

Sulle categorie del diritto del lavoro "riformate"*

Giuseppe Santoro Passarelli

| | |
|--|----|
| 1. Le categorie del diritto del lavoro e la riforma del Jobs Act. | 18 |
| 2. I rapporti tra legge e autonomia collettiva. | 19 |
| 3. Subordinazione e collaborazioni continuative e coordinate. | 22 |
| 3.1. I rapporti di lavoro organizzati dal committente. | 23 |
| 3.2. I rapporti di lavoro organizzati dal committente esclusi dall'applicazione della disciplina del lavoro subordinato. | 26 |
| 3.3. Le collaborazioni continuative e coordinate ex art. 409 n. 3 c.p.c. | 26 |
| 4. Lo jus variandi in pejus. | 27 |
| 4.1. La frantumazione dell'inderogabilità e la valorizzazione del contratto individuale sia pure in sede assistita. | 29 |
| 4.2. Il demansionamento, le residue ipotesi di nullità e il risarcimento del danno. | 29 |
| 4.3. L'interesse del prestatore di lavoro all'esecuzione della prestazione lavorativa. | 30 |
| 5. Il potere di controllo del datore di lavoro e la disciplina dei controlli a distanza nel decreto sulla semplificazione attuativo del Jobs Act. | 34 |
| 6. Il licenziamento: evoluzione legislativa e modifica del contesto socioeconomico, valorizzazione della concorrenza ed emersione di un doppio mercato del lavoro: gli insiders e gli outsiders. | 36 |
| 6.1. La legge Monti Fornero e la flessibilizzazione della disciplina del licenziamento ingiustificato: la reintegrazione e la tutela risarcitoria. | 39 |
| 6.2. Il d.lgs. n. 23/2015: la riduzione dell'ambito di applicazione della sanzione della reintegrazione. | 39 |
| 7. I licenziamento discriminatorio. | 40 |
| 8. Il licenziamento disciplinare: la reintegrazione come sanzione eccezionale rispetto al risarcimento del danno e la nozione di fatto materiale contestato. | 41 |
| 8.1. L'estraneità di ogni valutazione circa la sproporzione del licenziamento: critica. | 42 |
| 8.2. Il licenziamento per scarso rendimento. | 43 |
| 9. Il licenziamento per giustificato motivo oggettivo. | 44 |
| 9.1. Sull'obbligo di repechage. | 45 |

* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 288/2016

| | |
|--|----|
| 9.2. Il licenziamento per eccessiva morbillità. | 46 |
| 9.3. il regime sanzionatorio del licenziamento collettivo. | 47 |
| 10. Sul rapporto tra il regime generale della nullità ex artt. 1324 e 1418 c.c. , e la tutela reale e obbligatoria in materia di licenziamento illegittimo stabilite dal d. lgs. n. 23/2015. | 48 |
| 11. La funzione delle categorie civilistiche nel diritto del lavoro. | 50 |
| 12. Conclusioni: Metodo e obbiettivi del Jobs Act. | 53 |

1. Le categorie del diritto del lavoro e la riforma del Jobs Act.

I diversi provvedimenti legislativi del Jobs Act hanno inciso profondamente sulla disciplina previgente di talune categorie fondanti della nostra disciplina⁷⁷ e cioè: il rapporto tra legge e autonomia collettiva, la norma inderogabile, il tipo legale della subordinazione e i rapporti di collaborazione, i poteri del datore di lavoro e cioè lo jus variandi e il potere di controllo sull'esecuzione della prestazione lavorativa, il potere di recesso del datore di lavoro ovvero le varie forme di licenziamento.

Orbene dall'esame delle nuove normative sarà possibile da un lato capire quali interessi e quali valori sottendono allo stato attuale le categorie del diritto del lavoro riformate e dall'altro lato, intravedere le linee di tendenza del nuovo diritto del lavoro, rimanendo ben avvertiti che nell'attuale contesto socioeconomico non è consigliabile avventurarsi in previsioni di lungo termine perchè le condizioni dell'economia mondiale possono mutare rapidamente.

Secondo una parte della dottrina⁷⁸ questi provvedimenti avrebbero destrutturato il diritto del lavoro, nel senso che il Jobs act avrebbe smantellato le tutele assicurate dallo Statuto dei lavoratori (reintegrazione mansioni e controllo a distanza).

Viceversa, secondo altri⁷⁹, il Jobs act invece avrebbe flessibilizzato la disciplina del rapporto di lavoro subordinato a tempo indeterminato per estenderla ad un maggior numero di lavoratori e per renderla più attrattiva per i datori di lavoro, riducendo le tutele nel rapporto di lavoro, ma avrebbe incrementato le tutele per gli inoccupati (cioè coloro che non hanno ancora un posto di lavoro) e i disoccupati (cioè coloro che hanno perso il posto di lavoro e sono alla ricerca di un nuovo posto di lavoro)⁸⁰.

Certo le statistiche dicono che il numero dei rapporti di lavoro sarebbe aumentato considerevolmente, e tuttavia questo aumento non rifletterebbe un incremento di nuova occupazione ma prevalentemente un travaso dai rapporti precari e temporanei al contratto a tutele crescenti economicamente conveniente per il datore di lavoro a cagione della decontribuzione almeno per i rapporti stipulati entro il 31 dicembre 2015.

Questo dato di realtà non deve comunque far perdere di vista che l'aumento dell'occupazione dipende essenzialmente dalla crescita e dallo sviluppo economico che, dopo un periodo di crisi acuta, in questi anni risulta piuttosto modesto.

Si aggiunga che la competizione tra le imprese derivante dalla internazionalizzazione dei mercati, diventata brutale (basti pensare alla vicenda della Volkswagen), e la concorrenza, assunta come valore dalla normativa europea, hanno imposto alle imprese di ridurre i costi di produzione e, tra questi, quello del lavoro.

Queste sono le cause alla base dei nuovi provvedimenti in materia di lavoro che, tenendo conto di un contesto profondamente diverso da quello del 1970, hanno

⁷⁷ Sul tema delle categorie del diritto del lavoro v. M. Magnani, *Il diritto del lavoro e le sue categorie. Valori e tecniche nel diritto del lavoro*, Padova, 2006.

⁷⁸ U. Romagnoli, *Controcorrente*, in *Lav. dir.*, 2015, p. 3 ss.

⁷⁹ A. Maresca, *Il tempo indeterminato finalmente competitivo*, in *Ilsole24ore*, 25 febbraio 2015 e in *Bollettinoadapt.it*.

⁸⁰ M. Tiraboschi, *Prima lettura del d.lgs. n. 81/2015 recante la disciplina organica dei contratti di lavoro*, Collana ADAPT Labour e-book studies, 2015, 45, *Prefazione*, il quale sottolinea (p. 2-3) come l'incentivo alle assunzioni mediante contratto a tempo indeterminato, basato essenzialmente sui meccanismi di sgravio, non rappresenti più un incentivo alla stabilità del lavoro.

- 1) ampliato la cerchia dei soggetti protetti e quindi in buona sostanza allentando le maglie della subordinazione anche attraverso la decontribuzione per un certo periodo.
- 2) attenuato le tutele per coloro che hanno un posto di lavoro subordinato a tempo indeterminato per rendere più attrattivo per le imprese l'uso di questa forma di assunzione rispetto alla pletera di rapporti temporanei (contratti a termine, somministrazione, apprendistato ecc.).
- 3) e per contro hanno incrementato le tutele nel mercato, con lo scopo di favorire, nella ricerca di un posto di lavoro, coloro che sono inoccupati o disoccupati, attraverso il potenziamento di un sistema di politiche attive e della formazione e riqualificazione dei lavoratori.

2. I rapporti tra legge e autonomia collettiva.

Quanto al rapporto tra legge e autonomia collettiva siamo stati abituati dalla promulgazione della Costituzione fino a qualche anno fa ad assistere ad un rapporto virtuoso tra legge e contratto collettivo che, pur riconoscendo il primato della legge rispetto alla contrattazione collettiva, consentiva alla prima e cioè al potere politico e istituzionale di lasciare ampi spazi al potere sindacale e alla contrattazione collettiva tanto che, a seconda dei tempi, qualche dottrina ha teorizzato una sorta di equivalenza e fungibilità tra legge e contratto collettivo⁸¹ o addirittura di supplenza sindacale⁸² mentre nell'ultimo decennio del secolo scorso ha avuto ampio spazio la politica della concertazione tra governo e sindacati dei lavoratori e associazioni degli imprenditori⁸³.

Nel sistema sindacale italiano, in ogni caso va detto che tra legge e contratto collettivo, in particolare, si instaurano rapporti di:

- a) gerarchia, fondati sull'inderogabilità della norma legale⁸⁴ da parte del contratto collettivo;
- b) integrazione funzionale, incentrati sui rinvii operati dalla legge alla disciplina pattizia.

In linea generale, pertanto, il contratto collettivo non può peggiorare i livelli di trattamento e le condizioni stabilite direttamente dal legislatore.

Le clausole che si pongono in contrasto con le norme inderogabili di legge sono nulle, ai sensi dell'art. 1418 c.c.⁸⁵.

È invece normalmente ammessa la deroga *in melius* della disciplina legale da parte del contratto collettivo (principio del *favor*), a meno che la stessa legge non preveda una inderogabilità assoluta.

⁸¹ G. Ferraro, *Ordinamento, ruolo del sindacato e dinamica contrattuale di tutela*, Cedam, 1981, p. 259 ss. Cfr. anche L. Fiorillo, A. Perulli, *Le relazioni industriali*, vol. III, Giappichelli, 2014, p. 130.

⁸² G. Giugni, *Stato sindacale, pansindacalismo, supplenza sindacale*, in *Pol. dir.*, 1970, I, p. 49 ss.

⁸³ F. Carinci, *Riparlando di concertazione*, in *Arg. dir. lav.*, 2005, I, p. 491 ss.; E. Ghera, *La concertazione sociale nell'esperienza italiana*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2000, I, p. 115 ss.; T. Treu, *Un'idea moderna di concertazione*, in *Il Mulino*, 2004, 5, p. 953 ss.

⁸⁴ Cfr. sul punto R. De Luca Tamajo, *La norma inderogabile nel diritto del lavoro*, Napoli, 1976.

⁸⁵ Raramente, tuttavia, il giudice dichiara nulle clausole dei contratti collettivi. Quando accade, in ogni caso, la nullità della clausola non comporta la nullità del contratto collettivo. Per esempio, Cass. 2 luglio 2013, n. 16507 ha dichiarato nulla la clausola di un contratto collettivo che considerava dimissionario il lavoratore non rientrato in servizio senza giustificato motivo al termine del periodo di aspettativa, in quanto stabiliva una causa di risoluzione del rapporto non prevista dalla legge.

Il rapporto gerarchico tra legge e contratto collettivo è fondato sul principio inderogabilità *in peius* - derogabilità *in melius* della disciplina legale da parte di quella pattizia.

Tra legge e contratto collettivo vi può essere anche un rapporto di integrazione che segna il passaggio da una tutela legale rigida, inderogabilmente fissata dalla legge e rispetto alla quale il contratto collettivo può operare tutt'al più in senso migliorativo, ad una tutela più flessibile e variegata, suscettibile di essere completata, integrata o addirittura derogata dal contratto collettivo.

In questi casi⁸⁶ bisogna distinguere le ipotesi in cui la legge delega la sua funzione regolamentare al contratto collettivo, come avviene ad esempio nello sciopero nei servizi pubblici essenziali dove il contratto è delegato ad individuare le prestazioni indispensabili o, nei licenziamenti collettivi, a stabilire i criteri di scelta dei lavoratori che possono essere licenziati.

In queste ipotesi la legge affida al contratto collettivo una funzione integratrice della stessa norma.

In altri casi la legge ha affidato al contratto collettivo il potere di ridurre la retribuzione dei dipendenti per evitare i licenziamenti o, ancora, per favorire nuove assunzioni.

Come si può constatare, i contratti di solidarietà interni od esterni non prevedono soltanto una deroga secca meno favorevole del trattamento retributivo ma, se così si può dire, uno scambio tra riduzione della retribuzione e riduzione dei licenziamenti o nuove assunzioni.

Infine, la legge assegna al contratto collettivo il potere di derogare *in peius* a norme di legge inderogabili.

In questo caso, quindi, la legge non attribuisce, diversamente dall'art. 2077 c.c. al contratto collettivo il potere di sostituire le clausole difformi del contratto individuale, ma autorizza il contratto collettivo a derogare, a determinate condizioni, norme di legge imperative che comunque restano in vigore.

A tal proposito vale la pena richiamare l'art. 8 d.l. n. 138 del 2011, conv. con mod. in l. n. 148 del 2011, rubricato «sostegno alla contrattazione collettiva di prossimità», che abilita i contratti aziendali o territoriali, sottoscritti da particolari soggetti e a determinate condizioni, a regolare specifiche materie indicate dalla legge con due effetti peculiari:

a) efficacia nei confronti di tutti i lavoratori interessati;

In questo caso si tratta di una vera e propria efficacia generale perché è stabilita da un atto normativo, diversamente da quanto previsto dalle clausole 4 e 5 dell'Accordo interconfederale del 2011, che in quanto fonte negoziale ha esso stesso un'efficacia limitata. Il riferimento a «tutto il personale in forza» contenuto nell'accordo interconfederale deve essere inteso a tutto il personale iscritto alle associazioni espressione delle confederazioni firmatarie⁸⁷.

⁸⁶ Sul rapporto tra legge e contratto collettivo, e le diverse tecniche legislative adottate nel tempo v. F. Carinci, *Una svolta fra ideologia e tecnica: continuità e discontinuità nel diritto del lavoro di inizio secolo*, in Aa. Vv. *Studi in onore di Giorgio Ghezzi*, Padova, 2005, p. 439 ss.

⁸⁷ R. De Luca Tamajo, *Crisi economica e relazioni industriali: alcune osservazioni sull'articolo 8 della legge n. 148/2011*, in *Dir. rel. ind.* 2012, p. 11; G. Santoro-Passarelli, *Il contratto aziendale in deroga*, in in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona"*, 2015, 254, in part. p. 15 e anche in *Diritti, lavori mercati*, 2015, p. 273 ss.

b) possibilità di derogare non solo ai contratti nazionali ma anche a norme di legge, con i soli limiti del rispetto della Costituzione e dei vincoli derivanti dalle normative comunitarie e dalle convenzioni internazionali sul lavoro⁸⁸.

È importante sottolineare che la legge lascia alle parti l'iniziativa in ordine all'effettiva stipulazione di questi particolari contratti aziendali.

Ancora, l'art. 8 individua direttamente le materie sulle quali i contratti di prossimità sono abilitati ad intervenire con efficacia generale e/o derogatoria. Diversamente da quanto previsto dall'Accordo interconfederale del 28 giugno 2011, quindi, si prescinde da eventuali deleghe da parte dei contratti nazionali, con un'attribuzione di competenza a titolo originario al contratto di prossimità.

L'aspetto più rilevante, tuttavia, è senza dubbio la competenza derogatoria dei contratti ex art. 8, spinta fino alle norme di legge, diversamente dai normali contratti aziendali che, per il Testo Unico del 10 gennaio 2014 possono al massimo derogare le discipline contenute nei contratti nazionali⁸⁹.

Anche in considerazione della vaghezza dei limiti all'efficacia derogatoria⁹⁰ (la norma fa salvi il rispetto della Costituzione, nonché i vincoli derivanti dalle normative comunitarie e dalle convenzioni internazionali sul lavoro), solleva qualche dubbio la previsione che affida modifiche così rilevanti alla sede sindacale aziendale, notoriamente più condizionata dalla controparte di quanto sia la sede sindacale nazionale.

Ciò non significa ovviamente che si debba limitare la competenza del contratto aziendale a vantaggio del contratto nazionale. È fin troppo evidente, infatti, che in materia retributiva la competenza del contratto aziendale è destinata ad ampliarsi, fermi restando i minimi stabiliti dal contratto nazionale, indispensabili per quella miriade di lavoratori che prestano la loro opera nelle imprese minori, ovviamente prive del contratto aziendale.

Con l'avvento della crisi economica dal 2008 in poi e anche a seguito della crisi di rappresentatività sindacale e della sostanziale rottura dell'unità di azione, il rapporto tra legge e contrattazione pur rimanendo formalmente immutato ha prodotto un duplice effetto.

Da un lato le parti sociali hanno tentato di concludere una serie di accordi interconfederali che legittimavano per la prima volta il contratto aziendale a derogare in peius il contratto nazionale nei limiti e secondo le procedure previste dal contratto nazionale, e quindi conservando il governo

⁸⁸ Sul tema dei rapporti tra contratto aziendale e nazionale cfr. le peculiari ricostruzioni di A. Maresca, *La contrattazione collettiva aziendale dopo l'art. 8 del decreto legge 13 agosto 2011, n. 138*, in *Dir. Rel. Ind.*, 2012, p. 21-22, secondo cui la possibilità di derogare al Ccnl sarebbe funzionale al solo scopo di impedire che il Ccnl, mediante un rinvio alle norme imperative di legge derogate, possa privare di effetti la deroga alla legge e di R. De Luca Tamajo, *Il problema dell'inderogabilità delle regole a tutela del lavoro, ieri e oggi*, in *Atti del Convegno AIDLASS Bologna, 2013*, secondo cui la derogabilità del CCNL, a seguito dell'intervento legislativo, potrebbe essere condizionata in via generale al rispetto dei requisiti di cui all'art. 8.

⁸⁹ Cfr., da ultimo, F. Carinci, *Jobs Act, atto I. La legge n. 78/2014 fra passato e futuro*, in *WP ADAPT*, 2014, p. 164. Secondo l'A. l'art. 8 "costituisce la massima apertura alla c.d. gestione consensuale del mercato del lavoro tramite una contrattazione delegata rinforzata".

