> Non si può dar conto di tutti gli autori che (da diverse angolazioni teoriche) si sono occupati di questi temi, ma certo è innegabile un dato empirico e cioè che, come scrive Danilo Zolo, nelle nostre società post-industriali "i soggetti sembrano attratti da una sorta di bisogno di disuguaglianza, dall'aspirazione a realizzare e proclamare la propria differenza" (D. Zolo, *L'alto della libertà*, Feltrinelli Milano 2008, p. 54). Per una riflessione di carattere generale si veda fra gli altri, per la sua attinenza ai temi qui trattati, L. Gianformaggio, *L'uguaglianza e le norme*, in L. Gianformaggio e M. Jori (a cura di), *Scritti per Uberto Scarpelli*, Milano, Giuffrè, 1997, p. 373, ora in L. Gianformaggio, *Eguaglianza, donne e diritto*, Bologna, Il Mulino, 2004, p. 125; da un punto di vista soprattutto lavoristico cfr. P. Chieco, in *Eguaglianza e libertà nel diritto del lavoro*, Cacucci ed., Bari, 2004, p. 49 ma *passim*. Per ulteriori riferimenti v. *infra*.

<sup>1817</sup> Si possono riprendere le parole di Ghera: "il binomio uguaglianza-inderogabilità è un elemento strutturale oltre che genetico del diritto del lavoro: sia della legislazione del lavoro sia della contrattazione collettiva, entrambe rivolte a tutelare il lavoratore come contraente debole" (E. Ghera, *Luciano Ventura avvocato e giurista*, in P. Chieco (a cura di), *Eguaglianza e libertà nel diritto del lavoro*, op.cit., qui p. 125-126).

<sup>1818</sup> F. Cassano, *Senza il vento della storia*, Roma-Bari, Laterza ed., 2015, p. 31.

e degli stessi loro “nuclei” costituzionali di contrapporvi adeguate contromisure.<sup>1819</sup>

Ovviamente l'inderogabilità – diversamente dall'uguaglianza giuridica e a maggior ragione dall'uguaglianza “di fatto” – è un ben preciso modo di regolazione del mercato, legato a filo doppio a un certo assetto dei rapporti fra stato e mercato, in stretta relazione con il modificarsi della struttura economica e sociale e delle stesse ideologie giuridiche (da qui, come s'è detto, la sua innegabile storicità).<sup>1820</sup> Dal diritto liberale alla Costituzione, passando attraverso il corporativismo: il tragitto non è, in effetti, molto complicato sul piano descrittivo, ma lo diventa non appena si passi alla necessità di organizzazione e sistemazione del rapporto fra le fonti di disciplina: dibattito in cui si snodano soluzioni variegate, collocate lungo una linea ideale che vede ad un estremo il principio di auto-regolazione del mercato (attraverso il contratto, suo strumento giuridico) e all'altro la soppressione della libertà acquisitiva (attraverso la legge). Situazioni che descrivono, appunto, gli “estremi”, ossia la tirannia di un valore sull'altro:<sup>1821</sup> tentazione ricorrente nella storia, almeno sul piano delle culture politiche, quando piuttosto andrebbero ricercate e sottolineate le linee di congiunzione e di saldatura.<sup>1822</sup> Ed in questo stesso contesto problematico va collocata pure la discussione sulla “derogabilità”: strategia che invero, nel rapporto lavorativo, il valore delle differenze, ma si presenta oramai in un modo tale - per frequenza, sistematicità e raggio d'azione - da non trovarsi più in un rapporto di eccezione rispetto alla regola dell'inderogabilità, realizzando di fatto una nuova “normalità”. L'interrogativo che ispira questo lavoro è capire fino a che punto può oggi ancora parlarsi delle differenze come un “valore” da affermare, o se piuttosto esse non vadano scrutinate e vagliate molto attentamente sotto il profilo assiologico, introducendo distinzioni di trattamento sempre meno giustificate, e sempre più percepite, per le disuguaglianze che producono, come un “disvalore”, o addirittura come un contro-valore “tirannico”, in grado di annichilire il fondamento assiologico del diritto del lavoro.

## 2. Fra libertà ed eguaglianza.

L'inderogabilità, invero, agisce fra i due termini storicamente in conflitto nel diritto del lavoro: è un antagonista della libertà, costituendo il suo limite e opponendosi alla logica acquisitiva del mercato, e per altro verso un protagonista dell'uguaglianza. Anzi si può ben dire, senza timore d'essere smentiti, che l'inderogabilità sia fautrice del superamento della logica paritaria in senso puramente formale. Il meccanismo invalidante/sostitutivo, diretto alla tutela del solo lavoratore, può dirsi tranquillamente come una delle tante espressioni di diritto “diseguale”: l'ordinamento

<sup>1819</sup> S. Giubboni, in *Profili costituzionali del contratto di lavoro a tutele crescenti*, in CSDLE “Massimo D'Antona”, n. 246/2015; dello stesso autore, per un affresco storico sulla crisi del diritto del lavoro tutelare, v. *Lavoro e diritti in crisi: il caso italiano in prospettiva europea*, in *Politica del diritto*, 2015, 2, p. 257 ss.

<sup>1820</sup> A. Salento, *Postfordismo e ideologie giuridiche*, Milano, Franco Angeli ed., 2005.

<sup>1821</sup> Tema (o preoccupazione) che proprio in questo periodo storico torna ad essere presente nel discorso pubblico per il dominio assoluto dell'economia su ogni altro valore. Carl Schmitt, si ricorderà, in un notissimo saggio dal titolo *Riflessioni di un giurista sulla filosofia dei valori*, pubblicato nel 1959 (ora in C. Schmitt, *La tirannia dei valori*, Adelphi ed, Milano, 2008), riprendendo una dissertazione di Hartmann, parlò del paradosso della teoria dei valori, per cui ogni valore “ha la tendenza di ergersi a tiranno esclusivo dell'intero *ethos* umano, ed invero alle spese di altri valori, anche di quelli che non gli sono diametralmente opposti” (così N. Hartmann testualmente citato da C. Schmitt, op. cit. p. 61).

<sup>1822</sup> Nella filosofia politica v. A.K. Sen, *La diseguaglianza*, Il Mulino, Bologna, 1994; R. Dworkin, *Virtù sovrana*, Feltrinelli ed., Milano, 2002, p. 123 ss., ma anche *I fondamenti dell'eguaglianza liberale*, in S. Maffettone - R. Dworkin, *I fondamenti del liberalismo*, Laterza ed., Roma-Bari, spec. p. 39 ss.

prende atto delle differenze ed organizza un modello di intervento nelle relazioni giuridiche che avvantaggia la parte più debole. Non solo. La norma inderogabile tutela la posizione del lavoratore dalle contrastanti “pressioni” del mercato, operando una traslazione dei rischi a carico della parte più forte,<sup>1823</sup> e in tal senso promuove l’attuazione dell’uguaglianza sostanziale “nella più classica accezione di rimozione degli ostacoli che impediscono la realizzazione dei valori personali e/delle opportunità”.<sup>1824</sup> In sintesi, il regime di inderogabilità fa sì che per un verso l’uguaglianza sostanziale penetri nel contenuto stesso della norma (il valore della differenza implica il trattamento formalmente diverso del datore e del lavoratore), e per altro verso agisca come “leva” per investire l’uguaglianza “di fatto”, intesa questa volta come obiettivo “esterno” alla norma.

Ma per sua natura l’inderogabilità si riconnette pure all’uguaglianza giuridica, quale principio/norma di garanzia nei confronti del potere privato del datore di lavoro, vale a dire è strettamente funzionale a preservare il carattere uniforme e generale della disciplina (e della relativa valutazione) lasciando al solo detentore del potere normativo esterno la facoltà discrezionale di determinare differenze di trattamento. È posta a garanzia, come si è notato, che tutti i lavoratori si trovino “su un piano di parità rispetto all’esercizio del potere datoriale”<sup>1825</sup> e contiene in tal senso un implicito comando di parificazione, o comunque è ad essa inerente un effetto di parificazione.<sup>1826</sup>

Il trattamento deve essere eguale in condizioni pari così come deve essere diverso in condizioni diverse: questo è il nucleo “duro” dell’uguaglianza.<sup>1827</sup> L’universalità (o generalità) della norma,<sup>1828</sup> sarebbe tuttavia negata, o almeno ostacolata, se l’autonomia individuale, in un contesto in cui il potere contrattuale è sbilanciato strutturalmente, potesse agire liberamente con la sua forza creativa. L’inderogabilità può dirsi, in tal senso, una valvola di sicurezza della ragionevolezza della norma al cospetto di poteri di autonomia che sono in realtà poteri unilaterali, ossia manifestano il potere di imporre giuridicamente ad altri le proprie decisioni.<sup>1829</sup> Quando gli standard di trattamento sono inderogabili *in pejus* l’efficacia immediatamente sostitutiva della norma impedisce l’elusione dell’obbligo di uniformare ad essi i rapporti giuridici nell’impresa.<sup>1830</sup> Ciò significa che l’ordinamento pone vincoli di contenuto a quanto può essere statuito dalla fonte sottostante, impedendo che l’uguaglianza, intesa come assenza di discriminazioni, possa recedere dinanzi ai poteri di autonomia. Come dire che l’inderogabilità impedisce di realizzare in via di

<sup>1823</sup> M. Barbera, *L’uguaglianza come scudo e l’uguaglianza come spada*, in Riv. Giur. Lav., 2002, I, p. 812 (ma anche in P. Chieco, a cura di, *Eguaglianza e libertà nel diritto del lavoro*, op. cit.).

<sup>1824</sup> O. Mazzotta, *Lavoro, impresa, eguaglianza*, in Lav. Dir. 2004, 3-4, p. 594.

<sup>1825</sup> M. Barbera, *L’uguaglianza come scudo e l’uguaglianza come spada*, op. cit., p. 809.

<sup>1826</sup> V. E. Ghera, *Luciano Ventura avvocato e giurista*, op. cit., p. 126. Ghera osserva che “l’effetto di parificazione è implicito nel comando che limita l’autorità privata o il potere sociale dell’imprenditore, obbligandolo ad osservare il trattamento minimo”.

<sup>1827</sup> A. Cerri, *L’uguaglianza*, Laterza ed., Roma-Bari, 2005.

<sup>1828</sup> Che da sempre si ritiene valga a realizzare “il fine dell’uguaglianza” (N. Bobbio, *Teoria della norma giuridica*, G. Giappichelli ed., Torino, 1958, p. 233).

<sup>1829</sup> Così M. Barbera, *La sfida dell’uguaglianza*, in Riv. Giur. Lav., 2000, I, p. 262.

<sup>1830</sup> M. Barbera, *L’uguaglianza come scudo e l’uguaglianza come spada*, op. cit. p. 813.

prassi quel trattamento diseguale di situazioni eguali vietato in linea di principio dalla Costituzione.<sup>1831</sup>

Indirettamente il suo esserci nell'ordinamento lavoristico è presidio di "derogabilità ragionevoli", nella misura in cui consente distinzioni di trattamento soltanto nei limiti previsti dalle norme derogatorie di pari livello (nei limiti cioè di quanto la fonte normativa esterna ritiene necessario al fine di assicurare gli obiettivi o privilegiare gli interessi di volta in volta ritenuti prevalenti su quelli tutelati in via generale). Ovviamente l'effetto di parificazione dei trattamenti – o, come precisa Ghera, di parificazione verso il basso – è un risultato mediato dalla presunzione di inderogabilità delle norme lavoristiche. Andando contro il diritto comune dei contratti, che implica invece (in linea di principio) la disponibilità del regolamento contrattuale, "si vuole imporre la forza della legge nella regolazione del rapporto", e legge vuol dire uguaglianza. L'effetto di parificazione è dunque insito nelle norme di tutela e derivante dalla loro applicazione, in quanto la presunzione di inderogabilità significa proprio prescrivere (in base ad un'interpretazione che si vuole teleologicamente orientata ma in realtà presuppone la pre-comprensione dei valori in gioco<sup>1832</sup>) che le norme individuali devono essere conformi alle norme superiori, istituendo in tal modo un vincolo insuperabile al diritto applicabile.<sup>1833</sup> In questo modo l'eguaglianza di trattamento – ossia l'uguaglianza giuridica – incide, e non poco, sul rapporto di potere fra le parti.<sup>1834</sup> Imponendo l'obbligo sanzionato di disporre conformemente a quanto stabilito dalle norme superiori e stabilendo, in caso contrario, l'invalidità del prodotto dell'attività di normazione posta in essere dalle fonti sottostanti,<sup>1835</sup> l'inderogabilità ha un chiaro significato di limitazione del potere datoriale (sia che si eserciti bilateralmente che unilateralmente).

Ingiustamente l'uguaglianza giuridica<sup>1836</sup> è stata talvolta "limitata" all'uguaglianza formale, e posta, rispetto all'uguaglianza "sostanziale" o di fatto, su un piano per così dire inferiore.<sup>1837</sup> Proprio l'inderogabilità dimostra, invero, come il diritto possa costituire un *tertium quid* (per usare le parole di Letizia Gianformaggio) in grado di ricercare e assicurare insieme l'eguaglianza di trattamento e il trattamento *sostanzialmente* eguale, ossia equo.<sup>1838</sup>

Stesso discorso, almeno in parte, per il rapporto fra il contratto collettivo e il contratto individuale. Il principio di inderogabilità del contratto collettivo tutela le posizioni di vantaggio istituite dalle

<sup>1831</sup> V. M. G. Garofalo, *Le ambiguità dell'eguaglianza*, in P. Chieco (a cura di), op. cit., p. 114, ove nota che "nella vicenda dell'apposizione di limiti all'autonomia negoziale...la proposizione tutti i cittadini sono eguali da descrittiva diventa precettiva, da presupposto che rende la norma razionale, diventa essa stessa precetto" [corsivo mio].

<sup>1832</sup> R. De Luca Tamajo, *La norma inderogabile nel diritto del lavoro*, op. cit.

