

Appunti di DIRITTO DEL LAVORO

A cura di Maria Paola Lucca

Dalle lezioni dell'A.A. 2021/2022, classe 20



IUS@B

Sommario

DIRITTO SINDACALE: I rapporti collettivi di lavoro

Introduzione	5
Diritto sindacale	7
<i>Il fenomeno sindacale in una prospettiva diacronica: sistema italiano ed esperienza corporativa</i>	7
<i>Gli assetti costituzionali e la garanzia di libertà dell'organizzazione sindacale</i>	10
L'art. 39 Cost. e la libertà sindacale	10
La libertà sindacale: profilo soggettivo	12
<i>Il sindacato come associazione non riconosciuta</i>	13
Rapporto tra sindacato e iscritti	14
Rappresentanza e rappresentatività	15
La struttura organizzativa dei sindacati	15
Sindacati e unione sindacale	16
<i>La rappresentanza sindacale in azienda (RSA)</i>	18
Lo Statuto dei lavoratori (l. 300/1970)	19
Libertà sindacale a livello aziendale	20
Attività sindacale a livello aziendale: RSA	21
Sentenze pre <i>referendum</i>	23
Il <i>referendum</i> del 1995	25
Sentenza additiva Corte costituzionale del 2013	26
I diritti delle RSA	27
Rappresentanze sindacali unitarie (RSU)	29
<i>Il contratto collettivo</i>	29
Contenuto del contratto collettivo	30
Efficacia soggettiva del contratto collettivo	30
Efficacia oggettiva del contratto collettivo	33
Efficacia del contratto collettivo nel tempo	34
<i>Il sistema contrattuale e i livelli della contrattazione collettiva</i>	35
Il Protocollo del 1993	37
Accordo quadro del 2009 e Accordo interconfederale del 2011	37
L'intervento del legislatore e il TU sulla rappresentanza del 2014	38
Contratto collettivo e legge	39
<i>Il diritto di sciopero</i>	39
La natura e la titolarità del diritto di sciopero	42
Il riconoscimento di limiti all'esercizio del diritto di sciopero	42
Gli effetti dello sciopero	44
<i>Lo sciopero nei servizi pubblici essenziali</i>	45
Le prestazioni minime indispensabili	46
La Commissione di Garanzia	47
La repressione della condotta antisindacale	48

DIRITTO DEL LAVORO: il rapporto individuale e le trasformazioni dell'impresa

Diritto del lavoro	50
<i>Autonomia e subordinazione</i>	51
Il problema della qualificazione del rapporto: parametri normativi	52
Il problema della qualificazione del rapporto: l'interpretazione giurisprudenziale	53
<i>Le collaborazioni coordinate e continuative</i>	55

Abrogazione del lavoro a progetto e introduzione di collaborazioni etero organizzate	58
Il lavoro tramite piattaforme digitali.....	60
Il lavoro autonomo.....	61
Tutela nelle transazioni commerciali e disciplina delle clausole e delle condotte abusive	63
Accesso al mercato del lavoro	64
Tutela della gravidanza, malattia e infortunio.....	64
Smartworking	65
Il contratto di lavoro a termine	68
Forma del contratto e limiti temporali	69
Proroga e rinnovo del contratto	70
Continuazione del rapporto oltre il termine e limiti quantitativi	70
Divieti, parità di trattamento e diritto di precedenza	71
Somministrazione di lavoro e appalto	72
La somministrazione di lavoro.....	72
L'appalto	75
Il lavoro intermittente	76
Il contratto di lavoro a tempo parziale (part time).....	78
La posizione del datore di lavoro	80
Potere direttivo e ius variandi del datore di lavoro	80
Il "nuovo" art. 2103 c.c.	83
Problemi aperti e qualche esempio.....	89
Il potere di controllo del datore di lavoro	91
Art. 4 - I controlli a distanza.....	92
Art. 2 - Guardie giurate.....	95
Art. 3 - Personale di vigilanza	95
Art. 5 - Accertamenti sanitari	95
Art. 6 - Visite personali	95
Artt. 1 e 8 - Divieto di indagini sulle opinioni	96
Il potere disciplinare del datore di lavoro	96
Obblighi del prestatore di lavoro.....	97
Finalità del potere disciplinare	98
Il ruolo importante dei contratti collettivi.....	100
La procedura disciplinare	101
I diritti del prestatore di lavoro.....	103
La retribuzione e l'inquadramento	103
Tutela dell'integrità psico-fisica del lavoratore	103
L'orario di lavoro	104
La malattia	105
La maternità e la paternità	105
I licenziamenti individuali: evoluzione normativa della disciplina	106
Artt. 2118 e 2019 c.c.	107
Legge 604/1966.....	108
Legge 300/1970.....	110
Legge 108/1990.....	112
Legge 92/2012 (c.d. Riforma Fornero)	113
D.lgs. 23/2015 (Jobs Act)	113
Le condizioni di legittimità del licenziamento individuale	113
Le condizioni sostanziali di legittimità	113

Il licenziamento per ragioni disciplinari	114
Il licenziamento per giustificato motivo oggettivo	115
Le condizioni di legittimità formali e procedurali	117
Le conseguenze sanzionatorie in caso di illegittimità del licenziamento individuale	118
Legge 92/2012 (Riforma Fornero)	118
La disciplina dei licenziamenti nel Jobs Act	124
Le conseguenze del licenziamento illegittimo per i datori di lavoro con più di 15 dipendenti	125
Le conseguenze del licenziamento illegittimo per i datori di lavoro con meno di 15 dipendenti	129
I licenziamenti collettivi.....	129
La procedura.....	131

*Dispensa curata da Maria Paola Lucca
Revisione a cura di Carla Moras*

CI SERVE IL TUO AIUTO!

**Non vogliamo causare un'astensione collettiva dallo studio a causa di qualche errore o imprecisione che potrebbero esserci sfuggiti: se ne trovi qualcuno, segnalacelo!
Ci aiuterai a migliorare sempre di più il testo e a rendere questa dispensa sempre più efficace.**

Grazie!

@iusatb e i curatori

ATTENZIONE!

Questa dispensa è basata sugli appunti delle lezioni dell'a.a. 2021/2022, classe 20. Pertanto, non è volta a sostituire in alcun modo lo studio sul libro di testo, ma rappresenta solo uno strumento per facilitare la comprensione e la memorizzazione degli argomenti d'esame.

DIRITTO SINDACALE:

I rapporti collettivi di lavoro

Introduzione

L'uomo per sopravvivere necessita di trarre dall'ambiente circostante delle fonti di sostentamento, lavorando, con le proprie capacità manuali e intellettive.

L'uomo non lavora solo per se stesso ma anche in favore di altri (famiglia, comunità o padrone nel rapporto di schiavitù).

Il contratto di lavoro subordinato o in termini generici il **rapporto di lavoro subordinato** ha come riferimento temporale la **rivoluzione industriale dell'Ottocento**: durante essa cambiarono completamente il modo di svolgere il lavoro, il rapporto interpersonale in cui si incardina l'attività lavorativa, il contesto generale, il mercato, il modo di produzione dei beni e dei servizi.

Nel **periodo preindustriale** l'organismo di riferimento delle attività economiche e lavorative, manuali o intellettuali, era la **corporazione**: l'artigiano era depositario di una certa professione dopo un lungo periodo di apprendistato e assumeva il suo titolo entrando a far parte di una corporazione. Questa forma di organizzazione conservava il saper fare dell'artigiano e gli consentiva di tramandarlo; non era però conosciuta la logica del mercato dei beni e dei servizi (di massa) e del mercato del lavoro: si entrava a far parte della corporazione per appartenenza familiare o per vicissitudini familiari e il riferimento geografico dell'artigiano era la corte o in generale uno spazio percorribile a piedi.

Le logiche e l'organizzazione dell'economia e quindi del lavoro cambiarono con l'avvento della rivoluzione industriale, riflettendosi sul piano giuridico, sulle regole e sulle dinamiche dei rapporti interpersonali.

Grazie alla rivoluzione tecnologica e all'avvento delle macchine, cambiò il modo di produrre: pochi giorni e poche ore sostituivano i mesi di lavoro dell'uomo. Cambiò soprattutto il nucleo dello svolgimento delle attività lavorative: non più la bottega dell'artigiano padrone del ciclo produttivo, bensì la **fabbrica**.

Ciò che cambiò radicalmente la logica del funzionamento fu la **parcellizzazione del lavoro**: ogni lavoratore si occupava di una singola fase del processo produttivo in modo ripetitivo; a capo di quest'ultimo, secondo un'ottica gerarchica, vi era l'**imprenditore** che governava e organizzava persone, mezzi e beni al fine di ottenere il prodotto finale, poi collocato sul mercato. Si parlava quindi di un **lavoratore etero diretto** che non era più gestore e organizzatore della propria attività. Cambiarono così anche le dinamiche di potere tra chi prestava l'attività lavorativa e chi riceveva la stessa, corrispondendo in cambio una retribuzione. Si delineò così il **contratto di lavoro subordinato**, come contratto di scambio in cui il sinallagma si concretizza nello scambio stesso (attività lavorativa -specifica: gestita e controllata dallo stesso imprenditore- e retribuzione).

Si formò quindi il substrato ricondotto decenni dopo allo schema negoziale del contratto di lavoro subordinato. Così nacque anche il **mercato del lavoro**: per far funzionare la propria impresa, il

datore di lavoro si rivolgeva a potenziali candidati per poi attuare i processi produttivi base della sua attività.

Le norme che fino a quel momento avevano regolato le corporazioni e il lavoro non erano in grado di normare i nuovi rapporti di lavoro nell'industria: agli inizi il legislatore non intervenne nella disciplina del rapporto di lavoro in questo passaggio da un'economia preindustriale, artigiana e agricola, ad un'economia industriale e urbana.

Detti eventi ebbero comunque delle **conseguenze in ambito giuridico**.

Lo schema dell'imprenditore padrone che organizza il ciclo produttivo, a cui prendono parte diversi soggetti, ritrova alla base il concetto del **potere negoziale** o **potere contrattuale**. Nello **scambio tra lavoro e retribuzione** (rapporto di lavoro subordinato) ci sono delle caratteristiche precipue rispetto agli altri rapporti interpersonali.

1. Vi è innanzitutto la presenza di una parte debole, il lavoratore, che è sostituibile, proprio per la struttura del mercato del lavoro: domanda e offerta sono fisiologicamente squilibrate poiché il numero di lavoratori disponibili è fisiologicamente superiore rispetto al numero dei datori di lavoro che richiedono una detta attività lavorativa in un certo spazio e tempo. **Lo squilibrio del mercato si riflette in uno squilibrio individuale tra le parti**. La posizione di debolezza del lavoratore è quindi frutto di una dinamica di mercato.
2. Nello scambio, **la persona del lavoratore è direttamente coinvolta** con il suo tempo, le sue capacità, etc. Il fatto che la persona sia oggetto di uno scambio rende però necessaria una **finzione** all'interno dell'ordinamento: si separa l'attività svolta dalla persona che la svolge. *Il contratto di lavoro, quindi, non può essere trattato come qualsiasi contratto di scambio, a prescindere dall'attività svolta*. L'**art. 1 della Dichiarazione di Philadelphia (1948)** afferma infatti che: *"il lavoro non è una merce"* ("**labour is not a commodity**").
3. Se le condizioni di lavoro dipendessero totalmente dalle parti, il lavoratore sarebbe notevolmente svantaggiato (dovrebbe accettare condizioni molto sfavorevoli) non avendo alternative, poiché l'uomo lavora innanzitutto per vivere; questo era ciò che accadeva nella prima fase della rivoluzione industriale, quando ad esempio donne e bambini lavoravano senza le minime forme di garanzia.

Passando invece da un sistema a-giuridico ad un sistema giuridico, i modi per correggere il funzionamento del rapporto di lavoro sarebbero:

- interventi eteronomi del legislatore con regole da applicare indipendentemente dalla volontà delle parti; questo spiega e giustifica l'**inderogabilità delle norme di diritto del lavoro del legislatore**: anche se le parti manifestassero una volontà contraria comune, la disposizione di legge non potrebbe essere disapplicata;
- le organizzazioni sindacali che permettono di esercitare un'**azione collettiva di negoziazione e di esercizio del potere contrattuale**: il potere contrattuale così aumenta esponenzialmente, non solo per la somma delle persone che negoziano le condizioni di lavoro, ma anche perché sostituire le stesse nel ciclo produttivo qualora il datore di lavoro volesse licenziarle è complicato. Questa risposta per stabilizzare il disequilibrio tra le parti coinvolte nello scambio proviene proprio dal mercato e non dal legislatore.

Questi due correttivi portano a identificare le **fonti** che regolano il rapporto di lavoro:

- **fonti dell'ordinamento statale** a partire dalla Costituzione;
- **fonti di carattere negoziale** che sono il frutto della contrattazione collettiva tra datori di lavoro o associazioni che li rappresentano e lavoratori o loro organizzazioni che si fanno portavoce dei loro interessi.

Queste due categorie di fonti sono fra loro legate: **talvolta è proprio la legge che affida alle organizzazioni collettive la regolamentazione di certi aspetti del rapporto di lavoro o permette alle stesse di derogare a determinate norme**.

Nel rispetto della gerarchia delle fonti, la dialettica fra le stesse è complessa e non comporta l'intervento delle seconde in caso di silenzio delle prime. Ad esempio, non esiste una legge ordinaria sul salario minimo in quanto esso è un ambito disciplinato dalla contrattazione collettiva.

Il contratto collettivo è poi un "normale" contratto di diritto privato.

Il piano delle **fonti** va però anche osservato in prospettiva diacronica: nell'evolversi non si ha un annullamento delle norme preesistenti; il *corpus* è estremamente complesso, a partire dal Codice civile per poi giungere alla Costituzione e alle successive produzioni normative.