⁹⁰ R. Pessi, *Ancora sull'articolo 8 della seconda manovra estiva. Quali spazi per la contrattazione di prossimità?*, in *Dir. rel. ind.*, 2012, 1, p. 62-63; F. Scarpelli, *Il rapporto tra la legge e la contrattazione di prossimità nell'art. 8 del d.l. n. 138/2011*, in *Riv. giur. lav.*, 2012, 3, p. 495-8; A. Zoppoli, *Costituzione, cittadinanza, organizzazione sindacale*, in *WP CSDLE "Massimo D'Antona"*, 2011, 131, p. 23.

della contrattazione ai sindacati nazionali. E inoltre attraverso la misurazione della rappresentatività sindacale il testo unico del 2014 ha tentato di raggiungere l'ambizioso obiettivo, peraltro ancora inattuato, di vincolare il sindacato minoritario (che aveva comunque aderito al testo unico) al contratto stipulato dai sindacati che rappresentavano il 50% + 1.

Dall'altro lato la legge, e non mi riferisco soltanto alla legge n. 148 del 2011, ma anche a molti decreti del Jobs act, ha riconosciuto ai contratti aziendali di derogare in peius norme di legge inderogabili arrivando con l'art. 52 del d.lgs. n. 81/2015 ad affermare quasi una equivalenza tra contratti nazionali e aziendali che ha come obiettivo ultimo il superamento del doppio livello di contrattazione a favore di quello aziendale⁹¹.

È vero che questi decreti hanno riconosciuto ampio spazio alla contrattazione ma il più delle volte la delega alla contrattazione collettiva serve a consentire trattamenti peggiorativi. E il riferimento al contratto individuale in funzione normativa ha come scopo di far accettare al lavoratore un trattamento economico e normativo inferiore per non perdere il posto di lavoro (art. 2103 comma 6 c.c.)⁹².

Come si è visto il mutato rapporto tra legge e autonomia collettiva ha avuto anche l'effetto di frantumare l'inderogabilità della norma di legge e di contratto collettivo⁹³.

D'altra parte la legge interviene anche direttamente a flessibilizzare le normative precedenti. Basti pensare al ridimensionamento dell'ambito di applicazione della reintegrazione, alla disciplina del contratto a termine.

3. Subordinazione e collaborazioni continuative e coordinate.

Quanto alla subordinazione bisogna subito dire che il Jobs Act non ha modificato la fattispecie disegnata dall'art. 2094 c.c.

L'art. 2 comma 1 del d.lgs. n. 81 del 2015 non individua un tipo legale come il lavoro a progetto (perché il progetto, come ho scritto in tempi ormai lontani, era una formula insincera, ed è risultato infatti inidoneo come criterio selettivo) ma applica ai rapporti di collaborazione organizzati dal committente direttamente la disciplina del lavoro subordinato.

Il nuovo legislatore quindi invece di ricondurre in un tipo legale come il lavoro a progetto tutte collaborazioni continuative e coordinate ha preferito, da un lato, ricondurre nell'area del lavoro subordinato i rapporti di collaborazione organizzati dal committente applicando ad essi la relativa disciplina e, dall'altro lato, ha conservato in vita le collaborazioni continuative e coordinate prevalentemente personali ex art. 409 n. 3 c.p.c. ai quali si applica la disciplina previgente a quella del lavoro a progetto⁹⁴.

E a questa conclusione conduce il rilievo che il criterio selettivo utilizzato dall'art. 2, comma 1 per

⁹¹ Cfr. G. Santoro-Passarelli, *Il contratto aziendale in deroga*, cit., p. 15.

⁹² Cfr. G. Santoro-Passarelli, *Autonomia privata individuale e collettiva e norma inderogabile*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2015, p. 61 e ss.

⁹³ A. Vallebona, *L'efficacia derogatoria dei contratti aziendali o territoriali: si sgretola l'idolo della uniformità oppressiva*, in *Mass. giur. lav.*, 2011, p. 682.

⁹⁴ G. Santoro-Passarelli, *I rapporti di collaborazione organizzati dal committente e le collaborazioni continuative e coordinate ex art. 409 n.3 c.p.c.*, in WP CSDLE "Massimo D'Antona", 2015, 278 e in F. Carinci (a cura di), *Commento al d.lgs. 15 giugno 2015, n. 81: le tipologie contrattuali e lo jus variandi*, ADAPT E-book series, 2015, 48.

individuare i rapporti ai quali si applica la disciplina del lavoro subordinato è diverso e non coincidente con quello di individuazione delle collaborazioni coordinate e continuative di cui all'art. 409, n. 3 c.p.c.

3.1. I rapporti di lavoro organizzati dal committente.

Come conferma anche la rubrica della norma (“collaborazioni ‘organizzate’ dal committente”), le collaborazioni alle quali si applica la disciplina del lavoro subordinato sono solo quelle “organizzate” dal committente, non già quelle “coordinate”; tali collaborazioni, inoltre, devono concretarsi in “prestazioni di lavoro esclusivamente personali” e non di carattere “prevalentemente” personale.

Si noti inoltre che l'art. 2 comma 1 ricorre alla stessa tecnica dell'art. 409 n. 3 c.p.c con la differenza che la norma processuale applicava la disciplina del processo del lavoro a rapporti che rimanevano soggetti alla disciplina sostanziale dei tipi di appartenenza, o se atipici restavano soggetti alla disciplina di diritto comune, mentre l'art. 2 comma 1 applica ai rapporti organizzati dal committente la disciplina del lavoro subordinato.

E tuttavia secondo una parte della dottrina, la disposizione avrebbe dettato un requisito di disciplina e non di fattispecie e quindi tali rapporti conserverebbero la loro natura di rapporti autonomi⁹⁵.

A me non sembra una conclusione persuasiva.

In primo luogo perché la norma indica che la prestazione deve essere svolta in forma esclusivamente personale dal lavoratore e soprattutto perché il potere organizzativo del committente riguarda le modalità di esecuzione della prestazione lavorativa e può riguardare anche il tempo e il luogo di lavoro.

Inteso in questo modo il contenuto della etero-organizzazione non sembra facilmente distinguibile dal contenuto della etero-direzione della prestazione, propria della subordinazione in senso tecnico ex art. 2094 c.c.⁹⁶.

In entrambi i casi, infatti, il datore di lavoro ha il potere di determinare le modalità di esecuzione della prestazione lavorativa anche con riferimento al luogo e ai tempi di lavoro. E talvolta, nelle collaborazioni organizzate dal committente il suddetto potere può risultare - paradossalmente - più stringente proprio perché ai sensi dell'art. 2 comma 1 del d.lgs. n. 81 il committente può indicare anche il tempo e il luogo di esecuzione della prestazione lavorativa, non sempre richiesto dal datore di lavoro nella prestazione di lavoro etero diretta.

⁹⁵ Di recente A. Perulli, *Il lavoro autonomo, le collaborazioni coordinate e le prestazioni organizzate dal committente*, in WP CSDLE “Massimo D’Antona”, 2015, 272; e R. Pessi, *Il tipo contrattuale: autonomia e subordinazione dopo il Jobs Act*, in WP C.S.D.L.E. “Massimo D’Antona”, 2015, 282.

⁹⁶ v. G. Santoro-Passarelli, *I rapporti di collaborazione organizzati dal committente...*, op. cit., p. 16; P. Tosi, *Il futuro delle collaborazioni*, in A. Vallebona (dir.), *Colloqui giuridici sul lavoro*, 2015, 1e L’art. 2, comma 1, d. lgs. n. 81/2015: una norma apparente?, in corso di pubblicazione in *Arg. dir. lav.*, 2015, 6, secondo cui “baricentro delle operazioni di qualificazione è sempre stata la richiesta alla combinazione di indici rinvenibile nel rapporto da qualificare, di esprimere, in relazione alle specifiche peculiarità dello stesso, la sussistenza o meno di una piena soggezione del prestatore di lavoro ai poteri di supremazia del datore di lavoro indirizzati al governo delle modalità di inserimento e costante utilizzo della sua prestazione nell’ambito dell’organizzazione dell’impresa”.

Bisogna anche precisare che nella subordinazione il potere di determinare le modalità di esecuzione della prestazione si traduce nell'esercizio, da parte del creditore della prestazione lavorativa, di un potere gerarchico che si concreta in ordini specifici.

E tuttavia anche in una simile prospettiva la distinzione fra etero-organizzazione ed etero-direzione della prestazione lavorativa sembra difficile da tracciare poiché, in concreto, il potere direttivo del datore di lavoro di determinare mediante ordini le modalità di esecuzione della prestazione lavorativa, specialmente in situazioni di c.d. "subordinazione attenuata"⁹⁷, non si distingue agevolmente dal potere del committente di organizzare la prestazione mediante indicazioni al collaboratore delle modalità di esecuzione della prestazione⁹⁸.

D'altra parte il potere organizzativo del committente così inteso non è assimilabile al potere di impartire istruzioni proprio del mandante nel mandato e del preponente nell'agenzia perchè in quei rapporti il mandatario e l'agente svolgono la loro prestazione in un regime di autonomia nei limiti delle condizioni pattuite nel contratto, mentre in questo caso il potere organizzativo del committente può modificare le modalità di esecuzione della prestazione di lavoro (e non più dell'opera) e anche il luogo e il tempo di esecuzione in corso di rapporto al pari del potere direttivo nel rapporto di lavoro subordinato. E di conseguenza l'art. 2 comma 1 esclude ogni forma di autonomia del collaboratore nell'esecuzione della prestazione lavorativa⁹⁹.

E neppure sembra persuasivo il rilievo che i rapporti organizzati dal committente conserverebbero la loro natura autonoma perchè il committente diversamente dal datore di lavoro non sarebbe titolare dello jus variandi¹⁰⁰.

Come insegnano Mengoni¹⁰¹ e Giugni¹⁰² tale potere non concorre alla definizione dell'art. 2094 c.c., essendo invece previsto da una norma di disciplina del rapporto di lavoro subordinato come l'art. 2103 c.c. e come pure il potere disciplinare.

⁹⁷ E. Ghera, *Subordinazione, statuto protettivo e qualificazione del rapporto di lavoro, ora in Il nuovo diritto del lavoro. Subordinazione e lavoro flessibile*, Torino, 2006, p. 135.

⁹⁸ Cfr. G. Santoro-Passarelli, (voce) *Lavoro autonomo*, in *Enc dir., Annali, Milano*, p. 711 ss.; in giurisprudenza cfr. Cass., 1 agosto 2013, n. 18414; Cass., 15 maggio 2012, n. 7517.

⁹⁹ Nel 1998, Persiani, al fine di individuare nel lavoro coordinato il tertium genus ha sostenuto, tra gli altri argomenti, che il committente nel lavoro coordinato di cui all'art. 409 n. 3 c.p.c. è titolare di un potere di coordinamento e ha ravvisato una distinzione qualitativa tra potere di coordinamento del committente nelle collaborazioni coordinate e istruzioni compatibili con l'autonomia dell'agente e del mandatario v. M. Persiani, *Autonomia, subordinazione e coordinamento nei recenti modelli di collaborazione lavorativa*, in *Dir. lav.*, 1998, I, p. 209. A mio avviso, nelle collaborazioni continuative e coordinate genuine, come nell'agenzia (che è sicuramente un rapporto di durata e può considerarsi il prototipo della collaborazione continuativa e coordinata), non è ravvisabile alcun potere di coordinamento del committente delle modalità di esecuzione della prestazione perchè, in realtà, è la determinazione consensuale delle parti o la determinazione autonoma del collaboratore nei limiti pattuiti nel contratto, ad individuare le modalità di esecuzione della prestazione, all'inizio del rapporto o durante lo svolgimento dello stesso, v. già nel 1979 G. Santoro-Passarelli, *Il lavoro parasubordinato*, Milano, 1979 p. 67.

¹⁰⁰ A. Perulli, *Il lavoro autonomo, le collaborazioni coordinate e le prestazioni organizzate dal committente*, in *WP CSDLE "Massimo D'Antona"*, 2015, 272; e R. Pessi, *Il tipo contrattuale: autonomia e subordinazione dopo il Jobs Act*, in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona"*, 2015, 282.

¹⁰¹ L. Mengoni, *La questione della subordinazione in due trattazioni recenti*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1986, I, p. 5 ss.

¹⁰² Giugni, *La dottrina giuslavoristica nel 1989*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 1990, p. 383 secondo il quale desta perplessità la costruzione dello jus variandi come un elemento di qualificazione della fattispecie

Si vuole dire in altri termini che lo jus variandi e il potere disciplinare competono al datore di lavoro una volta che sia dimostrata la natura subordinata del rapporto e quindi potranno competere al cd. committente una volta che il relativo rapporto è qualificato come subordinato.

Nè sembra proponibile l'interrogativo su quale sarebbe la disciplina del lavoro subordinato applicabile ai rapporti di collaborazione in esame.

La risposta è semplice: tutta la disciplina prevista per il rapporto di lavoro subordinato e non solo quello favorevole al lavoratore, dal momento che il nuovo legislatore non ha ritenuto di specificare che la disciplina del lavoro subordinato si applica a tali rapporti in quanto compatibile, come per esempio ha previsto l'art. 2239 c.c. quando ha espressamente previsto che la disciplina del lavoro subordinato nell'impresa si applica ai rapporti di lavoro subordinato non inerenti all'esercizio dell'impresa in quanto compatibili con la specialità del rapporto.

E quindi sotto questo profilo i rapporti di collaborazione organizzati dal committente non rientrano neppure nel novero dei rapporti di lavoro speciali.

In conclusione, a mio avviso, l'art. 2 comma 1 non individua una nuova fattispecie che si giustappone a quella di lavoro subordinato nè modifica la fattispecie del lavoro subordinato¹⁰³ e tanto meno ha creato un sottotipo del rapporto di collaborazione continuativa e coordinata, ma in buona sostanza si limita a positivizzare alcuni tra gli indici elaborati dalla giurisprudenza di qualificazione del rapporto di lavoro subordinato¹⁰⁴, singolarmente non decisivi ma spesso utilizzati congiuntamente in funzione sussidiaria rispetto alla prova dell'esercizio di un potere direttivo da parte del datore di lavoro, elemento non sempre individuabile in via diretta nell'accertamento concreto¹⁰⁵.

Così intesa la definizione normativa "rapporti di collaborazione organizzati dal committente" attribuisce all'etero organizzazione una funzione di ulteriore supporto all'identificazione della fattispecie (lavoro subordinato), con la finalità di ricondurre nell'ambito effettuale della stessa subordinazione le forme contrattuali di falso lavoro autonomo e quelle che si collocano sul confine¹⁰⁶.

Infine non sembra convincente, sul piano fenomenico, il tentativo di individuare la categoria dei rapporti di lavoro etero-organizzati come lavoro autonomo o più precisamente come lavoro parasubordinato nel momento in cui il legislatore in un'opera di semplificazione abroga la disciplina del lavoro a progetto per contrastare più efficacemente del progetto pratiche elusive del lavoro subordinato.

È importante fare una precisazione a questo proposito.

¹⁰³ In questo senso invece con diverse sfumature v. Treu T., In tema di Jobs Act. Il riordino dei tipi contrattuali, in GDLRI, 2015, 163; Ghera E., Sulle collaborazioni organizzate dal committente, p. 2 del dattiloscritto; Mariucci, il diritto del lavoro al tempo del renzismo, LD, 2015, 25; M.T. Carinci, *All'insegna della flessibilità in AAVV., Jobs Act, Il contratto a tutele crescenti*, (a cura di M.T. Carinci e A. Tursi), Torino, 2015, XIX, nota 23; M. Marazza, *Lavoro autonomo e collaborazioni organizzate nel Jobs Act*, Supplemento de Il sole 24 ore, luglio 2015

¹⁰⁴ S. Cairoli, *Commento all'art. 2 d. lgs. 81/2015*, in Vallebona A. (dir.), *Il lavoro parasubordinato organizzato dal committente*, *Colloqui giuridici sul lavoro*, 2015, p. 15 ss.

¹⁰⁵ Come ha sostenuto in un noto saggio M. Persiani, *Riflessioni sulla giurisprudenza in tema di individuazione della fattispecie lavoro subordinato*, in *Studi in onore di F. Santoro Passarelli*, vol. V, Napoli, 1972. In giurisprudenza, v. Cass., S.U., 30.6.1999, n. 379 e, più recentemente, *ex plurimis*, Cass., 19.4.2010, n. 9252.

¹⁰⁶ v. in questo senso Del Punta, *Diritto del lavoro*, Milano, 2015 p. 372

Non appaiono sufficienti direttive di larga massima impartite una volta per tutte al collaboratore come può essere il propagandista di medicinali per qualificarlo lavoratore subordinato, che invece è e resta un lavoratore autonomo, salvo che il committente non eserciti il suo potere organizzativo di volta in volta nel corso di svolgimento del rapporto.

3.2. I rapporti di lavoro organizzati dal committente esclusi dall'applicazione della disciplina del lavoro subordinato.

Per completare il quadro ridisegnato dall'art. 2 bisogna anche richiamare il comma 2 a mente del quale restano escluse dalla riconduzione al lavoro subordinato, le collaborazioni organizzate dal committente, elencate in modo tassativo dall'art. 2, comma 2, Questa disposizione e in particolare l'art. 2 comma 2 lett. a) attribuisce agli accordi collettivi nazionali stipulati da associazioni sindacali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale la potestà di disapplicare la disciplina del lavoro subordinato sancita dal comma 1 a condizione che tali contratti *prevedano discipline specifiche riguardanti il trattamento normativo ed economico, in ragione delle particolari esigenze produttive ed organizzative del relativo settore.*

Si tratta indubbiamente di una delega ampia alla contrattazione collettiva, la quale nel settore dei call center è già intervenuta ai sensi della nuova disciplina del d.lgs. n. 81¹⁰⁷. In questo caso, questi accordi oltre a individuare i criteri per la determinazione del trattamento economico, hanno individuato "nel progetto" il trattamento normativo di tali lavoratori.

A parte ogni altra considerazione sull'opportunità di individuare nel progetto un trattamento normativo idoneo alla disapplicazione della disciplina del lavoro subordinato nel momento in cui il legislatore ha abrogato la disciplina del lavoro a progetto perchè ha considerato, evidentemente, il progetto un criterio selettivo inadeguato, bisogna affermare, con estrema chiarezza che il contratto collettivo può legittimamente disapplicare la disciplina del lavoro subordinato al rapporto di lavoro nell'ipotesi prevista dalla lett a) dell'art. 2 comma 2 se preveda non solo un trattamento economico ma anche normativo del personale suddetto al fine di evitare pericolosi slittamenti nella tutela di lavoratori a tutti gli effetti subordinati. Ed è discutibile che questi accordi abbiano previsto un trattamento normativo.