<sup>1833</sup> V. Ghera, op. ult. cit.

<sup>1834</sup> Come si è notato, "un imprenditore che può trattare diversamente i suoi dipendenti, senza doverne minimamente rispondere, non fa che applicare all'estrema potenza la regola del *divide et impera*, consolidando la sua posizione di supremazia": così, un po' di tempo fa, R. Del Punta, *Luciano Ventura e il pragmatismo dell'uguaglianza*, in P. Chieco (a cura di), op. ult. cit. p. 110.

<sup>1835</sup> L. Gianformaggio, op. cit. p. 140.

<sup>1836</sup> Definita da Gianformaggio come "possesso da parte di individui diversi della proprietà comune consistente nell'aver titolo a, o nel ricevere, lo stesso trattamento sulla base di una norma giuridica" (op. ult. cit. p. 129) ed analogamente, ma più precisamente da Bobbio come eguaglianza nei diritti (o dei diritti), il che "significa qualcosa di più che la mera eguaglianza di fronte alla legge come esclusione di ogni discriminazione non giustificata" (v. N. Bobbio, *Eguaglianza e libertà*, op. cit. qui p. 22 ss.).

<sup>1837</sup> Si veda la critica di L. Gianformaggio, op. cit. p. 126-127.

<sup>1838</sup> In grado "di garantire un'eguaglianza di fatto come risultato" (L. Gianformaggio, op. cit. p. 128).

norme collettive ed al tempo stesso è garanzia del “trattamento eguale” dei lavoratori nell’impresa, “bene” che trascende gli interessi individuali e trova immediata “giustificazione”, nel bilanciamento con altri valori costituzionali, nello stato di subalternità dei lavoratori come gruppo o classe sociale.<sup>1839</sup> Si ritrova qui il problema critico del rapporto fra invarianza di disciplina (eguaglianza di trattamento) e potere di autonomia, vale a dire, nello specifico, fra l’uguaglianza “soministrata dai gruppi” e la disuguaglianza cui inevitabilmente per sua natura tende l’autonomia individuale. Questione in verità “nascosta”, essendo l’inderogabilità considerata, generalmente, soltanto come “lo strumento attraverso cui risolvere le antinomie normative fra atti di autonomia collettiva ed atti di autonomia individuale (...) entrambi idonei a disciplinare la medesima situazione”,<sup>1840</sup> sminuendo il suo collegamento ad istanze superiori e soprattutto ai valori costituzionali di eguaglianza, dignità, sicurezza.

Dal punto di vista qui esaminato l’inderogabilità *in pejus* realizza, in relazione alla funzione normativa del contratto collettivo, l’interesse individuale ad un trattamento minimo e non discriminatorio.<sup>1841</sup> Difatti, l’inderogabilità soddisfa un’esigenza di perequazione dei trattamenti individuali di lavoro e contemporaneamente fa sì che la norma collettiva sia impiegata come “parametro legale per l’individuazione dei minimi di trattamento economico e normativo” legislativamente e costituzionalmente riconosciuti al singolo lavoratore subordinato (perseguendo l’eguaglianza sostanziale). Soltanto il fatto che le norme collettive sono inderogabili consente che esse vengano prese in considerazione quale parametro dalle norme superiori, e lo stesso avviene quando, come nel caso degli artt. 15 e 16 dello Statuto dei lavoratori, ad esse (alle fonti collettive) le norme rinviano “per l’individuazione del trattamento discriminatorio” vietato dall’ordinamento.<sup>1842</sup> Ogni ipotesi di sfaldamento dell’inderogabilità del contratto collettivo procura dunque effetti “sistemic” che vanno sempre considerati in modo molto rigoroso ed attento, quando si discute di strategie di deregolazione per finalità preminenti o di carattere generale.

Bisogna però ricordare che l’inderogabilità del contratto collettivo è non solo garanzia di esigibilità dei trattamenti collettivi, ma anche garanzia del potere del gruppo nei confronti del singolo lavoratore.<sup>1843</sup> Più che di inderogabilità in senso stretto si discute qui, più spesso, in termini di efficacia, o per meglio dire di effetto giuridico,<sup>1844</sup> ma al fondo ci sono gli stessi problemi e cioè i limiti del potere eteronomo. In questi casi, particolarmente scottanti in periodi di crisi, la soggezione della fonte autonoma alla fonte collettiva eteronoma presidia la rimodulazione verso il

<sup>1839</sup> v. G. Vardaro, *Contratti collettivi e rapporto individuale di lavoro*, FrancoAngeli ed., 1985, p. 332 ss., il quale sottolinea come questo risultato sia ottenuto attraverso “un’attenuazione del principio dell’efficacia dispositiva degli atti di autonomia privata”, qualunque sia il modo per arrivare a ciò.

<sup>1840</sup> Così G. Vardaro, op. ult. cit. p. 334.

<sup>1841</sup> v. G. Vardaro, *Contratti collettivi e rapporto individuale di lavoro*, op. cit. p. 370 ss.

<sup>1842</sup> v. E. Ghera, *Sub art. 15 e 16*, in U. Prosperetti, *Commentario dello Statuto dei lavoratori*, Giuffrè, Milano, 1975; ma anche in *Diritto del lavoro*, Cacucci, Bari.

<sup>1843</sup> Con un rilievo maggiormente istituzional-pubblicistico del contratto collettivo, come atto giuridico avente funzione diversa dall’autonomia privata e posto in essere da soggetti diversi da quelli che danno vita al contratto individuale (v. ancora in tal senso G. Vardaro, op. ult. cit. p. 335).

<sup>1844</sup> v. L. Mengoni, *Il contratto collettivo nell’ordinamento giuridico italiano*, in Jus, 1975, p. 167, che parla più precisamente di “effetto inderogabile”.

basso dei diritti individuali e in tal senso è garanzia (anche se alquanto precaria) di “resistenza” delle posizioni di svantaggio, o dei sacrifici, distribuiti dal contratto collettivo.<sup>1845</sup>

### 3. La derogabilità dei trattamenti: brevi note critiche.

Ovviamente inderogabilità non vuol dire uguaglianza e sono totalmente diversi gli approcci, ad esempio, rispetto al diritto antidiscriminatorio,<sup>1846</sup> così come l'effetto di parificazione della norma inderogabile è cosa ben diversa dalla parità di trattamento (si potrebbe dire, forse, che corrono le stesse differenze che sussistono fra eguaglianza ed egualitarismo<sup>1847</sup>), ma sicuramente sono ad essa inerenti istanze di segno opposto alla libertà acquisitiva.

La libertà è stata abbinata tante volte all'uguaglianza in termini radicalmente oppositivi e più raramente in termini per così dire armonici,<sup>1848</sup> e lo stesso è avvenuto per altri “accoppiamenti” in cui vengono in gioco istanze superiori di diversa natura come sicurezza, autorità, giustizia (ed altre ancora si potrebbero ricordare). Nell'inderogabilità si fondono (o si confondono) tutte queste istanze di diverso segno rispetto alla libertà, benché sia l'uguaglianza la finalizzazione ultima dell'intervento eteronomo anche quando sembra perseguire, nei confronti dei poteri di autonomia, obiettivi non direttamente ad essa correlati.<sup>1849</sup> Sono contrasti che riproducono il problema critico che in un regime liberal-democratico fondato sul mercato si presenta nel rapporto fra libertà e uguaglianza,<sup>1850</sup> nodo irrisolto (e forse irrisolvibile) proprio perché sono libertà fondamentali che producono disuguaglianze declinate in modi variabili. Indubbiamente il rapporto fra diritti di libertà, diritti patrimoniali e disuguaglianze va collocato entro un campo semantico molto più ampio, ma non sembra aver torto chi osserva che le istanze più coerenti e consapevoli dell'ideologia politica ed economica liberale si radicano nell'individualismo e nell'antistatalismo,<sup>1851</sup> mentre i meccanismi eteronomi che - per perseguire obiettivi di segno contrario - annullano i diritti contrattuali, alludono ad istanze alle prime antinomiche che si radicano storicamente in altri valori - si chiamino pure uguaglianza, giustizia, solidarietà o sicurezza.<sup>1852</sup>

Problemi tutto sommato simili e tensioni analoghe, ma a parti invertite, si producono con lo sfal-

<sup>1845</sup> Il tema oggi è molto discusso, si veda al riguardo, anche per i riferimenti R. De Luca Tamajo, *Il problema dell'inderogabilità delle regole a tutela del lavoro: passato e presente*, op. cit.

<sup>1846</sup> Utilizzato come contrappeso alla flessibilizzazione delle condizioni di lavoro e delle tipologie contrattuali e visto, in tal senso, come modalità di controllo coerente con “un processo di carattere più generale che vede le tradizionali tecniche di regolazione di tipo sostanziale (fondate su norma inderogabili che stabiliscono diritti a ottenere o conservare determinati beni della vita) cedere a tecniche di carattere procedurale (...)”: così M. Barbera, *Introduzione, il nuovo diritto antidiscriminatorio: innovazione e continuità*, in M. Barbera (a cura di), *Il nuovo diritto antidiscriminatorio*, Giuffrè, Milano, 2007, qui p. XXIV.

<sup>1847</sup> v. N. Bobbio, *Eguaglianza ed egualitarismo*, in Riv. Int. Fil. Dir., 1976, 3, ora in *Teoria generale della politica*, Einaudi, Torino, 1999, p. 247 ss.

<sup>1848</sup> Fra gli altri v. M.V. Ballestrero, *Eguaglianza e differenza nel diritto del lavoro. Note introduttive*, in Lav. Dir., 2004, p. 503; fra i filosofi politici, oltre a quelli già citati nella nota n. 10, v. L. Ferrajoli

<sup>1849</sup> G. D'Amico, *Ordine pubblico e illiceità contrattuale*, in F. Di Marzio, *Illiceità, immeritevolezza, nullità*, ESI, Napoli, 2004.

<sup>1850</sup> cfr. N. Bobbio, *L'età dei diritti*, Einaudi, Torino, 1990, ma anche in *Eguaglianza e libertà*, Einaudi, Torino, 1995.

<sup>1851</sup> D. Zolo, *Libertà, proprietà ed uguaglianza nella teoria dei diritti fondamentali*, in L. Ferrajoli (a cura di), *Diritti fondamentali*, Laterza ed. Bari-Roma, 2001, p. 58-59.

<sup>1852</sup> v. M. G. Garofalo, *Le ambiguità dell'eguaglianza*, in P. Chieco (a cura di), op. cit. p. 113, ove nota che il diritto del lavoro “è percorso dalla dialettica tra l'autonomia privata – che è, poi, l'espressione con la quale noi giuristi chiamiamo il mercato, guardando lo strumento giuridico attraverso il quale quest'ultimo si realizza – e vincoli alla stessa, dove la prima è il regno delle differenze e i secondi sono imposti in nome dell'eguaglianza”.

damento dell'inderogabilità, quando, grazie a meccanismi di alleggerimento delle rigidità normative, si rimescolano eteronomia e autonomia e la libertà del contratto prevale, per volontà di legge, su altre istanze superiori.

Alla "norma derogabile" – come tecnica di allentamento dei vincoli posti dalle fonti sovraordinate - si potrebbe dedicare oggi uno studio speculare a quello del 1976 del più classico teorico dell'inderogabilità, che potrebbe invero suonare come un *de profundis* per quella oramai lontanissima strategia di attacco al potere di autonomia in nome del principio d'invarianza e eteronomia della situazione giuridica individuale/collettiva collegata alla condizione di subordinazione del lavoratore.

Come la sua antitesi anche la derogabilità non è meno complessa e sfuggente nel suo serpeggiante introdursi nell'ordinamento lavoristico. In verità, proprio il ricorso da parte del legislatore a formule derogatorie conferma indirettamente il fondamento dell'inderogabilità come attributo tipico della norma lavoristica, ossia la presunzione dell'inderogabilità (ancora oggi ritenuto principio informatore della materia nonostante l'oramai assidua derogabilità dei trattamenti legali e collettivi) e il divieto di difformi manifestazioni negoziali se non nei limiti stabiliti dalla fonte superiore. È in tal senso da considerare (ancora) come un'eccezione all'uniformità di disciplina (e un'eccezione al principio di gerarchia) il riconnettere al potere dispositivo del contratto, individuale o collettivo, ossia ad una diversa fonte di produzione normativa, l'individuazione in via derogatoria della regola applicabile. Sono ovviamente ben distinte le ipotesi di rinvio della legge al contratto collettivo e all'autonomia individuale, giacché solo in quest'ultimo caso la libertà acquisitiva non incrocia istanze esterne o superiori (che restano pur sempre tutelate dal rinvio alle fonti collettive) e si risolve in un'accettazione supina della "regolazione" mercatistica del contratto di lavoro (come avviene tuttora, ad esempio, per i contratti non subordinati).<sup>1853</sup> Per questa ragione qualunque "compromesso", in chiave di deregolazione, che salvaguardi l'essenza stessa delle istanze eteronome, non può che comportare un rinvio molto limitato all'autonomia individuale e sul versante oggettivo, quanto alle materie di competenza, non può che essere adeguatamente ristretto. Il limite assiologico non superabile è dato dalla ragionevolezza della distinzione di trattamento, che riposa sul principio di uguaglianza.<sup>1854</sup>

Anche la derogabilità degli standard di trattamento è, a ben vedere, in un rapporto non univoco ed anzi particolarmente complesso con l'uguaglianza, e può operare, a sua volta, sia in senso recessivo che per il superamento della logica paritaria in senso formale.<sup>1855</sup> Ciò avviene quando la derogabilità implica la distinzione di trattamento alla stregua di un'azione positiva nei confronti di gruppi svantaggiati, nella prospettiva di introdurre misure di uguagliamento.<sup>1856</sup> La "norma de-

<sup>1853</sup> M. G. Garofalo, *ibidem*.

<sup>1854</sup> Si veda al riguardo il paragrafo n. 4 del presente lavoro.