1. Osservando le fonti dell'ordinamento statale e non quelle strettamente negoziali, le prime leggi risalgono agli anni '80 dell'Ottocento, note come **leggi sociali**, nel tentativo di arginare i problemi di sfruttamento all'interno dell'industria, a tutela di donne e bambini, disciplinando gli infortuni sul lavoro (almeno per garantire la sopravvivenza fisica del lavoratore).
2. Durante il **fascismo**, invece, l'intervento legislativo fu decisamente più marcato, come figlio di una diversa visione dell'economia, gestita e controllata dallo stato che organizza anche i suoi attori (legge sull'orario di lavoro, regole sulla maternità, disciplina delle corporazioni sindacali a cui tutti, lavoratori e datori di lavoro, dovevano obbligatoriamente aderire).
3. Con la fine del periodo fascista entrò in vigore la **Costituzione**, che non annullò tutte le norme previgenti: la definizione di prestatore di lavoro, che permette di identificare l'ambito di applicazione soggettiva delle norme, è infatti contenuta nell'**art. 2094 c.c.** (codice civile già vigente). Gli articoli della Costituzione fanno emergere il tema del lavoro come diritto sociale (art. 4 - retribuzione proporzionale a qualità e quantità del lavoro), come esplicazione della persona e occasione di partecipazione della stessa alla società (art. 1), e come legato a vari principi (libertà di associazione sindacale).

In un contesto culturale e giuridico che è mutato nel tempo, quindi, le norme si sono progressivamente evolute, sempre però subordinate alla Costituzione.

Nei primi decenni a partire dal 1948 il legislatore ha dato spazio a norme che permettessero di applicare e consolidare i principi costituzionali. Successivamente, con la **l. n. 300/1970**, venne adottato lo **Statuto del lavoratore** che cambiò alcuni paradigmi essenziali del diritto del lavoro, sia recependo principi costituzionali e introducendo forme di tutela della persona del lavoratore (libertà di pensiero, dignità sul posto di lavoro), sia introducendo l'ingresso dei sindacati in azienda, garantendo una certa stabilità al rapporto di lavoro (reintegrazione in caso di licenziamento, non solo risarcimento).

Dagli anni '80 cambiarono le logiche del legislatore del diritto del lavoro: avvennero crisi (crisi petrolifera), e si diffusero globalizzazione e concorrenza.

Negli ultimi anni fino al 2015 si diffusero leggi cd. neoliberali.

Diritto sindacale

Questa branca del diritto ha le sue basi in principi e articoli costituzionali; è un sistema di relazioni il cui funzionamento e la cui disciplina si trova negli accordi e nelle dinamiche negoziali che si instaurano tra le parti sociali (sindacati e associazioni dei datori di lavoro); tale disciplina si basa in particolare sulla normativa dei contratti.

Il fenomeno sindacale in una prospettiva diacronica: sistema italiano ed esperienza corporativa

Il fenomeno sindacale è anteriore rispetto agli interventi normativi che lo regolano: il fenomeno sociale anticipò il fenomeno giuridico, come spesso accade nella realtà storica e giuridica; questa

disparità di tempi è rilevante, così come è rilevante l'evoluzione della normativa nella materia, che ha riflettuto nel tempo i diversi orientamenti di politica del diritto del legislatore.

Il lavoro come lo intendiamo noi oggi è il lavoro post rivoluzione industriale, parcellizzato, subordinato e soggetto alla direzione di un datore di lavoro.

Con la nascita delle prime industrie nacque il lavoro da noi oggi inteso (con le dovute forme di evoluzione successive); all'epoca i primi sistemi industriali erano collocati dal punto di vista normativo in un tempo pre-giuridico, non a-giuridico: vi erano regole che disciplinavano rapporti tra privati, ma essendo nuovi il fenomeno industriale e il fenomeno del lavoro nell'industria (lavoratore subordinato ad un "padrone"), il legislatore tardava ad arrivare. L'approccio del legislatore dell'epoca era liberale nei confronti dei rapporti tra privati, che si collocavano sullo stesso piano di fronte alla legge, secondo un'uguaglianza però solo formale.

Se i principi dell'ordinamento liberale si applicavano ai vari ambiti della società, non potevano essere concretizzati nei rapporti di lavoro, viste le disparità: affidare alle parti il compito di auto negoziare le condizioni del proprio contratto significava affidare le stesse alla sola volontà del datore di lavoro.

Il legislatore liberale, quindi, guardava da fuori le dinamiche tra privati.

In modo spontaneo nacquero dunque i **primi fenomeni sindacali**: tali fenomeni erano di coalizione spontanea tra lavoratori, i quali progressivamente intuirono che, unendosi tra loro al tavolo delle negoziazioni con i datori di lavoro, avrebbero goduto di un più ampio potere contrattuale. In modo disorganico e progressivo si formarono le prime coalizioni di lavoro che realizzavano **azioni collettive**, cioè azioni intraprese collettivamente dai lavoratori, al fine di far pesare il proprio potere contrattuale al datore di lavoro, superando così la propria debolezza economica e sociale.

La prima tra le azioni collettive delle coalizioni di lavoro fu lo sciopero, che infatti danneggiava il datore di lavoro.

Il Codice penale sardo del 1859 conteneva alcune disposizioni che criminalizzavano le coalizioni, sia tra lavoratori che tra datori di lavoro; con l'entrata in vigore del codice Zanardelli del 1889 la situazione cambiò: sciopero e serrata non erano più penalmente rilevanti, lo erano soltanto condotte ulteriori legate a queste dinamiche (sciopero e serrata condotte con violenza).

Sul piano contrattuale invece sciopero e serrata erano rilevanti: lo sciopero risultava un inadempimento ingiustificato, rispetto al quale il datore di lavoro poteva reagire con gli strumenti messi a disposizione dal diritto dei contratti (ad esempio, recessione dal contratto con licenziamento). I lavoratori, quindi, pativano le conseguenze dello sciopero pur non essendo penalmente perseguibili.

Nel frattempo, erano state soppresse le corporazioni, con lo Statuto albertino nel 1848 e poi in tutto il Regno d'Italia nel 1864, secondo un'ideologia liberale, in quanto le corporazioni erano delle forme di restrizione della concorrenza e del libero mercato.

Si aprì quindi una fase di **libertà di associazione** delle parti private, che potevano auto regolarsi mediante la formazione di associazioni (o organizzazioni) del tutto spontanee, ancora senza un inquadramento giuridico.

Cominciarono poi a diffondersi le **società operaie di mutuo soccorso**: queste prestavano concretamente soccorso ai lavoratori vittime di incidenti sul lavoro e aiutavano economicamente le famiglie delle vittime che non avrebbero avuto entrate. Esse risultano forme embrionali del fenomeno sindacale.

Pochi anni dopo, a partire dalle leghe territoriali del partito dei lavoratori italiani, poi partito socialista dal 1895, si formarono delle leghe che svolgevano un'attività sindacale in senso proprio e per questo si delineano come le **prime organizzazioni sindacali in senso proprio**: l'azione collettiva compiuta principalmente era quella di negoiazione con i datori di lavoro.

Le leghe convogliavano lavoratori che svolgevano lo stesso mestiere, secondo una logica non molto dissimile da quella che governava le corporazioni precedenti - **sindacati di mestiere**. Il primo sindacato, quello dei tipografi, pose dei prezzi base per il proprio lavoro, tutelando i propri interessi collettivi.

Questa struttura organizzativa, che convogliava i lavoratori in senso orizzontale, mostrò presto l'inadeguatezza dinanzi alle esigenze dei lavoratori stessi dell'epoca: i lavoratori, infatti, svolgevano mestieri molto diversi, pur facendo riferimento allo stesso datore di lavoro. Il sindacato di mestiere, inoltre, creava frammentazione tra i lavoratori.

Si passò poi ad una forma di aggregazione basata sulle categorie, cioè sul **settore economico produttivo** in cui operavano i lavoratori, e dunque l'impresa, in cui i primi erano impiegati. Nacquero quindi i primi **sindacati di categoria**.

Il settore economico produttivo *non era un elemento dato in natura*, bensì figlio a sua volta delle dinamiche economiche delle fasi storiche, del mercato economico, etc. e quindi era destinato a mutare nel tempo, pur guidando fin da subito l'organizzazione sindacale. Questa è anche la caratterizzazione odierna dei sindacati.

Parallelamente, a queste federazioni interne ai settori produttivi, si accompagnavano **federazioni o confederazioni nazionali** che univano i vari sindacati locali: si formarono così associazioni che erano a loro volta interlocutori a livello nazionale anche delle associazioni dei datori di lavoro che altrettanto in quel periodo stavano nascendo (la prima nata a Torino tra gli industriali).

La prima fu la FIOM del 1891 e nel 1906 poi venne fondata la CDdL, che ebbe vita breve. Una frazione del cd. sindacalismo rivoluzionario si separò dando vita nel 1912 alla USI e poi, un'altra frazione, anche alla UIL nel 1918. Separatamente nel 1918 venne fondata la CIL di ispirazione cattolica, precedente della CISL, all'epoca costola della DC.

Le sigle sindacali erano quindi ormai strutturate e le associazioni non operavano più solo a livello locale: il fenomeno sindacale divenne più complesso e le dinamiche rispondevano alla maggiore complessità dei rapporti di lavoro conseguenti alla rivoluzione industriale.

Lo scenario cambiò con l'avvento del **periodo neo-corporativo** o corporativo-autoritario (periodo fascista): il legislatore fascista seguiva un'ideologia interventista molto diversa da quella del legislatore liberale precedente; questi ora imponeva che l'intera attività economica, sia dal lato lavorativo che datoriale, fosse finalizzata non allo scopo di un profitto individuale bensì al **benessere della nazione** (dunque, "scopo pubblico" che trascendeva i singoli soggetti economici, che prima, con l'economia capitalista, erano al centro).

Dal momento che il legislatore fascista intervenne nell'ambito sindacale, ciò si rifletté anche sul piano giuridico: con l'**accordo di Palazzo Vidoni del 1925**, la Confederazione delle corporazioni fasciste e la Confindustria si diedero atto di essere i rappresentanti esclusivi delle due parti, di fatto eliminando il libero sindacato. Con la **L. 263/1926** vennero sciolte tutte le sigle sindacali (pur continuando a muoversi clandestinamente).

Nacquero poi le **corporazioni fasciste** che rappresentavano tutti i soggetti che occupavano una categoria (settore economico produttivo), sia lavoratori che datori di lavoro: queste avevano il compito di produrre un **contratto collettivo corporativo** che disciplinasse le condizioni di lavoro di quella determinata categoria.

Non esisteva pluralismo sindacale o pluralismo associativo: **per legge** il lavoratore e il datore di lavoro erano rappresentati dalla **corporazione**, che aveva **personalità giuridica di diritto pubblico**, aveva **rappresentanza istituzionale** di tutti i lavoratori e di tutti i datori di lavoro, ed era destinata a realizzare l'**organizzazione unitaria** delle forze di produzione. Tutti i particolarismi si annullavano nei confronti dell'interesse della nazione e quindi, non essendo rilevanti gli interessi dei lavoratori o dei datori, erano **aboliti anche lo sciopero e la serrata**.

I **contratti collettivi corporativi** per ogni categoria professionale, accanto alla legge e subordinatamente ad essa, vennero:

- annoverati tra le fonti del diritto,
- riconosciuti come inderogabili (non c'era margine di negoziazione distinto dal contratto corporativo se non per prevedere condizioni di miglior favore),
- riconosciuti con efficacia soggettiva erga omnes, cioè nei confronti di tutti coloro che erano rappresentati dalla corporazione di un settore produttivo, a prescindere dalla formale adesione al sindacato o all'associazione datoriale.

La logica alla base di questa organizzazione corporativa fascista risulta opposta rispetto a quella del legislatore costituzionale: qui vi è una logica di controllo e repressione, che punta all'annullamento del conflitto, il quale non ha ragion d'essere perché non esistono interessi individuali degni di tutela rispetto all'interesse nazionale.

Vennero quindi repressi il conflitto collettivo (sciopero e serrata), le libertà di associazione, di pensiero e quella sindacale.

Dopo la caduta dell'ordinamento corporativo, prima dell'entrata in vigore della Costituzione, le sigle sindacali sciolte nel 1926, che però avevano continuato a operare nel silenzio, si risollevarono: la prima reazione fu quella di formare un'**unica grande confederazione nazionale di sindacati** in cui confluirono quelli legati politicamente ai tre grandi partiti antifascisti (Democrazia cristiana, Partito socialista e Partito comunista).

In questa fase fu evidente l'entusiasmo con cui le organizzazioni sindacali si illusero di poter portare avanti la linea sindacale, nonostante la loro diversa appartenenza politica: nel 1944 con il Patto di Roma venne fondata la **CGIL**, federazione unitaria.

Già però nel 1950 la corrente cattolica legata alla DC si staccò e formò la **CISL**; parallelamente la corrente social democratica e socialista, staccatasi, formò la **UIL**. La CGIL rimase quindi più vicina al partito comunista.

CGIL, CISL e UIL quindi divennero e rimasero le principali confederazioni sindacali del nostro sistema che contavano la maggioranza degli iscritti ed erano sempre più rappresentative a livello nazionale. Tuttavia, queste non erano le uniche sigle, esistevano infatti sigle autonome e operanti in settori specifici.

Formalmente questa struttura venne consacrata con l'entrata in vigore della Costituzione italiana nel 1948, che segnò un periodo di rottura rispetto al precedente.

Gli assetti costituzionali e la garanzia di libertà dell'organizzazione sindacale

L'art. 39 e l'art. 40 della Costituzione sono centrali in materia del diritto del lavoro, oltre agli artt. 1, 18 e 41 della Costituzione.

L'art. 39 Cost. e la libertà sindacale

L' **art. 39 Cost.** riguarda la **libertà sindacale**. Pur essendo rimasto per gran parte inattuato, esso ha condizionato la mano del legislatore ordinario:

"L'organizzazione sindacale è libera (cfr. art. 18)

Ai sindacati non può essere imposto altro obbligo se non la loro registrazione presso uffici locali o centrali, secondo le norme di legge.

È condizione per la registrazione che gli statuti dei sindacati sanciscano un ordinamento interno a base democratica.

I sindacati registrati hanno personalità giuridica. Possono, rappresentati unitariamente in proporzione dei loro iscritti, stipulare contratti collettivi di lavoro con efficacia obbligatoria per tutti gli appartenenti alle categorie alle quali il contratto si riferisce."

Analizzando il **co. 1**, emerge innanzitutto il diritto di ciascuno ad aderire oppure fondare un sindacato: si afferma così il **principio della libertà sindacale** che regge l'intero sistema. Essa si può intendere in due direzioni, dal punto di vista del soggetto titolare cioè il cittadino lavoratore:

- libertà positiva: di costruire, creare, promuovere, aderire al sindacato;
- libertà negativa: di non aderire o recedere da un sindacato.