3.3. Le collaborazioni continuative e coordinate ex art. 409 n. 3 c.p.c.

Infine non rientrano nell'ambito di applicazione dell'art. 2 comma 1 le modalità di esecuzione della prestazione concordate di comune accordo tra le parti al momento della conclusione del contratto o addirittura, quando siano organizzate dal collaboratore come sembra chiarire una modifica dell'art. 409 n. 3 c.p.c contenuta in un collegato alla legge di stabilità che chiarisce cosa debba intendersi per coordinazione.

Infatti l'articolo 13 della bozza preliminare del d.d.l. collegato alla legge finanziaria, in corso di presentazione in Parlamento, integra la nozione di lavoro coordinato di cui all'art. 409 n. 3 c.p.c. e precisa che esso sussiste quando "nel rispetto delle modalità di coordinamento stabilite di comune accordo dalle parti, il collaboratore organizza autonomamente la propria attività lavorativa".

¹⁰⁷ Il riferimento è all'accordo tra Assocall e Ugl Terziario siglato il 6 luglio 2015 ma soprattutto all'accordo del 5 novembre 2015, di aggiornamento del Protocollo d'intesa del 3 dicembre 2012, stipulato tra Unirec, Fisascat Cisl, Filcams Cgil, Uiltucs. V. in part. l'art. 2.

Ciò sta a significare che nel lavoro autonomo coordinato e continuativo il prestatore di lavoro, ferme restando le condizioni pattuite nel contratto, determina unilateralmente le modalità di esecuzione della prestazione.

Questa formulazione dell'art. 409 c.p.c. aiuta a comprendere il diverso oggetto dell'art. 2 comma 1 d. lgs. n. 81 del 2015: infatti ai sensi di quest'ultima norma, l'organizzazione da parte del committente delle modalità di esecuzione della prestazione di lavoro e anche del tempo e del luogo dell'attività lavorativa è incompatibile con la determinazione consensuale di quelle stesse modalità ed esclude pertanto l'autonomia della prestazione.

E d'altra parte, secondo la nuova disposizione, ove approvata, in assenza di accordo sulle modalità di coordinamento la prestazione del collaboratore non potrà ritenersi coordinata e dovrà considerarsi o del tutto autonoma o subordinata.

Pertanto ai sensi dell'art. 409 n. 3 c.p.c, che rimane in vigore hanno pieno diritto di cittadinanza anche per il Jobs act le collaborazioni continuative e coordinate con esclusione di quelle organizzate dal committente. In altri termini restano in vita quelle collaborazioni dove sussiste una vera coordinazione o una collaborazione organizzata dal collaboratore. E a questi rapporti non si applicheranno le norme di tutela del lavoro a progetto ormai abrogate, ma soltanto quelle poche norme, come l'art. 2113, le norme in materia previdenziale come la gestione separata e le norme anti infortunistiche e le disposizioni che prevedono un regime fiscale apposito¹⁰⁸.

A quest'ultimo proposito occorre precisare che la legge di stabilità ha previsto un rilevante incentivo per coloro che assumono con il contratto di lavoro a tutele crescenti e cioè con contratto di lavoro subordinato a tempo indeterminato e cioè l'esonero per i primi tre anni dalla contribuzione previdenziale.

Questa misura insieme, come vedremo, alla tutela prevalentemente risarcitoria contro il licenziamento illegittimo, costituiscono un forte incentivo a utilizzare questa forma di contratto nella misura in cui risulterà meno oneroso delle collaborazioni di cui all'art. 409 n. 3 c.p.c.

4. Lo jus variandi in pejus.

L'art. 2103 c.c. nuovo testo regola il mutamento di mansioni modificando radicalmente la disciplina precedente.

In primo luogo con riferimento alla cosiddetta mobilità orizzontale (art. 2103 comma 1). In questo caso il limite al mutamento di mansioni non è più determinato dall'equivalenza delle mansioni soggetta alla valutazione discrezionale del giudice, a presidio della professionalità acquisita dal lavoratore, ma è determinata dalla categoria legale e dal livello di inquadramento. In altre termini al giudizio insindacabile del giudice e quindi al soggettivismo giudiziario si sostituisce opportunamente la valutazione del contratto collettivo¹⁰⁹. È vero perciò che la nuova norma non tutela la professionalità acquisita dal lavoratore, ossia il medesimo tipo di professionalità e cioè il bagaglio

¹⁰⁸ Cfr. G. Santoro-Passarelli, *I rapporti di collaborazione coordinata e continuativa. Una fattispecie in via di trasformazione?*, Napoli, 2015, p. 111 ss.

¹⁰⁹ 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 WP C.S.D.L.E "Massimo D'Antona", 2015, 257, p. 7 ss.

professionale acquisito ma gli garantisce il mantenimento di una professionalità anche diversa ma del medesimo valore dato dalla categoria legale e dal livello di inquadramento¹¹⁰.

In secondo luogo la nuova disposizione, pur riaffermando la nullità di ogni patto contrario sancita dal comma 2 del vecchio testo dell'art. 2103 c.c., ha ridimensionato fortemente la natura inderogabile della norma.

Infatti secondo la precedente normativa il potere del datore di lavoro di adibire il lavoratore a mansioni inferiori era eccezionale ed era ammesso nei casi tassativamente previsti dalla legge (e cioè in caso di gravidanza della donna, per evitare il licenziamento e nel caso di infortunio del lavoratore) mentre, oggi, il nuovo testo dell'art. 2103 c.c. prevede diverse ipotesi di adibizione del lavoratore a mansioni inferiori.

In particolare l'art. 2103 comma 2 consente l'assegnazione al livello di inquadramento inferiore in caso di modifica degli assetti organizzativi aziendali che incida sulla posizione del lavoratore purchè rientranti nella medesima categoria legale.

In questa ipotesi il datore di lavoro ha un obbligo formativo il cui mancato adempimento non determina la nullità dell'atto di assegnazione delle nuove mansioni (art. 2103 comma 3).

È vero che il sindacato del giudice ha come oggetto il nesso di causalità tra la modifica organizzativa come tale insindacabile e l'incidenza sulla posizione del lavoratore ma è anche vero che il rischio possibile è che tale sindacato lambisca il merito così come avviene frequentemente a proposito del licenziamento per giustificato motivo oggettivo con la conseguenza che il controllo giudiziale non avrà più come oggetto l'equivalenza delle mansioni ma la "misura dell'incidenza" delle modifiche aziendali sulla posizione del lavoratore per considerare legittima l'adibizione a mansioni inferiori.

E nell'ipotesi in cui il giudice non ravvisi che la modifica organizzativa abbia inciso sulla posizione del lavoratore dovrà dichiarare nulla l'adibizione a mansioni inferiori in quanto disposta dal datore di lavoro fuori dai limiti previsti dal comma 2 e quindi rientrante nella nullità di ogni patto contrario sancita dall'ultimo comma dell'art. 2103 c.c. In altri termini quando l'adibizione del lavoratore al livello di inquadramento inferiore non è legittima riprende vigore il principio della nullità dell'atto di assegnazione.

L'art. 2103 comma 4 riconosce al contratto collettivo di prevedere ulteriori ipotesi di assegnazione di mansioni appartenenti al livello di inquadramento inferiore purchè rientranti nella stessa categoria.

Sono infine ammesse modifiche consensuali, a livello individuale, in pejus nell'interesse del lavoratore di mansioni, retribuzioni e categoria (art. 2103 comma 6) per evitare il licenziamento.

In questo ultimo caso la legge ha realizzato per la prima volta una forma di derogabilità assistita a livello individuale e soprattutto ha riconosciuto alle parti individuali un potere normativo di modifica del trattamento normativo e non anche dispositivo perché non si tratta in questo caso di rinunciare o transigere e quindi di disporre di diritti acquisiti.

Questo accordo ovviamente non rientra nello jus variandi ma può definirsi una vera e propria novazione del contratto.

¹¹⁰ C. Pisani, *La nuova disciplina del mutamento di mansioni*, Torino, 2015, p. 45.

4.1. La frantumazione dell'inderogabilità e la valorizzazione del contratto individuale sia pure in sede assistita.

Leggendo questa disposizione si percepisce con chiarezza che da un lato la norma inderogabile subisce un processo di frantumazione rilevante perché è vero che il nuovo testo la conserva all'ultimo comma come norma di principio, ma in realtà il numero e la portata delle eccezioni sono così rilevanti da trasformare la inderogabilità da monolite in una sorta di simulacro. Questa disposizione si colloca, a ben vedere sulla scia dell'art. 8 del dlgs. n. 138 del 2011 e in qualche misura la supera. Infatti a differenza dell'art. 8 che legittimava solo i contratti aziendali a derogare norme di legge su determinate materie tra le quali anche le mansioni, il nuovo testo dell'art. 2103 c.c. frantuma ulteriormente il monolite dell'inderogabilità della norma di legge perché in questo caso non si limita ad abilitare i contratti collettivi nazionali e aziendali a derogare norme di legge (comma 4) ma anche il potere unilaterale del datore di lavoro e addirittura il contratto individuale a derogarla sia pure a certe condizioni.

Il nuovo testo dell'art. 2103 c.c. prevede infatti condizioni di legittimità per l'adibizione a mansioni inferiori (modifiche organizzative che incidono sulla posizione del lavoratore per giustificare il potere unilaterale del datore di lavoro di adibire il lavoratore ad un livello di inquadramento inferiore, o l'estinzione del rapporto di lavoro per consentire la conclusione di un contratto individuale tra le parti sia pure in sede assistita).

E correlativamente al processo di frantumazione della inderogabilità corrisponde l'ampliamento dello spazio negoziale delle volontà individuali delle parti con la riemersione della categoria del contratto individuale, relegata da sempre dalla normativa lavoristica ad un ruolo secondario e cioè solo come fonte costitutiva del rapporto individuale e al più come fondamento dei trattamenti di miglior favore. Viceversa, allo stato attuale, come si è appena detto, il contratto acquista addirittura una funzione normativa di regolazione del trattamento normativo ed economico spettante al lavoratore, il quale, pur di conservare il posto di lavoro accetta una modificazione sostanziale della propria posizione lavorativa.

4.2. Il demansionamento, le residue ipotesi di nullità e il risarcimento del danno.

Il demansionamento ormai consentito in più ipotesi impone comunque di riflettere sull'ampiezza del risarcimento del danno riconosciuto sempre sotto la previgente disciplina quando fosse stata compromessa la professionalità acquisita. La copiosa giurisprudenza sul tema, anche con riferimento alla progressiva valorizzazione dell'art. 2087 c.c. che tutela oltre che la integrità psicofisica anche la personalità morale del lavoratore, ha sicuramente contribuito ad arricchire la fattispecie del danno non patrimoniale anche sotto la specie del danno esistenziale, del quale, per altro la ultima giurisprudenza di legittimità ha escluso la rilevanza come voce autonoma di danno¹¹¹.

Certo la ricchezza che in questo caso la giurisprudenza e la dottrina lavoristica hanno sicuramente apportato al tema del risarcimento del danno non patrimoniale sarà drasticamente ridimensionata dalla nuova disciplina che riduce le ipotesi di demansionamento vietato e soprattutto non sarà più configurabile una forma di risarcimento ogni qualvolta non si tenga conto della professionalità acquisita.

¹¹¹ Cass., S.U., 11 novembre 2008, n. 26972; conf. recente Cass., sez. III, 8 maggio 2015, n. 9320.

Diversa dal demansionamento è la fattispecie del mobbing. Secondo la giurisprudenza spetta al lavoratore provare una serie di elementi costituiti che tutti devono sussistere congiuntamente. e tra questi il più difficile da provare è l'elemento soggettivo e cioè l'intento persecutorio o comunque la volontà del datore di lavoro di intimorire psicologicamente il lavoratore emarginandolo progressivamente dallo svolgimento del lavoro.

Diversa ancora è la sottrazione delle mansioni rispetto a quelle da ultimo svolte.

Con la nuova disciplina la sottrazione di compiti anche significativa non è necessariamente illegittima nel caso piuttosto raro in cui le mansioni residue siano comunque riconducibili al medesimo livello di inquadramento o nelle ipotesi più probabili di ricorrenza delle deroghe consentite dai commi 2, 4 e 6 della nuova disciplina¹¹².

4.3. L'interesse del prestatore di lavoro all'esecuzione della prestazione lavorativa.

Si tratta a questo punto di capire se la riduzione a zero delle mansioni possa considerarsi illegittima perché è riconducibile alla mora del creditore datore di lavoro nel senso che integra gli estremi della mancata cooperazione del creditore all'adempimento dell'obbligazione del debitore e più precisamente che non consente al lavoratore di adempiere alla sua obbligazione di lavorare o se viceversa tale comportamento lede un diritto del lavoratore allo svolgimento della prestazione di lavoro.

Non c'è dubbio che fondare sul contratto di lavoro un simile diritto significa in qualche modo rivisitare la causa del contratto di lavoro, considerato ormai dalla caduta dell'ordinamento corporativo come contratto di scambio e più precisamente come contratto a prestazioni corrispettive caratterizzato da due obbligazioni principali: quella del lavoratore di lavorare per soddisfare l'interesse del datore di lavoro e quella del datore di lavoro di retribuire per soddisfare l'interesse del lavoratore.

Come vedremo, una parte della dottrina¹¹³ e un'abbondante giurisprudenza¹¹⁴ è pervenuta a riconoscere un siffatto diritto senza peraltro affrontare il discorso sulla causa del contratto ma ancorandolo ora all'art. 2103 c.c., ora all'art. 18 dello Statuto dei lavoratori, ora a qualche norma costituzionale che tutela la dignità umana (art. 2, 4, 35 e 41, comma 2, Cost.).

Per contro parte della dottrina¹¹⁵ ha escluso con determinazione l'esistenza di tale diritto in capo al lavoratore e ha negato che il correlativo obbligo del datore di lavoro potesse configurarsi anche

¹¹² C. Pisani, *op. cit.*, p. 100.

¹¹³ Cfr. F. Liso, *op. cit.*, p. 3; R. Del Punta, *Diritti della persona e contratto di lavoro*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 2006, p. 248 e ss..

¹¹⁴ V. in giurisprudenza Cass., Sez. Un., 6 marzo 2009, n. 5454, in *Ragiusan*, 2009, 307-308, p. 271. Più di recente, v. Cass. 24 giugno 2013, n. 15769 e Cass. 28 giugno 2013, n. 16413, in *Riv. giur. lav.*, 2013, 4, p. 611.

¹¹⁵ E. Balletti, *La cooperazione del datore all'adempimento dell'obbligazione di lavoro*, Padova, 1990, p. 92; V. Speciale, *Mora del creditore e contratto di lavoro*, Bari, 1992, p. 224. L'a. peraltro ammette che l'interesse del lavoratore all'esecuzione della prestazione lavorativa, "pur non modificando la struttura dell'obbligazione e quindi pur non incidendo sull'applicabilità al datore di lavoro delle norme sulla mora accipiendi viene tuttavia positivamente tutelato dalla legge in caso di sua violazione con il risarcimento del danno con altre tecniche sanzionatorie".

come obbligo accessorio e tanto meno fondarsi sul testo dell'art. 2103 c.c.¹¹⁶, così come modificato dall'art. 13 dello Statuto dei lavoratori¹¹⁷, che regola e introduce limiti all'esercizio di un potere del datore di lavoro ossia allo *jus variandi*¹¹⁸.

Viceversa l'art. 2087 c.c. prevede espressamente e regola un autonomo obbligo a carico del datore di lavoro di protezione al quale corrisponde il diritto del lavoratore alla tutela della sua integrità psicofisica e della sua personalità morale.

I due beni protetti dall'art. 2087 c.c. sono l'integrità psicofisica da un lato, che ha un saldo referente costituzionale nell'art. 32 cost. che tutela il diritto alla salute e, dall'altro lato, la personalità morale e cioè la dignità del lavoratore, che ha diversi ancoraggi costituzionali come l'art. 2 e l'art. 41 comma 2 cost. Orbene, sia l'una che l'altra possono essere pregiudicate da una serie di comportamenti e atti del datore di lavoro, con il conseguente riconoscimento del danno anche non patrimoniale nei limiti previsti dal diritto vivente.

È importante precisare che il richiamo ai comportamenti del datore di lavoro che abbiano come effetto la lesione della dignità del lavoratore non consentono di dare rilievo alle sole rappresentazioni soggettive della vittima ma devono riferirsi a comportamenti del datore che hanno una loro oggettività, la quale si misura prescindendo dalle ripercussioni che ha prodotto sullo stato psichico del lavoratore¹¹⁹.

Certamente l'emarginazione del lavoratore che determini la totale inattività dello stesso, a prescindere dalla sussistenza del *mobbing*, sono criteri oggettivi che consentono di misurare la lesione della dignità del lavoratore e che indirettamente consentono di fondare l'interesse del lavoratore allo svolgimento della prestazione lavorativa su quella parte dell'art. 2087 c.c., che obbliga il datore di lavoro a tutelare la personalità morale *id est* la dignità del lavoratore.

Ma in questo caso il danno è non patrimoniale e pertanto, secondo la più rigorosa giurisprudenza della Cassazione, con l'avallo delle Sezioni Unite, deve essere provato, quantomeno come evento consequenziale al comportamento del datore di lavoro¹²⁰.

In alternativa al percorso dell'art. 2087 c.c. come ha osservato un'attenta dottrina¹²¹, la giurisprudenza, partendo dal risarcimento del danno professionale derivante da demansionamento, non

¹¹⁶ V. Speciale, *op. cit.*, pp. 195, p. 207.

¹¹⁷ Questo autore richiama esempi particolari, p. 224, come la previsione della contrattazione collettiva che subordina l'acquisizione della qualifica superiore allo svolgimento effettivo del lavoro o ancor più al contratto di formazione lavoro dove tradizionalmente la causa dell'apprendistato è mista e cioè di formazione e retribuzione ed era incontestato, per le caratteristiche del rapporto, il diritto del lavoratore a svolgere la prestazione a prescindere dalla norma di legge che prevedeva la conversione del contratto in uno a tempo indeterminato dall'origine (art. 3, comma 9, legge n. 863/1984).