<sup>1855</sup> Il tema è vastissimo. Fra gli altri, almeno, cfr. L. Gianformaggio, *Eguaglianza e differenza: sono veramente incompatibili? ora in L. Gianformaggio, Eguaglianza, donne e diritto*, op. cit. p. 43 ss.; v. M.V. Ballestrero, *Le azioni positive fra eguaglianza e diritto diseguale*, in NLCC, 1994, p. 11 ss.; M. Barbera, *L'eguaglianza come scudo e l'eguaglianza come spada*, op. cit.

<sup>1856</sup> Per un commento critico alla distinzione teorica fra parità intesa come eguaglianza di *chance* (promozione di pari opportunità) e eguaglianza dei risultati, v. S. Scarponi - E. Stenico, *Le azioni positive: le disposizioni comunitarie, le luci e le ombre della legislazione italiana*, in M. Barbera (a cura di), *Il nuovo diritto antidiscriminatorio*, op. cit. p. 424-425.

rogabile” può quindi, in tal senso, possedere il carattere di finalizzazione dell’uguaglianza sostanziale, ossia promuovere la rimozione degli ostacoli che impediscono la realizzazione dei valori personali e/o delle opportunità. Tuttavia è opportuno rammentare che nella teorica delle azioni positive si considerano tali i trattamenti preferenziali o più vantaggiosi,<sup>1857</sup> non essendo possibile utilizzare il diritto diseguale per legittimare una strategia “recessiva” semmai giustificata su un piano esterno alla norma da obiettivi di carattere generale (come nei casi più recenti, in funzione della crescita e dell’occupazione).<sup>1858</sup>

Piuttosto la derogabilità *in pejus* implica il venir meno della garanzia del carattere uniforme e generale della disciplina e con essa, naturalmente, la tutela implicita nei confronti del potere privato del datore di lavoro.<sup>1859</sup> Liberando il potere di autonomia dalle maglie della norma inderogabile, essa si interpone rispetto all’obbligo di conformazione dei rapporti giuridici nell’impresa in base a valutazioni discrezionali del legislatore sugli interessi ritenuti preminenti nel caso concreto. Si può dire che l’ordinamento scelga di non porre vincoli di contenuto a quanto può essere stabilito dalla fonte sottostante, e consente, in ragione del bilanciamento fra gli interessi in gioco, che l’uguaglianza, intesa come assenza di discriminazioni, receda dinanzi ai poteri di autonomia. L’ordinamento si ritrae temporaneamente, rinunciando a istituire vincoli al diritto applicabile alle relazioni giuridiche e/o delegando ad altri soggetti questi poteri.<sup>1860</sup> Ma le distinzioni di trattamento rese possibili dalla “norma derogabile” incidono inevitabilmente sul rapporto fra le parti e quando viene meno ogni filtro esterno all’autonomia individuale di fatto implicano l’affermazione di una maggiore (se non assoluta) supremazia dell’imprenditore.<sup>1861</sup> La libertà “dispositiva” non può dirsi neutra rispetto alla posizione delle parti: basti ricordare le parole di Massimo D’Antona al congresso Aidlass del 1991 in cui sottolineava già con piena consapevolezza come “la disponibilità, sia pure condizionata, del tipo normativo e l’uso promozionale della facoltà di scelta tra schemi contrattuali a diverso tasso di tutela, il decentramento e la delegificazione dei controlli, invertono la tendenza storica del diritto del lavoro ad estendere l’uguaglianza anche attraverso la tendenziale invarianza dei modelli di disciplina e la centralizzazione della produzione normativa”.<sup>1862</sup>

#### 4. Disuguaglianze e giustificazioni. Come difendere oggi l’ispirazione garantista e democratica dell’inderogabilità.

La decostruzione del principio di inderogabilità delle tutele si pone in termini più radicali con la crisi economica che ha colpito l’Europa a partire dal 2008.

<sup>1857</sup> Trattandosi cioè di misure con le quali “vengono avvantaggiati, nella distribuzione di beni scarsi, individui appartenenti a gruppi ritenuti svantaggiati” (L. Gianformaggio, op. ult. cit. p. 43-44); v. pure S. Scarponi - E. Stenico, op.ult. cit. p.427.

<sup>1858</sup> Si veda il paragrafo n. 6 del presente lavoro.

<sup>1859</sup> M. Barbera, *L’eguaglianza come scudo e l’eguaglianza come spada*, op. cit. p. 809.

<sup>1860</sup> V. Ghera, op. ult. cit.

<sup>1861</sup> R. Del Punta, *Luciano Ventura e il pragmatismo dell’uguaglianza* op. cit.

<sup>1862</sup> M. D’Antona, *Contrattazione collettiva e autonomia individuale nei rapporti di lavoro atipici*, ora in *Opere*, I, Giuffrè, Milano, 2000, p. 114; cfr. L. Calcaterra, *Brevi riflessioni sulle tecniche normative nella legislazione della flessibilità*, op. cit. Nel rapporto, poi, fra fonti interne all’ordinamento sindacale, la derogabilità implica una diversificazione dei trattamenti che attenua o tende in alcuni casi a ribaltare la funzione solidaristica e unificante del contratto collettivo all’interno della categoria (salvo il caso limite, pure sperimentato nel nostro ordinamento, della derogabilità indiscriminata ed incontrollata da parte della fonte sottostante). Della questione ci si occuperà nel paragrafo n. 5.

Ed invero, se al principio di eguaglianza viene retoricamente tributato ogni doveroso ossequio, c'è da chiedersi fino a che punto le diseguaglianze rappresentino tuttora un disvalore a fronte del quale può ergersi legittimamente la funzione livellatrice delle norme di legge e di contratto collettivo.

Quello delle diseguaglianze è un tema oggi molto sentito (almeno da una parte della cultura politica e giuridica) e non solo per la poderosa opera di Piketty, quanto per essere il portato più deleterio delle turbolente vicende della crisi europea e prima ancora (fra gli altri) della vorticosa globalizzazione dei mercati e di uno dei suoi vettori principali, il *race to the bottom*. Ed anche nella discussione giuslavorista sembra rinascere una certa attenzione al problema delle disuguaglianze, che potrebbe preludere ad una riflessione critica sull'utilizzo talvolta disinvolto e senza freni della strategia di deregolazione perseguita, fra l'altro, mediante l'estesa derogabilità degli standard di riferimento.<sup>1863</sup>

Ma si tratta, in generale, di "nicchie" di pensiero critico, ancorché non isolate e neppure ideologicamente pre-orientate<sup>1864</sup>, che non riescono a detronizzare i principi liberisti che tuttora dominano le politiche degli stati e hanno la meglio su tutte le istanze redistributive, per quanto fondatamente motivate. Tutta una "catena" di valori è stata radicalmente ripensata, a partire dal valore della stabilità e della sicurezza,<sup>1865</sup> e la crisi, che pur sembra dimostrare piuttosto l'attualità di questi valori, non ha prodotto inversioni di tendenza radicali.<sup>1866</sup>

Per restare al nostro discorso, la derogabilità, nel suo produrre particolarismi giuridici, è invero l'esecutore testamentario del principio egualitario ed asseconda in ultima analisi l'operare in senso anti-egualitario dei meccanismi dell'economia di mercato. Si potrebbe dire che grazie alle molteplici "vie di fuga" dalla norma inderogabile le disuguaglianze non sono più la derivante di un uso arbitrario o abusivo dei poteri datoriali, ma si realizzano con l'assenso dell'ordinamento, ossia, per riprendere le parole di Lo Faro, "non malgrado la legge, ma proprio a causa della legge".<sup>1867</sup>

Tuttavia illusoria sarebbe l'idea di poter ancora "guardare indietro" e ripristinare puramente i vecchi meccanismi di tutela, invalidati non di diritto ma di fatto dal processo di accumulo delle differenze e dalla diversificazione delle fonti (su cui del resto gioca un ruolo fondamentale l'integrazione fra gli ordinamenti che danno vita al complesso sistema *multilevel* che condiziona la stessa autosufficienza e concludenza della norma nazionale).<sup>1868</sup> La riflessione critica sul "contro-

<sup>1863</sup> Il Convegno di Lucca del 17-18 ottobre 2015 organizzato dalla Fondazione "Giuseppe Pera" ne è un esempio, per le interessanti tematiche affrontate.

<sup>1864</sup> Si pensi, a titolo di esempio, alla battaglia solitaria condotta da Guido Rossi sulle colonne del quotidiano di Confindustria Il Sole 24 ore, o ai continui interventi di economisti come Stiglitz sugli stessi temi.

<sup>1865</sup> Attualissime al riguardo le considerazioni di Mario Napoli in *Elogio della stabilità*, in M. Napoli, *Lavoro, diritto, mutamento sociale (1997-2001)*, Giappichelli, Torino.

<sup>1866</sup> Sulla crisi economica e le vicende europee sia consentito rinviare allo scritto dell'autore *Crisi economica ed effettività dei diritti sociali in Europa*, in CSDLE "Massimo D'Antona" INT, n. 104/2014.

<sup>1867</sup> A. Lo Faro, *Diritto del lavoro e (dis)uguaglianza nelle prospettate riforme della disciplina del recesso*, in P. Chieco (a cura di), op. cit., p. 128.

<sup>1868</sup> Tema che si può evocare soltanto, rinviando fra gli altri, per un inquadramento della problematica, a S. Giubbboni, *Diritti e solidarietà in Europa*, Il Mulino, Bologna, 2012, spec. p. 31 ss.

riformismo” difende invero l’ispirazione democratico-garantista dell’inderogabilità difendendo il senso del limite oltre il quale la differenza è un disvalore, il che inevitabilmente rinvia al problema della giustificazione della distinzione di trattamento ed alla proporzionalità o ragionevolezza (sinonimi, ma da utilizzare senza cadere nella trappola epistemologica del relativismo dei valori e della loro perfetta quanto ambigua equi-ordinazione).<sup>1869</sup> L’accordo sulle implicazioni assiologiche delle diseguaglianze che si nascondono dietro lo schermo delle differenze, riconsiderando criticamente i tragici prodotti del *mainstream* liberista, è la pre-condizione per un bilanciamento che salvi, in tempi di crisi, l’essenza della “norma inderogabile” come garanzia nei confronti delle alterazioni dei trattamenti economici e normativi. Il problema - si notava tempo fa, ma la considerazione è particolarmente attuale - è “come distinguere le buone e le cattive ragioni, ovvero quale modello normativo e assiologico deve orientare le scelte di differenziare o di uniformare i trattamenti”.<sup>1870</sup> Certo si pongono oggi problematiche nuove, una discrasia apparentemente assurda ed irrazionale, e dunque ancor più inaccettabile, fra il “bisogno” di uguaglianza e solidarietà e l’inerziale forza distruttiva delle ricette liberali in campo giuridico ed economico.<sup>1871</sup> Ed è in questo conflitto che va calata la questione della derogabilità dei trattamenti, pur nella consapevolezza che “differenza” non significa di per sé “disuguaglianza”. L’allentamento in modo sistematico dell’inderogabilità (uno dei frutti avvelenati della crisi economica) disegna, a quanto sembra, i tratti di un ordinamento che tende a privilegiare norme semi-imperative, concretizzando in via di prassi le teorizzazioni che, come ricorda De Luca Tamajo, erano presenti già agli inizi del secolo.<sup>1872</sup> Ed è sempre il principio di proporzionalità/ragionevolezza – venendo meno la possibilità di invocare ed applicare la “tecnica” sostitutiva automatica – il viatico di un controllo possibile sugli atti “dismissivi” delle fonti sottostanti, anche se in alcuni casi è la stessa apertura indiscriminata della fonte superiore a violare il canone di ragionevolezza.<sup>1873</sup>

##### 5. L’art. 8 l. n. 141/2011: il (dis)valore delle differenze.

Nella recente legislazione sono molteplici gli esempi del mutato clima sopra descritto. Del resto volendo si potrebbe ripercorrere la storia del diritto del lavoro come storia dell’ascesa e della

<sup>1869</sup> Su questa linea di ricerca v. recentemente B. Caruso, *Nuove traiettorie del diritto del lavoro nella crisi europea. Il caso italiano*, in B. Caruso-G. Fontana (a cura di), *Lavoro e diritti sociali nella crisi europea*, Il Mulino, Bologna, 2015; v. pure P. Loi, *La ragionevolezza come predicato delle differenze di trattamento*, in Riv. Giur. Lav., 2008 p. 481 ss. e P. Chieco, *Lavoratore comparabile e modello sociale nella legislazione sulla flessibilità del contratto e dell’impresa*, op. cit. p. 86. Sia consentito, in polemica con la visione “relativizzante” dei valori, rinviare alla monografia dell’autore *Dall’inderogabilità alla ragionevolezza*, G. Giappichelli ed., 2008 e 2010. Da questo punto di vista, tornando al problema specifico, si deve però distinguere fra una diversificazione dei trattamenti non sorvegliata, frutto di un potere autonomo delle “fonti sottostanti”, assecondando i variabili condizionamenti dei fattori economici, da una strategia guidata da comprensibili logiche di mediazione fra gli interessi (R. De Luca Tamajo, *Il problema dell’inderogabilità delle regole a tutela del lavoro: passato e presente*, op. cit.).

<sup>1870</sup> M. Barbera, *La sfida dell’eguaglianza*, op. cit. p. 262. Il sindacato di ragionevolezza della Corte costituzionale ha più volte definito il limite oltre il quale le differenze di trattamento sono un disvalore: il principio di indisponibilità del tipo, che altro non vuol dire se non l’inderogabilità del modello di disciplina, designa il punto di rottura a costituzione invariata del potere normativo di differenziare i trattamenti.

<sup>1871</sup> Su questi temi v. S. Rodotà, *Solidarietà*, Laterza ed., Roma-Bari, 2014.

<sup>1872</sup> R. De Luca Tamajo *Il problema dell’inderogabilità delle regole a tutela del lavoro: passato e presente*, op. cit. p. 725.