La libertà sindacale comporta come **corollario** immediato il **pluralismo sindacale**, per cui possono esistere più organizzazioni sindacali, le quali sono libere a loro volta; nessuno può imporre una definizione di interesse sindacale: le posizioni che meritano di essere tutelate o auto tutelate dal sindacato vengono determinate dal sindacato stesso, mentre lo Stato sta fuori da tali dinamiche di organizzazione o definizione. Consapevolmente da parte del costituente, non leggiamo "l'associazione sindacale è libera", "organizzazione" è infatti un concetto più ampio di "associazione". Di qui la libertà dall'intervento dello stato.

Ancora, il sindacato si organizza come preferisce (per mestieri, per zone geografiche, per categorie, per regioni...) in quanto la sua struttura esula dall'ingerenza dello Stato: libertà interna, di organizzazione, di struttura e di azione.

Il sindacato è anche portatore della libertà dal datore di lavoro: dal testo costituzionale, al contrario del legislatore fascista, viene **riconosciuto il conflitto tra le parti** secondo una **fisiologica dinamica democratica**.

Lo **Statuto dei lavoratori (l. 300/1970)** ha poi voluto concretizzare il principio di libertà sindacale al Titolo II, rubricato "Della libertà sindacale": gli artt. 14-18 garantiscono l'esercizio delle libertà sindacali anche all'interno dell'ambiente di lavoro e dell'azienda il cui controllo altrimenti apparterebbe solo al datore. Viene così rotta l'impermeabilità dell'azienda ai principi costituzionali. I commi seguenti contengono disposizioni puntuali, al contrario del primo che contiene una norma di principio ed è immediatamente precettiva, non programmatica. I **co. 2, 3, e 4** (commi programmatici e avrebbero bisogno di una legge ordinaria per essere applicati), fanno intuire che i legislatori costituenti, contemporanei al periodo corporativo fascista, erano consapevoli del funzionamento e della rappresentanza delle corporazioni precedenti: i sindacati registrati, infatti, come emerge dal co.4, possono siglare contratti collettivi che hanno efficacia *erga omnes*.

Il legislatore ordinario però non ha mai emanato una legge che regoli l'azione sindacale o in materia di rappresentanza sindacale che individui i requisiti necessari per la rappresentanza stessa e la stipulazione dei contratti affinché la seconda parte dell'art. 39 Cost. trovi concreta applicazione.

Gli stessi sindacati non si sono mossi affinché ciò accadesse in quanto dal co. 2 e dal co. 3 vengono previsti delle condizioni e degli obblighi. Dal co. 3 è poi richiesto un ordinamento interno a base democratica che risulta di difficile accertamento (**ragione di carattere tecnico**), così come sarebbe difficile, ad esempio, disciplinare l'efficacia di contratti collettivi siglati da sindacati non registrati: al tempo della costituzione e negli anni successivi era poi fondamentale per i sindacati mantenere la propria libertà interna e, dando attuazione a questo comma, veniva percepito il rischio dell'ingerenza dello Stato.

Sul piano politico, d'altra parte, non si è mai riusciti a convogliare i vari principi in una legge ordinaria (**ragione politica**).

Sul piano soggettivo, essendo i sindacati **associazioni non riconosciute**, sono organismi di diritto privato che operano al pari di soggetti privati, come portatori di interessi privati, nell'ambito delle leggi dello Stato.

Sul piano oggettivo, il contratto collettivo che contiene condizioni da applicare individualmente nel rapporto tra lavoratore e datore di lavoro è il principale prodotto del sindacato, e si può identificare come contratto di diritto privato che produce effetti sulle parti e non *erga omnes* o *ultra partes*.

Parlando quindi di efficacia soggettiva (tra le parti) e di efficacia oggettiva (dove si colloca rispetto alla legge e agli altri contratti), è necessario ragionare sempre in termini di diritto privato.

Il fatto che la seconda parte dell'art. 39 non sia mai stata attuata comporta che nel caso in cui il legislatore volesse riconoscere efficacia *erga omnes* o *ultra partes* ai contratti collettivi, lo dovrebbe fare passando per le condizioni e i principi previsti dall'art. 39, senza violarle, altrimenti si avrebbe una legge anticostituzionale.

Questo solleva ostacoli in quanto il legislatore ordinario spesso affida alla contrattazione collettiva anche aspetti essenziali della disciplina dei rapporti di lavoro o le consente di derogare alla legge (cosa apparentemente inspiegabile dal momento che i contratti collettivi sono contratti di diritto privato che derogano a una norma di legge ordinaria).

Allo stesso tempo, **il contratto collettivo svolge una funzione para-normativa** in quanto integra quanto previsto dalla legge, e spesso contiene la maggior parte delle regole che disciplinano i rapporti di lavoro individuali.

Dunque, il sistema delle relazioni industriali in Italia si basa essenzialmente sulla prassi delle parti, sul potere negoziale delle medesime e sulle regole che, mediante contratti collettivi, le parti sociali si sono date.

La libertà sindacale: profilo soggettivo

L'**art. 39 co. 1 Cost.** è una norma immediatamente precettiva che non necessita dell'intervento del legislatore ordinario per produrre effetti nell'ordinamento, effetti sia sui consociati nei rapporti tra privati sia sul legislatore stesso.

L'**organizzazione sindacale** viene nominata ma non definita dalla disposizione costituzionale: per comprendere il significato è necessario analizzare il profilo soggettivo del diritto alla libertà sindacale, cioè il soggetto intitolato ad esercitare l'azione sindacale.

Innanzitutto, la scelta terminologica di "organizzazione" invece che "associazione" del costituente (organizzazione è concetto più ampio di associazione) non è casuale: l'interesse sotteso è quello di mantenere il più ampio possibile l'ambito di applicazione della norma, non è rilevante invece la forma giuridica del soggetto che eserciterà la libertà sindacale. Il diritto, quindi, non è veicolato da una struttura specifica, ma solo da un'organizzazione in senso lato.

Per trattarsi però di organizzazione, è necessaria un'aggregazione minima di più soggetti (almeno 3) dotati di una struttura minima di coordinamento degli interessi individuali.

Chiaramente l'organizzazione deve essere **sindacale**: non vi è nemmeno una definizione di questo aggettivo che permetta di distinguere un'organizzazione sindacale da una non sindacale, ma l'attività è qualificabile come sindacale sulla base del **fine perseguito**.

Posto che la Costituzione si riferisce ad un dato sociologico di fatto rispetto a ciò che è sindacale e ciò che non lo è, lasciando le porte aperte ad un'ampia interpretazione, è sindacale quell'**attività che persegue un certo scopo, cioè promuovere e tutelare interessi che hanno una dimensione collettiva, collegati allo svolgimento di un'attività lavorativa**. La libertà sindacale non è quindi solo una **libertà da** qualcuno (dallo stato, dal datore di lavoro), ma è anche **libertà di** agire, svolgere l'attività sindacale, difendere interessi e posizioni dei lavoratori.

La **definizione** ricavabile dal contesto sociale e giuridico richiama quindi da un lato la **dimensione collettiva** del sindacato, dall'altro lo **scopo** specifico perseguito, cioè appunto l'autotutela dei diritti e degli interessi connessi allo svolgimento di un'attività lavorativa.

Vi è poi una norma che permette di **completare a contrario la definizione** di organizzazione sindacale: l'**art. 17 dello Statuto dei lavoratori** (l. 300/1970); questa norma vieta i cd. sindacati gialli, cioè i "sindacati di comodo" che, finanziati o comunque vicini al datore, compromettono la libera dinamica delle relazioni industriali, presentandosi al tavolo delle relazioni come associazioni sindacali ma con interessi vicini a quelli del datore di lavoro.

È dunque sindacale quella organizzazione così genuinamente e autenticamente tale, perché persegue interessi che appartengono alla sfera dei lavoratori e legati all'attività lavorativa stessa, distanti da quelli datoriali. Il legislatore della costituzione riconosce quindi la centralità del conflitto tra gli interessi particolari (di parte: del lavoratore e del datore) e permette la loro dialettica, al contrario del legislatore fascista che avvalorava solo l'interesse della nazione, negando gli interessi delle parti.

E questa norma è a tutela e riguarda il lato del lavoro o del lavoratore.

Altre disposizioni poi tutelano le posizioni dei datori di lavoro: l'**art. 18 Cost.** che sancisce il diritto di associazione e l'**art. 41 Cost.** che sancisce la libertà di iniziativa economica, che comprende il diritto a tutelare i propri interessi, anche in forma associativa.

Tutti i lavoratori e in particolare tutti i lavoratori subordinati sono destinatari delle norme che sanciscono la libertà sindacale: l'interpretazione prevalente, rafforzata dalle pronunce della Corte costituzionale, stabilisce che all'interno del profilo soggettivo rientrano anche i lavoratori autonomi e para subordinati.

Limiti nel profilo soggettivo alla titolarità del diritto sindacale riguardano poi Militari e appartenenti della Polizia di Stato; fino al 2018 la scelta del legislatore impediva a questi soggetti di esercitare il diritto allo sciopero e il diritto di aderire ad un sindacato. Militari e polizia, infatti, sono deputati al mantenimento della sicurezza pubblica e un loro sciopero porrebbe i consociati in una situazione di pericolo.

La **sentenza n. 120/2018** ha invece affermato la parziale incostituzionalità dell'art. 1475, co. 2, d.lgs. 66/2010 nella parte in cui non prevede che i militari possono costituire associazioni professionali a carattere sindacale alle condizioni e con i limiti fissati dalla legge, cosa che invece ora è possibile (fermo il divieto di aderire ad altre associazioni sindacali). Resta vietata l'adesione di militari e Polizia a sindacati già esistenti, introducendo però la possibilità di fondarne di nuovi.

Il sindacato come associazione non riconosciuta

Come prima accennato, la **mancata attuazione** della seconda parte dell'**art. 39 Cost.** ha avuto due principali **conseguenze**:

1. dal p.d.v. soggettivo, i sindacati sono associazioni private non riconosciute (art. 36 ss. Cod. civ.);
2. dal p.d.v. oggettivo: il contratto collettivo è un contratto di diritto comune.

Ciò comporta che i sindacati non siano registrati e siano **associazioni non riconosciute** di diritto privato formate da lavoratori: la loro democraticità non viene dunque verificata o esaminata. Applicabile è quindi la disciplina di diritto comune sulle associazioni di diritto comune in materia di diritti, contratti e obbligazioni.

Le associazioni non riconosciute, essendo dotate di **soggettività giuridica**, possono essere titolari di posizioni giuridiche soggettive attive e passive, essendo istituzionalmente rappresentanti di datori di lavoro e lavoratori e godendo di una personalità giuridica di diritto pubblico.

Esse hanno poi **autonomia patrimoniale imperfetta**.

Quindi:

- l'ordinamento interno e l'amministrazione dell'associazione sono regolati dagli accordi degli associati;

- i sindacati si dotano di uno statuto interno che, con le disposizioni normative, regola il funzionamento del sindacato stesso;
- l'associazione può stare in giudizio nella persona di coloro ai quali è conferita la presidenza o la direzione;
- l'associazione ha un fondo comune, costituito con i contributi degli associati e i beni acquistati;
- il fondo serve per rispondere delle obbligazioni dell'associazione, salva la responsabilità personale e solidale di coloro che hanno agito in nome e per conto dell'associazione;
- non gode di autonomia patrimoniale perfetta (coloro che hanno agito in nome e per conto dell'associazione potrebbero essere chiamati a rispondere delle obbligazioni in caso di insolvenza).

La **giurisprudenza** ha talvolta esteso l'applicazione di alcune disposizioni previste per le associazioni riconosciute, ad esempio:

- l'associato può sempre recedere dall'associazione, se non ha assunto l'obbligo di farne parte per un tempo determinato;
- l'esclusione dell'associato può essere deliberata dall'assemblea solo per gravi motivi.

Le disposizioni fanno intuire che queste siano state immaginate dal legislatore per un istituto che nulla ha a che fare con il sindacato: le parti sociali stesse quindi si sono auto regolate nel corso del tempo e proprio nelle forme di auto regolazione vanno rintracciate le norme sul funzionamento dei sindacati, come ovviamente nelle norme di legge esistenti.

Rapporto tra sindacato e iscritti

La teoria principale che ha guidato e guida l'interpretazione dei giudici in materia sindacale è quella che ha ricondotto in tutto e per tutto il fenomeno sindacale al diritto privato: l'organizzazione sindacale è un'associazione non riconosciuta che opera nell'ordinamento mediante i suoi strumenti, come quello del contratto.

In particolare, secondo questa teoria, il rapporto tra sindacato e iscritti è collocato nell'istituto di diritto privato della **rappresentanza volontaria**; conseguenza di ciò è che la volontà negoziale viene formalizzata da un certo soggetto (rappresentante) ma produce i suoi effetti nella sfera giuridica del rappresentato: l'adesione volontaria al sindacato è assimilata ad un **mandato** nei confronti del sindacato rappresentante; gli effetti giuridici prodotti sono però imputabili al singolo lavoratore associato.

È dunque necessario riflettere sui concetti di autonomia collettiva e interesse collettivo, dal momento che il sindacato è qualcosa di più complesso rispetto alla semplice somma dei suoi associati: la volontà del singolo associato è infatti subordinata alla volontà manifestata dal sindacato, il quale, come entità distinta e autonoma e a sua volta come soggetto giuridico autonomo, esercita la propria autonomia privata collettiva.

L'autonomia privata è la potestà che l'ordinamento riconosce ai soggetti giuridici di regolare liberamente i propri interessi, disciplinando giuridicamente i propri rapporti e producendo modifiche a situazioni giuridiche preesistenti, nei limiti previsti dall'ordinamento stesso.

L'autonomia privata è riconosciuta non solo ai singoli cittadini, ma anche a gruppi sociali portatori di interessi collettivi; si parlerà quindi di un'**autonomia privata collettiva** con riferimento all'autonomia di cui dispone un gruppo sociale per la realizzazione di un interesse collettivo **qualitativamente** diverso dalla somma degli interessi degli iscritti, ma **sintesi** degli interessi di questi ultimi. Non vi è un rapporto diretto da associato e sindacato: l'interesse individuale del singolo che decide di iscriversi al sindacato viene inglobato e sintetizzato all'interesse collettivo del sindacato.