¹¹⁸ R. Del Punta, *op. cit.*, p. 249 osserva finemente che qui come altrove il diritto del lavoratore "si nasconde" in seno ad un limite pure inderogabile all'esercizio del potere e richiama la convinzione secondo cui la *mora accipiendi*, una volta assicurata la permanenza dell'obbligo retributivo (artt. 1206 e 1217 c.c.) non consentirebbe il riconoscimento di ulteriori danni per mancanza dei presupposti, se non nelle ipotesi espressamente previste dalla legge o dal contratto collettivo.

¹¹⁹ R. Del Punta, *op. cit.*, p. 221.

¹²⁰ Cass. Ss. Uu. 24 marzo 2006, n. 6572, in *Corr. giur.*, 2006, p. 787 ss.; Cass. 11 novembre 2008, n. 26973, in *Riv. it. dir. lav.*, 2009, II, 465; Cass. 17 settembre 2010, n. 17985; da ultimo Cass. 18 settembre 2015, n. 18431.

¹²¹ R. Del Punta, *op. cit.*, p. 250.

produttivo come tale di danno patrimoniale diretto, stante la garanzia dell'irriducibilità della retribuzione, è pervenuta, attraverso la scoperta del danno biologico al riconoscimento del danno non patrimoniale derivante da demansionamento.

Ma anche in questo caso il danno è non patrimoniale e deve essere provato, sebbene la giurisprudenza successiva, di merito¹²² ed anche di legittimità¹²³, nella delicata fase di liquidazione del danno non patrimoniale da demansionamento, pur senza affermare la configurabilità di un danno *in re ipsa*, ha continuato a fare ricorso al criterio equitativo. E lo ha fatto sulla base di meri indici presuntivi quali la durata e l'intensità del demansionamento, talora desumendo da tali elementi sia l'esistenza del danno non patrimoniale, sia la sua quantificazione.

Tali riconoscimenti hanno prodotto un duplice risultato.

Innanzitutto ha portato la giurisprudenza ad esercitarsi sulla qualificazione del titolo in base al quale il lavoratore è legittimato a pretendere siffatto risarcimento non patrimoniale, pervenendo alla conclusione di qualificare tale posizione del lavoratore in termini di diritto soggettivo *ex contractu* dal cui inadempimento discende la pretesa del risarcimento.

In secondo luogo la giurisprudenza in modo non sempre univoco ha valorizzato la componente non patrimoniale della lesione di tale diritto senza ulteriori qualificazioni, oppure, evocando l'art. 2 Cost., ha qualificato tale diritto come fondamentale avente ad oggetto la libera esplicazione della personalità del lavoratore nel luogo di lavoro come proiezione della dignità della persona.

Allo stato, quindi, il collegamento del testo previgente dell'art. 2103 c.c. con l'art. 2 ha consentito alla giurisprudenza di enucleare un diritto risarcibile, in caso di lesione, non solo nelle ipotesi di assegnazione a mansioni non equivalenti alle ultime effettivamente svolte ma anche in quelle ipotesi (ed è questo il caso qui in esame) in cui il lavoratore non è in realtà demansionato ma è lasciato inattivo o è comunque emarginato dalla vita lavorativa ed aziendale¹²⁴.

Il dubbio che si pone agli interpreti è relativo al passo ulteriore, e cioè chiarire se il fondamento di tale diritto sia da rinvenire nelle disposizioni stesse della Costituzione¹²⁵, o sia ancora ricavabile da un'interpretazione, costituzionalmente orientata ma sempre più forzata, dell'art. 2103 c.c., che come detto è una norma di disciplina, relativa alla delimitazione del potere del datore di lavoro nell'esecuzione della prestazione.

In altre parole si tratta di stabilire se la nuova formulazione del testo dell'art. 2103 possa considerarsi utile base normativa per fondare il diritto del lavoratore all'esecuzione della prestazione lavorativa in caso di sua emarginazione, salva la difficile prova del mobbing.

¹²² App. Firenze 14 giugno 2012; App. Potenza 9 aprile 2015; Trib. Roma 23 dicembre 2010; Trib. Bari 19 aprile 2012.

¹²³ Cass. 26 giugno 2006, n. 14729, in *Dir. prat. lav.*, 2007, p. 492; Cass. 26 novembre 2008, n. 28274, in *Foro it., Rep.* 2008, voce *impiegato dello stato e pubblico*, n. 427; Cass. 19 settembre 2014, n. 19778; Cass. 17 dicembre 2014, n. 26590, in *Danno e resp.*, 2015, p. 503; Cass. 28 aprile 2015, n. 8581, in *Dir. giust.*, 2014, 29 aprile; Cons. St., sez. III, 12 gennaio 2015, n. 28, in *Dir. giust.*, 2015, 2 febbraio.

¹²⁴ Riferimenti all'art. 2 Cost. si possono cogliere in Cass. 27 aprile 2004, n. 7980 e Cass. 9 febbraio 2007, n. 2878, in *Dir. prat. lav.*, 2008, p. 1424. Cfr. Cass. 14 novembre 2001, n. 14199.

¹²⁵ V. in q. senso Cass. 27 aprile 2004, n. 7980, secondo cui "Sul piano generale, deve rilevarsi che danno patrimoniale e danno non patrimoniale furono disciplinati dal legislatore del 1942 rispettivamente agli artt. 2043 e 2059 c.c. Il quadro normativo è, però, successivamente e profondamente mutato: l'art. 2 Cost., di ispirazione democratica e liberale, riconosce e garantisce infatti i diritti inviolabili dell'uomo sia come singolo che nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità".

Come si è detto il nuovo testo dell'art. 2103 non garantisce più la professionalità acquisita ma una professionalità di eguale valore nell'ambito della categoria e dello stesso livello di inquadramento nel caso di mobilità orizzontale e, ferma la irriducibilità della retribuzione, consente diverse ipotesi di adibizione a mansioni riconducibili al livello di inquadramento inferiore in presenza di certe condizioni.

Quindi sotto questo profilo il nuovo testo non consente al datore di lavoro la sottrazione totale delle mansioni.

E tuttavia bisogna osservare che il comma 6 dell'art. 2103 c.c., in presenza di certe condizioni, consente all'autonomia individuale, addirittura in funzione normativa, di concludere un nuovo contratto che modifica le mansioni, la categoria legale e il livello di inquadramento e la relativa retribuzione al fine di conservare il posto di lavoro.

In questo caso la disposizione citata prefigura la novazione del contratto di lavoro e di conseguenza aumenta le difficoltà per l'interprete di continuare ad utilizzare l'art. 2103 c.c. come fondamento normativo del diritto del lavoratore all'esecuzione della prestazione lavorativa.

Se dunque risulta problematico utilizzare il nuovo testo dell'art. 2103 come base normativa di tale diritto, non si può tuttavia escludere che il suddetto diritto, salva una verifica rigorosa di tale ricostruzione che ovviamente finisce per incidere sulla causa del contratto, possa essere configurato come diritto autonomo del lavoratore e più precisamente come diritto della personalità¹²⁶ che ha il suo fondamento su norme costituzionali come gli artt. 2 e 41, comma 2, che tutelano la dignità umana¹²⁷.

In questo modo sarebbe possibile svincolare tale diritto dalla tutela, non sempre coincidente, della professionalità, a maggior ragione dopo la novella che ha profondamente modificato il vecchio testo dell'art. 2103 c.c., o dalla tutela della salute del lavoratore ex art. 2087 c.c.

Bisogna comunque prendere atto che, pur configurato come diritto della personalità, l'interesse del lavoratore all'esecuzione della prestazione lavorativa non avrebbe la tutela "forte", per esempio, del diritto al nome e anche il ricorso al provvedimento di urgenza ex art. 700 c.p.c., non sembra risolutivo, perché consiste pur sempre in una condanna ad eseguire generica e del tutto incoercibile¹²⁸.

E d'altra parte, a seguito dell'accertamento da parte del giudice, nel giudizio ordinario, dell' inadempimento dell'obbligo del datore di lavoro di consentire lo svolgimento della prestazione, cioè

¹²⁶ v. P. Rescigno, *Personalità (diritti della)*, in senso critico con riferimento al diritto al lavoro che considera diritto complementare della personalità" è arduo pensare che possa costituire oggetto di pretese interpretate "tesi condivisibile, ma poi aggiunge "discorso diverso riguarda i casi in cui il datore di lavoro sia tenuto ad instaurare o a conservare il rapporto".; v. sia pure per accenno, in senso favorevole R. Scognamiglio, *Diritto del lavoro*, Bari, 2003, 137-8; Scalisi, *Il valore della persona nel sistema e i nuovi diritti della personalità*, Milano, 1990.

¹²⁷ Oltre alla giurisprudenza già citata, si possono cogliere spunti interessanti, ancorché non completamente sviluppati, in Cass. 26 maggio 2004, n. 10157, in *Lav. giur.*, 2004, p. 1265; Trib. Treviso 13 ottobre 2000, in *Lav. prev. oggi*, 2000, p. 2324 e Trib. Camerino 2 aprile 2007, in *Lav. giur.*, 2007, p. 1044 nonché, per il riferimento agli artt. 4 e 35 Cost., nelle sentenze Cass. 2 agosto 2006, n. 17564, cit.; Cass. Ss. Uu. 6 marzo 2009, n. 5454, in *Rep.* 2009, voce *Lavoro (rapporto)*, n. 644; Cass. 30 luglio 2009, n. 17778, in *Guida dir.*, 2009, 35, p. 29.

¹²⁸ V. Nogler, in *(Ri)scoprire le radici giuslavoristiche del "nuovo" diritto civile*, in *Europa e diritto privato*, 2013, in part. p. 1000-1008, tutto teso a superare la deriva indennitaria del diritto a lavorare del prestatore di lavoro. In giurisprudenza v. già ord. Trib. Perugia 10 giugno 2004, in *Lav. giur.*, 2006, p. 85.

di un obbligo di fare, il rimedio sarebbe pur sempre di natura risarcitoria e non restitutoria del diritto lesa. E tale danno sarebbe ascrivibile all'art. 2059 c.c. e cioè al danno non patrimoniale.

Insomma la violazione di questo diritto, pur costituzionalmente fondato, non può essere sanzionata con l'esecuzione in forma specifica e cioè con una tutela restitutoria ma soltanto risarcitoria.

5. Il potere di controllo del datore di lavoro e la disciplina dei controlli a distanza nel decreto sulla semplificazione attuativo del Jobs Act.

Lo Statuto dei lavoratori contiene diverse norme che riconoscono al datore di lavoro il potere di controllare:

- 1) il patrimonio aziendale attraverso le guardie giurate (art. 2), e le visite personali controllo (art. 6) alle condizioni previste dalla legge;
- 2) lo svolgimento della prestazione lavorativa, direttamente, attraverso il personale di vigilanza (art. 3) o, indirettamente, attraverso altri strumenti di controllo a distanza, alle condizioni previste dalla legge ed in presenza di particolari esigenze di tutela (art. 4);
- 3) il personale in caso di assenza per malattia attraverso i medici dei servizi ispettivi del sistema sanitario nazionale (art. 5);
- 4) fatti rilevanti ai fini dell'attitudine professionale ex art. 8 St. lav.

Secondo una parte della dottrina, il potere di controllo è un'espressione del o comunque rientra nel potere direttivo.

A mio avviso è un potere distinto dal potere direttivo, perché è diretto a verificare l'esatto adempimento dell'obbligazione lavorativa, ed è limitato da norme dello Statuto diverse da quelle che regolano l'esercizio del potere direttivo. Infatti, diversamente da queste ultime, sono poste essenzialmente a garanzia della dignità e della riservatezza del lavoratore.

Con particolare riferimento agli impianti audiovisivi e agli altri strumenti di controllo a distanza, il decreto delegato in materia di semplificazione attuativo del Jobs Act novella l'art. 4 Stat. lav..

La nuova disposizione prevede una serie di limitazioni all'uso di impianti audiovisivi e di altri strumenti dai quali possa derivare anche la possibilità di controllo a distanza dell'attività dei lavoratori.

In primo luogo, detti strumenti possono essere installati esclusivamente per esigenze tecniche organizzative o produttive, per garantire la sicurezza del lavoro o la tutela del patrimonio aziendale;

In secondo luogo, è necessario il previo accordo con le rappresentanze sindacali aziendali (rsu o rsa)¹²⁹ o, laddove non si raggiunga l'accordo sindacale, la previa autorizzazione della Direzione territoriale del lavoro competente.

In mancanza dell'accordo o dell'autorizzazione, gli impianti audiovisivi e gli altri strumenti che consentono anche il controllo a distanza non possono essere utilizzati.

¹²⁹ In caso di imprese c.d. multilocalizzate, con unità produttive ubicate in diverse province della stessa regione o in più regioni, l'accordo può essere stipulato con le associazioni sindacali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale.

Uno dei principali profili di novità della nuova disposizione sta nella previsione di una deroga a tale regime, volta ad escludere la necessità di accordo sindacale o autorizzazione amministrativa per alcuni particolari strumenti (comma 2):

- gli strumenti utilizzati dal lavoratore per rendere la prestazione lavorativa;
- gli strumenti di registrazione degli accessi e delle presenze.

Ai sensi del comma 2, pertanto, strumenti che possono comportare un controllo a distanza dell'attività dei lavoratori non devono più essere autorizzati se utilizzati per rendere la prestazione lavorativa (si pensi, ad esempio, ai *tablet* e agli *smartphone* che consentono la geolocalizzazione del lavoratore ma che sono a tutti gli effetti strumenti di lavoro, o agli strumenti di controllo degli accessi tramite *badge* elettronici).

Sotto questo aspetto la norma sembra spostare l'equilibrio tra gli interessi contrapposti alla produttività e alla dignità e riservatezza del lavoratore a favore del primo piuttosto che dei secondi, rendendo più flessibile, in ragione della loro utilità a svolgere la prestazione, il ricorso a strumenti di lavoro tecnologicamente avanzati ma dai quali deriva la possibilità di controllo.

Non a caso proprio su questo punto si sono registrate le maggiori critiche da parte sindacale alla nuova disposizione: i sindacati, infatti, hanno interesse a che continui ad essere prevista la necessità dell'accordo sindacale al fine di poter dettare condizioni e limiti di utilizzo degli strumenti che, pur necessari per rendere la prestazione, possano comportare le possibilità di un controllo a distanza.

Ciò non significa, però, che il controllo dell'attività lavorativa attraverso gli strumenti utilizzati per svolgere la prestazione, venuta meno la necessità di autorizzazione sindacale o amministrativa, sia del tutto liberalizzato: il comma 3, infatti, detta le condizioni ed i limiti dell'utilizzabilità ai fini disciplinari delle informazioni raccolte.

L'utilizzabilità è subordinata, al rispetto della normativa in materia di protezione dei dati personali (d. lgs. n. 196 del 2003) e alla condizione che sia data al lavoratore un'adeguata informazione sulle modalità d'uso degli strumenti e di effettuazione dei controlli.

Si tratta di garanzie e limitazioni non di poco conto: l'informativa deve essere "adeguata" e il rispetto di tale obbligo non si esaurisce in un mero adempimento formale.

Inoltre, il richiamo al d. lgs. n. 196 del 2003 si traduce nella garanzia di una serie di diritti del lavoratore in ordine al trattamento dei propri dati personali (rispetto del principio di necessità e degli altri principi allo stesso correlati: finalità, correttezza, pertinenza, non eccedenza; diritto di accesso; diritto al risarcimento dei danni, anche non patrimoniali, cagionati dal trattamento dei dati).

Non occorrerà, invece, il consenso del lavoratore per il trattamento dei propri dati personali, anche sensibili, in virtù delle esclusioni del consenso stabilite dagli artt. 24 e 26 del d. lgs. n. 196 del 2003. Queste disposizioni alleggeriscono la posizione del datore di lavoro che opera il trattamento perché tenuto ad adempiere obblighi derivanti dalla legge o dal contratto di lavoro.

Si tratta di capire, a questo punto, se la contrattazione collettiva possa intervenire a derogare il nuovo regime e a tal fine è opportuno distinguere, nell'ottica dei lavoratori, tra deroghe "migliorative", volte a limitare ulteriormente i controlli, e deroghe "peggiorative", volte a rendere ancor meno vincolato l'esercizio del potere datoriale, diminuendo le garanzie per i lavoratori.

Per quanto attiene al primo aspetto, a meno di non ritenere che la norma sia assolutamente inderogabile, il contratto collettivo sembra poter intervenire in senso migliorativo, ripristinando alcune garanzie: ad esempio, sarebbe possibile per i contratti collettivi prevedere che anche per gli strumenti utilizzati per rendere la prestazione lavorativa sia necessario il previo accordo sindacale, in deroga a quanto previsto dal comma 2 e al fine di aumentare le garanzie per i lavoratori soggetti a controllo.

L'imprenditore, del resto, potrebbe aver interesse, nell'economia delle negoziazioni, a scambiare una maggior limitazione al potere di controllo con il consenso del sindacato sulla regolamentazione di altri aspetti (si pensi, per esempio, alla disciplina dei turni o alla retribuzione di produttività).

Con riguardo, invece, alle deroghe "peggiorative", la disposizione è sicuramente inderogabile ed il contratto collettivo non potrà, in linea generale, eliminare le garanzie che la stessa prevede a favore dei lavoratori soggetti a controllo, soprattutto con riferimento al regime dell'utilizzabilità delle informazioni ai fini disciplinari.

Resta sempre in vigore, però, l'art. 8, d.l. n. 138 del 2011, conv. con mod. in legge n. 148 del 2011, in tema di contrattazione collettiva "di prossimità", che consente di derogare a norme inderogabili di legge e che contempla la materia degli "impianti audiovisivi e la introduzione di nuove tecnologie" (art. 8, commi 2, lett. a), e 2-bis).