<sup>1873</sup> Sia consentito rinviare a G. Fontana, *Dall’inderogabilità alla ragionevolezza*, G. Giappichelli ed., Torino, 2010, spec. cap. VI ma *passim*.

caduta dell'inderogabilità, ma a costo di tagliare un pezzo di storia con un salto temporale ci si occuperà invece degli sviluppi più recenti (comunemente detti "i giorni nostri").

L'art. 8 l. n. 148/2011 ha forzato, com'è noto, per una massima diversificazione dei trattamenti collettivi (derivanti dalla legge o dal contratto nazionale, con l'unico limite del rispetto dei diritti costituzionali, dei principi dell'Unione e delle convenzioni internazionali), secondo opzioni rimesse alla libera dialettica negoziale delle parti. Il super-potere del contratto aziendale ha in realtà un precedente nell'impulso dato dalla riforma del 2003 alla contrattazione aziendale e territoriale nella regolamentazione del lavoro flessibile al di fuori di qualsiasi sistema di regole,<sup>1874</sup> ma quasi unanime è l'opinione che la norma legislativa vada molto al di là, creandosi piuttosto una sorta di "stato di eccezione" in azienda che, a ben vedere, potrebbe avere ascendenze più anarchoidi che liberali.<sup>1875</sup> La fonte superiore è disabilitata senza che il potere derogatorio sia da quella stessa fonte (per quanto sovraordinata) presidiato e sorvegliato,<sup>1876</sup> con un effetto di stravolgimento della gerarchia fra le fonti e di ribaltamento del rapporto fra le norme di disciplina.

Prescindendo dai tanti profili critici, il problema principale, dal punto di vista costituzionale, è la ragionevolezza dell'estensione del potere derogatorio aziendalistico all'intera "disciplina del lavoro",<sup>1877</sup> ossia, in altri termini, la potenzialità distruttiva del principio di nderogabilità nell'ordinamento lavoristico.<sup>1878</sup> Il rispetto "formale" del principio di gerarchia non può dirsi un salvacondotto di costituzionalità se l'apertura indiscriminata alla fonte sottostante attenta alla "vocazione universalistica" del diritto del lavoro.<sup>1879</sup> Indipendentemente dalla singola disposizione derogatoria del contratto aziendale, il cui vaglio di proporzionalità è rimesso al giudice comune,<sup>1880</sup> il raggio d'azione del potere derogatorio è esso stesso contro la Costituzione e non serve che la norma salvaguardi i diritti derivanti dalle disposizioni costituzionali, dall'ordinamento comunitario e dalle fonti internazionali: limiti, questi, insiti nell'ordinamento, sovraordinati alla legge e al contratto, ma che non esauriscono i vincoli per il legislatore. Del resto la tutela dell'interesse, costituzional-

<sup>1874</sup> C. Zoli, *Le recenti riforme del diritto del lavoro fra continuità e discontinuità*, in L. Mariucci (a cura di), *Dopo la flessibilità, cosa?*, p. 408, Il Mulino, Bologna, 2006; rilegge la norma in continuità con la tecnica legislativa dei rinvii all'autonomia collettiva A. Zoppoli, *Il declino dell'inderogabilità*, op. cit., qui p. 78-79.

<sup>1875</sup> In effetti, una certa visione liberale radicale ed anti-statalistica ha non pochi punti di contatto con una parte del pensiero anarchico: si veda l'antologia di scritti di filosofi politici "libertari" (liberali, anarchici ed altri) curata da N. Iannello, *La società senza Stato*, Rubettino ed., Soveria Mannelli (CZ), 2004, e le assonanze fra posizioni molto distanti per altro verso.

<sup>1876</sup> Recentemente per valutazioni analoghe v. S. Scarponi, *Il rapporto fra legge e contrattazione collettiva a livello aziendale o territoriale*, in Riv.giur.lav. 2015, 1, p. 115. Per una sintesi v. R. De Luca Tamajo, op. ult. cit. p. 726 ss., ed ivi i riferimenti ai molteplici interventi critici della dottrina.

<sup>1877</sup> F. Carinci, *Al capezzale del sistema contrattuale: il giudice, il sindacato, il legislatore*, in F. Carinci, *Contrattazione in deroga*, Milano, Ipsoa, 2012; sul punto v. pure R. De Luca Tamajo, *Il problema dell'inderogabilità delle regole a tutela del lavoro: passato e presente*, op. cit. p. 727 ed ivi ulteriori riferimenti.

<sup>1878</sup> A dimostrazione del suo fondamento costituzionale, come argomentato dalla dottrina costituzionalistica: v. C. Salazar, *Dal riconoscimento alla garanzia dei diritti sociali*, G. Giappichelli, Torino, 2000. Analogamente a quanto sostenuto nel testo v. G. Ferraro, *Il contratto collettivo dopo l'art. 8 del decreto n. 138/2011*, in Arg. Dir. Lav. 2011, I, p. 1249. In senso invece opposto v. A. Vallebona, *L'efficacia derogatoria dei contratti collettivi aziendali o territoriali: si sgretola l'idolo dell'uniformità oppressiva*, in Quaderni delle Fondazione Marco Biagi, Saggi/Ricerche, 2011, 2.

<sup>1879</sup> v. B. Caruso, *Nuove traiettorie del diritto del lavoro nella crisi europea. Il caso italiano*, in B. Caruso-G. Fontana (a cura di), *Lavoro e diritti sociali nella crisi europea*, op. cit., qui p. 72 ss.

<sup>1880</sup> v. A. Perulli, *La contrattazione collettiva di prossimità: teoria, comparazione e prassi*, in Riv.it.dir.lav., 2013, I, p. 919.

mente rilevante, che presiede all'inderogabilità della disciplina lavoristica, si colloca necessariamente nel punto di frattura del rapporto fra le fonti e il parametro non può che essere l'art. 3 della Costituzione in relazione alle posizioni di vantaggio definite dalle norme sovraordinate e dalla stessa legislazione protettiva. Diversamente si dovrebbe ammettere e legittimare costituzionalmente un sistema in cui, di fatto, stante la vaghezza dei criteri di finalizzazione indicati dalla legge,<sup>1881</sup> non sarebbero riconosciuti poteri di supremazia ma soltanto rapporti potenzialmente infiniti di tipo paritario fra contratto e legge: un sistema reticolare in cui ogni azienda (o ogni territorio) è uno snodo e si fa portatore di interessi ritenuti apoditticamente prevalenti. Ed è in verità molto realistico che ad assumere posizione dominante – nei variabili scambi che potrebbero realizzarsi - siano i soggetti più forti, stressando oltre misura i principi di dignità, uguaglianza, tutela del lavoro, in nome di pure esigenze mercantilistiche. L'interesse sotteso – consentire alla contrattazione di prossimità ampia facoltà derogatoria per negoziare possibili vantaggi (occupazionali o normativi) a fronte dell'allentamento di "rigidità" normative – non è assoluto ma relativo e dunque bilanciabile con gli altri interessi e principi di rango costituzionale.

Altro è il problema della derogabilità del contratto nazionale da parte del contratto aziendale, su cui, paradossalmente, l'art. 8 fa calare vincoli (di natura finalistica, contenutistica e procedurale) che nell'ordinamento sindacale non rilevano (le garanzie sono implicite nella clausola di rinvio e, a ben vedere, nel sistema informale, che consente deroghe soltanto a condizione che sia assicurata l'omogeneità, sui due livelli, degli agenti negoziali). La prospettiva (ma il discorso può estendersi alla più vasta tendenza a valorizzare le fonti di prossimità) è indubbiamente l' "attenuazione della funzione solidaristica, perequativa e unificante" della contrattazione,<sup>1882</sup> mettendo in causa, fra l'altro, la sua funzione di regolazione della concorrenza (fra i lavoratori e fra le imprese) e usando spregiudicatamente il contratto aziendale come vettore competitivo (delle aziende ma pure dei territori) nei diversi settori economici.<sup>1883</sup> Vero è che la pressione della globalizzazione e della crisi economica è un fattore di esposizione alla concorrenza sui costi e sul lavoro non emendabile neppure difendendo a spada tratta l'inderogabilità del contratto nazionale, tuttavia è incontestabile che restringere il gruppo (dalla categoria all'azienda) a cui riferire la disciplina collettiva e aggredire finanche i minimi salariali del contratto nazionale, pone un problema critico non solo riguardo alla tenuta dei diritti costituzionali ma anche, e forse soprattutto, relativamente alla "geografia" sociale del paese e all'uguaglianza fra i territori.<sup>1884</sup> È dunque molto difficile dire se la strada intrapresa dalla legislazione - anche se depurata da errori anomalie ed eccessi, come quelli che si riscontrano nell'art. 8 – possa definirsi "pareto-ottimale".<sup>1885</sup> Piuttosto il "valore delle differenze" andrebbe anche in questo caso sottoposto a bilanciamento e scrutinio sotto il profilo della proporzionalità/ragionevolezza, inerendo la scelta legislativa ad una preminente considerazione del principio economico-competitivo rispetto agli altri principi costituzionali (art. 3, art. 39 Costituzione) creando ingiustificate disparità di trattamento.

<sup>1881</sup> Così S. Scarponi, op. ult. cit. p. 115.

<sup>1882</sup> R. De Luca Tamajo, op. ult. cit.

<sup>1883</sup> v. S. Scarponi, *Il rapporto fra legge e contrattazione collettiva a livello aziendale o territoriale* op. cit., p. 119.

<sup>1884</sup> Si vedano al riguardo le acute e condivisibili osservazioni di S. Scarponi, op. cit. pag. 118 ss.

<sup>1885</sup> Dal criterio elaborato da Vilfredo Pareto secondo cui, per valutare il cambiamento di una qualsiasi situazione occorre verificare se produce un benessere per tutti o un benessere per alcuni ma senza diminuzione del benessere di altri.

## 6. Le riforme del lavoro del Governo Renzi: d. lgs. n. 23/2015, d. lgs. n. 81/2015.

Paradigmatica del nuovo sistema di valori in campo - da cui discende l'oramai rarefatta incidenza del principio di inderogabilità nonostante, si è detto in precedenza, il forte bisogno di uguaglianza - la recente legislazione della crisi, nell'obiettivo di fronteggiare le disastrose condizioni delle imprese nazionali e l'anomia del mercato del lavoro, si è tradotta, a ben vedere, in una colossale occasione di rivisitazione a largo raggio dei fondamenti del diritto del lavoro.

La "liberalizzazione" del contratto a termine nel c.d. decreto "Poletti" (d.l. n. 34/2014 convertito in legge n. 78/2014), l'istituzione del contratto a tutele crescenti per i nuovi occupati (d. lgs. n. 23/2015), la revisione delle tipologie negoziali e la nuova disciplina delle mansioni (d. lgs. n. 81/2015), sono, fra gli altri, i campi arati dall'esecutivo con l'intenzione di adottare un modello di *flexicurity* molto avanzato.<sup>1886</sup>

### 6.1. Il contratto a tutele crescenti.

Il contratto a tutele crescenti insedia nel cuore del diritto del lavoro italiano una regolamentazione di carattere "eccezionale" in deroga al quadro normativo di riferimento, ma destinata a farsi permanente con il decorso del tempo, con un superamento per così dire "indolore" del regime di disciplina posto dall'art. 18 dello Statuto dei lavoratori.<sup>1887</sup> La crisi del valore dell'uguaglianza è emblematicamente dimostrata dall'irrelevanza (per il legislatore) del problema (invece cruciale, dal punto di vista assiologico) della distinzione - e dell'abissale disparità di trattamento che ne consegue - fra occupati e non occupati, insinuando nel mercato del lavoro un modello regolativo interamente basato su differenze "soggettive". Operando una drastica selezione in base al principio "prima-dopo" su un punto capitale della disciplina lavoristica, il regime introdotto in materia di licenziamento testimonia il minor disvalore dei "trattamenti diseguali" in presenza di dati contingenti (la crisi economica) che impongono scelte dirette alla prioritaria tutela della competitività economica delle aziende. Si potrebbe obiettare che la disciplina in materia conosce da sempre una distinzione dei regimi di disciplina applicabili (fondata sulla dimensione dell'unità produttiva),<sup>1888</sup> ma, pur tralasciando le numerose critiche che questa distinzione ha sempre sollevato, la disparità di trattamento è qui la derivante di fattori oggettivi ben radicati nella realtà economica

<sup>1886</sup> Una riforma che se da un lato tende a ridurre la funzione del diritto del lavoro quale strumento di bilanciamento dell'asimmetria di poteri, dall'altro ha l'ambizione (ma non la realizza) di spostare drasticamente le tutele dal rapporto al mercato di lavoro (v. L. Mariucci, *Il diritto del lavoro ai tempi del renzismo*, in *Lav. Dir.*, 2015, 1, p. 13; C. Cester, *I licenziamenti nel Job Act*, in *CSDLE "Massimo D'Antona"* IT n. 273/2015).

<sup>1887</sup> L'intervento legislativo ha sollevato un aspro dibattito in dottrina e reazioni generalmente critiche: si veda, fra gli altri, A. Perulli, *Il contratto a tutele crescenti e la Naspi: un mutamento di "paradigma" per il diritto del lavoro*, in L. Fiorillo-A. Perulli, *Contratto a tutele crescenti e Naspi*, G. Giappichelli ed., 2015, p. 3 ss.; V. Speciale, *Il contratto a tempo indeterminato a tutele crescenti tra law and economics e vincoli costituzionali*, in *CSDLE "Massimo D'Antona"* IT n. 259/2015; si veda poi particolarmente C. Cester, *I licenziamenti nel Job Act*, op. cit. e ivi i riferimenti ai molteplici autori che sono intervenuti nel dibattito. In parziale ma motivato dissenso con le posizioni più critiche, v. B. Caruso, *Il Contratto a tutele crescenti tra politica e diritto: variazioni sul tema*, in *CSDLE "Massimo D'Antona"* IT, n. 265/2015.