Il fatto che un atto posto in essere dal sindacato vincoli anche i lavoratori associati si giustifica poi in termini privatistici, sempre facendo ausilio dell'istituto del **mandato con rappresentanza** che

nasce al momento dell'adesione del singolo al sindacato, ferma la libertà di uscirne in qualsiasi momento.

Rappresentanza e rappresentatività

La dottrina giuslavoristica nel sistematizzare il rapporto tra sindacati e iscritti ha fatto riferimento all'istituto della **rappresentanza volontaria**. Accanto al concetto giuridico di rappresentanza contenuto nel codice civile, il nostro ordinamento conosce anche quello di **rappresentatività**, concetto più ineffabile, poiché accostabile ad un dato sociologico pre-giuridico e a-tecnico: non si tratta della capacità di un certo soggetto di dare tutela, di perseguire gli interessi di un certo gruppo, non è l'accertamento della rappresentanza (chi sono e quanti sono gli iscritti ad un sindacato), ma è un concetto diverso che fa riferimento al potere di fatto esercitabile da un'organizzazione sindacale di manifestare, rappresentare, tutelare gli interessi di un certo gruppo; perciò **dipende dai concreti rapporti di potere tra le parti**.

La rappresentatività quindi, da concetto di fatto, diviene concetto giuridico quando usato dal legislatore: in diverse disposizioni nel tempo, infatti, questi ha fatto riferimento ai sindacati definendoli con l'aggettivo "rappresentativi" per riconoscerli come titolari di certi diritti, senza però distinguere nettamente un criterio per l'accertamento della rappresentatività. Il termine viene quindi utilizzato da varie disposizioni, come l'art. 19 l. 300/1970, **per identificare e distinguere alcuni sindacati** che risultano quindi **destinatari di alcune norme e titolari di alcuni diritti**.

L'assenza di una specifica definizione di ciò che sia rappresentativo, compito che spetta al giurista o al giudice, ha portato nel tempo le parti sociali a definire congiuntamente alcune regole di misurazione, ad esempio numeriche, della rappresentatività, attribuendo ad essa effetti anche ulteriori rispetto a quelli previsti dalla legge, ad esempio sottoscrivendo accordi confederali e contratti collettivi siglati a livello inter-confederale, per descrivere e definire il concetto di rappresentatività. In sintesi:

- il concetto di rappresentatività dipende dalla realtà fenomenica e dal momento storico (ciò che oggi è rappresentativo, domani può non esserlo) e la sua definizione non è normativa ma si riferisce ad un contesto contrattuale;
- l'organizzazione sindacale è titolare di un interesse collettivo che tutela mediante l'esercizio della propria autonomia privata collettiva; essa ha la rappresentanza dei propri iscritti ma che più in generale è rappresentativa di una parte di lavoratori, quelli iscritti.

La struttura organizzativa dei sindacati

La struttura organizzativa dei sindacati riflette nel concreto quasi specularmente quella della contrattazione collettiva, cioè le modalità di negoziazione dei contratti collettivi e i loro vari livelli. Come già evidenziato, in origine i sindacati erano organizzati per mestiere, riprendendo la struttura corporativa medievale (la prima forma di organizzazione sindacale per professione era stata quella dei tipografi).

I sindacati progressivamente finirono per strutturarsi tradizionalmente sulla base del settore economico produttivo: i sindacati, quindi, vedevano al loro interno lavoratori da rappresentare che svolgevano professioni molto diverse ma impiegati del medesimo settore, anche sotto lo stesso datore di lavoro.

Il concetto di categoria nel **periodo corporativo** fascista invece assumeva propriamente una valenza giuridica: il legislatore stabiliva precisamente quali fossero le categorie che quindi esistevano logicamente e giuridicamente prima del sindacato stesso, precisando anche per ognuna l'unica forma di federazione corporativa introdotta.

Con il ritorno del **pluralismo sindacale** dopo il periodo fascista, i sindacati non erano più vincolati ad una certa struttura organizzativa ma continuarono a organizzarsi, pur in modo libero, secondo le categorie.

La categoria è un dato di fatto ma mutevole, che non esiste giuridicamente e che può facilmente svanire: il sindacato, infatti, non è in alcun modo vincolato a rappresentare i lavoratori di una stessa categoria così come il datore di lavoro non è vincolato ad applicare il contratto collettivo che riguarda il settore produttivo in cui opera.

I **modelli organizzativi** sono vari e diversi in quanto la pluralità delle sigle sindacali può organizzarsi liberamente. Tuttavia, storicamente le tre grandi confederazioni sindacali italiane (CGIL, CISL e UIL) condividono la medesima complessa struttura organizzativa: tutte e tre sono delle **confederazioni** (federazioni di federazioni, fanno parte di ognuna un certo numero di federazioni sindacali) che si caratterizzano sia a livello **orizzontale** che **verticale**.

In senso **orizzontale**, le tre confederazioni sindacali maggiormente rappresentative rappresentano, a livello nazionale, diverse federazioni: ciascuna confederazione opera con un sindacato di categoria nei vari settori economico-produttivo (ad esempio, settore chimico, metalmeccanico, bancario, etc.). Il contratto collettivo di una specifica categoria a livello nazionale è punto di riferimento in questo contesto.

In senso **verticale**, le confederazioni si strutturano a livello aziendale, territoriale, regionale e nazionale, con diverso potere: ad esempio, la CISL è stata storicamente più debole a livello nazionale e più forte a livello aziendale, all'opposto della CGIL.

Esistono comunque sindacati di mestiere, o ancora solo territoriali o regionali, essendo la struttura organizzativa a discrezione del sindacato.

Sindacati e unione sindacale

Nel quadro del pluralismo sindacale e della libertà sindacale, nel corso del tempo i rapporti tra queste tre grandi confederazioni rappresentano lo scheletro su cui poggia il funzionamento delle rivoluzioni industriali del nostro tempo. Questo scheletro è stato messo in discussione nel periodo compreso tra il 2010 e il 2012 ma convenzionalmente è quello che le parti hanno reciprocamente accettato, nel silenzio del legislatore, per poter funzionare.

Nella seconda parte dell'art. 39 Cost. il legislatore costituente richiama il sistema strutturale ideato dal legislatore fascista. Il primo, infatti, con un sistema libero e di rappresentanza proporzionale al numero degli iscritti e con un sistema di registrazione, immaginava una serie di sindacati in grado di stendere un contratto collettivo con efficacia *erga omnes*.

Il costituente era quindi interessato all'efficacia soggettiva più ampia possibile del contratto di lavoro, essendo questo uno strumento di tutela dei lavoratori, di sintesi degli interessi di tutte le parti sociali, in un sistema di libertà sindacale.

Il modello che quindi aveva in mente il legislatore era quello della CGIL del patto di Roma del 1944 che univa tutti i sindacati esistenti nonostante le differenze politiche dell'epoca, le quali emersero con la rottura del patto di unità tra le tre maggiori componenti (comunista, socialista, democristiana) nel 1948, e la successiva formazione delle 3 grandi confederazioni sindacali.

Tali differenze non emergevano solo nella vicinanza a diversi partiti politici ma anche nelle loro visioni all'interno del sistema:

- la **CGIL** era politicizzata, classista (perché rappresentava una sola classe sociale) e vicina al PCI,
- la **UIL** era più focalizzata nel contesto nazionale con interlocutori più alti,
- la **CISL**, indipendentemente dalla classe sociale, rappresentava i lavoratori sulla base delle dinamiche di relazione industriale al di fuori di quelle politiche.

La visione della CISL è quella che ha avuto più successo, nonostante comunque anche la CGIL nel tempo si sia trasformata.

Già nel 1948, dall'originaria e formale unione sindacale, si erano formate confederazioni sindacali anche concorrenti: tema di grande dibattito tra i sindacati dell'epoca era quello dell'**intervento del legislatore ordinario in attuazione dell'art.39 Cost.** Alcuni lo invocavano, altri come la CGIL temevano un'indebita interferenza del potere pubblico nelle dinamiche interne al sindacato.

Nonostante le posizioni e le ideologie diverse, quando però si trattava di sedersi al tavolo negoziale con i rappresentanti delle associazioni datoriali e siglare un contratto, le organizzazioni sindacali agivano sempre di concerto, sottoscrivendo i contratti collettivi a livello nazionale nei diversi settori economici produttivi. Questo sistema non codificato è stato però messo a rischio anche di recente, essendo basato sul **reciproco riconoscimento di fatto**, senza alcuna disposizione normativa: quando le dinamiche o gli eventi storici scolpiscono il sistema, infatti, lo stesso vacilla, ancora soffrendo la mancanza di una disciplina organica.

Il primo contratto collettivo stilato fu quello dei metalmeccanici del 1959, a partire dal quale venne costruito un sistema di contrattazione collettiva più ampio e solido.

Un cambiamento radicale nel rapporto tra sindacati e legislatore e nel ruolo dei sindacati all'interno della società avvenne con la **l. 300/1970, cd. Statuto dei lavoratori**, legge che ha voluto promuovere l'attività sindacale, concretizzando la libertà sindacale anche nell'azienda e in quei luoghi che fino a quel momento erano sotto il presidio dei datori di lavoro.

Il legislatore intervenne con questo provvedimento in **senso promozionale**, a favore delle confederazioni maggiormente rappresentative: nella formulazione originaria dell'art. 19, infatti, il legislatore non promosse i diritti di tutti i sindacati, bensì si riferì come suoi interlocutori direttamente, ma non esplicitamente, a CGIL CISL e UIL, identificandoli appunto come i **sindacati maggiormente rappresentativi** e perciò titolari di particolari diritti.

A partire dagli anni '70 questi stessi sindacati divennero ancora più rilevanti nell'ambito della regolamentazione dei rapporti di lavoro, non solo essendo negoziatori e firmatari dei contratti collettivi, ma anche grazie al fenomeno della cd. **contrattazione delegata**: il legislatore, secondo questo sistema, affidava alla contrattazione collettiva il compito di disciplinare alcuni aspetti o di derogare disposizioni di legge. Ai tre sindacati venne quindi affidata una **funzione** pressoché **para normativa**, aspetto problematico ricordando che i sindacati sono semplici associazioni non riconosciute senza poteri, se non quello privato dell'esercizio della propria autonomia privata collettiva. Il diritto sindacale si caratterizza proprio per questi aspetti: spesso, infatti, le dinamiche si verificano fuori dalle norme e dalle disposizioni, che infatti non presuppongono l'unità dell'unione sindacale, la quale risulta un principio di convenienza, come dimostrato dall'azione sinergica delle tre grandi confederazioni maggiormente rappresentative, al netto delle loro differenze ideologiche. Tra la fine degli anni '70 e i primi anni '80 ci furono le **prime esperienze di negoziazione triangolare** a cui sedevano non solo le parti sociali, cioè rappresentanti dei lavoratori e dei datori di lavoro, ma anche il governo. Gli anni '80 furono caratterizzati dalla crisi del petrolio e dalla crescita dell'inflazione, in un contesto di crisi generale. Proprio per questo contesto, il governo venne spinto a sedersi con le parti sociali per definire, ad esempio, le politiche di retribuzione e controllare indirettamente il livello di inflazione, sganciando appunto i salari dal tasso di inflazione (per cui i salari aumentano con l'aumento dell'inflazione e viceversa). In questo ambito si colloca il Protocollo Scotti (primo esempio di negoziazione triangolare) del 1983, siglato proprio con l'obiettivo di controllare la dinamica salariale e così il tasso di inflazione.

Questa esperienza fu caratterizzata da una dinamica a singhiozzo, che seguiva infatti le ripetute crisi dell'unità sindacale. Per questo i provvedimenti di politica economia e sociale vennero discussi da Governo, Confindustria e le tre maggiori Confederazioni sindacali. Questo fu il primo esempio di

concertazione: il governo iniziò a formalizzare nella prassi un momento di confronto con le parti sociali prima di produrre attività legislativa, il governo voleva cioè intervenire nei rapporti di lavoro altamente intesi, prima di promuovere autonomamente l'attività di legislazione in Parlamento, il governo voleva appunto eseguire questa azione di concertazione con le parti. Con le parti stesse si formava un accordo senza efficacia normativa, ma corrispondente ad una base per le disposizioni normative seguenti. Il primo esempio fu il cd. **Protocollo Ciampi** del 1993 in materia di RSU.

Questa prima fase di concertazione si arrestò con il governo di centro destra a partire dal 2001, che promulgò il cd. **Libro bianco del lavoro:** il governo qui manifestò una diversa linea nel confronto con le parti sociali, pur non negandolo; si parlava infatti solo di dialogo e confronto ma non di concertazione. Il governo, infatti, non voleva vincolarsi rispetto alla posizione delle parti sociali, mantenendo mano libera nelle politiche del lavoro da adottare. Il nuovo approccio verso le parti sociali non si formalizzava, ma era solo un dialogo per avere conoscenza delle posizioni delle parti sociali.

Il governo di centro sinistra del 2006 cambiò ancora posizione: riprese la concertazione sul modello degli anni '90, seppur in un contesto molto diverso: la grave crisi economica del 2008 portò l'Italia a conoscere una recessione e non più una stagnazione nell'economia: le varie tensioni politiche e sindacali causarono una frattura tra le tre maggiori confederazioni sindacali.

Questa frattura portò anche alla firma di accordi intersindacali separati (ad esempio, alcuni accordi venivano siglati da CISL e UIL ma non dalla CIGL).

Nel 2011 un nuovo accordo interconfederale riportò alle tre grandi confederazioni una **ritrovata unità**, stabilendo le nuove regole della contrattazione collettiva:

- si ribadì il ruolo centrale del contratto collettivo nazionale;
- parallelamente l'obiettivo era quello di promuovere la contrattazione collettiva di secondo livello (aziendale o territoriale), nell'ambito di materie delegate dal Codice civile nazionale;
- specifico spazio al contratto aziendale.

Con il **Testo unico sulla rappresentanza** firmato nel 2014 dalle parti (Confindustria, CGIL, CISL e UIL), queste hanno disciplinato analiticamente le modalità di rappresentanza, rappresentatività sindacale ed elezione che il legislatore non aveva mai sancito. In questo testo si formalizzarono quei tentativi che già nel 2011 e nel 2013 erano stati portati avanti. Queste regole vennero ribadite nel Patto della fabbrica del 2018.