I contratti di prossimità potrebbero, per ipotesi, escludere del tutto l'autorizzazione per gli impianti audiovisivi o il diritto all'informativa o l'applicazione della disciplina in materia di protezione dei dati personali ai fini dell'utilizzabilità delle informazioni raccolte? La risposta sembra essere negativa alla luce dei principi costituzionali e del diritto europeo¹³⁰ che interessano queste materie e che si pongono come limiti all'efficacia derogatoria dei contratti di prossimità.

6. Il licenziamento: evoluzione legislativa e modifica del contesto socioeconomico, valorizzazione della concorrenza ed emersione di un doppio mercato del lavoro: gli insiders e gli outsiders.

Come è noto, il rapporto di lavoro è un rapporto di durata e la forma comune di estinzione di questi rapporti è il recesso delle parti¹³¹. Ma è altresì evidente che nel rapporto di lavoro, come anche in altri rapporti di durata, gli interessi delle parti non sono coincidenti perché il datore di lavoro non ha sempre interesse ad avere rapporti stabili per evidenti ragioni connesse alla gestione dell'impresa: l'imprenditore deve essere in grado di ridurre o aumentare la forza lavoro a seconda delle mutevoli esigenze del mercato e, perciò, ha interesse a sciogliersi dai vincoli contrattuali in modo rapido e senza troppe difficoltà. Viceversa il lavoratore ha l'interesse opposto, cioè alla continuità del rapporto e alla stabilità del posto di lavoro perché solo la continuità del rapporto gli consente di avere una vita libera e dignitosa e di programmare il suo futuro

¹³⁰ Cfr. la direttiva 95/46/CE.

¹³¹ In generale, sul recesso come modo di estinzione del rapporto di lavoro cfr. G. F. Mancini, *Il recesso unilaterale e i rapporti di lavoro*, Milano, 1962 e 1965.

E altresì noto nel corso degli ultimi 70 anni e cioè dalla emanazione del codice civile fino al *Jobs Act* il legislatore ha tutelato questi due diversi interessi, ora privilegiando uno, ora privilegiando l'altro.

Se si ha riguardo al codice civile del 1942, l'art. 2118 c.c., pur ponendo su una posizione di parità le parti del rapporto di lavoro perchè entrambe, salvo giusta causa, potevano recedere senza obbligo di motivazione, solo adempiendo all'obbligo del preavviso, in realtà privilegiava l'interesse del datore di lavoro a liberarsi agevolmente dal vincolo contrattuale.

E anche la previsione dell'art. 2119 c.c. che regola il recesso per giusta causa non modifica l'assetto di interessi regolato dal recesso ad nutum. A ben vedere infatti il datore di lavoro, quando sussiste la giusta causa, non ha l'obbligo del preavviso e quando non sussiste il datore di lavoro può sempre avvalersi del licenziamento ad nutum.

La libertà di recesso per entrambe le parti, con sostanziale vantaggio per il datore di lavoro, dura quasi 25 anni e cioè dal 1942 al 1966.

Nel 1966 la legge n. 604 introduce per la prima volta l'obbligo a carico del datore di lavoro di motivare il licenziamento e l'onere di provare la sussistenza di un giustificato motivo.

L'art. 3 della legge n. 604/66 definisce il giustificato motivo soggettivo come notevole inadempimento degli obblighi contrattuali e il giustificato motivo oggettivo è costituito dalle esigenze oggettive dell'azienda.

È importante ricordare la definizione perché le due fattispecie rimangono ancor oggi inalterate nonostante il susseguirsi di diverse normative che hanno regolato diversamente il regime sanzionatorio del licenziamento ingiustificato e cioè del licenziamento privo di giusta causa o di giustificato motivo.

Come ha ripetutamente affermato la giurisprudenza, talvolta non senza qualche ambiguità, il sindacato del giudice sulle scelte dell'imprenditore e, quindi, sulle esigenze oggettive dell'azienda deve essere un sindacato di legittimità e non di merito, in ragione dell'art. 41 della Costituzione, che garantisce la libertà d'impresa. In altri termini il giudice può sindacare la sussistenza e la veridicità delle esigenze oggettive dell'azienda e il nesso di causalità tra queste scelte e il licenziamento, ma non il merito delle scelte dell'imprenditore.

Bisogna comunque sottolineare che per la legge n. 604 il licenziamento ingiustificato, ossia privo di giusta causa e giustificato motivo, pur essendo illecito e cioè produttivo di danno, era comunque valido e cioè idoneo ad estinguere il rapporto di lavoro e comunque aveva un ambito di applicazione limitato ai datori di lavoro con almeno 35 dipendenti. Insomma l'area della libera rececibilità era ancora molto ampia.

In altri termini, la normativa del 1966 da un lato sottoponeva al controllo del giudice la motivazione del licenziamento nelle aziende medio grandi e dall'altro si limitava a monetizzare il licenziamento ingiustificato e di conseguenza complicava il procedimento di licenziamento e rendeva oneroso il licenziamento ingiustificato ma non lo invalidava.

Con l'art. 18 dello Statuto dei lavoratori il legislatore tra i due interessi in conflitto, quello dell'imprenditore alla temporaneità del vincolo contrattuale e quello del lavoratore alla continuità del rapporto di lavoro, privilegia decisamente il secondo perché stabilisce l'invalidità del licenzia-

mento ingiustificato. L'art. 18 non modifica le due fattispecie di licenziamento ingiustificato regolate dalla legge n. 604, ma modifica radicalmente gli effetti del licenziamento ingiustificato perché stabilisce che il licenziamento ingiustificato non è più idoneo a estinguere il rapporto di lavoro. Il licenziamento ingiustificato è considerato invalido (nullo o annullabile) o inefficace¹³².

La riforma del licenziamento, non si limita a sancire l'invalidità del licenziamento ingiustificato ma punta a rendere effettiva la tutela evocando con il termine reintegrazione l'esigenza di riammettere fisicamente il lavoratore sul posto di lavoro, anche se poi la giurisprudenza della Cassazione ha sempre escluso l'esecuzione in forma specifica dell'ordine di reintegrazione

È vero però che l'art. 18 rafforza in misura rilevante la posizione del lavoratore perché in ogni caso la reintegrazione anche se non è eseguita in forma specifica costituisce un punto di forza per il lavoratore anche per avviare trattative economiche in ordine al licenziamento.

Inoltre l'art. 18 si applica a tutti gli imprenditori che occupano più di 15 dipendenti, mentre ai datori di lavoro non imprenditori (per esempio, partiti e sindacati) continua applicarsi la disciplina più favorevole della legge n. 604 del 1966.

Rimane altresì in vigore l'art. 2118 c.c., e cioè l'area del recesso libero, per tutti i datori lavoro imprenditori e non imprenditori che hanno meno di 15 dipendenti.

L'ascesa della disciplina vincolistica in materia di licenziamento culmina con la legge n. 108 del 1990 perché, ferma restando la disciplina dell'art. 18 St. lav. alle imprese che occupano più di 15 dipendenti, introduce l'obbligo di motivazione del licenziamento anche per le piccole imprese e cioè per quegli imprenditori che hanno un numero di dipendenti inferiore a 15¹³³.

In questo caso il licenziamento ingiustificato estingue il rapporto di lavoro perché il legislatore ha disposto solo una tutela risarcitoria simile a quella disposta dalla legge n. 604 del 1966 per il licenziamento nelle imprese medio grandi. È vero, però, che l'area del libero recesso si riduce sensibilmente e da regola generale diventa regola eccezionale.

Queste forme di tutela, reale per le imprese medio-grandi e obbligatoria per le piccole imprese, rimane quasi inalterata dal 1990 al 2012, quindi per più di 20 anni.

In questo lungo lasso di tempo, però, cambia profondamente il tessuto industriale italiano: la cosiddetta impresa fordista cede il campo a forme di impresa diverse, c.d. di rete, e l'internazionalizzazione dei mercati impone una maggiore competitività alle imprese, che devono necessariamente ridurre i costi di produzione per restare sul mercato, e tra questi *in primis* i costi del lavoro.

In tale periodo sono numerose le forme di esternalizzazione di segmenti importanti dell'impresa e numerosi i tentativi di riformare l'art. 18 St. lav., non hanno successo.

E tuttavia gli imprenditori ottengono in cambio della permanenza dell'art. 18 una notevole flessibilità in entrata. E cioè si moltiplicano i rapporti cosiddetti temporanei. In particolare il d.lgs. n.

¹³² Cfr., in generale, G.F. Mancini, *Commento all'art. 18 dello Statuto dei lavoratori*, in *Commentario al Codice civile Scialoja - Branca*, Bologna - Roma, 1972; M. Persiani, *La tutela dell'interesse del lavoratore alla conservazione del posto di lavoro*, in Riva-Sanseverino - Mazzoni (diretto da), *Nuovo trattato di diritto del lavoro*, Padova, 1971; M. D'Antona, *La reintegrazione nel posto di lavoro*, Padova, 1979; M. Napoli, *La stabilità reale nel posto di lavoro*, Milano, 1980.

¹³³ In generale cfr., per tutti, G. Pera, *Le novità nella disciplina dei licenziamenti*, Padova, 1993.

276 del 2003 riconosce e regola una serie di rapporti temporanei subordinati, come la somministrazione di lavoro e l'apprendistato, e anche non subordinato, come il lavoro a progetto.

Questi rapporti sono precari perché ovviamente ad essi non si applica la disciplina del licenziamento.

Bisogna aggiungere, per completare il quadro normativo, che in questo periodo diventa sempre più penetrante la normativa europea attraverso un susseguirsi di direttive¹³⁴, che contribuiscono a cambiare il contesto in cui opera il mercato del lavoro.

Infatti, negli anni '70 in Italia prevaleva il convincimento che la volontà politica potesse e dovesse sovrapporsi alle regole del mercato, mentre con l'applicazione sempre più diffusa della disciplina europea, che vieta gli aiuti di Stato, viene riconosciuta la concorrenza come valore e, quindi, si consolida il convincimento che l'intervento pubblico in economia non debba sovrapporsi alle regole del mercato, ma debba piuttosto regolare la concorrenza per evitare il sorgere di situazioni di monopolio. Ma non sembra che questo secondo obiettivo sia stato sempre realizzato.

Risulta sempre più vistosa in questo periodo l'esistenza di un doppio mercato del lavoro costituito dagli *insiders* e cioè i lavoratori protetti dalla normativa sul licenziamento e gli *outsiders* privi di ogni protezione e tutela¹³⁵.

6.1. La legge Monti Fornero e la flessibilizzazione della disciplina del licenziamento ingiustificato: la reintegrazione e la tutela risarcitoria.

Nel 2012, nel tentativo di superare gli inconvenienti derivanti dall'esistenza sempre più diffusa di un doppio mercato del lavoro, il governo Monti fece approvare una legge con l'obiettivo di irrigidire la flessibilità in entrata, al fine di eliminare forme di falso lavoro autonomo, e al tempo stesso di flessibilizzare la disciplina in uscita, prevedendo per le fattispecie del licenziamento ingiustificato o la sanzione della reintegrazione o quella del risarcimento¹³⁶.

L'obiettivo non è stato raggiunto perché l'ambito di applicazione della reintegrazione è rimasto comunque molto ampio sia per l'ambiguità delle formule legislative, che saranno esaminate successivamente, sia per la resistenza sindacale, sia per l'interpretazione della giurisprudenza.

In altri termini, anche la legge Monti-Fornero continua a salvaguardare la tutela dell'interesse del lavoratore alla continuità del rapporto di lavoro e alla stabilità con poche eccezioni, soprattutto in materia di licenziamento per giustificato motivo oggettivo.

6.2. Il d.lgs. n. 23/2015: la riduzione dell'ambito di applicazione della sanzione della reintegrazione.

Viceversa, con il decreto legislativo n. 23 del 2015 la nuova disciplina prevista per il rapporto di lavoro a tutele crescenti inverte la direzione del pendolo perché la sanzione risarcitoria rispetto

¹³⁴ V., ad esempio, la direttiva sul contratto a termine e il d.lgs. n. 368 del 2001, attuativo di quella direttiva, che consente un maggior uso del contratto a termine rispetto alla disciplina precedente fortemente restrittiva.

¹³⁵ Sulle ragioni della creazione di un mercato del lavoro dualistico cfr. anche Cfr. R. Hyman, *Il futuro del principio « il lavoro non è una merce » tra mercato e stato sociale*, in *Dir. rel. ind.*, 2007, p. 988 e ss.

¹³⁶ Per un primo commento cfr. A. Vallebona, *La riforma del lavoro 2012*, Torino, 2012.

al licenziamento ingiustificato resta la sanzione comune e la reintegrazione resta solo per alcune forme di licenziamento disciplinare e per il licenziamento discriminatorio¹³⁷.

Sicché ora ben si può dire che il legislatore tra i due interessi in gioco, quello del datore di lavoro e quello del lavoratore, sembra privilegiare nuovamente il primo, in quanto il licenziamento ingiustificato è illegittimo ma non è sanzionato con la reintegrazione, bensì con il risarcimento e, quindi, pur essendo illegittimo, conserva la funzione espulsiva del lavoratore dall'azienda.

In altri termini si ritorna ad una situazione normativa, per taluni aspetti, simile a quella regolata dalla legge n. 604 del 1966.

7. I licenziamento discriminatorio.

La prima fattispecie di licenziamento illegittimo presa in considerazione dal d.lgs. n. 23 del 2015 (art. 2), per i lavoratori subordinati assunti dal 7 marzo 2015, è quella del licenziamento discriminatorio. Per licenziamento discriminatorio si intende il licenziamento determinato da un motivo riconducibile a una delle ipotesi di discriminazione previste dalla legge. Come è noto, non esiste nel nostro ordinamento un principio generale di non discriminazione, ma esistono invece cause tassative che sono alla base del divieto di discriminazione: politiche, religiose, sindacali, di sesso e orientamento sessuale, di razza, di lingua, di età, di handicap o relative alle convinzioni personali (art. 15 St. lav.)¹³⁸.

E così, ad esempio, un licenziamento intimato al lavoratore per essersi iscritto ad un sindacato è discriminatorio (discriminazione per motivi sindacali), mentre un licenziamento intimato per l'aspetto trasandato del lavoratore stesso, pur essendo in linea generale arbitrario e quindi ingiustificato, non è discriminatorio¹³⁹. L'onere della prova della discriminazione grava sul lavoratore¹⁴⁰.

E la medesima disciplina trova applicazione con riferimento all'ipotesi del licenziamento intimato in forma orale (art. 2 comma 1) e al caso in cui il giudice accerti il difetto di giustificazione per motivo consistente nella disabilità fisica o psichica del lavoratore (art. 2 comma 4).

L'art. 2 del d.lgs. n. 23 del 2015 punisce con la massima sanzione (reintegrazione e risarcimento del danno) i casi di licenziamento nullo "espressamente" previsti dalla legge.

Un'interpretazione letterale della norma porta ad individuare solo due ipotesi:

1) i licenziamenti intimati per causa di matrimonio ai sensi dell'art. 35, comma 2, d.lgs. n. 198 del 2006 (testo unico delle pari opportunità uomo donna);

¹³⁷ Per un primo commento cfr. R. Pessi - C. Pisani - G. Proia - A. Vallebona, *Jobs Act e licenziamento*, Torino, 2015.

¹³⁸ Cfr., ad es., art. 15, legge n. 300 del 1970 come integrato ex art. 13, legge n. 903 del 1977; art. 6, legge n. 135 del 1990; art. 2, d.lgs. n. 215 del 2003; art. 43, d.lgs. n. 216 del 2003.

¹³⁹ L'aspetto trasandato potrebbe invece costituire un inadempimento contrattuale se il lavoratore si è obbligato a rispettare un determinato *dress-code*: si pensi, ad esempio, a un negozio di lusso o ad uno studio professionale.

¹⁴⁰ Tuttavia sono previste agevolazioni probatorie in favore del lavoratore, in forza delle quali, nel caso in cui il lavoratore deduca elementi di fatto, anche di carattere statistico, precisi e concordanti, ma comunque inidonei a fondare una presunzione ex art. 2729 c.c., l'onere della prova è comunque invertito e posto a carico del datore di lavoro (v., ad es., art. 40, d.lgs. n. 198 del 2006 e art. 28, comma 4, d.lgs. n. 150 del 2011).

2) i licenziamenti intimati durante la gravidanza e fino al compimento di un anno di vita del bambino, ed altre ipotesi connesse alla tutela della c.d. genitorialità¹⁴¹ (in base all'art. 54, comma 5, d.lgs. n. 151 del 2001).

8. Il licenziamento disciplinare: la reintegrazione come sanzione eccezionale rispetto al risarcimento del danno e la nozione di fatto materiale contestato.

Nel licenziamento disciplinare, dopo il Jobs act, la reintegrazione è posta come eccezione rispetto alla regola del risarcimento del danno, costituito dal pagamento di un'indennità onnicomprensiva (cfr. art. 3, comma 1).

In secondo luogo, la reintegrazione è prevista solo nell'ipotesi in cui sia "direttamente dimostrata in giudizio l'insussistenza del fatto materiale contestato".

L'ambiguità della formulazione legislativa lascia aperti alcuni dubbi interpretativi.

Anzitutto non è ancora chiaro in dottrina che cosa debba intendersi per "fatto materiale".

Secondo alcune interpretazioni¹⁴², il fatto materiale consisterebbe nel fatto così come descritto nella contestazione, a prescindere dalla sua qualificazione in termini giuridici.

Secondo una diversa ricostruzione, il fatto materiale si identifica con la condotta¹⁴³, comprensiva delle valutazioni in ordine all'imputabilità¹⁴⁴.

In questi termini il fatto materiale finisce inevitabilmente per rilevare quale fatto giuridico.

Ho già a suo tempo evidenziato¹⁴⁵ come la disciplina sanzionatoria debba essere letta alla luce dell'art. 3 della legge n. 604 del 1966, che definisce il giustificato motivo soggettivo come "notevole inadempimento degli obblighi contrattuali" e dunque considera rilevante solo il fatto contestato a titolo di inadempimento.

Del resto, la stessa precisazione letterale secondo cui il fatto deve essere "contestato", presuppone che esso sia stato commesso dal lavoratore e possa essergli almeno astrattamente addebitato per colpa.