<sup>1888</sup> Così B. Caruso, *Il Contratto a tutele crescenti tra politica e diritto: variazioni sul tema*, op. cit. In senso invece diverso, per una più attenta valutazione dei profili di costituzionalità della distinzione di trattamento sotto il profilo della sua ragionevolezza, v. S. Giubboni, *Profili costituzionali del contratto a tutele crescenti*, op. cit.

e sociale.<sup>1889</sup> Va poi ricordato che la Corte ha accolto sempre con sfavore le differenze di trattamento in materia di licenziamento fondate su distinzioni soggettive,<sup>1890</sup> e tali sono anche in questo caso le differenze introdotte dal legislatore benché “travestite” e occultate dal criterio temporale (in sé ammissibile come criterio distintivo se applicato indistintamente<sup>1891</sup>) giacché la nuova disciplina discrimina in effetti fra di loro i dipendenti di una stessa impresa e semmai addetti alla medesima unità produttiva, pur in presenza di un’identica situazione, ponendo grossi dubbi sulla ragionevolezza della distinzione di trattamento.<sup>1892</sup> Non sembra dunque che l’argomento relativo al criterio temporale sia risolutivo della problematica disparità di carattere prettamente soggettivo derivante dall’applicazione della norma, trattandosi, come si è subito rilevato,<sup>1893</sup> di discipline contemporanee e non certo destinate a succedersi nel tempo.

L’altro interrogativo che pone questo intervento legislativo è per così dire se “il fine giustifica i mezzi”, ossia se il *downgrade* per i nuovi assunti, e la conseguente discriminazione soggettiva, possa ritenersi giustificata (anche sul piano costituzionale) per il suo presentarsi come “misura di parificazione” volta ad incrementare le possibilità occupazionali dei tanti senza lavoro, e per ciò stesso definirsi ragionevole (essendo questa e non altra la motivazione della riforma legislativa in materia, come risulta del resto dalla legge delega).<sup>1894</sup> La risposta può essere positiva solo a condizione di rovesciare il significato del “diritto diseguale”.<sup>1895</sup> È pur vero che il principio di eguaglianza può essere perfettamente compatibile con trattamenti differenziati in cui la distinzione sia incentrata su caratteri soggettivi, ossia sulla posizione di svantaggio dei gruppi, giustificandosi come “azione positiva” la differenza di trattamento, ma appunto, dovrebbe trattarsi di misure a

<sup>1889</sup> Analogamente L. Mariucci, op. ult. cit., p. 19.

<sup>1890</sup> Si ricordino le sentenze sugli apprendisti e sui pensionati, rispettivamente n. 181/1989 e n. 174 e 176/1971 della Corte Costituzionale.

<sup>1891</sup> Bisogna ricordare che nella giurisprudenza della Corte costituzionale si è sempre affermato che “gli eventi sui quali incide il fluire del tempo sono caratterizzati da peculiarità, che li diversificano da situazioni analoghe, oggetto di comparazione” (sent. n. 6 del 1988), e da questa premessa la Corte ha dedotto che non contrasta con il principio di eguaglianza un trattamento diverso applicato alla stessa categoria di soggetti in momenti diversi nel tempo, giacché “il succedersi nel tempo di fatti ed atti può di per sé rendere legittima l’applicazione di una determinata disciplina rispetto ad altra” e, pertanto, “l’elemento temporale può essere legittimo criterio di discriminazione” (Corte cost. sent. n. 276 del 2005). Per la valorizzazione del criterio del “fluire del tempo” ai fini della costituzionalità della disciplina in esame v. M. Marazza, *Il regime sanzionatorio dei licenziamenti nel job act*, in Arg. Dir. Lav. 2015, I, p. 285 ss.; F. Santoni, *Il campo di applicazione del contratto a tutele crescenti*, in G. Ferraro (a cura di), *I licenziamenti nel contratto a tutele crescenti*, in Quaderni di Arg. Dir. Lav., 2015, 14.

<sup>1892</sup> v. C. Cester, *I licenziamenti nel Job Act*, op. cit. p. 16. Com’è noto il principio di eguaglianza ha valenza generale ed esclude che “la legge ponga in essere una disciplina che direttamente o indirettamente dia vita a una non giustificata disparità di trattamento delle situazioni giuridiche, indipendentemente dalla natura e dalla qualificazione dei soggetti ai quali vengono imputate” (Corte cost. sent. n. 25 del 1966).

<sup>1893</sup> Così V. Speciale, op. ult. cit. p. 21; negli stessi termini C. Cester, p. 17.

<sup>1894</sup> La tesi della giustificazione della discriminazione in ragione delle finalità di sostegno all’occupazione è stata in dottrina sostenuta, in particolare, da M. Marazza, op. ult. cit. p. 317 e da C. Pisani, *Il nuovo regime di tutele per il licenziamento ingiustificato*, in *Job Act e licenziamento*.

<sup>1895</sup> Come del resto è già avvenuto nel recente passato nella legislazione in materia di contratti flessibili. Nel d. lgs. n. 276/2003, come evidenziato da attenta dottrina, si è fatto ricorso ad un utilizzo paradossale del “diritto diseguale”, con deroghe al ribasso in funzione dell’occupabilità dei lavoratori svantaggiati (M. Novella, *Nuove tecniche di diritto diseguale e principio di eguaglianza*, in Lav. Dir., 2004, 3-4, p. 557 ss.). In tal senso, un’assoluta novità di quella riforma è la differenziazione dei tipi contrattuali in funzione di caratteristiche personali dei lavoratori (G. De Simone, *Eguaglianze e nuove differenze nei lavori flessibili, fra diritto comunitario e diritto interno*, in Lav. Dir., 2004, 3-4, p. 527 ss.).

*favore* dei gruppi svantaggiati,<sup>1896</sup> laddove nel contratto a tutele crescenti la distinzione di trattamento implica il suo opposto, ovvero una diminuzione di tutela. In definitiva, come notava anni addietro Lo Faro in relazione ad analoghe prospettive di riforme, potrebbe parlarsi qui di una sorta di “azione negativa”, nella misura in cui “ciò che viene garantito ai soggetti oggetto della misura di parificazione è una opportunità di lavoro diverso e peggiore”.<sup>1897</sup> Ma anche ad ammettere che il nuovo contratto possa essere giustificato dall’obiettivo occupazionale – il che è tuttavia molto dubbio, potendosi altrimenti giustificare qualsiasi misura di deregolazione<sup>1898</sup> - non sembra aver torto chi sottolinea che il nuovo regime andava semmai ristretto a specifiche categorie di lavoratori svantaggiati e non esteso a tutte le assunzioni successive all’entrata in vigore della legge.<sup>1899</sup> Il che, invero, ad una lucida disamina della normativa e delle sue rimarcate giustificazioni, dimostra piuttosto la volontà di assicurare alle imprese (ma non a tutte) condizioni di vantaggio sia per operare il turn-over che per realizzare nuovi insediamenti produttivi. Paradossalmente, la riforma innesta una differenza di trattamento (sulla cui ragionevolezza è lecito nutrire qualche ulteriore dubbio) anche dal lato delle imprese, alterando la concorrenza in ragione del mero dato temporale dell’assunzione della forza lavoro, indipendentemente da fattori oggettivi (quali la capacità economica, la dimensione aziendale, l’allocazione delle unità produttive, ecc.) atti a disegnare una situazione meritevole di trattamento diseguale, ed approfondendo così (sempre indirettamente ma molto efficacemente) le distanze e le fratture fra i territori produttivi.

È quindi molto difficile ricondurre le disparità di trattamento a criteri di ragionevolezza e proporzionalità.<sup>1900</sup> Sotto questo aspetto il contratto a tutele crescenti ha un precedente notevole nella l. n. 92/2012, che aveva introdotto regimi differenziati di tutela (in deroga ai principi del diritto comune) selezionando le relative fattispecie in modo discutibile. Cumulando le previsioni normative del d. lgs. n. 23/2015 e della l. n. 92/2012, si contano così tanti regimi di disciplina che si potrebbe dire, senza sbagliare di molto, che il disvalore delle diseguaglianze non esiste più per il legislatore quando si discute di licenziamento.

<sup>1896</sup> Come osserva Letizia Gianformaggio, op. cit. p. 142, “quelle che vengono interpretate come misure di tutela ed, in quanto tali, derogatorie dell’eguaglianza formale, sono le misure volte a ridurre, e tendenzialmente ad eliminare, l’impatto negativo delle differenze”.

<sup>1897</sup> A. Lo Faro, *Diritto del lavoro e (dis)uguaglianza nelle prospettate riforme della disciplina del recesso*, op. cit., p. 130.

<sup>1898</sup> v. C. Cester, op. ult. cit. p. 17.

<sup>1899</sup> M.V. Ballestrero, *La riforma del lavoro: questioni di costituzionalità*, in *Lav. Dir.*, 2015, 1, p. 47. Come è scritto nella sentenza n. 193 del 1993 della Corte costituzionale “il principio di eguaglianza comporta che a una categoria di persone, definita secondo caratteristiche identiche o ragionevolmente omogenee in relazione al fine obiettivo cui è indirizzata la disciplina normativa considerata, deve essere imputato un trattamento giuridico identico ed omogeneo, ragionevolmente commisurato alle caratteristiche essenziali in ragione delle quali è stata definita quella determinata categoria di persone. Al contrario, ove i soggetti considerati da una certa norma, diretta a disciplinare determinate fattispecie, diano luogo a una classe di persone dotate di caratteristiche non omogenee rispetto al fine obiettivo perseguito con il trattamento giuridico ad essi riservato, quest’ultimo sarà conforme al principio di eguaglianza soltanto nel caso che risulti ragionevolmente differenziato in relazione alle distinte caratteristiche proprie delle sottocategorie di persone che quella classe compongono”.

<sup>1900</sup> Particolarmente nel caso di licenziamenti collettivi, in cui l’invalidità del medesimo atto datoriale dà luogo a conseguenze estremamente differenziate sul versante soggettivo, l’incostituzionalità del nuovo regime di disciplina per violazione del principio di uguaglianza e di ragionevolezza, appare difficilmente controvertibile (v. S. Giubboni, *Profili costituzionali del contratto di lavoro a tutele crescenti*, op. cit.; C. Cester, *I licenziamenti nel Job Act*, op. cit.).

## 6.2. I “nuovi” contratti a termine.

Nella nuova disciplina dei contratti a termine (D.L. n. 34/2014, poi trasfusa nel d. lgs. n. 81/2015) il raggio d'azione della derogabilità si estende in modo molto ampio. L'eliminazione delle causali (e la sostanziale liberalizzazione) del contratto è stata controbilanciata spostando sui limiti numerici e temporali la garanzia contro l'utilizzo in modo abusivo di questa formula negoziale. Ma si tratta di limiti “mobili” e alquanto liberamente modulabili. Oltre alla derogabilità della durata massima (su cui è opportuna una riflessione a parte: v. *infra*), si prevede che il contratto collettivo, anche aziendale, possa vanificare il limite percentuale del venti per cento delle assunzioni a termine, senza alcuna soglia massima (v. art. 23, I comma, d. lgs. n. 81/2015, norma che peraltro contempla una serie piuttosto ampia di deroghe anche al di fuori del contratto collettivo).<sup>1901</sup> Da segnalare, poi, che alla violazione del limite numerico non segue (essendo espressamente esclusa) l'operatività del principio comune della trasformazione del rapporto, sicché questa norma di legge “limitatrice” della libertà contrattuale introduce di fatto una fattispecie sanante – derogando al divieto da essa stessa posto – della nullità dell'atto datoriale. Difatti la norma prevede, in caso di violazione, una sanzione economica, peraltro alquanto *soft*, che rappresenta in realtà un costo aggiuntivo per l'impresa per acquisire la disponibilità di altri lavoratori precari oltre il numero massimo previsto dalla legge o dal contratto collettivo.<sup>1902</sup> Con la stessa “tecnica”, in parallelo, si dispone che i contratti di somministrazione a tempo indeterminato possono essere stipulati nel limite massimo del dieci per cento (inteso come rapporto fra lavoratori somministrati e maestranze assunte a tempo indeterminato), ma anche questa norma (v. art. 31 I comma) è derogabile ad opera dei contratti collettivi.<sup>1903</sup> I contratti collettivi (non solo di livello nazionale) sono poi delegati a fissare i limiti quantitativi dei contratti di somministrazione a tempo determinato, altrimenti totalmente liberi. Il rapporto fra le fonti si articola qui diversamente, nel senso che l'autonomia individuale può espandersi incondizionatamente e la limitazione del potere dispositivo è soltanto eventuale, dipendendo dalla volontà delle parti in sede di negoziazione collettiva nazionale.

La tendenza all'illimitata derogabilità dei dispositivi di tutela ha forse “contagiato” parte della dottrina, che ha interpretato estensivamente la norma introdotta dal legislatore con l'art. 19, comma II, secondo cui i contratti collettivi (anche aziendali) possono, in caso di successione di contratti, fissare un limite temporale diverso da quello disposto dal I comma (i 36 mesi), e colpisce che questo slittamento in via interpretativa sia avallato anche dai commentatori più critici.<sup>1904</sup> In

<sup>1901</sup> L'art. 23, comma II, prevede, oltre alla possibilità di deroga con accordi collettivi, specifiche eccezioni, con esonero da limiti massimi percentuali, in caso di avvio di nuove attività, per i periodi definiti dai contratti collettivi, di start-up innovative, attività stagionali, contratti dello spettacolo (radiofonici e televisivi), nonché, infine, in caso di sostituzione di lavoratori assenti e di assunzione di lavoratori ultracinquantenni. Inoltre il comma III prevede l'inapplicabilità delle disposizioni sui limiti numerici a favore di numerosi enti (università, istituti di ricerca, istituti di cultura, fondazioni ecc.) in caso di contratti con lavoratori impiegati per soddisfare esigenze temporanee legate alla realizzazione di mostre, eventi e manifestazioni di interesse culturale, e l'inapplicabilità del limite di durata in caso di contratti di ricerca scientifica (con durata massima pari alla durata della ricerca).