La rappresentanza sindacale in azienda (RSA)

In origine, le prime esperienze di coalizione tra lavoratori e di rivendicazioni collettive nacquero nella fabbrica, erano quindi esperienze interne al posto di lavoro: i lavoratori lavorando fianco a fianco realizzarono che, coalizzandosi e negoziando insieme le condizioni di lavoro, potevano ottenerne di migliori. Con l'aumentare della complessità delle relazioni industriali, avvenne un progressivo spostamento delle coalizioni dall'azienda al livello territoriale, a quello nazionale: le dinamiche di confronto tra le parti sociali permettevano così di rappresentare interessi collettivi di vaste categorie di lavoratori in forma associativa.

Per lungo tempo il sindacato trascurò l'azienda come luogo di confronto e rappresentanza: senza un intervento normativo, che avverrà nel 1970, l'azienda era infatti il luogo che apparteneva al datore di lavoro e, nonostante l'assenza delle confederazioni nazionali e dell'intervento normativo, questo vuoto venne colmato da forme di rappresentanza autonoma, sganciate dall'associazione sindacale e dalle grandi sigle sindacali. Su questo tema vi era anche grande differenza dal punto di vista delle ideologie di fondo tra le sigle stesse: ad esempio, nei primi anni post Costituzione, la CGIL aveva un approccio ideologico molto politicizzato (quindi il sindacato doveva rappresentare la classe

operaia, anche in termini politici); la CISL invece adottava una diversa prospettiva di rappresentanza generale dei lavoratori che non doveva coincidere con divisioni di classe.

Il fenomeno della rappresentanza in azienda si formalizzò e strutturò con le cd. **commissioni interne**, regolate per la prima volta da un accordo del 1906 tra la FIOM e la fabbrica automobili Itala (futura FIAT). Queste vennero infatti soppresse nel periodo corporativo e rifiutate con l'accordo di palazzo Vidoni. Esse poi vennero ristabilite nel 1943 con l'Accordo Buoizzi, ma i sindacati cercarono sempre di incanalare questo fenomeno nelle dinamiche negoziali dei sindacati a livello nazionale con una serie di accordi (nel 1943, 1947 e 1953). Il sindacato infatti guardava a questo fenomeno con ampio sospetto, tanto da arrivare, nel **1966**, a sottrarre alle commissioni interne ogni potere contrattuale, lasciando mere funzioni di controllo. Si temeva infatti uno svuotamento dal basso del potere dei sindacati così come una frammentazione interna che avrebbe legato i lavoratori a livello aziendale sganciandoli dal sindacato. Allo stesso tempo le commissioni interne mancavano di un interlocutore alto o intermedio che potesse efficacemente agire a livello nazionale. Nonostante la diversità di opinioni, negli anni le commissioni interne stipularono alcuni contratti aziendali che la giurisprudenza riconobbe come veri e propri contratti collettivi, pur non essendo questi vincolanti di fronte a diversi contratti siglati da diversi soggetti (i contratti, infatti, non producono effetti *ultra partes*). Ciò complicò ulteriormente lo scenario: la giurisprudenza, infatti, applicando i principi del diritto dei contratti, ne riconosceva l'efficacia qualora fosse chiamata a farlo.

Le commissioni interne erano organismi interni eletti dai lavoratori dell'impresa a suffragio universale tra liste contrapposte, i cui partecipanti erano svincolati dall'iscrizione o meno a sindacati, questi infatti non erano organi di sindacati. I seggi venivano ripartiti in modo proporzionale.

La CISL istituì poi le cd. **sezioni sindacali aziendali** introducendo un meccanismo di rappresentanza aziendale attraverso il principio associativo e non elettivo: queste non compromisero più di tanto la presenza e il funzionamento delle commissioni interne.

Sempre in termini fattuali, tra il 1968 e il 1969, quando cioè vi furono grandi manifestazioni di massa e rivendicazioni politiche a partire dalle università per poi giungere anche nelle fabbriche, si assistette ad una "rivendicazione della base": il rifiuto verso l'istituzione, non intesa solo come potere politico, governo, potere, padrone, etc. ma anche con riferimento ai sindacati, viste come istituzioni lontane dai luoghi di lavoro e dai lavoratori, che non dialogavano con questi. I movimenti operai si posero in una situazione di rottura radicale con le confederazioni maggiormente rappresentative, soprattutto nelle fabbriche del nord, e ciò comportò un conflitto tra rappresentanti dei lavoratori a livello aziendale e sindacati a livello nazionale.

Nel frattempo, nel cd. autunno caldo, si delinearono anche nuove strutture di rappresentanza in antitesi ai sindacati nazionali, a volte anche in sostituzione delle commissioni interne, ma sempre in modo vario e spontaneo, quali i **delegati** e i **consigli di fabbrica**. I primi erano soggetti rappresentativi dei lavoratori appartenenti ad un medesimo "gruppo omogeneo", operanti ad esempio in un medesimo settore.

Nel **1972** le grandi confederazioni firmarono il **Patto federativo** che riconosceva limitati poteri anche ai consigli di fabbrica e ai delegati, pur non definendo con chiarezza il rapporto tra contratti collettivi di diverso livello e i poteri delle RSA. In questo modo i sindacati riuscirono ad avvicinarsi al livello aziendale, convogliando la rappresentanza aziendale e facendo propri i consigli e delegati di fabbrica.

Lo Statuto dei lavoratori (l. 300/1970)

Questa legge segnò un grande cambiamento nella storia del diritto del lavoro; il legislatore toccò infatti temi molto diversi, rendendolo un testo molto complesso.

Questa legge fu in qualche modo la prima, dopo la costituzione, in cui il legislatore mise mano al tema sindacale: non era una legge di attuazione dell'art. 39 Cost. (non troviamo norme su rappresentanza e registrazione), bensì, con il Titolo II e III, lo scopo era quello di **promuovere la libertà sindacale** (libertà di organizzazione sindacale garantita dall' art. 39 co. 1 Cost.) **all'interno dell'azienda** e dei luoghi di lavoro che per definizione appartenevano al controllo del datore di lavoro, **senza però comprometterne il funzionamento**. Gli effetti dell'azione sindacale prima del *corpus* normativo si riflettevano chiaramente all'interno dell'azienda, ma erano esperienze prive di garanzie normative: la libertà sindacale "c'era ma si fermava fuori dai cancelli dell'azienda".

Venne appunto definita da Giugni come "*legislazione di sostegno dell'azione sindacale a livello di fabbrica*". Per la prima volta, come supporto normativo alla rappresentanza **dentro** l'azienda, lo Statuto si inserì nel contesto di un disegno generale di promozione della libertà e dell'attività sindacale nei luoghi di lavoro. È necessario però distinguere i due titoli: i destinatari dei due sono diversi e cambia, dunque, l'applicazione soggettiva:

- **Titolo II, Della libertà sindacale** (artt. 14-18): si rivolge a tutti i lavoratori che godono dei diritti di cui agli artt. 14-18, potendo così esercitare la libertà sindacale dentro l'azienda;
- **Titolo III, Dell'attività sindacale** (artt. 19-27): si rivolge ad una categoria di lavoratori, i rappresentanti dei lavoratori, selezionati con specifici criteri e destinatari di diritti ulteriori, i quali infatti non possono essere garantiti a tutti i lavoratori.

Libertà sindacale a livello aziendale

Procediamo dunque all'analisi degli articoli contenuti nel **Titolo II, Della libertà sindacale**:

Art. 14, Diritto di associazione e di attività sindacale: "*Il diritto di costituire associazioni sindacali, di aderirvi e di svolgere attività sindacale, è garantito a tutti i lavoratori all'interno dei luoghi di lavoro*". Questo articolo è inequivocabile ed è la disposizione chiave, di apertura del titolo II, con cui il legislatore riconosce e garantisce il diritto suddetto a **tutti i lavoratori**, indipendentemente dall'affiliazione sindacale, dal ruolo in azienda, etc. È quindi possibile fare proselitismo, organizzare l'attività sindacale con i colleghi, ma sempre **senza** compromettere il funzionamento dell'azienda: il lavoratore è sempre obbligato ad adempiere alle obbligazioni che sorgono in forza del contratto di lavoro (ad esempio, se il monte ore settimanale è di 40, non possono essere utilizzate queste per svolgere attività sindacale, altrimenti si avrebbe inadempimento).

Il datore di lavoro, d'altra parte, non può porre limitazioni a questo diritto, salvo il funzionamento dell'azienda stessa e l'adempimento contrattuale.

Art. 15, Divieto di atti o patti discriminatori: "*È nullo qualsiasi patto od atto diretto a:*

a) subordinare l'occupazione di un lavoratore alla condizione che aderisca o non aderisca ad una associazione sindacale ovvero cessi di farne parte;

b) licenziare un lavoratore, discriminarlo nella assegnazione di qualifiche o mansioni, nei trasferimenti, nei provvedimenti disciplinari, o recargli altrimenti pregiudizio a causa della sua affiliazione o attività sindacale ovvero della sua partecipazione ad uno sciopero.

Le disposizioni di cui al comma precedente si applicano altresì ai patti o atti diretti a fini di discriminazione politica, religiosa, razziale, di lingua o di sesso, di handicap, di età o basata sull'orientamento sessuale o sulle convinzioni personali".

Questo articolo è stato molto arricchito nel tempo (vietando le discriminazioni anche per altre ragioni all'ultimo comma), nella sua formulazione originaria era teso a tutelare da atti/patti discriminatori solo i lavoratori che avessero o meno aderito ai sindacati, per garantire effettivamente la libertà di cui all'art. 39 co. 1 Cost.

Ci sono però ordinamenti, come quello inglese, in cui l'occupazione è subordinata all'associazione di un preciso sindacato (cd. clausole di *close shop* e *union shop*).

Art. 16, Divieto trattamenti economici collettivi discriminatori: *“È vietata la concessione di trattamenti economici di maggior favore aventi carattere discriminatorio a mente dell'articolo 15. Il pretore, su domanda dei lavoratori nei cui confronti è stata attuata la discriminazione di cui al comma precedente o delle associazioni sindacali alle quali questi hanno dato mandato, accertati i fatti, condanna il datore di lavoro al pagamento, a favore del fondo adeguamento pensioni, di una somma pari all'importo dei trattamenti economici di maggior favore illegittimamente corrisposti nel periodo massimo di un anno”*. Questo articolo tratta atteggiamenti discriminatori di maggior favore, non di penalizzazione come l'art. 15.

Art. 17, Divieto sindacati di comodo (c.d. sindacati gialli): *“È fatto divieto ai datori di lavoro ed alle associazioni di datori di lavoro di costituire o sostenere, con mezzi finanziari o altrimenti, associazioni sindacali di lavoratori”*. Viene così vietata la costituzione o il sostegno economico da parte dei lavoratori di un sindacato portatore degli interessi dei datori che altera la dinamica del confronto tra le parti. Questo articolo risulta una conferma a contrario di ciò che è sindacale: l'attività spontaneamente e sinceramente volta al sostegno di interessi particolari dei lavoratori.

Attività sindacale a livello aziendale: **RSA**

Il **Titolo III, Dell'attività sindacale**, che si apre con l'art. 19, non si applica indistintamente a tutti i lavoratori, bensì garantisce dei diritti che incidono sulla sfera del datore di lavoro, previsti dagli artt. 20 ss. dello, ai c.d. **rappresentanti sindacali aziendali (RSA)**. Questi diritti sono limitati ad una parte dei lavoratori: sarebbe inconcepibile, anche in termini di costi, garantire detti diritti a tutti i lavoratori.

Il legislatore quindi si accerta che i titolari di questi diritti “impegnativi” siano effettivamente rappresentanti di un certo numero di lavoratori nell'azienda: per questo all'**art. 19** vengono identificati dei criteri in modo da distinguere i soggetti titolari da quelli non titolari.

È importante evidenziare che nel momento in cui si sceglie di garantire certi e ulteriori diritti solo a determinate rappresentanze sindacali aziendali, il problema è **come** individuare dette rappresentanze, che devono avere un certo peso essendo rappresentativi all'interno dell'azienda, meritando tali diritti, altrimenti il risultato sarebbe il malfunzionamento dell'impresa.

Il legislatore, nel formulare l'art. 19, ha quindi dovuto effettuare una **scelta di politica del diritto circa il modello di rappresentanza da promuovere a livello aziendale**, risentendo del dibattito sul rapporto tra sindacati e rappresentanze aziendali, tra contratto collettivo livello nazionale e contratto collettivo a livello aziendale. Il legislatore avrebbe potuto garantire ai lavoratori dell'azienda di eleggere i propri rappresentanti, tuttavia, circa i rapporti con il sindacato, ciò avrebbe esasperato la distanza tra grandi confederazioni nazionali sindacali e rappresentanza aziendale, e questo era stato un problema in precedenza. Forte era il rischio di indebolire la rappresentanza sindacale a livello nazionale, aumentando anche la distanza tra le due, se a livello aziendale si sarebbe costruito un canale di rappresentanza indipendente e autonomo dai sindacati.

Il legislatore quindi, dovendo mantenere forte il potere e la rappresentatività dei sindacati e delle grandi confederazioni, ma allo stesso tempo dovendo individuare criteri di applicazione dei diritti di cui agli artt. 19 ss. dello Statuto, formulò le **due condizioni alternative a) e b) all'art. 19**, al fine di costituire una RSA a livello aziendale. Per quanto il linguaggio sia vago e tale da garantire un'applicazione estesa, in ogni caso deve sussistere, per la costituzione delle RSA, un'**iniziativa dal basso**. Il diritto poi a costituire propriamente le RSA viene riconosciuto ai soli sindacati che rientrano nelle ipotesi a) o b) (sindacati aderenti alle confederazioni nazionali oppure autonomi ma firmatari). Viene così elaborata una selezione dei sindacati che godono del diritto di costituire una RSA necessaria ma nel rispetto dell'art. 39 Cost. in questo modo il legislatore ha riconosciuto:

- alle grandi confederazioni il diritto ad essere presenti in azienda con una propria rappresentanza;
- il diritto di costituire RSA alle associazioni sindacali che di fatto hanno grande rappresentatività (cioè sono state in grado di stringere contratti di lavoro col datore di lavoro).

L'art. 19 ha subito importanti modifiche nel corso del tempo ed è stato sottoposto ad un *referendum* abrogativo nel 1995 e poi anche all'attenzione della Corte costituzionale che ne ha sempre dichiarato la costituzionalità, ad eccezione del 2013, quando ha dichiarato la sua incostituzionalità parziale.