Altrimenti, si potrebbe ritenere valido un atto espulsivo basato sulla mera verità di un fatto non imputabile al lavoratore o addirittura priva di alcuna rilevanza disciplinare (es. licenziamento per una rissa effettivamente avvenuta in cui il lavoratore non è coinvolto o per mancato saluto al superiore gerarchico).

¹⁴¹ Si tratta delle ipotesi dell'art. 54, commi 1, 6, 7 e 9: licenziamenti intimati in conseguenza della domanda o della fruizione del congedo parentale o per malattia del bambino, licenziamenti intimati al padre del bambino durante il periodo di astensione obbligatoria e fino al compimento di un anno di vita del bambino, nel caso di morte o grave infermità della madre, di abbandono o di affidamento esclusivo al padre.

¹⁴² Cfr., sebbene con riferimento alla legge Fornero, A. Vallebona, *La riforma del lavoro 2012*, cit., p. 57.

¹⁴³ M. Persiani, *Il fatto rilevante per la reintegrazione del lavoratore illegittimamente licenziato*, in *Arg. dir. lav.*, 2013, I, p. 1 ss.

¹⁴⁴ F. Carinci, *Il nodo gordiano del licenziamento disciplinare*, in *Arg. dir. lav.*, 2012, p. 1112 ss.

¹⁴⁵ G. Santoro-Passarelli, *Il licenziamento per giustificato motivo e l'ambito della tutela risarcitoria*, in *Arg. dir. lav.*, 2013, 2, p. 231 ss.

Dunque, la diretta “dimostrazione in giudizio” dell’insussistenza del fatto materiale contestato di cui all’art. 3, comma 2, non attiene a un concetto nuovo o distinto dall’inadempimento e neppure a un diverso elemento di prova che il lavoratore sarebbe tenuto a fornire.

Semplicemente, l’art. 3, comma 2, punisce con la reintegrazione l’ipotesi in cui il datore di lavoro, nell’adempiere all’onere della prova del notevole inadempimento ex art. 5, legge n. 604 del 1966, *all’esito del giudizio non riesca neppure a provare l’esistenza dell’inadempimento contestato*.

8.1. L'estraneità di ogni valutazione circa la sproporzione del licenziamento: critica.

È vero invece che, secondo la stessa previsione legislativa, all’accertamento dell’insussistenza del fatto “materiale” e cioè, a mio avviso, dell’inadempimento, resta “estranea ogni valutazione circa la sproporzione del licenziamento” rispetto alla contestazione¹⁴⁶.

E questo oggi avviene anche laddove l’infrazione commessa sia punita con una sanzione conservativa sulla base dei contratti collettivi ovvero dei codici disciplinari applicabili, come era previsto dall’art. 18 St. lav.

Queste precisazioni esprimono l’evidente obiettivo di contenere ed anzi impedire un’applicazione giurisprudenziale estensiva dei casi di reintegrazione del lavoratore e di ridurre la discrezionalità riconosciuta dalla normativa precedente al giudice, senza dubbio dannosa per la certezza del diritto.

E questo spiega la scelta del legislatore del 2015 che, a fronte di un inadempimento contestato al lavoratore ma accertato in giudizio come non notevole, il licenziamento pur essendo illegittimo perchè irrogato per un inadempimento non notevole, può essere sanzionato solo con il risarcimento.

In altri termini, mentre secondo la vecchia disciplina il licenziamento irrogato a fronte di un inadempimento punibile con una sanzione conservativa era illegittimo e sanzionato con la reintegrazione, con la nuova disciplina lo stesso licenziamento, pur essendo illegittimo perchè l’inadempimento non è notevole, non dà luogo alla reintegrazione ma al risarcimento e quindi produce un effetto espulsivo del lavoratore dall’azienda ed estintivo del rapporto di lavoro.

Si può discutere sulla congruità di tale disposizione che esclude ogni valutazione del giudice circa la sproporzione del licenziamento e quindi consente al licenziamento di avere comunque un effetto estintivo del rapporto pur in presenza di un inadempimento non notevole, con l’art. 2106 c.c. che stabilisce, invece, la proporzionalità della sanzione all’infrazione.

Viceversa non appare corretto il riferimento all’art. 1455 c.c. che non consente la risoluzione del contratto in presenza di un inadempimento di scarsa importanza avuto riguardo all’interesse dell’altra parte per affermare che in questo caso di fronte ad un inadempimento di scarsa importanza del lavoratore, l’eventuale licenziamento sarebbe illegittimo e dovrebbe essere sanzionato con la reintegrazione.

Come si vedrà, l’uso delle categorie civilistiche è corretto e sostenibile se non propone soluzioni interpretative in contrasto con gli obiettivi perseguiti dal legislatore che è quello di ridurre l’ambito della sanzione della reintegrazione.

¹⁴⁶ Proprio in questo senso, non a caso, una prima sentenza di legittimità definiva il fatto come “materiale”, con riferimento alla precedente disciplina dell’art. 18 St. lav.: cfr. Cass. 6 novembre 2014, n. 23669.

In conclusione, allo stato, il giudice deve applicare la sanzione della reintegrazione solo se il fatto contestato è insussistente e cioè, a mio avviso, solo se è direttamente provato che non sussiste alcun inadempimento¹⁴⁷.

Se viceversa il fatto contestato è sussistente, e quindi sussiste un inadempimento, il giudice dovrà prima accertare se l'inadempimento è notevole e in tal caso, conseguentemente, dichiarare illegittimo il licenziamento irrogato dal datore di lavoro.

Se invece il giudice accerta che l'inadempimento non è notevole, dovrà dichiarare illegittimo il licenziamento irrogato dal datore di lavoro, e applicare soltanto ed esclusivamente la sanzione del risarcimento del danno nella misura stabilita dalla legge e cioè commisurata all'anzianità di servizio del lavoratore.

8.2. Il licenziamento per scarso rendimento.

Una fattispecie particolare di incerta collocazione è il licenziamento per scarso rendimento.

Si tratta di una tipologia di licenziamento non espressamente regolata dalla legge¹⁴⁸ di norma ricondotta al giustificato motivo soggettivo, in altri casi al giustificato motivo oggettivo e da una dottrina considerata come fattispecie anfibia¹⁴⁹.

Secondo la ricostruzione più condivisibile, lo scarso rendimento integra un'ipotesi di licenziamento per giustificato motivo soggettivo¹⁵⁰.

È bene precisare, però, che il lavoratore non si obbliga ad assicurare un rendimento minimo, ma a collaborare con la diligenza richiesta dall'art. 2104 c.c.

Spetta, poi, al datore di lavoro, attraverso l'esercizio del potere direttivo e disciplinare, conformare la diligente collaborazione affinché la prestazione si riveli utile e proficua per l'impresa.

Ciò in quanto il lavoratore è obbligato ad una obbligazione di mezzi, ad un *facere*, e non ad un risultato. Tra l'altro, la presunta inadeguatezza della prestazione, sotto il profilo del rendimento, può essere imputabile alla stessa organizzazione dell'impresa o comunque a fattori non dipendenti dal lavoratore.

Anche laddove nel contratto fossero pattuite clausole di rendimento minimo attraverso la fissazione di determinati obiettivi (es., numero di pezzi prodotti o numero di pratiche evase), il mancato raggiungimento di tali obiettivi non integra di per sé inadempimento del lavoratore: occorre comunque provare la negligenza, elemento imprescindibile del licenziamento per scarso rendimento, indipendentemente dal mancato raggiungimento di determinati obiettivi minimi.

¹⁴⁷ In termini analoghi, seppur con riferimento alla nuova formulazione dell'art. 18 Stat. lav. e non al d. lgs. n. 23 del 2015, cfr. Cassazione civile sez. lav. 13 ottobre 2015 n. 20540: "Quanto alla tutela reintegratoria, non è plausibile che il Legislatore, parlando di "insussistenza del fatto contestato", abbia voluto negarla nel caso di fatto sussistente ma privo del carattere di illiceità, ossia non suscettibile di alcuna sanzione".

¹⁴⁸ Esiste, invece, una regolamentazione legale nel settore pubblico: cfr. l'art. 55-*quater*, comma 2, d.lgs. n. 165 del 2001.

¹⁴⁹ Cfr. P. Ichino, *Sullo scarso rendimento come fattispecie anfibia, suscettibile di costituire al tempo stesso giustificato motivo oggettivo e soggettivo di licenziamento*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2003, II, p. 689.

¹⁵⁰ Cfr., *ex multis*, Cass. 16 luglio 2013, n. 17371; Cass. 12 giugno 2013, n. 14758.

Di tale prova è onerato il datore di lavoro, anche se per alcune sentenze la negligenza può essere provata attraverso la “enorme sproporzione” tra gli obiettivi fissati e quanto effettivamente realizzato dal lavoratore in confronto agli altri dipendenti¹⁵¹.

In un’ottica totalmente diversa, invece, si pone una sentenza della Cassazione¹⁵², che ha ricondotto lo scarso rendimento nell’ambito del licenziamento per giustificato motivo oggettivo.

Nel caso di specie lo scarso rendimento era ravvisato a fronte di numerose assenze per malattia “a macchia di leopardo” e con poco preavviso, tali da pregiudicare il normale funzionamento dell’organizzazione aziendale.

Ad avviso della sentenza tali assenze, pur incolpevoli e senza che risultasse superato il periodo di comporto, proprio in ragione del pregiudizio arrecato all’organizzazione aziendale giustificerebbero il licenziamento per giustificato motivo oggettivo (cfr. l’art. 3 della legge n. 604 del 1966).

Tale conclusione, tuttavia, non appare persuasiva ed è contraddetta da una recentissima sentenza del 9/07/2015 n. 14310 che continua a ricondurre questo tipo di licenziamento al giustificato motivo soggettivo.

Infatti nel caso preso in esame dalla sentenza non si è verificata la soppressione del posto che è pur sempre uno dei requisiti che integra la fattispecie del giustificato motivo oggettivo perché le assenze del lavoratore, sia pure con difficoltà, erano coperte da un sostituto.

Alla luce di queste considerazioni, si può concludere:

– lo scarso rendimento può integrare un’ipotesi di licenziamento per giustificato motivo soggettivo e non oggettivo;

– l’assenteismo tattico o “a macchia di leopardo” può giustificare il licenziamento prima della scadenza del periodo di comporto solo se si dimostra la colpevole violazione degli obblighi contrattuali da parte del lavoratore, quindi, per esempio, la falsità della malattia addotta a giustificazione dell’assenza. In questa ipotesi potrà allora parlarsi di scarso rendimento, coerentemente ricondotto nell’ambito del licenziamento disciplinare;

Se viceversa il datore di lavoro non riesce a provare la sussistenza del fatto materiale contestato e cioè lo scarso rendimento attraverso la prova della negligenza, il lavoratore ha diritto ad essere reintegrato.

9. Il licenziamento per giustificato motivo oggettivo.

Per quel che concerne il licenziamento per giustificato motivo oggettivo di licenziamento, senza dubbio i requisiti di legittimità posti dalla legge restano:

¹⁵¹ Cfr. Cass. 31 gennaio 2013, n. 2291, sul licenziamento di un dipendente i cui tempi di lavorazione delle pratiche erano pari a 35 minuti, a fronte dei 13-14 minuti degli altri addetti allo stesso servizio e che aveva evaso 1.283 pratiche a fronte delle 4.164 e delle 6.008 prodotte dagli altri due lavoratori; Cass. 22 febbraio 2006, n. 3876, sul licenziamento di una lavoratrice di una compagnia di assicurazione che aveva realizzato il 5% degli obiettivi prefissati negli ultimi anni, a fronte di produttività medie dei colleghi che oscillavano tra il 42% e il 161%.

¹⁵² Cass. 4 settembre 2014, n. 18678, in *Guida lav.*, 2014, 36, p. 15.

a) la decisione imprenditoriale che determina la soppressione del posto, in sé e per sé considerata, nella sua effettiva sussistenza e non pretestuosità o arbitrarietà (per es. la decisione di chiudere un reparto, di acquisire un macchinario idoneo a sostituire il lavoro di una persona...);

b) il nesso di causalità tra la scelta imprenditoriale e il licenziamento di quel particolare lavoratore¹⁵³ (per es. la verifica, nel caso di un licenziamento intimato per la chiusura di un ufficio, che il lavoratore licenziato sia effettivamente impiegato in quell'ufficio, ecc.);

Ed è altresì noto che, nel valutare la legittimità di un licenziamento per giustificato motivo oggettivo, il giudice deve limitarsi ad un controllo di legittimità e non può entrare nel merito delle scelte organizzative imprenditoriali, che sono insindacabili (art. 41 Cost.).

L'art. 30, comma 1, legge n. 183 del 2010 (c.d. Collegato-lavoro) ha previsto in modo espresso quanto pleonastico che, in presenza di clausole generali, comprese quelle in tema di recesso, "il controllo giudiziale è limitato esclusivamente, in conformità ai principi generali dell'ordinamento, all'accertamento del presupposto di legittimità e non può essere esteso al sindacato di merito sulle valutazioni tecniche, organizzative e produttive che competono al datore di lavoro".

In quest'ottica, l'art. 1, comma 43, legge n. 92 del 2012, aggiunge che l'eventuale sconfinamento, da parte del giudice, dei limiti al controllo giudiziale, costituisce "violazione di norme di diritto", legittimante, anche solo per tale motivo, il ricorso per cassazione (art. 360, comma 1, n. 3, c.p.c.), confermando che il giudice, in altri termini, deve limitarsi a verificare l'effettività, la veridicità e la non pretestuosità¹⁵⁴ della scelta imprenditoriale.

La giurisprudenza, però, pur formalmente escludendo il sindacato di merito sul licenziamento per giustificato motivo oggettivo, in qualche occasione travalica i confini del controllo di legittimità e finisce per effettuare, sia pure indirettamente, una verifica penetrante sulle scelte del datore di lavoro, arrivando a sindacare la congruità o l'effettiva economicità, l'adeguatezza o la necessità delle scelte organizzative del datore di lavoro.

Per esempio, alcune sentenze finiscono per sindacare le ragioni poste alla base del licenziamento quando negano che questo possa avvenire per una mera finalità di incremento dei profitti, ammettendolo, invece, per effettive esigenze di riduzione dei costi¹⁵⁵.

9.1. Sull'obbligo di *repechage*.

Si discute che impatto possa avere la nuova disciplina del licenziamento illegittimo sull'obbligo di *repechage* in caso di licenziamento per giustificato motivo oggettivo.

Fino ad oggi, secondo un dato di derivazione giurisprudenziale, perché nella normativa non c'è traccia di questa indicazione, il datore di lavoro doveva assolvere al c.d. obbligo di *repêchage*. Il datore di lavoro, in altri termini, ha l'obbligo di fornire la prova dell'inevitabilità del licenziamento

¹⁵³ Principio costantemente ribadito nella giurisprudenza della Suprema Corte: *ex multis*, Cass. 16 marzo 2015, n. 5173.

¹⁵⁴ In tal senso, da ultimo Cass. 1 agosto 2013 n. 18416, in *Riv. it. dir. lav.*, 2014, p. 231.

¹⁵⁵ Cfr. Cass. 16 marzo 2015, n. 5173; Cass. 9 luglio 2012, n. 11465.

(licenziamento come *extrema ratio*)¹⁵⁶, ossia di non poter adibire il lavoratore a mansioni diverse¹⁵⁷, anche in altre sedi dell'azienda¹⁵⁸.

Da un lato si potrebbe ritenere che quest'obbligo dell'imprenditore di derivazione giurisprudenziale sia venuto meno se si riconosce che il legislatore non tutela più l'interesse del lavoratore alla continuità e alla stabilità del rapporto.

Viceversa nel caso in cui la giurisprudenza riterrà che l'obbligo di *repechage* permane in capo all'imprenditore si può sostenere che tale obbligo dovrebbe essere riferito solo a quelle mansioni per le quali non vi sia alcun obbligo formativo da parte del datore di lavoro sia in casi di mobilità orizzontale sia in caso di adibizione a mansioni inferiori. Sicché l'obbligo di *repechage* avrebbe un campo di applicazione più ampio. Se poi si accetta quella giurisprudenza che onera il lavoratore di indicare i posti di lavoro vacanti, si deve riconoscere che in questo caso anche l'indicazione da parte del lavoratore avrà un raggio più esteso con la precisazione che la mancata indicazione da parte del lavoratore non fa venir meno l'obbligo di *repechage* da parte del datore di lavoro.

Nè vale sostenere in contrario che il disposto dell'art. 2103 comma 2 consente e non obbliga il datore di lavoro ad adibire il lavoratore a mansioni inferiori perché si tratta di due fattispecie non sempre coincidenti in quanto la modifica degli assetti aziendali non determina necessariamente la soppressione del posto di lavoro

L'obbligo di *repechage* serve ad evitare un licenziamento per soppressione del posto di lavoro mentre ai sensi dell'art. 2013 comma 2 la modifica degli assetti aziendali che incida sulla posizione del lavoratore può determinare la soppressione del posto e in questo caso il datore di lavoro deve adempiere all'obbligo di *repechage*, oppure può incidere sulla posizione del lavoratore¹⁵⁹ senza determinare la soppressione del posto di lavoro, e in questo caso il datore di lavoro può (non deve) adibire il lavoratore a mansioni riconducibili ad un livello di inquadramento inferiore a quello delle ultime effettivamente svolte.

Come si è già rilevato comunque il comma 6 dell'art. 2103 prende in considerazione l'ipotesi della soppressione del posto ma ovviamente subordina la permanenza in servizio del lavoratore ad un accordo individuale tra le parti datore di lavoro e singolo lavoratore.

9.2. Il licenziamento per eccessiva morbilità.

Il licenziamento per eccessiva morbilità è determinato dal superamento del c.d. "periodo di com-
porto" in caso di assenze per malattia del lavoratore.

¹⁵⁶ Cass. 8 novembre 2013 n. 25197; Cass. 13 marzo 2013, n. 6333.