<sup>1902</sup> v. art. 23 comma IV, per cui, in caso di violazione del limite percentuale, si applica una sanzione amministrativa pari al 20% della retribuzione per ciascun mese in caso di assunzione di un solo lavoratore in più o del 40% se i lavoratori sono più di uno.

<sup>1903</sup> La norma rinvia ai contratti collettivi “applicati dall'utilizzatore”, il che non esclude i contratti territoriali o aziendali come invece sembrava dover essere individuandosi nel solo contratto nazionale la fonte abilitata ad introdurre deroghe (v. al riguardo A. Lassandari, *La riforma del lavoro del Governo Renzi ed il sistema di relazioni sindacali*, in *Questione Giustizia*, 2015, 3, p. 52).

<sup>1904</sup> Così fra gli altri A. Lassandari, *ibidem*.

realtà, sarebbe qui possibile un'interpretazione meno "permissiva", a garanzia del principio di temporaneità (ossia della causa stessa del contratto a tempo determinato) e in fondo della stessa ragionevolezza della norma, ritenendosi piuttosto che la disposizione sia sì derogabile, ma in non *in pejus*, ossia unicamente nel senso di ridurre il limite temporale e quindi in direzione più favorevole ai lavoratori precari. L'alternativa, del resto, è molto opinabile (e poco razionale, a ben vedere) dovendosi ammettere che con accordo collettivo (anche aziendale) sia possibile stabilire irragionevolmente un limite di durata di qualsiasi natura, stravolgendo la *ratio* stessa dello scambio fra la libera disponibilità del modello negoziale in questione e la garanzia del vincolo temporale massimo. E, a ben pensare, questa potrebbe finanche rappresentare un'interpretazione *contra legem*, creando notevoli problemi di coordinamento e compatibilità con il quadro normativo comunitario,<sup>1905</sup> considerando che – essendo di fatto "scomparsi" gli altri due vincoli possibili previsti dalla direttiva europea sui contratti a termine – è difficile pensare che l'unico vincolo rimasto possa essere liberamente derogato *in pejus*. Ma si sa, il principio del *favor* è di questi tempi una meteora scomparsa nel firmamento lavorista, inghiottita dal buco nero della crisi e dall'opportunismo metodologico. E così nella dottrina passano *de plano*, semmai con qualche perplessità,<sup>1906</sup> interpretazioni disgregatrici della presunzione di inderogabilità (*in pejus*) dei dispositivi di tutela che potrebbero essere agevolmente interdette in nome dei vincoli di sistema e dell'esigenza prioritaria di conformità alla Costituzione e al diritto della U.E.<sup>1907</sup>

Per proseguire l'esposizione dei molteplici "momenti" di derogabilità dei dispositivi legali e di correlato rafforzamento dei poteri di autonomia, si può poi ricordare come, nel contesto della rivisitazione del contratto a termine, il già citato art. 19 preveda che in caso di successione di contratti la durata massima di 36 mesi sia "opponibile" dal lavoratore al datore di lavoro, con effetto di trasformazione del rapporto, ma solo quando il prolungamento del rapporto lavorativo oltre il limite di durata avvenga per lo svolgimento delle stesse mansioni o mansioni equivalenti<sup>1908</sup> (derogandosi altrimenti al limite legale, e di fatto creando in tal modo un canale di scorrimento per pratiche elusive della norma). Sempre in via di derogabilità al dispositivo sulla durata massima del contratto, la nuova disciplina legislativa introduce infine la possibilità di stipulare un ulteriore contratto a termine di dodici mesi con sottoscrizione dinanzi alla DTL competente per territorio, residuando questa volta in caso di violazione (sia delle suddetta condizione stipulativa, sia del limite temporale massimo così rideterminato) la trasformazione del rapporto (con effetto dalla data della stipula nel primo caso, dalla data del superamento del limite di durata nell'altro caso). Da ricordare, infine, la previsione (art. 22) secondo cui il diritto di precedenza del lavoratore a termine – che può esercitarsi in caso di contratto a termine di durata superiore a sei mesi e limitatamente alle assunzioni a tempo indeterminato avvenute nei dodici mesi successivi alla cessazione del rapporto per le stesse mansioni espletate – può essere derogato in forza di espresse disposizioni dei contratti collettivi, anche territoriali o aziendali, senza nessuna indicazione circa i limiti del potere derogatorio (lasciando pensare che il diritto medesimo, oltre a poter essere modificato *in pejus*, possa essere annullato in sede collettiva senza motivazione specifica).

<sup>1905</sup> Si vedano le considerazioni al riguardo di M.V. Ballestrero, in *La riforma del lavoro: questioni di costituzionalità*, op. cit. p. 48.

<sup>1906</sup> V. M.V. Ballestrero, op. ult. cit.; F. Carinci, *Jobs Act, atto II: la legge delega sul mercato del lavoro*, in *Arg. Dir. Lav.*, 2015, 1, p. 1 ss.

<sup>1907</sup> Sia consentito ancora il richiamo a G. Fontana, *Dall'inderogabilità alla ragionevolezza*, op. cit. cap. IV ma *passim*.

<sup>1908</sup> Da intendersi come mansioni riferibili al medesimo livello contrattuale e alla medesima categoria legale, ai sensi del nuovo testo dell'art. 2103 c.c.

In definitiva, non è arbitrario ritenere che, con la nuova riforma dei contratti a termine, si realizzi uno schema giuridico nel quale le previsioni a tutela della parte debole sono, di fatto, aggirabili e derogabili con soluzioni multiple che sostanzialmente tendono alla liberalizzazione delle condizioni di utilizzo del contratto. La disciplina del contratto a termine, un tempo paradigmatica della “norma inderogabile”, si caratterizza ora per la sua cedevolezza e semi-imperatività, ossia per affermare piuttosto possibilità di deroga affidate direttamente all’autonomia individuale o a un indistinto contratto collettivo di qualsiasi livello di produzione. E naturalmente crisi dell’inderogabilità vuol dire crisi dell’uguaglianza, intesa come “trattamento eguale”, ed esaltazione delle differenze prodotte dal più libero utilizzo del potere dispositivo del contratto.

### 6.3. La riforma dei contratti parasubordinati.

Uno degli aspetti più positivi della riforma del lavoro autonomo di “seconda generazione” (oltre al definitivo ma ambiguo superamento del lavoro a progetto, consegnato agli archivi ingloriosi delle riforme del lavoro degli ultimi lustri)<sup>1909</sup> è il divieto contenuto nell’art. 2, comma I, di stipulare contratti 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 luoghi di lavoro”, i quali, in caso di violazione del divieto, sono ricondotti *ipso iure* al tipo del lavoro subordinato.<sup>1910</sup> Tuttavia, come per bilanciarne l’impatto, il divieto incontra alcune deroghe (o eccezioni) nel secondo comma della medesima disposizione, fra le quali, soprattutto, spicca quella prevista dalla lettera a), relativa alle “collaborazioni per le quali gli accordi collettivi nazionali stipulati da associazioni sindacali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale prevedono discipline specifiche riguardanti il trattamento economico e normativo, in ragione delle particolari esigenze produttive ed organizzative del relativo settore”.<sup>1911</sup>

La *ratio* è, probabilmente, quella di salvaguardare le imprese che hanno impiegato lavoratori precari con contratti di collaborazione in settori o attività lavorative peculiari (call center ed altri), ove era già presente una regolamentazione collettiva a garanzia di minimali standard di trattamento dei collaboratori.

Ma ovviamente, se si ritiene che l’art. 2 comma I del d. lgs. n. 81 rappresenti un indice di subordinazione, ovvero un allargamento dell’ambito di applicazione della disciplina del lavoro subordi-

<sup>1909</sup> L’abrogazione della relativa disciplina non comporta affatto, allo stato, la scomparsa delle vecchie collaborazioni coordinate e continuative, giusta quanto previsto dall’art. 52, comma 2 d. lgs. n. 81/2015 che espressamente fa salvo quanto disposto dall’art. 409 c.p.c. (cfr. D. Mezzacapo, *La nuova figura delle “collaborazioni organizzate dal committente”. Prime osservazioni*, in *Questione Giustizia*, 2015, 3, p. 58 ss., il quale nota giustamente come in realtà “le tradizionali co-co-co escono da questa riforma rivitalizzate quanto alla possibilità di instaurazione e ridimensionate quanto al regime di tutela”). Sul punto v. A. Perulli, *Il falso superamento dei cococo nel Job Act*, 2015, in [www.nelmerito.com](http://www.nelmerito.com) e T. Treu, *In tema di jobs act. Il riordino dei tipi contrattuali*, in *Giorn. Dir. Lav. rel. Ind.* 2015, 2, 146, il quale sottolinea il vuoto di disciplina delle collaborazioni, di fatto abbandonate a se stesse. Tuttavia bisogna tener presente che nello schema della Legge di stabilità 2016 diffuso attraverso la stampa, sembra essere ricompresa una riforma delle collaborazioni coordinate e continuative che potrebbe almeno in parte rispondere a queste obiezioni.

<sup>1910</sup> Secondo una dottrina autorevole (v. Treu, op. ult. cit.), con questa norma si realizzerebbe un effetto di estensione dello schema della subordinazione anche ai rapporti etero-organizzati, finora estranei all’ambito di applicazione dell’art. 2094 c.c.

<sup>1911</sup> A cui si aggiungono le collaborazioni prestate nell’esercizio di professioni intellettuali (lett. b), quelle relative alle funzioni dei componenti i consigli di amministrazioni e di controllo delle società di capitale, e le collaborazioni in favore di associazioni sportive (lett. c).

nato ad una “nuova fattispecie”,<sup>1912</sup> allora questa deroga pare, di primo acchito, integrare una possibile violazione del principio di indisponibilità del tipo (ossia eludere in modo illegittimo il modello di disciplina applicabile al rapporto lavorativo). Risulta quindi molto difficile giustificare l'esclusione con riferimento all'esistenza di “discipline specifiche” derivanti da accordi collettivi nazionali<sup>1913</sup> e soprattutto garantire la tenuta di una tale deroga o eccezione in caso di contenzioso giudiziario sulla qualificazione.

Anche ad ammettere (diversamente) che l'enigmatico rinvio a prestazioni personali, continuative ed etero-organizzate indichi invece condizioni solo liminari allo schema della subordinazione ed esplicative di una peculiare situazione di parasubordinazione (o di coordinazione),<sup>1914</sup> la delega alla contrattazione perché decida circa la loro sopravvivenza (giacché di questo si tratta) certamente pone un problema relativamente alla funzione del contratto collettivo, soprattutto tenendo conto della dubbia idoneità selettiva della formula utilizzata nel primo comma dell'art. 2. Il contratto collettivo potrebbe invero produrre una sorta di indiretto effetto sanante delle violazioni dell'art. 2094 c.c. stante il molto difficile scrutinio delle differenze fra etero-organizzazione ed etero-direzione, paradossalmente assurgere al ruolo del cavallo di Troja per consentire operazioni di carattere fraudolento o *border line*.

In ogni caso è innegabile che l'applicazione del 2° comma, lettera a), si risolve, a ben vedere, in un trattamento diseguale di situazioni eguali, in ragione dell'esistenza o meno di un contratto collettivo che già disciplini il trattamento economico e normativo di questi collaboratori, ossia in base a condizioni estrinseche non riguardanti né la condizione soggettiva del collaboratore né quella oggettiva del rapporto. È vero che già in passato la legge aveva delegato alla contrattazione poteri regolativi molto intensi in questa materia, come nel caso dell'art. 1, comma 23, l. n. 92/2012 (la norma faceva salve le previsioni dei contratti collettivi nel settore dei call center),<sup>1915</sup> ma raramente si era spinta fino al punto di legittimare differenze di trattamento così rilevanti fra situazioni identiche in base alla mera volontà delle parti stipulanti (nella specie, di sottrarre taluni rapporti di collaborazione dall'attrazione nell'ambito del lavoro subordinato e della relativa disciplina). La disposizione legislativa sembra avere funzione così da un lato “incentivante” della contrattazione collettiva nel settore di riferimento, ma dall'altro, salvaguardando i contratti di collaborazione in base alla semplice valutazione delle parti collettive, utilizza il contratto come fattore discriminante della tutela del lavoro subordinato (il che pare essere un'assoluta novità). Il contratto collettivo diventa come una ghigliottina a due lame: strumento acquisitivo di diritti, garantendo ai collaboratori una tutela collettiva minimale, rischia di eternizzare la loro condizione di precarietà, sacrificandoli in nome di generiche “esigenze del settore” e operando una drastica differenza di trattamento indigesta dal punto di vista del valore dell'uguaglianza.<sup>1916</sup>

<sup>1912</sup> Così T. Treu, *In tema di Job Act. Il riordino dei tipi contrattuali*, op. cit. p. 163.

<sup>1913</sup> Nè si comprende in realtà molto bene se debba trattarsi di discipline organiche o anche soltanto parziali dei rapporti di “collaborazione dipendente”, e se debba esservi un limite intrinseco di queste “discipline”, oltre il quale il contratto collettivo non può realizzare l'effetto derogatorio.

<sup>1914</sup> Accogliendo l'eterea, impalpabile giurisprudenza in tema di coordinamento (fra le altre v. Cass. Lav. n. 12572/2013; Cass. Lav. n. 14573/2012), come propone D. Mezzacapo, op. cit. p. 62. Ma in tal caso le perplessità riguarderebbero la riconduzione delle stesse allo schema della subordinazione, che avrebbe dunque carattere eminentemente sanzionatorio (ma perché?).

<sup>1915</sup> In tal senso ancora T. Treu, op. cit. p. 166-167, cui si rinvia anche per le considerazioni circa l'anomalia del rinvio legislativo agli accordi nazionali sottoscritti dalle *confederazioni* sindacali comparativamente più rappresentative, piuttosto che ai contratti collettivi sottoscritti dalle categorie o a livello aziendale.

<sup>1916</sup> Mariucci parla di “dubbia costituzionalità” della norma (v. *Il diritto del lavoro ai tempi del renzismo*, op. cit. p. 29).