Vediamo ora la **prima formulazione** dell'art. 19 SdL, quella del legislatore del 1970: *“Rappresentanze sindacali aziendali possono essere **costituite ad iniziativa dei lavoratori** in ogni unità produttiva, nell'ambito:*

*a) delle associazioni **aderenti alle confederazioni maggiormente rappresentative** sul piano nazionale;*

*b) delle associazioni sindacali, che siano **firmatarie di contratti collettivi di lavoro nazionali o territoriali (non aziendale) applicati nell'unità produttiva**”.*

Partendo dalla prima parte della disposizione, osserviamo come il termine *“costituite”* sia generico (non troviamo infatti decise, elette, nominate...): il legislatore non individua dunque come debba essere formalizzata l'iniziativa di costituzione delle RSA, ma individua solo come questa debba **partire dai lavoratori** da unità produttive formate da almeno 15 lavoratori ex art. 35 (quindi in aziende di medio grandi dimensioni). Anche la dicitura *“nell'ambito”* risulta particolarmente generica.

Al punto **a)** non viene utilizzato il termine di *“organizzazioni”*, bensì *“associazioni”*, facendo **esclusivo riferimento a CIGL, CISL e UIL** con l'indicazione di *“**confederazioni maggiormente rappresentative**”*. Ecco, dunque, l'emergere del concetto di rappresentatività e non di rappresentanza: il legislatore non verifica che il sindacato abbia un certo numero di iscritti, ma che sul piano nazionale le confederazioni esprimano un determinato numero di lavoratori. Viene quindi sancito e promosso un **legame** tra i sindacati nazionali e la rappresentanza aziendale, che negli anni era stata particolarmente altalenante.

Inoltre, il legislatore ha voluto promuovere quei particolari sindacati. Di qui il problema giuridico di costituzionalità in riferimento all'art. 39 Cost. in quanto non leggiamo, ad esempio: *“sono rappresentanti sindacali gli eletti a suffragio universale dai lavoratori di un'azienda, senza collegamento con i grandi sindacati nazionali”*. **Aderire ad uno dei tre sindacati maggiormente rappresentativi è quindi uno dei due criteri alternativi** grazie a cui i lavoratori possono godere di una **rappresentanza sindacale aziendale**, godendo dei diritti di cui al Titolo III dello Statuto.

Il legislatore, consapevole del principio di libertà sindacale ex art. **39 Cost.**, non si fermò al punto a) ma aggiunse un criterio alternativo per godere del diritto a costituire una RSA, altrimenti infatti questo fascio di diritti di cui al Titolo III sarebbe stato riconosciuto solo alle tre grandi sigle sindacali. Se non si tratta delle tre grandi confederazioni, la lett. **b)** stabilisce che è necessario che le RSA siano costituite nell'ambito di **associazioni** (non organizzazioni) **sindacali** che abbiano **firmato un contratto collettivo** (non aziendale, ma nazionale o territoriale) **fuori dall'azienda**, poi **applicato all'interno dell'unità produttiva aziendali**. Ad esempio, sindacati che hanno firmato il contratto collettivo nazionale di categoria con l'associazione datoriale di cui fa parte anche il datore di lavoro della stessa azienda, e che quindi viene lì applicato.

Il fatto di aver sottoscritto un contratto collettivo di lavoro nazionale o territoriale applicato nell'unità produttiva è il **secondo requisito alternativo**: esso implica, dal punto di vista giuridico e sostanziale, di essere una parte contrattuale con cui lo stesso datore di lavoro ha firmato un contratto di lavoro. Dunque, siamo di fronte ad un'**associazione** sindacale che ha avuto un peso tale da **partecipare alle negoziazioni con il datore di lavoro** e tale da **firmare un contratto con il datore**

stesso (il datore non avrebbe interesse a negoziare e contrattare con una sigla poco rappresentativa) e questo, secondo la logica del legislatore dell'epoca, fa sì che vi sia una minima garanzia sulla rappresentatività del sindacato stesso.

L'art. 19, d'altra parte, esiste anche perché il legislatore vuole che determinate rappresentanze aziendali godano di un fascio di diritti ulteriori rispetto alla generica libertà sindacale, senza però gravare sull'impresa e sulle spalle del datore di lavoro, e per questo la selezione dei titolari è necessaria. La norma fornisce così due possibili vie:

3. una **via principale**, alle confederazioni maggiormente rappresentative (CGIL, CISL e UIL);
4. in ossequio alla libertà sindacale, una **via alternativa** che prevede un requisito formale: la firma di un contatto collettivo, basato però su un presupposto sostanziale, cioè la rappresentatività dell'associazione sindacale, che deve essere tale da permetterle di sedersi con il datore di lavoro, negoziare e siglare un accordo. Si riconosce dunque la presenza di altre sigle diverse dalle tre grandi confederazioni, che comunque hanno una propria rappresentatività a livello aziendale.

Sentenze pre referendum

Prima del *referendum* del 1995, **tre sentenze** della Corte costituzionale si sono susseguite con oggetto l'art 19.

La prima sentenza della Corte in materia di art. 19 fu la **sentenza n. 54/1974**; a seguito di dodici ordinanze e remissioni da parte di diversi pretori, la Corte dovette pronunciarsi circa la costituzionalità dell'art 19 nella sua prima formulazione.

Alla base dell'ordinanza del pretore di Milano vi fu una controversia tra datore di lavoro (SIP, antenata della Telecom) e sindacato FUNTEL che non era firmatario di alcun contratto collettivo applicabile all'unità produttiva (esso, quindi, non poteva riconoscersi nella lettera *b*) per godere del diritto a costituire una propria RSA) e di conseguenza era sorta una controversia circa il grado di rappresentatività del sindacato stesso. Il datore di lavoro, non ritenendo che FUNTEL rientrasse alla lettera *a*), aveva negato il diritto di costituire una RSA. Il pretore di Milano quindi sospese il procedimento e sollevò la **questione di legittimità costituzionale con riferimento alla lettera a) dell'art. 19**; secondo il pretore, infatti, la lettera *a*) sanciva una posizione di **privilegio** delle confederazioni nazionali, innescando un "circolo vizioso": se infatti le RSA fossero state riconosciute solo alle associazioni maggiormente rappresentative, ciò avrebbe impedito ad altri sindacati di costruire la propria base di rappresentanza, attraverso proselitismo, propaganda, permessi speciali o momenti di incontro a livello aziendale, impossibilitati infatti a godere di una propria RSA. In questo modo il privilegio era in capo alle grandi associazioni sindacali. Seppur con argomentazioni diverse, anche altri si erano pronunciati sul tema: il pretore di Roma sosteneva ci fosse una violazione del principio di uguaglianza (il criterio che differenziava il trattamento tra i sindacati non era ragionevole), i pretori di Pompei e Torino sostenevano invece ci fosse una violazione del principio della libertà sindacale (solo alcuni sono effettivamente liberi di esercitare l'attività sindacale in azienda). Le dodici diverse ordinanze e remissioni dei diversi pretori vennero decise dalla Corte costituzionale in un'unica sentenza.

La Corte rigettò fino al 2013 le questioni di costituzionalità dell'art. 19 e in questa sentenza in particolare costruì un argomento poi base anche delle sentenze successive: l'art. 19 trovava la sua giustificazione e la sua ragion d'essere nell'art. 14 della l. 300/1970, di apertura del Titolo II. **Non vi era violazione del principio di uguaglianza o della libertà sindacale**, in quanto già l'art. 14 garantiva a tutti i lavoratori il diritto di svolgere attività sindacale nei locali aziendali: il legislatore, avendo già riconosciuto pari diritti a tutti i lavoratori nell'art. 14, ha solo voluto **procedere ulteriormente in logica di promozione verso alcuni soli sindacati**, sulla base del fatto che si tratti di quei sindacati più rappresentativi degli interessi dei lavoratori. Dal momento che il fascio di ulteriori diritti è gravoso sulle spalle del datore di lavoro, si rivela necessario, come fatto dal legislatore, identificare

dei criteri per effettuare una selezione. Premesso questo, la Corte affermò anche la **ragionevolezza** dei **due requisiti**:

- nel caso del primo requisito, previsto dalla lett. a), il legislatore ha identificato un criterio valutativo la cui esistenza è verificabile in ogni momento: non c'è un tema di comparazione o selezione tra i sindacati (ad esempio, un confronto tra CGIL e un'altra sigla), ma si indaga l'**effettiva capacità** di rappresentare i lavoratori svolgendo attività di promozione e tutela. Tutti i sindacati, secondo la Corte, potrebbero divenire i "**maggiormente rappresentativi**" a livello teorico, per quanto è vero che CGIL, CISL e UIL lo sono già;
- il secondo criterio, previsto dalla lett. b), è basato su un elemento preciso e oggettivo (la firma del contratto collettivo nazionale o territoriale) che implica una certa rappresentatività del sindacato che si è imposto, venendo accolto al tavolo dei negozianti in nome della sua forza e della sua rappresentatività.

La corte individua poi come i requisiti stessi di maggiore rappresentatività non siano individuati da soggetti terzi ma valutati sulla base oggettiva dei fatti (come la stessa firma dei contratti) e per questo non inducono alla discriminazione "all'ingresso" da parte di soggetti terzi.

Analizziamo ora le tre sentenze pre *referendum*:

(I) Sentenza Corte cost. n. 54/1974

1. *"Non fondate sono le questioni di legittimità costituzionale sollevate in ordine all'art. 19 della legge n. 300 del 1970 (Statuto dei lavoratori) in riferimento agli artt. 3 e 39 della Costituzione.*

La legge citata, garantendo all'art. 14, in conformità del precetto di cui all'art. 39 della Costituzione, a tutti i lavoratori il diritto di costituire associazioni sindacali, di aderirvi e di svolgere attività sindacali all'interno dei luoghi di lavoro, stabilisce che determinate funzioni, inerenti alla rappresentanza sindacale aziendale, particolarmente incisive nella vita e nell'attività dell'unità produttiva, siano affidate dagli stessi prestatori d'opera a quei sindacati che conseguano i requisiti che la legge reputa necessari per lo svolgimento di tali funzioni."

2. *"Con art. 19 il legislatore, mentre riconosce a coloro che siano lavoratori in un'unità produttiva il potere di costituire per loro esclusiva volontaria iniziativa rappresentanze sindacali nella medesima unità, nello stesso tempo, indicando i requisiti che devono avere le associazioni nel cui ambito può essere concretamente conferita la rappresentanza sindacale, ha operato una scelta razionale e consapevole, tenendo presenti gli scopi che si propone la legge n. 300 del 1970. Ha infatti voluto evitare che singoli individui o piccoli gruppi isolati di lavoratori, costituiti in sindacati non aventi requisiti per attuare una effettiva rappresentanza aziendale possano pretendere di espletare tale funzione compiendo indiscriminatamente nell'ambito dell'azienda attività non idonee e non operanti per i lavoratori e possano così dar vita ad un numero imprevedibile di organismi, ciascuno rappresentante pochi lavoratori, organismi i quali, interferendo nella vita dell'azienda a difesa di interessi individuali i più diversi ed anche a contrasto fra loro, abbiano il potere di pretendere l'applicazione di norme che hanno fini assai più vasti, compromettendo o quanto meno ostacolando l'operosità aziendale, quella dell'imprenditore ed anche la realizzazione degli interessi collettivi degli stessi lavoratori."*

- **lettera a)**: con il primo di questi requisiti, cioè l'aderenza dell'associazione "*alle confederazioni maggiormente rappresentative sul piano nazionale*", il legislatore ha indicato un criterio valutativo, la cui esistenza è verificabile in ogni momento. Tale criterio non si riferisce ad una comparazione fra le varie confederazioni nazionali, ma ad una "effettività" - che può essere sempre conseguita da ogni confederazione sindacale - della loro forza rappresentativa.
- **lettera b)**: a questo criterio il legislatore ne ha aggiunto alternativamente un altro, basato sul riferimento preciso ed oggettivo ad un fatto specifico, la cui realizzazione è aperta ad ogni singola associazione sindacale, cioè l'aver firmato contratti collettivi nazionali o provinciali di lavoro, applicati nell'unità produttiva.

3. *“Indicando tali requisiti, particolarmente significativi della forza rappresentativa, non si opera alcuna discriminazione fra le associazioni sindacali anche in quanto i requisiti stessi non sono attribuibili né dal legislatore né da altre autorità né possono sorgere arbitrariamente o artificialmente, ma sono sempre direttamente conseguibili e realizzabili da ogni associazione sindacale soltanto per fatto proprio o in base a propri atti concreti e sono oggettivamente accertabili dal giudice ove sorgano controversie la cui decisione richieda la valutazione della legittima costituzione di una concreta rappresentanza sindacale”.*

La Corte costituzionale in alcune pronunce successive pose l'attenzione sul c.d. **potere di accreditamento del datore di lavoro**; alcuni giudici e alcuni sindacati minori, infatti, si preoccuparono del fatto che il punto b) fosse un incentivo per il datore a non firmare contratti collettivi “particolarmente scomodi”.

(II) La **sentenza n. 334/1988** della Corte costituzionale di nuovo sancì la legittimità costituzionale dell'art. 19, rigettando la questione di costituzionalità circa il tema per cui la norma farebbe riferimento alle confederazioni maggiormente rappresentative a livello nazionale, e non alle categorie (le confederazioni, infatti, sono gruppi di federazioni di sindacati che operano a livello di categoria).

(III) La **sentenza n. 30/1990** “preparò” il tema dell'accREDITAMENTO successivo: alcune aziende avevano riconosciuto alcuni diritti di cui al Titolo III della l. 300/1970 a dei sindacati che **non** rientravano alle lettere a) e b) dell'art. 19. In altre parole, senza nulla togliere alle RSA regolarmente costituite ex art. 19, alcune aziende avevano garantito tali diritti anche ad altri soggetti.

L'art. 17 dello SdL vietava però i sindacati “di comodo” (c.d. sindacati gialli): nel suddetto modo il datore di lavoro infatti promuoveva o incentivava sindacati più compiacenti rispetto ai propri interessi e per questo la **Corte di cassazione** dichiarò la **nullità** di questi accordi (in cui la “controparte” era un sindacato che non rientrava nei due parametri dell'art. 19) in violazione dell'art 17. La Corte costituzionale aderì ad una linea di ragionamento diversa rispetto alla Corte di cassazione: non ritenne violato l'art. 17 e non ritenne incostituzionale l'art. 19, ma invitò il Parlamento a rivedere la seconda norma al fine di introdurre **criteri** che non facessero genericamente riferimento alla rappresentatività dei sindacati titolari dei diritti a costituire una RSA, ma che fossero più **precisi e determinati** e non basati su presunzioni.