¹⁵⁷ Il problema dell'ampiezza dell'obbligo di *repechage* a mio avviso non può essere desunto dal nuovo testo dell'art. 2103 c.c. che consente l'adibizione a mansioni al livello di inquadramento inferiore a quello delle ultime effettivamente svolte a seguito di mutamenti organizzativi. In precedenza cfr. Cass. 11 marzo 2013, n. 5963. v. par. 9.4

¹⁵⁸ Addirittura anche all'estero secondo Cass. 15 luglio 2010, n. 16579, in *Or. giur. lav.*, 2011, I, p. 182. Secondo alcune sentenze, però, si deve esigere dallo stesso lavoratore che impugni il licenziamento una collaborazione nell'accertamento di un possibile *repechage*: cfr. Cass. 8 novembre 2013, n. 25197.

¹⁵⁹ In senso contrario Pisani, la nuova disciplina del mutamento di mansioni, Torino, 2015, pp. 149 151

Pur trattandosi di una particolare ipotesi di licenziamento, essa è astrattamente ricollegabile al giustificato motivo oggettivo, avendo ad oggetto una situazione del lavoratore, a lui non imputabile, che si ripercuote negativamente sull'attività e sull'organizzazione aziendale¹⁶⁰.

Ne consegue che, per gli aspetti privi di espressa disciplina, trova applicazione la legge n. 604 del 1966 sui licenziamenti individuali, di cui in particolare deve ritenersi applicabile l'art. 2 sulla forma e la motivazione, oltre all'art. 5 in materia di onere della prova della fattispecie giustificatrice del licenziamento¹⁶¹.

Resta da chiarire quale sia il regime sanzionatorio del licenziamento per mancato superamento del periodo di comporta.

L'art. 18, comma 7, della legge n. 300 del 1970 prevede espressamente la nullità di tale licenziamento. Ed in effetti in caso di mancato superamento del periodo di comporta il licenziamento dovrebbe essere ritenuto nullo per violazione di una norma imperativa.

Tuttavia la medesima sanzione non è riprodotta dal d.lgs. n. 23 del 2013 per i lavoratori assunti dopo il 7 marzo 2015.

Se, dunque, la fattispecie conserva una propria autonomia sul piano sostanziale, in quanto regolata da una espressa previsione legislativa (art. 2110, comma 2, c.c.), si tratta di stabilire sotto il profilo sanzionatorio se resta assorbita dal normale regime del licenziamento per giustificato motivo oggettivo caratterizzato da una mera tutela economica o se invece si ritiene che la violazione dell'art. 2110 c.c., costituisce pur sempre violazione di una norma imperativa e quindi il licenziamento dovrebbe considerarsi nullo anche in assenza di una espressa previsione in tale senso¹⁶².

Si può rispondere a questo interrogativo solo dopo avere affrontato il più generale tema dei rapporti tra regime generale della nullità ex art. 1418 c.c. e la disciplina dell'art. 3 del d.lgs. n. 81 che regola il regime sanzionatorio del licenziamento ingiustificato per motivo oggettivo e soggettivo.

9.3. Il regime sanzionatorio del licenziamento collettivo.

Il d.lgs. n. 23 del 2015 non interviene e non modifica nè le fattispecie di licenziamento collettivo nè le procedure previste dalla legge n. 223 del 1991 ma all'art. 10 modifica incisivamente il regime sanzionatorio in caso di licenziamenti collettivi illegittimi.

a) se il licenziamento è stato intimato senza la forma scritta, opera il regime della reintegrazione con diritto al risarcimento del danno in misura non inferiore a cinque mensilità dell'ultima retribuzione di riferimento per il calcolo del trattamento di fine rapporto, analogamente a quanto previsto per i licenziamenti nulli di cui all'art. 2, comma 1, d.lgs. n. 23 del 2015;

b) se il licenziamento è viziato da una violazione della procedura prevista all'art. 4 o se il licenziamento è intimato in violazione dei criteri di scelta dei lavoratori, opera la tutela esclusivamente risarcitoria secondo le medesime disposizioni previste qualora non ricorrano gli estremi del licenziamento per giustificato motivo oggettivo (art. 3, comma 1, d.lgs. n. 23 del 2015).

¹⁶⁰ In giurisprudenza, a titolo esemplificativo, v. Cass. 7 febbraio 2011, n. 2971, in *Not. giur. lav.*, 2011, p. 202.

¹⁶¹ Cfr. Cass. 5 aprile 2013, n. 8440, in *Mass. giur. lav.*, Rep. 2013, I, pp. 55-56.

¹⁶² Cfr. problematicamente M. Magnani, *Correzioni e persistenti aporie del regime sanzionatorio dei licenziamenti: il c.d. contratto a tutele crescenti*, in WP. C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona", 2015, n. 256, p. 4. Un discorso in parte analogo potrebbe riguardare il licenziamento disciplinare intimato utilizzando i dati ottenuti dagli strumenti di controllo, in violazione dell'art. 4 Stat. lav..

In precedenza, invece, la violazione dei criteri di scelta era punita con la reintegrazione.

10. Sul rapporto tra il regime generale della nullità ex artt. 1324 e 1418 c.c., e la tutela reale e obbligatoria in materia di licenziamento illegittimo stabilite dal d. lgs. n. 23/2015.

Come si è detto, l'art. 2 prende in considerazione accanto al licenziamento discriminatorio altri casi di nullità del licenziamento *espressamente* previsti dalla legge, mentre l'art. 3 dello stesso decreto ha stabilito la tutela indennitaria nei casi in cui risulta accertato che non ricorrono gli estremi del licenziamento per giustificato motivo oggettivo, giustificato motivo soggettivo e giusta causa con l'eccezione prevista dal secondo comma della stessa disposizione, che invece prevede la reintegrazione in certe ipotesi di licenziamento privo di giustificato motivo soggettivo.

Orbene queste due norme pongono all'interprete un interrogativo sul regime sanzionatorio applicabile alle ipotesi di illegittimità del licenziamento derivanti da violazione di norme imperative o dal motivo illecito e determinante ma che non siano previsti dalla normativa lavoristica espressamente come ipotesi di nullità.

E quindi la prima domanda che bisogna porsi è quale sia l'ambito di applicazione dell'espressione adottata dal legislatore nell'art. 2 e cioè *"quali siano gli altri casi di nullità espressamente previsti dalla legge"*.

Un'interpretazione letterale della norma porta ad individuare solo due ipotesi:

- 1) i licenziamenti intimati per causa di matrimonio ai sensi dell'art. 35, comma 2, d.lgs. n. 198 del 2006 (testo unico delle pari opportunità uomo donna);
- 2) i licenziamenti intimati durante la gravidanza e fino al compimento di un anno di vita del bambino, ed altre ipotesi connesse alla tutela della c.d. genitorialità¹⁶³ (in base all'art. 54, comma 5, d.lgs. n. 151 del 2001).

L'interpretazione letterale di questa formulazione legislativa escluderebbe dalla nullità tutte le ipotesi prese in considerazione dall'art. 18 commi 1 e 7 della legge Fornero e tra queste, in particolare quella del licenziamento determinato da un motivo illecito "determinante".

La fattispecie evocava in modo netto l'art. 1345 c.c. e con esso il licenziamento determinato da un motivo di ritorsione o di rappresaglia rispetto ad un comportamento legittimo del dipendente, da tempo assimilato dal diritto vivente, almeno negli effetti, al licenziamento discriminatorio¹⁶⁴.

La nuova disciplina, invece, non menziona più l'art. 1345 c.c.

Pertanto, a rigore, la nullità del licenziamento determinato da un motivo illecito determinante non risulta più "espressamente" prevista¹⁶⁵, come pure non risulta espressamente prevista la nullità del licenziamento in violazione di norme imperative come per esempio la violazione dell'art. 2110 comma 2 c.c.

¹⁶³ Si tratta delle ipotesi dell'art. 54, commi 1, 6, 7 e 9: licenziamenti intimati in conseguenza della domanda o della fruizione del congedo parentale o per malattia del bambino, licenziamenti intimati al padre del bambino durante il periodo di astensione obbligatoria e fino al compimento di un anno di vita del bambino, nel caso di morte o grave infermità della madre, di abbandono o di affidamento esclusivo al padre.

¹⁶⁴ Cfr. *ex plurimis* v. Cass. 8 agosto 2011, n. 17087; Cass. 18 marzo 2011, n. 6282.

¹⁶⁵ Cfr. sul punto, M. Marazza, *Il regime sanzionatorio dei licenziamenti nel Jobs Act*, in *Arg. dir. lav.*, 2015, 311 ss., che propende per considerare comunque espressamente prevista dalla legge la nullità del licenziamento per motivo illecito.

L'interpretazione letterale di questa formulazione legislativa indubbiamente esclude dalla dall'applicazione della nullità queste, come anche altre gravi ipotesi di recesso, se è vero che esistono previsioni di divieto non espressamente poste a pena di nullità eppure desumibili dal testo della legge (si pensi al divieto di licenziare un lavoratore in caso di trasferimento d'azienda o il licenziamento irrogato prima del superamento del periodo di comporto ossia per violazione dell'art. 2110 comma 2 c.c.).

Ma prima di arrivare a questa conclusione bisogna avere riguardo all'art. 1324 c.c. secondo cui si applicano agli atti unilaterali tra vivi aventi contenuto patrimoniale le norme che regolano i contratti in materia di nullità in quanto compatibili, salve diverse disposizioni di legge.

Anche questa norma riferibile certamente al licenziamento contiene una riserva a favore di una normativa apposita, e cioè, nel caso di specie, del Jobs Act che, come si è detto, applica al licenziamento illegittimo per giustificato motivo oggettivo, e soggettivo in alcuni casi, soltanto la sanzione indennitaria e cioè considera il licenziamento valido ma illecito.

D'altra parte anche l'art. 1418 comma 1 sancisce la nullità del contratto quando è contrario a norme imperative *salvo che la legge disponga diversamente*.

Quindi anche in caso di violazione di norme imperative la sanzione della nullità non può essere applicata quando una normativa espressamente prevede un regime sanzionatorio diverso, in questo caso costituito dall'art. 3 comma 1 del d.lgs. n. 81.

Ma questa disposizione, come è noto, richiama espressamente il licenziamento per giustificato motivo oggettivo, soggettivo o per giusta causa.

E perciò il giudice dovrà in primo luogo accertare se il licenziamento sottoposto al suo esame integri gli estremi del giustificato motivo oggettivo o soggettivo o per giusta causa.

E così ad esempio il licenziamento per mancato superamento del periodo di comporto e il licenziamento del lavoratore in caso di trasferimento di azienda integrano gli estremi del giustificato motivo soggettivo o oggettivo?

In questi casi, a mio avviso, sia pure con qualche dubbio, si può rispondere affermativamente¹⁶⁶.

Si deve aggiungere a questo punto che l'art. 1418 al comma 2 cc. stabilisce che producono nullità del contratto, tra le altre cause, l'illiceità dei motivi nel caso indicato dall'art. 1345 c.c.

Quest'ultima disposizione sembra avere una portata fortemente inderogabile perchè non fa salva una diversa disposizione di legge ma soprattutto il licenziamento per ritorsione o rappresaglia, e cioè per motivo illecito, non appare riconducibile nè al giustificato motivo soggettivo nè a quello oggettivo ma provoca la lesione della dignità del lavoratore analogamente a quello discriminatorio.

E quindi nel silenzio del Jobs Act, il licenziamento per ritorsione, non essendo riconducibile nè al giustificato motivo oggettivo nè a quello soggettivo, deve essere considerato nullo ai sensi degli artt. 1324 e 1418 comma 2 c.c. al pari del licenziamento discriminatorio.

¹⁶⁶ Infatti l'art. 2112 comma 4 pur affermando che il trasferimento di azienda non costituisce di per se motivo di licenziamento fa salva la facoltà di esercitare il recesso ai sensi della normativa in materia di licenziamento con la conseguenza che il licenziamento disposto in occasione del licenziamento potrà essere considerato illegittimo ma sanzionato con il risarcimento e non più con la reintegrazione.

Vale la pena anche precisare che in questo caso non si tratta di usare la nullità per aggirare le norme di legge e per perseguire obbiettivi non voluti dal legislatore ma soltanto si propone un'interpretazione delle norme che non stravolga la corretta e conseguente applicazione del regime generale delle nullità previsto dall'art. 1418 c.c. in assenza di una espressa tutela risarcitoria prevista dalla legge.

11. La funzione delle categorie civilistiche nel diritto del lavoro.

Queste considerazioni inducono a formulare un interrogativo importante, e cioè quale debba essere la funzione nella nostra materia delle categorie civilistiche.

Proprio con riferimento ai poteri datoriali, infatti, potrebbe essere forte la tentazione di ricorrere a tali categorie per recuperare garanzie che la legge ha voluto attenuare, ma una tale operazione potrebbe portare ad interpretazioni in contrasto con la normativa vigente.

D'altra parte, rinunciare del tutto all'uso delle categorie civilistiche in ragione di una asserita autonomia e autosufficienza della nostra disciplina rischia di suffragare interpretazioni del tutto avulse dal sistema giuridico nel quale le stesse si inseriscono.

È fortemente dubbio che possano essere utilizzate in funzione di recupero di determinate garanzie a favore del lavoratore la correttezza e la buona fede. Infatti, queste a mio avviso, come norme di condotta, non possono essere utilizzate per apporre limiti di validità agli atti compiuti nell'esercizio dei poteri dell'imprenditore, limiti che non siano previsti dal legislatore o dal contratto collettivo¹⁶⁷, diversamente da quanto si verificava nel regime precedente. Sotto quel regime l'illegittimo esercizio del potere del datore di lavoro determinava, di norma, l'invalidità dell'atto mentre con il nuovo regime, di norma, l'illegittimo esercizio del potere è punito con una sanzione risarcitoria.

Anche i riferimenti all'illiceità e all'invalidità di determinati atti di esercizio dei poteri datoriali devono essere opportunamente precisati: l'illiceità dell'atto non determina necessariamente l'invalidità dello stesso.

Così il licenziamento privo di giustificato motivo oggettivo ai sensi dell'art. 3 del d. lgs. n. 23 del 2015 è illecito ma valido, perché estingue il rapporto dando luogo alla sola indennità risarcitoria commisurata all'anzianità di servizio, mentre lo stesso licenziamento privo di giustificato motivo e giusta causa ai sensi dell'art. 18 è invalido.

Anche il licenziamento discriminatorio è invalido, perché non idoneo ad estinguere il rapporto.

¹⁶⁷ Sul tema in generale Cfr. A. Di Majo, *Clausole generali e diritto delle obbligazioni*, in *Riv.crit.dir.priv.*, 1984, p. 539 ss., ivi 553; U. Natoli, *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, Milano, 1974, p. 27; L. Mengoni, *Spunti per una teoria delle clausole generali*, in *Riv.crit.dir.priv.*, 1986, p. 5 ss., ivi 13 e 17. V. anche P. Rescigno, *Appunti sulle clausole generali*, in *Riv. dir. comm.*, 1998, p. 1 ss. In senso contrario si esprime S. Rodotà, *Le fonti di integrazione del contratto*, ristampa integrata, Milano, 2004, p. 178.

Tra i giuslavoristi si legga L. Montuschi, *L'applicazione giurisprudenziale del principio di correttezza e di buona fede nel rapporto di lavoro*, in *Lav dir.*, 1996, p. 143; A. Perulli, *La buona fede nel diritto del lavoro*, in *Riv. giur. lav.*, 2002, p. 3 ss.; 2001; M. Persiani, *Considerazioni sul controllo di buona fede dei poteri del datore di lavoro*, in *Dir. lav.*, 1995, p. 135 ss., p. 142-143 e, da ultimo, le relazioni alle giornate di studio AIDLASS (29-30 maggio 2014) di G. Loy, *Diritto del lavoro e nozioni a contenuto variabile*; P. Campanella, *Clausole generali e obblighi del prestatore di lavoro*; S. Bellomo, *Autonomia collettiva e clausole generali*, tutte in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 2015, p. 3 e ss.

A volte le due categorie sono concorrenti o alternative nell'ambito della stessa disposizione: si pensi al nuovo testo dell'art. 2103 c.c.: l'adibizione a mansioni diverse in mancanza di adempimento dell'obbligo formativo, laddove necessario, è illecita ma valida.

Il demansionamento al di fuori delle ipotesi previste dalla legge, invece, ricade nella nullità di ogni patto contrario, e conseguentemente è invalido: e si tratta di una sanzione forte come la nullità, in luogo dell'annullabilità che è il regime generale applicato dall'art. 2113 agli atti di disposizione del prestatore di lavoro in violazione di norme inderogabili di legge e di contratto collettivo.

In linea generale si potrebbe affermare che la concorrenza tra le due categorie si verifica tutte le volte in cui l'illegittimo esercizio del potere si traduce nella nullità dell'atto con conseguente tutela reale (altro discorso è, ovviamente, la possibilità di esecuzione in forma specifica); l'alternatività tra illecità e invalidità si ravvisa, invece, laddove l'illegittimo esercizio del potere datoriale determina soltanto una tutela risarcitoria.

Una delle categorie civilistiche maggiormente interessata dalle nuove disposizioni è proprio la nullità, a volte espressamente menzionata dal legislatore (nuovo testo dell'art. 2103, comma 9; art. 2 del d. lgs. n. 23 del 2015; altre volte, invece, non presa in considerazione ma astrattamente ricavabile in base alla disciplina generale del Codice civile).

Come già evidenziato, queste ultime ipotesi appaiono di grande rilevanza proprio con riferimento alla disciplina del licenziamento quando l'atto di recesso, pur adottato in violazione di norme imperative, non rientra tra i casi di nullità espressamente previsti dalla legge ai fini della tutela reale.

Ma proprio quest'ultimo esempio aiuta a formulare una ragionevole risposta all'interrogativo prima sollevato in ordine alla funzione delle categorie civilistiche nel diritto del lavoro.

Esse hanno una funzione strumentale e cioè servono a colmare le lacune del sistema e a spiegare fatti e valori dell'esperienza concreta ma non possono sovrapporsi ad essa ed ingabbiare o ingessare la materia sempre mutevole oggetto della nostra disciplina e quindi a proporre soluzioni interpretative in contrasto con la normativa lavoristica che è pur sempre speciale.