#### 6.4. Le procedure di stabilizzazione.

Molto incisiva – e portatrice anch'essa di analoghe congetture di incostituzionalità – è la previsione introdotta dall'art. 54 del d. lgs. n. 81/2015, norma che introduce una speciale procedura di stabilizzazione dei lavoratori precari. Si prevede infatti che in tutti i casi in cui il committente disponga la "conversione" dei rapporti di collaborazione di qualsiasi natura – ovvero "proponga" ai collaboratori l'assunzione con contratto di lavoro subordinato a tempo indeterminato – l'eventuale conciliazione conclusa nelle sedi qualificate, contenente la rinuncia del lavoratore alle pretese derivanti dalla diversa qualificazione del contratto di lavoro, sia opponibile agli enti previdenziali e comporti finanche l'estinzione di diritto degli eventuali illeciti amministrativi, contributivi e fiscali, ove non già accertati a seguito di accessi ispettivi precedenti (e sempre che il rapporto di lavoro subordinato così instaurato non venga risolto nei successivi dodici mesi, salvo giusta causa o giustificato motivo). Fra gli altri aspetti critici, il duplice beneficio dell'opponibilità a terzi dell'auto-qualificazione del rapporto convenuta dalle parti in sede conciliativa e dell'estinzione *ope legis* degli illeciti commessi, desta non poche perplessità sulla "tenuta" delle tutele inderogabili di legge, configurandosi tale disposizione come inedita (ed imprevedibile) "sanatoria" di violazioni che attentano alla sicurezza e alla dignità del lavoro senza altra "contropartita" che l'assunzione regolare per il futuro in regime di lavoro subordinato (il cui modello di disciplina è stato, da altro versante, profondamente indebolito e destabilizzato dalle riforme in materia di licenziamento). Anche in questo caso si potrebbero stigmatizzare le differenze di trattamento e le disuguaglianze derivanti dalla tecnica "prima-dopo", ossia la profonda iniquità del trattamento diseguale della medesima condizione di lavoro irregolare. Le differenze di trattamento non rinviano a situazioni diverse dal punto di vista soggettivo o oggettivo bensì a circostanze o eventi esterni, non prevedibili e arbitrariamente assunti da legislatore come "spartiacque" della disciplina applicabile (e quindi dei destini esistenziali che in concreto si determinano). Si tratta di un criterio di differenziazione che potrebbe dar luogo a trattamenti diseguali anche dal lato delle stesse imprese, nella misura in cui esso risulterà impeditivo solo per alcuni della possibilità di accesso ai benefici di legge senza alcun vaglio della effettiva fondatezza della violazione di legge oggetto dell'accertamento. Ma soprattutto, se legittimamente può farsi discendere da un atto volitivo "assistito" la rinuncia ai diritti acquisiti, non altrettanto può dirsi del colpo di spugna dal versante degli obblighi legali di natura previdenziale ed assicurativa del datore, che non danno luogo, com'è noto, a diritti rientranti nel patrimonio individuale del singolo lavoratore.<sup>1917</sup> E pertanto, dichiarare come vincolante anche per i terzi il contenuto delle dichiarazioni negoziali, tanto da determinare una sanatoria "tombale", non vuol dire altro che sollevare il datore, con effetti derogatori impliciti, dal rispetto di norme di ordine pubblico economico che concretizzano interessi generali e principi/diritti costituzionali di primaria importanza.

Una tecnica simile venne utilizzata, com'è noto, per combattere il lavoro nero o sommerso, favorendo contratti di emersione derogatori in cambio della regolarizzazione dei rapporti lavorativi, con esclusione del potere di ricondurre le violazioni pregresse al regime sanzionatorio comune.<sup>1918</sup> La differenza non è però di poco conto, considerato che in un caso la chiave di accesso ai benefici di legge è l'autonomia collettiva, cui spetta(va) la ponderazione degli interessi sottesi, laddove qui è sufficiente la sola conciliazione individuale, che, in tesi, può avvenire anche a "costo

<sup>1917</sup> V. M. Cinelli, *Il rapporto previdenziale*, Il Mulino, Bologna, 2010.

<sup>1918</sup> su cui v. R. De Luca Tamajo, *I contratti di riallineamento retributivo*, in Riv. Giur. Lav., 1999, supplemento al n. 3, p. 87 ss.

zero” per il datore, senza alcun “filtro” (collettivo o amministrativo), senza predefinire alcuna condizione di “meritevolezza” soggettiva del datore di lavoro e, infine, senza alcuna misura di parificazione.

#### 6.5. Il nuovo art. 2103 c.c.

L'utilizzo della tecnica di derogabilità dei dispositivi di tutela su aspetti cruciali del rapporto di lavoro è proposta dal legislatore in modo molto netto nella nuova disciplina delle mansioni, rovesciando in qualche misura il vecchio impianto normativo che si basava, com'è noto, sulla indisponibilità della posizione occupata dal lavoratore nell'ambito dell'organizzazione produttiva.<sup>1919</sup>

Come osserva opportunamente Voza, “la nullità del patto contrario è la più classica delle formule atte a sancire l'inderogabilità della norma”,<sup>1920</sup> ed essa, anche se viene riaffermata in via di principio dall'art. 3 del d. lgs. n. 81, di fatto è smentita, o quanto meno alleggerita, dal potere unilaterale (derogatorio) del datore di assegnare al lavoratore mansioni inferiori (intese, grazie al principio di equivalenza rivisitato, come mansioni appartenenti al “livello di inquadramento inferiore”), in caso di “modifica degli assetti organizzativi aziendali” (art. 3, comma II) oltre che nelle ulteriori ipotesi (derogatorie) previste dal contratto collettivo, anche aziendale (comma IV).<sup>1921</sup> La necessaria correlazione fra mansioni e qualifica degrada a norma semi-imperativa, abbattendo uno dei capisaldi della disciplina lavoristica, senza neppure la giustificazione data dalla tutela di interessi ritenuti, a torto o a ragione, prevalenti rispetto alla professionalità del lavoratore. Anzi, per essere precisi, nel nuovo art. 2013 c.c. c'è una doppia deroga - derogabilità al quadrato - considerando che il principio di equivalenza formale costituisce già di per sé una deviazione rispetto al principio comune secondo cui la prestazione esigibile, cui corrisponde il dovere di diligenza del lavoratore nell'adempimento del contratto, è a stretto rigore quella insita nel patrimonio professionale del lavoratore.<sup>1922</sup> La nuova norma incide dunque sull'area del debito, ampliandolo;<sup>1923</sup> il che può essere giustificato da esigenze di semplificazione e di certezza, rinviando alla fonte collettiva la determinazione del contenuto della prestazione esigibile, senonché, allo stesso tempo, si riconosce al datore un potere unilaterale in qualche misura “concorrente” con la fonte collettiva. E difatti, potendo il datore incidere sul contenuto dell'obbligazione lavorativa, di fatto può prescindere con una certa libertà dispositiva dalla previsione collettiva, che è quindi derogabile unilateralmente *in pejus* (seppure condizionata dal riscontro dei presupposti indicati dalla

<sup>1919</sup> v. F. Liso, *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 CSDLE “Massimo D'Antona” IT, n. 257/2015, p. 2. Per un commento alla legge delega v. U. Gargiulo, *La revisione della disciplina delle mansioni nel Jobs Act*, in Rusciano-Zoppoli (a cura di), *Jobs Act e contratti di lavoro dopo la legge delega 10 dicembre 2014 n. 183*, in WP CSDLE Collective Volumes n. 3/2014 e più recentemente dello stesso autore *Lo jus variandi nel nuovo art. 2103 cod.civ.*, in CSDLE “Massimo D'Antona”, IT n. 268/2015.

<sup>1920</sup> R. Voza, *Autonomia privata e norma inderogabile nella nuova disciplina del mutamento di mansioni*, in CSDLE “Massimo D'Antona” IT, n. 262/2015.

<sup>1921</sup> Nel rispetto della “categoria legale” di inquadramento e con la conservazione del livello di inquadramento e del trattamento retributivo.

<sup>1922</sup> Rimarca la deviazione rispetto ai criteri elaborati dalla giurisprudenza della Cassazione U. Gargiulo, op. ult. cit., p. 5, secondo cui, giustamente, non viene meno l'obbligo del giudice di verificare che le mansioni assegnate corrispondano alle specifiche competenze tecniche del lavoratore.

<sup>1923</sup> F. Liso, op. ult. cit. p. 7.

legge e, probabilmente, dal nesso di causalità fra le esigenze aziendali e la posizione del lavoratore).<sup>1924</sup>

Molte perplessità sorgono poi per l'affidamento al contratto collettivo (ma senza individuazione del livello competente e quindi, a norma dell'art. 51 del d. lgs. 81/2015, anche al contratto collettivo aziendale) del potere di definire ulteriori ipotesi di adibizione del lavoratore a mansioni inferiori, stante la possibilità di pressioni e di sviamenti nell'esercizio del potere negoziale a livello periferico e di scambi molto opachi fra le parti.<sup>1925</sup> Potere, questo, in realtà già conferito agli attori della negoziazione di prossimità, come previsto dall'art. 8 l. n. 148/2011 e qui paradossalmente rafforzato dalla mancanza di limiti oggettivi o di presupposti condizionanti di natura "causale" (di fatto è ammessa qualsiasi ipotesi, salvo, evidentemente, quelle che violano i divieti di discriminazione).

Le disposizioni introdotte dal II e dal IV comma ammettono dunque un potere molto esteso del datore nella gestione del rapporto lavorativo. Rispetto al precedente regime di disciplina, la derogabilità del dispositivo legale di tutela è inoltre consentita non più soltanto nell'interesse del lavoratore ma anche dell'azienda, sulla base di un presupposto genericamente riferibile alla modifica degli assetti organizzativi aziendali, il che sembrerebbe invero preludere ad una significativa flessibilità unilaterale della prestazione lavorativa.<sup>1926</sup>

Ma le perplessità sull'utilizzo poco sorvegliato della tecnica di derogabilità non finiscono qui. Lo stesso obbligo formativo in caso di mutamento *in pejus* delle mansioni è formulato in maniera talmente enigmatica da poter essere considerato alla stregua di una norma non imperativa, giacché la sua violazione sembrerebbe non dover produrre effetti quanto alla validità dell'atto di assegnazione a nuove mansioni (art. 3, III comma). In verità la dottrina sembra recuperare in via d'interpretazione un effetto impeditivo della violazione dell'obbligo formativo,<sup>1927</sup> ma resta il fatto che una disposizione che pur ha il merito di incuneare la formazione all'interno del rapporto sinallagmatico sembra formulata in modo, per così dire, etereo.

Anche nella disciplina delle mansioni superiori il recupero di spazi di manovra per l'autonomia individuale e collettiva è alquanto considerevole, sia in relazione al limite temporale oltre il quale l'assegnazione diviene definitiva, derogabile ad opera del contratto collettivo (genericamente inteso, con rinvio anche al contratto aziendale), sia per quanto riguarda l'effetto legale della pro-

<sup>1924</sup> Sul punto v. A. Bellavista, *Il nuovo art. 2103 c.c. nel Job Act*, in [dirittisocialie cittadinanza.it](http://dirittisocialie cittadinanza.it), 2015. Secondo Gargiulo, in *Lo jus variandi nel nuovo art. 2103 cod.civ.*, op. cit., p. 8, si realizza "una scissione, potenzialmente permanente, tra oggetto dell'obbligazione lavorativa (...) e prestazione richiesta al lavoratore".

<sup>1925</sup> In senso analogo v. le considerazioni di U. Gargiulo, *La revisione della disciplina delle mansioni nel Jobs Act* op. cit., spec. p. 20-21.

<sup>1926</sup> Ciò salvo voler ritenere che il riferimento alle esigenze aziendali debba ricondursi alla solita alternativa demansionamento/licenziamento, abbracciando così un'inaccettabile interpretazione abrogatrice per impedire il prodursi di una disciplina collidente con consolidati principi dell'ordinamento lavoristico. In termini analoghi v. R. Voza, op. ult. cit. p. 7, il quale nota che la possibilità di esigere mansioni inferiori con l'obbligo di tener fermo il livello di inquadramento e retributivo acquisito crea una "situazione anomala" non solo perché consente margini molto ampi di libertà del datore ma anche perché spezza il nesso di corrispettività, il che produrrebbe paradossalmente un effetto antieconomico per il datore stesso (ivi p. 10).

<sup>1927</sup> V. L. De Angelis, *Note sulla nuova disciplina delle mansioni ed i suoi (difficilissimi) rapporti con la delega*, in CSDLE "Massimo D'Antona" IT, n. 263/2015, p. 7. Più sfumata la posizione di Gargiulo, op. ult. cit. p. 11, il quale ritiene che residui per il lavoratore la possibilità di agire per il risarcimento dei danni.

mozione automatica, che può essere impedito dalla volontà in senso contrario del lavoratore (volontà neppure assistita). Fattispecie, quest'ultima, che implica la rinuncia ad un diritto oramai entrato nel patrimonio del lavoratore ed espone il lavoratore al rischio di condizionamenti che inficiano la genuinità della manifestazione di volontà oppositiva.<sup>1928</sup> Si è elogiata la piana scrittura delle norme, anche da parte dei commentatori più critici, ma esiste un limite oltre il quale la "chiarezza" degli enunciati normativi non ha più senso né valore: ed è questo il caso di una previsione surreale nella quale si prevede che la volontà del singolo può paralizzare l'acquisto di un diritto, il che vuol dire, a ben vedere, semplicemente che il diritto soggettivo non è più tale, ma è un'ipotesi, una semplice congettura, che esige quale condizione perfezionatrice il consenso dell'avente diritto!