Il referendum del 1995

Una **prima modifica** al testo dell'art. 19 SdL avvenne con il *referendum* del 1995.

Nel frattempo, tuttavia, erano stati promossi da parte delle sigle sindacali vari *referenda*. Di questi, solo due vennero approvati, in sede di vaglio, dalla Corte costituzionale:

- **abrogazione totale delle lettere a) e b)** per cui avrebbero avuto diritto a costituire RSA tutti i lavoratori: questo *referendum* non ebbe esito positivo;
- **abrogazione totale della lettera a) e parziale modifica della lettera b)**: con riferimento alla lettera a) venne eliminato ogni riferimento alle associazioni sindacali aderenti alle confederazioni maggiormente rappresentative. Con riferimento alla lettera b) vennero cancellati i termini “nazionali o territoriali” riferiti a “contratti collettivi di lavoro”, comprendendo così anche le associazioni sindacali firmatarie di qualsiasi contratto collettivo, anche aziendale. Rimase quindi questo unico criterio allo stesso tempo formale e sostanziale. Questo referendum passò e la nuova formulazione della norma entrò in vigore nell'aprile del 1995: **art. 19** Statuto dei lavoratori, **formulazione post referendum** del 28 settembre 1995, indetto con D.P.R. 5 aprile 1995:

"Rappresentanze sindacali aziendali possono essere costituite ad iniziativa dei lavoratori in ogni unità produttiva, nell'ambito:

[a) delle associazioni aderenti alle confederazioni maggiormente rappresentative sul piano nazionale];

b) delle associazioni sindacali, che siano firmatarie di contratti collettivi di lavoro nazionali e territoriali applicati nell'unità produttiva."

Tuttavia, con maggiore insistenza si sollevò il tema del rischio di garantire al datore di lavoro la possibilità di scegliere chi potesse costituire effettivamente una RSA: per essere firmatari e rispettare il requisito rimasto, infatti, era necessaria la presenza del datore di lavoro come "controparte". Se nella logica del legislatore la firma dei contratti implicava oggettivamente una certa rappresentatività, in prospettiva opposta venne interpellata la Corte costituzionale.

Varie ordinanze di rimessione portarono infatti la Corte costituzionale a pronunciarsi poco dopo con la **sentenza n. 244/1996**: il nuovo art. 19 sarebbe incostituzionale in quanto, restando come unico requisito formale la firma del contratto collettivo applicabile all'unità produttiva, quindi un elemento negoziale, il riconoscimento della rappresentanza sindacale aziendale dipenderebbe dal c.d. **potere di accreditamento** del datore di lavoro, il quale potrebbe però rifiutarsi di sottoscrivere contratti con sindacati sfavorevoli, sottoscrivendone invece altri con sindacati compiacenti, alterando così la pura dinamica di relazioni di forza fra le parti che sta alla base del modello di relazioni industriali proposto dal nostro ordinamento sulla base della libertà sindacale. Il **sindacato** verrebbe così **privato di un'autonomia nel proprio riconoscimento, assoggettandolo** appunto al **potere di accreditamento del datore di lavoro**.

La Corte costituzionale riaffermò la costituzionalità dell'art. 19, dando una definizione di "*potere di accreditamento*" del datore di lavoro, come quello che "*designa il caso in cui il datore di lavoro concede pattiziamente (cioè mediante contratto) una o più agevolazioni, previste dal Titolo III dello SdL (cioè art 19ss), alla rappresentanza aziendale di un'associazione sindacale priva dei requisiti legali per averne diritto*".

La **Corte aggiunse in via interpretativa** che la firma in sé, cioè una mera adesione formale, non era sufficiente, bensì era **necessario aver preso parte attiva alla negoziazione**, alla trattativa e al percorso negoziale di formazione del contratto, dimostrando così il proprio peso negoziale e la propria rappresentatività.

Inoltre, il contratto deve essere realmente collettivo e cioè deve disciplinare alcuni aspetti del rapporto di lavoro, anche se parziali o limitati ad alcuni effetti; il contratto deve avere portata normativa, cioè regolare almeno alcune delle condizioni applicabili ai rapporti di lavoro individuali: in altre parole il **contratto deve perseguire realmente la funzione essenziale del contratto collettivo**, cioè disciplinare e regolare condizioni dei rapporti di lavoro individuali.

Ad esempio, non è un contratto collettivo quello con cui il datore di lavoro e il sindacato si accordano per la locazione di uno spazio aziendale: quello, infatti, sarebbe un contratto di carattere gestorio senza effetti normativi o portata ulteriore rispetto ai rapporti di lavoro individuali a cui il contratto stesso deve riferirsi.

La Corte quindi da un lato salvò l'art 19, rendendosi poi conto dell'esistenza del tema del potere di accreditamento del datore di lavoro; la corte aggiunse quindi delle condizioni operative, non formali né normative, per salvaguardare l'art 19 e rigettare la questione di incostituzionalità, pur non qualificandosi la sentenza come additiva.

Sentenza additiva Corte costituzionale del 2013

Fino al 2013, sia prima che post *referendum*, la Corte costituzionale aveva reso esplicito che l'art. 19 necessitasse di una revisione, affermando però la costituzionalità della norma stessa.

La Corte però accolse un'eccezione di costituzionalità dell'art. 19, nonostante la disposizione di legge fosse la stessa dal 1995.

Il contesto del "**caso FIAT**" è quello in cui questa sentenza additiva si colloca.

Seppure non scritto, nei fatti i grandi sindacati si erano mossi in unità soprattutto nelle fasi di sottoscrizione dei contratti collettivi. Tra il 2010 e il 2012 l'unità sindacale cominciò a rompersi, in modo manifesto soprattutto all'interno della Fiat: in questo periodo vennero stretti alcuni accordi con riferimento agli stabilimenti di Pomigliano, prima, e Mirafiori poi, però che non vennero sottoscritti dalla Fiom, parte della CGIL, uno dei sindacati più rappresentativi nel settore metalmeccanico e nella FIAT.

La FIAT quindi decise di uscire dall'associazione datoriale Confindustria generando varie conseguenze: la prima non era quindi più tenuta ad applicare i contratti collettivi sottoscritti dalla seconda e diede via a forme di contrattazione interna a cui la Fiom non partecipò dopo numerose contrattazioni.

Proprio per questo motivo la Fiom, non essendo firmataria, era priva di una RSA all'interno della FIAT. Dal punto di vista delle relazioni industriali, la Fiom aveva numerosi iscritti tra i lavoratori della FIAT che quindi si trovarono privi di rappresentanza aziendale.

La Fiom portò quindi la questione dinanzi a vari Tribunali che si pronunciarono sulla medesima questione, dando vita a due orientamenti interpretativi:

- alcuni Tribunali, dando un'interpretazione letterale, affermarono quanto successo: la Fiom, non firmataria, non poteva godere di una rappresentanza sindacale aziendale;
- altri Tribunali, con un'interpretazione più estensiva, riconobbero la rappresentatività della Fiom e quindi il suo diritto ad una RSA.

Il tribunale di Modena sollevò una **questione di costituzionalità** in un contesto molto diverso: per la prima volta la Corte vide un sindacato molto forte privato del suo diritto di costituire una RSA.

Nella **sentenza** additiva di accoglimento **n. 231/2013**, la corte dichiarò l'**illegittimità costituzionale della lettera b)** art. 19 nella parte in cui non prevedeva che la rappresentanza sindacale aziendale potesse essere costituita anche nell'ambito di associazioni sindacali che, pur non firmatarie di contratti collettivi applicati all'unità produttiva, **abbiano comunque partecipato alla negoziazione relativa agli stessi contratti quali rappresentanti dei lavoratori dell'azienda**.

I diritti delle RSA

Questi sono previsti dagli artt. 20-27 della l. 300/1970 (SdL):

- **diritto di assemblea, art. 20:** *"I lavoratori hanno diritto di riunirsi, nella unità produttiva in cui prestano la loro opera, fuori dell'orario di lavoro, nonché durante l'orario di lavoro, nei limiti di dieci ore annue, per le quali verrà corrisposta la normale retribuzione. Migliori condizioni possono essere stabilite dalla contrattazione collettiva.
Le riunioni - che possono riguardare la generalità dei lavoratori o gruppi di essi - sono indette, singolarmente o congiuntamente, dalle rappresentanze sindacali aziendali nell'unità produttiva, con ordine del giorno su materie di interesse sindacale e del lavoro e secondo l'ordine di precedenza delle convocazioni, comunicate al datore di lavoro.
Alle riunioni possono partecipare, previo preavviso al datore di lavoro, dirigenti esterni del sindacato che ha costituito la rappresentanza sindacale aziendale.
Ulteriori modalità per l'esercizio del diritto di assemblea possono essere stabilite dai contratti collettivi di lavoro, anche aziendali."*
- **diritto di indire referendum, art. 21:** *"Il datore di lavoro deve consentire nell'ambito aziendale lo svolgimento, fuori dell'orario di lavoro, di referendum, sia generali che per categoria, su materie inerenti all'attività sindacale, indetti da tutte le rappresentanze sindacali aziendali tra i*

lavoratori, con diritto di partecipazione di tutti i lavoratori appartenenti alla unità produttiva e alla categoria particolarmente interessata.

Ulteriori modalità per lo svolgimento del referendum possono essere stabilite dai contratti collettivi di lavoro anche aziendali.";

- **tutela in caso di trasferimento dei dirigenti delle rappresentanze sindacali aziendali, art. 22:** *"Il trasferimento dall'unità produttiva dei dirigenti delle rappresentanze sindacali aziendali di cui al precedente articolo 19, dei candidati e dei membri di commissione interna può essere disposto solo previo nulla osta delle associazioni sindacali di appartenenza.";*
- **permessi retribuiti, art. 23:** *"I dirigenti delle rappresentanze sindacali aziendali di cui all'articolo 19 hanno diritto, per l'espletamento del loro mandato, a permessi retribuiti. Salvo clausole più favorevoli dei contratti collettivi di lavoro hanno diritto ai permessi di cui al primo comma almeno:*
 - a) un dirigente per ciascuna rappresentanza sindacale aziendale nelle unità produttive che occupano fino a 200 dipendenti della categoria per cui la stessa è organizzata;*
 - b) un dirigente ogni 300 o frazione di 300 dipendenti per ciascuna rappresentanza sindacale aziendale nelle unità produttive che occupano fino a 3.000 dipendenti della categoria per cui la stessa è organizzata;*
 - c) un dirigente ogni 500 o frazione di 500 dipendenti della categoria per cui è organizzata la rappresentanza sindacale aziendale nelle unità produttive di maggiori dimensioni, in aggiunta al numero minimo di cui alla precedente lettera b).**I permessi retribuiti di cui al presente articolo non potranno essere inferiori a otto ore mensili nelle aziende di cui alle lettere b) e c) del comma precedente; nelle aziende di cui alla lettera a) i permessi retribuiti non potranno essere inferiori ad un'ora all'anno per ciascun dipendente. Il lavoratore che intende esercitare il diritto di cui al primo comma deve darne comunicazione scritta al datore di lavoro di regola 24 ore prima, tramite le rappresentanze sindacali aziendali."*
- **permessi non retribuiti, art. 24:** *"I dirigenti sindacali aziendali di cui all'articolo 23 hanno diritto a permessi non retribuiti per la partecipazione a trattative sindacali o a congressi e convegni di natura sindacale, in misura non inferiore a otto giorni all'anno. I lavoratori che intendano esercitare il diritto di cui al comma precedente devono darne comunicazione scritta al datore di lavoro di regola tre giorni prima, tramite le rappresentanze sindacali aziendali."*
- **diritto di affissione, art. 25:** *"Le rappresentanze sindacali aziendali hanno diritto di affiggere, su appositi spazi, che il datore di lavoro ha l'obbligo di predisporre in luoghi accessibili a tutti i lavoratori all'interno dell'unità produttiva, pubblicazioni, testi e comunicati inerenti a materie di interesse sindacale e del lavoro."*
- **contributi sindacali, art. 26:** *"I lavoratori hanno diritto di raccogliere contributi e di svolgere opera di proselitismo per le loro organizzazioni sindacali all'interno dei luoghi di lavoro, senza pregiudizio del normale svolgimento dell'attività aziendale."*
- **locali aziendali, art. 27:** *"Il datore di lavoro nelle unità produttive con **almeno 200 dipendenti** pone permanentemente a disposizione delle rappresentanze sindacali aziendali, per l'esercizio delle loro funzioni, un idoneo locale comune all'interno dell'unità produttiva o nelle immediate vicinanze di essa. Nelle unità produttive con un numero inferiore di dipendenti le rappresentanze sindacali aziendali hanno diritto di usufruire, ove ne facciano richiesta, di un locale idoneo per le loro riunioni."*

Rappresentanze sindacali unitarie (RSU)

La disciplina delle RSA ex art 19 è la disciplina legale contenuta in una disposizione di legge ordinaria (l. 300/1970) che ha subito varie modifiche e interventi.

Accanto alla norma di diritto troviamo poi l'autonomia delle parti e collettiva delle sigle sindacali e delle associazioni datoriali che possono accordarsi per specificare ad es una certa disciplina legale. Dal 1993 con il Protocollo Ciampi, e poi con successivi accordi interconfederali nel 2011, 2013 e 2014, le parti sociali si sono auto disciplinate, hanno reciprocamente regolato la costituzione delle c.d. **Rappresentanze Sindacali Unitarie**. Ricordiamo che l'art 19 riconosce la possibilità di costituire una propria RSA a ciascun sindacato che rientri nelle condizioni previste: chiaramente sono più i sindacati che hanno tale facoltà. Il problema pratico che ne consegue è la frattura della rappresentanza sindacale a livello aziendale: ciascun sindacato che rispetta i requisiti può costituire una RSA e ciascuna RSA può esercitare i diritti di cui agli artt. 20 ss. l. 300/1970.

Le parti sociali hanno quindi deciso, nelle fasi di maggiore coesione reciproca, di costituire una unica RSU che rappresenti tutti i sindacati, e quindi i lavoratori, che avrebbero diritto a costituire una RSA, ferma la rinuncia a costituire una RSA autonoma (in altre parole, o si entra nella RSU rinunciando alla RSA autonoma, o si rimane nella RSA).