È vero invece, come ha affermato Mengoni, che nella nostra disciplina, e aggiungo io, nel diritto sindacale in particolare, gli snodi e le infrastrutture sono del diritto civile.

Non si può negare che il diritto del lavoro repubblicano nelle sue componenti essenziali e cioè del rapporto di lavoro e del diritto sindacale si fonda rispettivamente sulla categoria del contratto individuale di lavoro subordinato e del contratto collettivo¹⁶⁸.

È vero che nella disciplina del rapporto individuale di lavoro uno spazio solo residuale era riservato al contratto individuale che assolveva soltanto al compito di costituire il rapporto di lavoro e di determinare trattamenti più favorevoli a cagione della inderogabilità delle norme legali e collettive che regolano il rapporto di lavoro. Inderogabilità ora notevolmente ridimensionata dal Jobs act, che per contro ha ampliato lo spazio di operatività del contratto individuale anche in funzione normativa.

¹⁶⁸ Sul tema dei rapporti tra categorie civilistiche e diritto del lavoro cfr. in generale G. Santoro-Passarelli (a cura di), *Diritto del lavoro e categorie civilistiche*, Torino 1992, con ulteriori riferimenti. In quel convegno ci fu anche un confronto piuttosto serrato sul metodo tra i sostenitori del metodo giuridico sistematico e i sostenitori del metodo cd sociologico.

Ma il collegamento tra diritto civile, id est contatto individuale, e diritto del lavoro, id est rapporto di lavoro, è proprio costituito dalla subordinazione che costituisce la fattispecie tipica adeguata dal Jobs alle moderne esigenze dell'organizzazione delle attività economiche.

Quanto alla matrice civilistica del diritto sindacale mi corre l'obbligo di ricordare un famoso convegno quello di Taormina del 1954 dove si fronteggiarono due tesi sull'art. 39 cost. una di stampo pubblicistico di Mortati e l'altra di impronta privatistica di Santoro-Passarelli.

In quel caso prevalse la ricostruzione privatistica, a mio avviso non per ragioni di natura teorica e scientifica, ma perché la qualificazione del sindacato come associazione privata e il contratto collettivo come contratto di diritto comune soddisfacevano in modo immediato le esigenze e le aspettative del sindacato, in assenza e nell'attesa di una legge sindacale che tardava ad intervenire.

Certamente se fosse intervenuta la legge sindacale, la partita si sarebbe svolta in modo diverso. Ma la storia non si fa con i se, e nell'attesa della legge sindacale la privatizzazione del diritto sindacale apparve la soluzione più efficiente alla risoluzione dei problemi concreti e immediati dei sindacati, notoriamente contrari all'intervento legislativo in materia sindacale e in particolare la Cisl all'attuazione dell'art. 39 comma 4 cost.

Tuttavia e, doverosamente, si deve aggiungere che la necessità di approntare un minimo di disciplina giuridica ai sindacati e al contratto collettivo non ha impedito di mettere in luce i limiti che pure presentava la ricostruzione privatistica: e cioè la difficoltà di fondare normativamente l'inderogabilità del contratto collettivo una volta che fosse considerato atto di autonomia privata sia pure collettiva e non atto normativo.

Come pure l'efficacia soggettiva del contratto collettivo necessariamente limitata e non erga omnes ha sempre costituito un limite e un problema teorico, risolto in parte dall'effettività dell'attività sindacale come portato della teoria dell'ordinamento intersindacale¹⁶⁹.

Bisogna anche aggiungere che i limiti delle categorie del contratto collettivo di diritto comune sono stati superati nei fatti dalla giurisprudenza che continuò ad individuare nell'art. 2077 c.c. la base normativa dell'inderogabilità del contratto collettivo da parte del contratto individuale, mentre l'efficacia generalizzata, e, si noti, non generale del contratto collettivo è stato una conseguenza dell'unità di azione dei sindacati e anche della crescita economica.

Certo fin quando la contrattazione è acquisitiva non ci sono problemi di dissenso. I problemi diventano rilevanti quando la contrattazione è in parte ablativa, nel senso che introduce deroghe peggiorative alla disciplina preesistente o di rango superiore, perché non è facile governare il dissenso con un atto di autonomia privata.

Il venir meno dell'unità sindacale ha mostrato in modo ancora più evidente la limitata operatività del contratto collettivo di diritto comune quando nello stesso settore ci sono stati più contratti collettivi nazionali. Eppure il mondo è andato avanti.

E come si è visto lo stesso rapporto tra legge e contratto collettivo è cambiato perché l'inderogabilità della norma di legge è ormai messa in discussione dalla stessa legge che consente al contratto collettivo e ormai anche al contratto individuale di derogare ad essa.

¹⁶⁹ Giugni, Introduzione allo studio dell'autonomia collettiva, Milano 1960.

Il clamore che aveva suscitato l'art. 8 del d.lg 138 del 2011 che pure affidava soltanto al contratto aziendale il potere di derogare direttamente norme di legge ormai si può considerare superato dal Jobs act che consente non soltanto al contratto collettivo ma anche a quello individuale di derogare norme di legge.

E infine il diritto di sciopero: come è noto ha prevalso la tesi della titolarità individuale del diritto di sciopero, sostenuta da autorevoli civilisti, o come diritto potestativo¹⁷⁰ o assoluto della persona¹⁷¹, perché era l'unico modo per esercitarlo subito all'indomani della promulgazione della Costituzione.

Non è prevalsa la tesi della titolarità collettiva dello sciopero¹⁷² che sicuramente era più persuasiva, perché avrebbe avuto, come anche oggi ha bisogno, dell'intervento del legislatore ordinario.

Eppure anche in questo caso la realtà sta diventando sempre più pressante soprattutto in tema di sciopero nei servizi pubblici essenziali e sta riprendendo vigore la tesi della titolarità collettiva e cioè del fatto che lo sciopero si attua solo se la maggioranza dei lavoratori è favorevole. Ma anche in questo caso dovrà intervenire il legislatore.

12. Conclusioni: Metodo e obiettivi del Jobs Act.

Arrivati a questo punto della trattazione è possibile inserire le nuove normative come tessere in un mosaico che, pur presentando ancora dei vuoti, disegna il nuovo volto del diritto del lavoro, molto diverso e forse opposto a quello degli anni 70 in cui la nostra generazione si è formata, ma diverso anche dal diritto del lavoro disegnato dalla cd. riforma Fornero di appena tre anni fa.

Si percepisce chiaramente l'intento dell'attuale legislatore del lavoro di proporre una riforma più in sintonia con quella degli altri Paesi Europei anche se siamo ancora lontani da una disciplina uniforme europea del rapporto e del mercato del lavoro.

In secondo luogo si avverte rispetto alla legge Fornero l'assoluta assenza dell'intervento delle parti sociali e anzi la contrarietà dei sindacati dei lavoratori rispetto ai nuovi provvedimenti legislativi perché è vero che il livello di tutele nel rapporto di lavoro si è attenuato.

Quindi diversità di metodo nella predisposizione del nuovo apparato normativo lontano anni luce dai tempi della concertazione

E si noti che l'assenza sindacale si registra anche nella disciplina di materie naturalmente sindacali. Il noto testo unico promulgato in forma solenne all'inizio del 2014 in materia di rappresentatività ed efficacia del contratto collettivo non ha avuto alcuna attuazione.

Le cause di questa incapacità del sindacato di incidere su queste materie come su quelle del rapporto e del mercato di lavoro sono molteplici.

La prima ragione dell'arretramento dell'intervento sindacale dipende dalla sostanziale crisi di rappresentatività dei sindacati, se si considera che solo il 13% degli occupati è sindacalizzato.

¹⁷⁰ F. Santoro-Passarelli, Autonomia collettiva, giurisdizione diritto di sciopero, in *Saggi di diritto civile*, I, Napoli, 1961, p. 177

¹⁷¹ Mengoni, Lo sciopero nel diritto civile in *AAVV*, Il diritto di sciopero, Milano, 1964, p.40

¹⁷² In questo senso già Calamandrei, Significato costituzionale dello sciopero, *Riv. giur. lav.*, 1952, I, 221

La seconda ragione è il timore non espresso ma palese di alcuni sindacati di contarsi effettivamente. Timore che poi impedisce di misurare la rappresentatività sindacale, che invece è considerata l'archittrave non solo per l'esercizio dei diritti sindacali ma anche ai fini della conclusione del contratto collettivo.

La terza ragione è che il legislatore ha fessibilizzato direttamente la disciplina del rapporto di lavoro e sta tentando di rendere più efficiente la funzione del mercato del lavoro, finora assai inadeguato, allo scopo di favorire il reperimento di nuova occupazione¹⁷³.

È vero che la legge lascia ampi spazi alla contrattazione collettiva ad esempio in materia inquadramento di mansioni. Opportunamente la legge ha affidato al contratto collettivo il compito di stabilire il valore delle mansioni nello stesso livello di inquadramento e non al giudizio di equivalenza inevitabilmente discrezionale e soggettivo del giudice. In altre ipotesi la legge ha delegato il contratto collettivo a introdurre trattamenti in parte peggiorativi e ha valorizzato la contrattazione aziendale perché questo contratto appare più adeguato a risolvere direttamente assetti e crisi aziendali senza essere obbligato a osservare modalità e procedure dettate dal contratto nazionale.

Questa nuova impostazione dei rapporti tra legge e contratto collettivo ha prodotto sicuramente l'effetto di ridimensionare una delle caratteristiche essenziali del diritto del lavoro tradizionale e cioè l'inderogabilità delle norme di legge e di contratto collettivo, in certi casi riconoscendo una funzione normativa anche al contratto individuale come nel caso del nuovo testo dell'art. 2103 comma 6 c.c.

Il secondo effetto del nuovo rapporto tra legge e contratto collettivo sarà a mio avviso costituito dal superamento del doppio livello di contrattazione a favore di quello aziendale per le ragioni appena esposte.

L'impressione complessiva è che stiamo assistendo ad un forte ridimensionamento del potere sindacale ed ad un contestuale rafforzamento del potere dell'esecutivo e del potere legislativo in materia sindacale.

Una spia di questo mutato rapporto tra potere politico e potere sindacale e quindi della legge rispetto al contratto collettivo sarà costituito dal destino che avranno i vari disegni di legge sulla rappresentanza sindacale a seguito della sostanziale inattuazione del testo unico del 2014¹⁷⁴. Come è noto in Italia non è stato possibile varare una legge sindacale per la contrarietà dei sindacati confederali. Ora si vedrà se il legislatore con il mutato clima politico riuscirà a realizzare una legge sulla rappresentanza sindacale della quale si parlava già nel 1960¹⁷⁵.

¹⁷³ A proposito della disoccupazione giovanile Ichino fa presente nell'editoriale del 10 gennaio 2016 i difetti dei servizi di orientamento scolastico e professionale.

¹⁷⁴ Sulla genesi del testo unico e sui suoi contenuti cfr. F. Carinci *Il lungo cammino per Santiago della rappresentatività sindacale: (dal Tit.III dello Statuto dei lavoratori al Testo Unico sulla Rappresentanza 10 gennaio 2014*, in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona"*, 205/2014 e in *Dir. rel. ind.*, 2014, p. 309 e ss.

¹⁷⁵ Sul problema generale Cfr. G. Santoro-Passarelli (a cura di), *Rappresentanza sindacale e contratto collettivo*, Napoli, 2010 ma già in precedenza Id., *Rappresentanza e rappresentatività sindacale: istituzionalizzazione della rappresentatività sindacale?*, in *Giorn. dir. rel. ind.*, 1989, p. 329 e ss. ed ora in Id. *realtà e forma nel diritto del lavoro*, Torino, 2006, I, p. 47 e ss.. Si veda inoltre M. Rusciano M., *Lettura e rilettura dell'art. 39 Costituzione*, in *Dir. lav. merc. LM*, 2013, 2, 263; E. Ghera, *L'articolo 39 della Costituzione e il contratto*

E a questo proposito non va sottaciuta la recentissima proposta sindacale unitaria la quale, per scongiurare l'intervento del Governo sul salario minimo garantito, tra le altre indicazioni, ha come oggetto l'attuazione dell'art. 39 comma 4 cost. per attribuire efficacia generale ai contratti collettivi. È ovvio che l'attuazione dell'art. 39 cost., considerata dai sindacati fino ad ora un tabù, cambierebbe gli scenari del diritto sindacale in modo radicale perché il contratto collettivo acquistando efficacia generale¹⁷⁶ in senso tecnico diventerebbe una fonte del diritto a tutti gli effetti e cioè un atto normativo e non più negoziale.

La seconda domanda che bisogna porsi è perché il legislatore italiano ha ritenuto di ridefinire la disciplina del rapporto di lavoro subordinato del lavoro, delle collaborazioni, dei poteri del datore di lavoro, del mercato del lavoro e ha annunciato anche la riforma del lavoro autonomo?

La risposta sta nella convinzione radicata che le nuove normative debbono ridurre l'elevato tasso di disoccupazione che raggiunge livelli impressionanti nel mezzogiorno d'Italia in particolare per quanto riguarda la disoccupazione giovanile.

Ovviamente il Governo, come tutti, è ben consapevole che non basta una legge sul rapporto e sul mercato di lavoro per aumentare i livelli di occupazione ma è necessaria, come si dice oggi, la crescita e lo sviluppo.

La funzione del Jobs Act è quindi quella di rendere più attrattiva per le imprese la disciplina del rapporto di lavoro.

E per realizzare questo obiettivo ha tentato di ridurre la discrezionalità del giudice per consentire all'impresa di quantificare con certezza i costi di una determinata operazione e per rafforzare la certezza del diritto nella gestione dei rapporti di lavoro, messa a dura prova quando questioni identiche sono risolte in modo diverso, se non diametralmente opposto, dalla diversa sensibilità dei singoli giudici.

In realtà la discrezionalità del giudice è stata eliminata con riferimento all'indennità corrisposta in caso di licenziamento illegittimo e anche con il superamento della valutazione da parte del giudice dell'equivalenza delle mansioni ormai sostituita dal riferimento del contratto collettivo alla categoria e al livello di inquadramento.

Per contro non sembra eliminata la discrezionalità del giudice quando debba valutare l'esigenza organizzativa che giustifica l'adibizione del lavoratore al livello di inquadramento inferiore e neppure quando si tratti di stabilire quali siano i criteri per individuare i rapporti di collaborazione soggetti alla disciplina del lavoro subordinato. E forte ancora tra gli interpreti la discussione sulla natura dei rapporti di collaborazione organizzati dal committente e cioè se sono autonomi o subordinati.

In secondo luogo il Jobs Act persegue un duplice obiettivo di favorire nuove assunzioni e di dirottare nel rapporto a tutele crescenti la gran parte dei rapporti di lavoro cd. precari (contratto a termine, somministrazione, apprendistato).

E per conseguire questo risultato, da un lato si preoccupa di allargare le maglie della subordinazione per collocare sotto il suo manto il maggior numero possibile di lavoratori con l'obiettivo di

collettivo, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona", 202/2014; B. Caruso, *Per un intervento eteronomo sulla rappresentanza sindacale: se non ora quando!*, in WP CSDLE "Massimo D'Antona", 206/2014.

¹⁷⁶ V. in questo senso già Crisafulli, *Fonti del diritto*, in Enc dir. vol. XVII, Milano, 1968, pp.925 -966

ridurre il numero dei cd. outsiders ai quali si applicavano anche ieri poche tutele o alcuna tutela, e dall'altro annuncia una disciplina del lavoro autonomo.

In terzo luogo attenua le tutele esistenti del rapporto di lavoro attraverso la drastica riduzione dell'inderogabilità dell'art. 2103 c.c. in materia di mutamento di mansioni, dell'art. 4 dello Statuto in materia di controlli, e infine in materia di licenziamento riduce sensibilmente l'ambito di applicazione della reintegrazione.

In altre parole nell'ambito dell'impresa si rafforzano i poteri dell'imprenditore e tra l'interesse di quest'ultimo alla temporaneità dei vincoli contrattuali e quello del lavoratore alla continuità e alla stabilità del posto di lavoro viene privilegiato il primo.

E tuttavia bisogna precisare che questa non è una scelta di valori o una scelta di campo: in questo contesto si ritiene di privilegiare le ragioni dell'impresa per favorire una maggiore occupazione come dimostra quella parte del Jobs act che disciplina il mercato del lavoro attraverso la valorizzazione della formazione e della riqualificazione delle persone che sono in cerca di prima o di nuova occupazione.

L'obbiettivo è sicuramente ambizioso perché il nuovo legislatore tende al superamento della tradizionale contrapposizione tra valori come l'uguaglianza sostanziale e la solidarietà con i valori come l'efficienza, la competitività e il merito.

È vero che il riconoscimento di questi ultimi valori concorre per esempio al tramonto del mito del posto fisso per tutta la durata della vita lavorativa con i suoi privilegi ed inefficienze ma non bisogna dimenticare che la continuità del rapporto di lavoro è un supporto rilevante per garantire al lavoratore la dignità e la possibilità di programmare il suo futuro.

Si vedrà nei prossimi anni se le nuove normative avranno favorito effettivamente una maggiore occupazione.

Nell'attesa di queste verifiche bisogna ribadire però un punto fermo: se è vero che il diritto del lavoro moderno non può disconoscere le ragioni dell'impresa e deve essere proiettato a favorire la maggiore occupazione, è altrettanto vero che anche il nuovo legislatore non può non tenere conto che nel contratto di lavoro è coinvolta la persona del lavoratore e quindi deve essere garantita la sua dignità.

Questo valore, consacrato anche dalla nostra Costituzione, ha giustificato in definitiva il superamento dello schema della locazione dove le energie lavorative erano prese in considerazione come bene staccato dalla persona del lavoratore.

Già da tempo la dottrina ha avvertito che il tratto distintivo del contratto di lavoro rispetto agli altri contratti consiste nel fatto che questo contratto riguarda l'aver per l'imprenditore e l'essere per il lavoratore ecc.¹⁷⁷.

¹⁷⁷ F. Santoro-Passarelli, *Spirito del diritto del lavoro*, in *Annali del Seminario giuridico dell'Università di Catania*, 1947-48, p.3, e ora in *Saggi di diritto civile*, Napoli, 1959, p. 1071.