In questo contesto problematico, è poi ammessa dal VI comma, "nelle sedi di cui all'art. 2113 ultimo comma" oppure "avanti alle commissioni di certificazione", la stipulazione di accordi individuali in deroga a modifica (consensuale) delle mansioni, della categoria legale, del livello di inquadramento (senza alcun limite) e finanche della relativa retribuzione, qualora ciò avvenga per non chiarissimi interessi del lavoratore "alla conservazione dell'occupazione, all'acquisizione di una diversa professionalità o al miglioramento delle condizioni di vita" (condizioni queste di validità del patto derogatorio, da intendersi come alternative). Il divieto di pattuire condizioni difformi, stante la nullità dei patti contrari (prevista sulla falsariga della previgente disposizione di legge), è in effetti almeno in parte vanificato<sup>1929</sup> dal carattere troppo generico delle ipotesi derogatorie, che consentono all'autonomia individuale spazi davvero molto ampi di modifica *in pejus* del regolamento contrattuale.<sup>1930</sup> La "derogabilità assistita", abbandonata all'atto dell'approvazione del d. lgs. n. 276/2003, sembra così rientrare dalla finestra grazie all'art. 3 del d. lgs. n. 81/2015, consentendo patti individuali in deroga che espongono il contraente debole, come si è notato, al rischio di abusi.<sup>1931</sup> Resta la nullità in caso di patti e intese convenuti senza il rispetto delle garanzie suddette e, invero, la derogabilità individuale dell'art. 2103 c.c. non era sconosciuta negli approdi più recenti della giurisprudenza, ma mai con tale ampiezza, spingendosi ora fino al punto di rimettere in discussione non solo l'inquadramento acquisito ma anche la retribuzione del lavoratore subordinato.<sup>1932</sup> È del tutto evidente che anche queste modifiche sono finalizzate a rafforzare l'autonomia individuale, con un effetto indiretto piuttosto incisivo sulle condizioni di eguaglianza dei lavoratori in azienda, che vengono meno, spostandosi l'asse della regolazione del contratto di lavoro sul principio delle differenze di condizioni e di contenuto dell'obbligazione lavorativa.

<sup>1928</sup> In tal senso, condivisibilmente, R. Voza, *Autonomia privata e norma inderogabile nella nuova disciplina del mutamento di mansioni*, op. cit. p. 16-17.

<sup>1929</sup> V. M. Brollo, in *La mobilità professionale dei lavoratori dopo il job act: spunti dal caso Fiat*, in q. volume, p. 5 del manoscritto, secondo cui "la nullità viene declassata da assoluta a ibrida".

<sup>1930</sup> Come nota Voza, giustamente, "non vi sono limiti alla potestà derogatoria consegnata all'autonomia privata".

<sup>1931</sup> M. Brollo, op. ult. cit. p. 7; v. pure U. Gargiulo, op. ult. cit. p. 13-14, soprattutto con riferimento alla terza delle condizioni indicate dalla norma ("miglioramento delle condizioni di vita").

<sup>1932</sup> V. L. De Angelis, op. cit. p. 9, con riferimento al recente orientamento della Cassazione (sent. n. 11395/2014).

## 7. I rapporti fra contratto collettivo e legge.

Altro tema scottante è quello dei rapporti legge – contratto collettivo. Come si è notato, nell'ambito del disegno di riforma del d. lgs. n. 81/2015 “quasi tutti i casi di rinvio risultano funzionali ad introdurre deroghe *in pejus* rispetto alla legge” e avvengono senza individuazione del livello di contrattazione.<sup>1933</sup> Le garanzie nei confronti del potere derogatorio della fonte sottostante si spostano dunque sul criterio di selezione degli agenti negoziali. In tal senso l'art. 51 del decreto (dal titolo “norme di rinvio ai contratti collettivi”) dispone che salvo diversa previsione “per contratti collettivi si intendono 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”. Tuttavia, se la condizione legittimante può sul livello nazionale effettivamente garantire la genuinità degli accordi e l'affidamento del potere derogatorio a soggetti “responsabili” – per quanto non sempre, stante il subdolo riferimento ai contratti stipulati *da* e non *dalle* associazioni sindacali comparativamente più rappresentative, che replica una tecnica elusiva già pensata dal legislatore nel lontano 2003;<sup>1934</sup> sul livello aziendale/territoriale sorgono invero molte perplessità poiché sindacati comparativamente più rappresentativi a livello nazionale potrebbero avere una rappresentatività periferica, nell'azienda o nel territorio considerato, evanescente. Lo stesso discorso, a ben pensare, nel caso di accordi aziendali derogatori sottoscritti dalle r.s.a. o dalle r.s.u., per i quali non si prevede neppure un qualche meccanismo di verifica del consenso dei lavoratori. Il decreto, sotto questo profilo, ripropone invero il problema degli accordi separati, irrisolto, allo stato, quanto meno a livello aziendale, il che indurrebbe in effetti molta prudenza nel definire poteri derogatori così estesi su punti cruciali della regolazione lavoristica.

Pur quando definisce un ruolo centrale per l'autonomia collettiva – ad esempio nell'ambito della regolamentazione dello *jus variandi* – il legislatore stabilisce una perfetta equiordinazione dei diversi livelli contrattuali (nazionali, territoriali ed aziendali), il che conferma la tendenza a privilegiare le fonti collettive di prossimità e con essa, naturalmente, la sempre più radicata convinzione che il nuovo “baricentro” aziendale sia più idoneo “ad adattare su misura le esigenze di flessibilità della forza lavoro”.<sup>1935</sup> Tema, questo, che rinvia in effetti ad una nuova visione apodittica, un'altra mitologia *statu nascenti*, trattandosi piuttosto di una precisa scelta di campo circa gli interessi da privilegiare e quelli da sacrificare nella nuova regolazione del mercato del lavoro: nella fattispecie fra l'interesse ad una definizione dei trattamenti collettivi privilegiando l'uniformità e l'egualianza delle condizioni di impiego della forza lavoro e l'interesse, oggi in voga, di diversificare e pluralizzare le suddette condizioni, determinando una disciplina a scacchi, o a macchia di leopardo, strettamente funzionale, apparentemente, alla competitività delle aziende e dei territori produttivi, ma che incide molto chiaramente in senso recessivo, diversificando *in pejus* i trattamenti e creando disuguaglianze fra azienda e azienda, fra territorio e territorio.

<sup>1933</sup> A. Lassandari, op. ult. cit., pag. 50; analogamente L. Mariucci, op. ult. cit. p. 34.

<sup>1934</sup> Ironicamente si potrebbe dire *Così lontano così vicino!*, parafrasando il titolo di un vecchio film di Wim Wenders.

<sup>1935</sup> A. Lassandari, op. ult. cit.; v. pure in termini R. De Luca Tamajo, *Il problema dell'inderogabilità delle regole a tutela del lavoro: passato e presente*, op. cit.

## 8. Conclusioni.

Il tema legislativo è dunque molto sensibile alla tecnica della derogabilità, strumento di differenziazione dei trattamenti e delle condizioni di lavoro che si presenta, a ben vedere, in una duplice veste. Oltre a prevedere ipotesi di derogabilità molto ampie degli standard di trattamento, la legislazione sembra introdurre mirate deroghe ai principi comuni attuando una sorta di distacco della disciplina lavoristica (e in particolare della responsabilità del datore), dalla matrice civilistica, e ciò allo scopo di ridurre l'impatto economico della reazione dell'ordinamento all'illecito.<sup>1936</sup> Ne sono fulgidi esempi la nuova disciplina in materia di licenziamento e le conseguenze risarcitorie in caso di illegittimità del termine. Nel primo caso, la restrizione delle ipotesi in cui è ammessa, a fronte della violazione dei tipizzati presupposti di legge del recesso datoriale, la misura del ripristino del rapporto lavorativo, introduce di fatto una deroga al principio della "conservazione del contratto" e al rimedio tipico della reintegrazione in forma specifica,<sup>1937</sup> già peraltro oggetto di limitazione per le piccole imprese. Allo stesso modo la riforma introdotta con il c.d. collegato lavoro – regime previsto per disciplinare gli effetti economici della nullità del termine al rapporto di lavoro e ora applicabile anche al contratto di somministrazione – impone una severa limitazione della responsabilità del datore di lavoro, che non trova corrispondenza nel regime civilistico in caso di ingiustificato rifiuto della prestazione (che implica responsabilità risarcitoria integrale). Possono condividersi, almeno in parte, le ragioni di opportunità di questa scelta recessiva del legislatore, ma non si può negare il suo carattere eccentrico rispetto al diritto comune. Da altro versante la contrattazione collettiva, a sua volta, se da un lato è chiamata ad amministrare la deroga *in pejus* dei trattamenti, dall'altro è sottoposta a una ristrutturazione complessiva (in via eteronoma ed autonoma) in funzione dell'obiettivo di assicurare maggiore autonomia e importanza al livello aziendale, con poteri di iniziativa in chiave derogatoria. Le crisi aziendali producono del resto continui rinvii al contratto aziendale in funzione derogatoria delle disposizioni contrattuali del c.c.n.l., con tutti i problemi di gestione del consenso e di agibilità che ne derivano (il caso Fiat), e quando viene meno la mediazione sindacale è addirittura sul rapporto diretto con i lavoratori che si innesta la deroga al quadro regolamentare (il caso estivo della Electrolux di Susegana).

La "derogabilità assistita", dopo essere stata accantonata dal legislatore nell'oramai lontano 2003, rientra ora nel novero delle possibilità grazie alla riforma del 2015 (d. lgs. n. 81), certo non nel senso di consentire la dismissione di qualsiasi tutela – ed è del resto ancora valido il principio posto dalla Corte costituzionale sull'indisponibilità del tipo contrattuale<sup>1938</sup> – ma come traccia per ora "limitata" ai contenuti della prestazione lavorativa, investendo tuttavia momenti cruciali e

<sup>1936</sup> v. A. Perulli, *Il controllo giudiziale dei poteri dell'imprenditore tra evoluzione legislativa e diritto vivente*, in Riv.it.dir.lav., 2015, 1, 83 ss.

<sup>1937</sup> M. Barbieri, *La nuova disciplina del licenziamento individuale: profili sostanziali e questioni controverse*, in M. Barbieri - D. Dalfino, *Il licenziamento individuale nell'interpretazione della legge Fornero*, Cacucci ed., Bari, 2013, p. 15.

<sup>1938</sup> Enunciato, com'è noto, dalle sentenze n. 121/1993 e n. 115/1994 della Corte Costituzionale ed ora riaffermato, con qualche incertezza, dalla recente sentenza n. 76/2015 (rel. Sciarra). Si veda per un magistrale commento, che ne è in realtà il fondamento teorico a posteriori, in M. D'Antona, *Limiti costituzionali alla disponibilità del tipo contrattuale nel diritto del lavoro*, in Arg. Dir. Lav., 1995, 1, p. 63 ss, ora in *Opere*, Giuffrè ed., Milano, vol. 1, p. 189 ss.

delicattissimi del rapporto contrattuale datore/lavoratore e disegnando futuri scenari delle relazioni giuridiche sempre più distaccati dall'obiettivo di garantire una tutela compatta ed egualitaria e sempre più vicini ad esigenze eteronome fondate su (veri o presunti) principi economici.

La derogabilità ad ampio raggio dei trattamenti economico-normativi derivanti dalla legge e dal contratto collettivo sembra assumere specifica funzione anticiclica. La differenziazione e la pluralità delle condizioni lavorative dimostrano in modo molto netto che le strutture giuridiche sono cedevoli, permeabili, per nulla immuni dalla crisi dei paradigmi dello stato costituzionale e dei suoi non immutabili valori, anche se le condizioni economico-sociali sembrano indicare un piano inclinato della sicurezza e stabilità dei rapporti lavorativi e delle condizioni di vita delle classi subalterne.<sup>1939</sup>

Ma forse, per concludere, può a questo punto considerarsi come attuale o certamente realistico l'abbandono definitivo dell'inderogabilità come tecnica privilegiata della legislazione in materia di lavoro, se non in funzione di una ristretta classe di diritti fondamentali (come del resto esplicitamente ammesso dal legislatore con l'art. 8 l. n. 148/2011).<sup>1940</sup> Per l'inderogabilità si potrebbero usare le stesse parole pronunciate di recente da Guido Rossi in un suo articolo sulle inaccettabili disuguaglianze ed iniquità sociali prodotte dalla crisi economica: *non sono le idee che defungono, ma gli uomini che le dimenticano*. Parlava d'altro, ma è considerazione particolarmente appropriata anche qui, se consideriamo questa traiettoria discendente come la scaturigine della crisi del valore dell'uguaglianza (o del disvalore delle differenze) nella presente fase storica.<sup>1941</sup>

<sup>1939</sup> Si può convenire dunque con Lo Faro quando segnala che in queste vicende può vedersi "un passaggio da una disuguaglianza negata, nascosta, o quanto meno tollerata ad una disuguaglianza che viene invece esibita, invocata, come prezzo da pagare al soddisfacimento di interessi superiori", in questo caso l'occupazione e la crescita (A. Lo Faro, in *Diritto del lavoro e (dis)uguaglianza nelle prospettate riforme della disciplina del recesso*, op. cit. p. 128).

<sup>1940</sup> Sembra così realizzarsi in via di prassi quel ridimensionamento "per linee interne" dell'area della inderogabilità, basato sulla selezione dei valori e degli interessi sottesi, auspicato da una parte della dottrina, su cui v. R. De Luca Tamajo, *Il problema dell'inderogabilità delle regole a tutela del lavoro: passato e presente* op. cit. p. 719-720.

<sup>1941</sup> A conclusione di questo saggio sembra a chi scrive (quasi) doveroso, a difesa dell'inderogabilità, ricordare, da un altro punto di vista, come essa abbia storicamente contribuito alla formazione e realizzazione fra i lavoratori di un'area di uguaglianza in cui "il riconoscimento reciproco di uguale appartenenza permette di espellere, o coprire, o chiudere come fra parentesi, il giudizio su una propria inferiorità" (così A. Pizzorno, *Il velo della diversità*, Feltrinelli, Milano, 2007, p. 316). Da qui origina pure l'identità collettiva dei lavoratori, l'unico antidoto possibile oggi, secondo Pizzorno, alle disuguaglianze e alle polarizzazioni di gruppi e persone create dalla globalizzazione dei rapporti sociali.