La **disciplina** della RSU, alternativa a quella delle RSA, è **negoziale**, contenuta cioè in **accordi interconfederali** tra Confindustria e CGIL, CISL, e UIL a cui poi hanno aderito altre sigle sindacali e altre associazioni datoriali, agevolando così anche i datori di lavoro che si trovano a dialogare con un unico interlocutore che abbia la rappresentanza sindacale di una data azienda.

La RSU non è formata da tanti rappresentanti quanti sono i sindacati in quanto si svolgono specifiche **elezioni** con specifiche liste in cui i lavoratori dell'azienda eleggono i propri rappresentanti sindacali unitari sulla base delle liste stesse. Inizialmente, per salvaguardare il rapporto con il sindacato centrale, la disciplina prevedeva che almeno 1/3 delle liste fosse imposta dal sindacato e 2/3 formati direttamente dai lavoratori, ora invece le liste si possono formare liberamente con tutti i colori che hanno diritto. Mediante quindi elezioni a suffragio universale (nel senso che vi partecipano tutti i lavoratori), le RSU vengono costituite con criterio proporzionale.

Le RSU esercitano tutti i diritti riconosciuti alle RSA di cui agli artt. 20 ss. SdL.

Il contratto collettivo

Concluso il profilo soggettivo dell'attività sindacale intesa in senso lato, è necessario occuparsi dell'**oggetto dell'attività sindacale**, il contratto collettivo. Il contesto normativo, il riferimento all'art 39 Cost. e il concreto atteggiarsi dei rapporti tra le parti hanno influenzato e influenzano il risultato della negoziazione delle parti sociali, in termini di natura, contenuto, efficacia soggettiva e oggettiva. Il contratto collettivo nel nostro ordinamento è definito come "**contratto collettivo di diritto comune**", ossia un contratto che, alla pari di tutti gli altri stipulati tra privati, soggiace alla disciplina delle norme generali in materia di contratti e obbligazioni. Esso produce quindi i medesimi effetti e vincoli di un contratto di diritto comune, si applica alla luce delle medesime logiche di un contratto di diritto privato. Si usa la dicitura "contratto collettivo di diritto comune" per distinguerlo dal contratto collettivo corporativo disciplinato anche da alcune norme del codice civile che ancora hanno un ruolo, nonostante si riferiscano ad un sistema del tutto abrogato, a cui la legge affidava il ruolo di fonte del diritto per disciplinare i rapporti di lavoro individuali che aveva quindi efficacia *erga omnes* (si applicava a tutti i lavoratori e tutti i datori di lavoro che erano impiegati in un settore economico-produttivo indipendentemente dalla loro adesione al sindacato o all'associazione datoriale; come fonte del diritto questo poteva essere superato solo dalla legge e non da altre contrattazioni private, sopprimendo la libertà sindacale).

Con il superamento del sistema corporativo, nella seconda parte dell'art. 39 Cost. (rimasta tuttavia inattuata), il legislatore prevedeva un sistema di registrazione dei sindacati portatori di determinate caratteristiche (come lo statuto interno a base democratica) che avrebbero potuto stipulare contratti collettivi validi *erga omnes*, proprio sul modello corporativo ancora vicino al legislatore stesso. Il sistema di negoziazione previsto era quindi destinato a produrre contratti con efficacia *erga omnes*, pur non trovando mai concretizzazione a causa dell'inerzia del legislatore ordinario. Questo sistema riconobbe dunque la libertà sindacale a tutti i lavoratori al primo comma dell'art 39 Cost., di portata precettiva, in opposizione al sistema corporativo fascista.

Per trovare quindi una disciplina circa il contratto collettivo di diritto comune, è necessario rifarsi alla **disciplina generale dei contratti**, pur comunque riconoscendo la caratteristica peculiare dello stesso contratto collettivo che lo distingue da quello di diritto privato: gli effetti del primo, negoziato tra associazioni e sigle sindacali, si producono tra lavoratori e datori di lavoro, soggetti formalmente distinti dalle parti che materialmente negoziano e sottoscrivono i contratti. Il contratto collettivo è quindi un contratto che disciplina e uniforma il contenuto di altri, diversi, futuri contratti sottoscritti da parti diverse, cioè i contratti di lavoro individuali che verranno conclusi da datori di lavoro e lavoratori associati alle sigle sindacali e datoriali firmatarie dei primi contratti collettivi. Questi si dicono dunque **paranormativi** perché disciplinano al pari della legge il contenuto del contratto individuale, rispondendo alla **funzione eteronoma** dello stesso contratto collettivo.

Nel tentativo di uniformare la disciplina dei contratti di lavoro individuali, quindi, al contratto collettivo viene attribuita la suddetta funzione, nonostante esso sia innominato, mai definito nell'ordinamento, però tipico (si parla di tipicità data dalla sua stessa funzione, quella di disciplina gli altri contratti individuali di lavoro).

Contenuto del contratto collettivo

La **parte normativa** del contratto collettivo corrisponde all'insieme delle regole che disciplinano i rapporti e le condizioni di lavoro di coloro ai quali si applica il contratto collettivo stesso in un certo settore produttivo (retribuzione, orario, permessi...); è detta funzione normativa in quanto si disciplinano i rapporti di lavoro futuri tra soggetti diversi rispetto a coloro che formalmente negoziano il contratto.

Accanto alla parte normativa, i contratti collettivi contengono quasi sempre, soprattutto se firmati a livello nazionale, una **parte obbligatoria** che ricomprende clausole che non disciplinano i contratti di lavoro individuali, come la prima, bensì i rapporti reciproci tra le parti che sottoscrivono il contratto collettivo (sindacati e associazioni datoriali). Si tratta cioè di regole che le parti sociali stipulanti (associazioni e non singoli) si danno per regolare reciprocamente i loro rapporti, per riempire il vuoto dell'ordinamento che da sé non dice nulla a riguardo.

Queste regole non attengono ai contratti di lavoro individuali (ferie, permessi, retribuzioni, sanzioni disciplinari e orario di lavoro, etc.), bensì ai rapporti diretti tra sindacati e associazioni datoriali (ad esempio: clausole di tregua, definizione della durata contratto collettivo, definizione della modalità di riapertura delle negoziazioni per il rinnovo, proroga e disdetta del contratto collettivo, etc.). La parte obbligatoria produce effetti solo in capo alle associazioni o sigle sindacali che hanno firmato quel contratto collettivo, pur sempre trattandosi infatti di un contratto di diritto comune: la violazione delle clausole obbligatorie ha rilevanza solo nei rapporti tra i soggetti stipulanti il contratto collettivo, e non nei rapporti tra le parti del contratto individuale di lavoro.

Efficacia soggettiva del contratto collettivo

Per capire a chi si applichi il contratto collettivo di diritto comune, ci si rifà dapprima alla disciplina generale dei contratti, in cui si stabilisce che il contratto non può avere effetti *ultra partes*. Il

contratto collettivo si applica dunque alle **parti stipulanti** e, per quel che attiene alla parte normativa dello stesso, agli **iscritti alle parti stipulanti**, cioè ai lavoratori e ai datori che aderiscono ai sindacati e alle associazioni datoriali che hanno siglato il contratto: in quanto contratto di diritto comune, l'efficacia soggettiva si estende ai soli iscritti.

Ad esempio: se un lavoratore è iscritto a CGIL e il datore di lavoro a Confindustria, nel settore chimico tra questi avrà efficacia soggettiva il contratto collettivo firmato tra CGIL e Confindustria.

Molte regole e molte eccezioni sono frutto dell'**elaborazione giurisprudenziale** e della prassi che hanno esteso l'ambito di applicazione soggettiva del contratto collettivo, pur non negando la natura privata del contratto stesso; anche il legislatore ha cercato di estendere l'applicazione del contratto collettivo *erga omnes*, senza dare attuazione all'art. 39 Cost., cosa non possibile visto poi l'intervento della Corte costituzionale.

Questo tentativo è avvenuto nella **Legge Vigorelli** (l. 14 luglio 1959, n. 741), nel periodo in cui ancora si attendeva speranzosamente l'attuazione del co. 2 dell'art. 39 Cost.: il legislatore adottò una legge delega con cui si affidava al Governo il compito di emanare una serie di decreti legislativi il cui contenuto avrebbe dovuto recepire esattamente e letteralmente il contenuto dei contratti collettivi siglati fino a quel momento. Le associazioni e le sigle avrebbero dovuto depositare i contratti collettivi presso l'Ufficio del Ministro degli interni.

Non veniva così riconosciuta efficacia *erga omnes* in modo diretto al contratto collettivo, vista la disciplina del diritto comune applicata, ma veniva risolto in via transitoria la questione dell'efficacia soggettiva del contratto collettivo.

Le parti sociali avrebbero potuto sottoscrivere nuovi contratti collettivi, ma avrebbero trovato applicazione sui medesimi soggetti destinatari dei precedenti decreti legislativi, solo se avessero previsto condizioni di miglior favore.

Volendo però raggiungere gli esiti proposti dall'art. 39 Cost., era necessario rispettare i criteri e le condizioni di cui all'art. 39 Cost., altrimenti sarebbe stata necessaria l'abrogazione dello stesso.

La legge Vigorelli era stata promulgata con l'intento esplicito di introdurre una disciplina con carattere puramente transitorio in attesa della vera legge ordinaria che avrebbe attuato l'art. 39 Cost.; e proprio per questo la Corte costituzionale non si pronunciò.

Il Parlamento, non riuscendo a formare una legge di attuazione dell'art. 39 Cost., autorizzò poi la proroga di 10 mesi della delega al governo e così della Legge Vigorelli, permettendo così a nuovi contratti di lavoro collettivo a venire recepiti nei decreti legislativi in attesa della legge ordinaria.

Con la **sentenza n. 106/1962**, la Corte costituzionale intervenne in quanto con la prima proroga veniva meno il carattere di **transitorietà** che era l'unico elemento che permetteva di salvare la Legge Vigorelli entro i limiti della costituzionalità. Il rischio era quindi quello di formalizzare un sistema del tutto incostituzionale che riconoscesse efficacia *erga omnes* ai contratti collettivi.

Per quanto quindi il contratto collettivo si applica solo alle associazioni o sigle sindacali firmatarie del contratto collettivo stesso, vi sono delle **eccezioni nei fatti nell'efficacia soggettiva** elaborate nel tempo dalla giurisprudenza che si è mostrata attenta a riconoscere la natura privata del contratto collettivo, allo stesso tempo cercando di ampliare la sua efficacia.

1. Una prima via è stata la **valorizzazione nei contratti individuali delle clausole di rinvio al contratto collettivo**: nell'esercizio dell'autonomia negoziale delle parti individuali nulla impedisce a lavoratori e datori di inserire un rinvio esplicito al contratto collettivo stesso (ad esempio, in materia di ferie si richiama quanto disposto dall'art. X del contratto collettivo Y). Questo rinvio testuale è sistematico e fa emergere la volontà delle parti di applicare il contratto collettivo al contratto individuale, questo può avvenire anche se le **parti individuali non hanno aderito alle parti sociali firmatarie**.

- Questo sistema è stato esteso anche quando il rinvio è **implicito** o quando dal **comportamento ex post delle parti** si evince la volontà di entrambe, e soprattutto del datore di lavoro, di applicare le norme del contratto collettivo.
- 2. La giurisprudenza ha poi sostenuto, confortata da una parte della dottrina italiana, l'**obbligo del datore di lavoro di applicare a tutti i dipendenti il contratto collettivo anche a quelli non associati al sindacato o a quelli associati a sindacati diversi**. Ad esempio, se il datore di lavoro aderisce ad un'associazione datoriale, è vincolato ad applicare il contratto collettivo firmato dall'associazione stessa; se alcuni suoi lavoratori sono iscritti in altri sindacati o non sono iscritti a sindacati, il datore rimane vincolato ad applicare in modo estensivo il contratto collettivo. In questo modo risulta agevolato il datore di lavoro per tre ragioni essenziali:
 - per semplicità nella gestione della forza lavoro;
 - se non dovesse essere applicato il contratto collettivo, il lavoratore sarebbe incentivato a iscriversi ad un sindacato, aumentando il potere negoziale di quest'ultimo e quindi indebolendo d'altra parte la posizione dell'associazione datoriale. È interesse del datore di lavoro "prevenire" la sindacalizzazione (nel nostro ordinamento, infatti, il tasso di applicazione del contratto collettivo è altissimo, mentre il tasso di sindacalizzazione è molto basso);
 - anche l'associazione datoriale, di rimando, ha interesse a imporre ad un datore di lavoro (già associato) l'estensione dell'applicazione del contratto collettivo a tutti, anche ai non sindacalizzati: questo per evitare la concorrenza al ribasso: i lavoratori non sindacalizzati a cui non venisse applicato il contratto collettivo potrebbero avere delle condizioni contrattuali peggiori, stipendi inferiori, aumentando così la concorrenza al ribasso tra le aziende, basata sul *dumping* sociale. Il problema dei c.d. **contratti collettivi separati** si pone quando in un'azienda i lavoratori sono sindacalizzati in diverse sigle sindacali, firmatarie di diversi contratti collettivi riferiti ad una stessa categoria produttiva. Ci sono infatti episodi di frattura tra le sigle sindacali, nonostante nella prassi le sigle siano unite.

Una giurisprudenza ormai consolidata, diritto vivo nel nostro ordinamento, ha poi come riferimento l'**art. 36 Cost.** Ricordiamo che nel nostro ordinamento non vi è una legge sul salario minimo, tradizionalmente questa funzione è stata assolta dal contratto collettivo.

L'art. 36 co. 1 Cost., come unico riferimento normativo in materia di retribuzione, fornisce dei criteri di riferimento circa la retribuzione che devono guidare l'intero sistema: "*Il lavoratore ha diritto ad una retribuzione **proporzionata** alla quantità e qualità del suo lavoro e in ogni caso **sufficiente** ad assicurare a sé e alla famiglia un'esistenza libera e dignitosa.*" Da questa norma possiamo ricavare:

- il principio di proporzionalità, basato sia sulla quantità sia sulla qualità del lavoro svolto;
- il principio di sufficienza, che permetta al lavoratore un'esistenza libera e dignitosa.

L'art. 2099 c.c. stabilisce che "*in mancanza di norme corporative* (in riferimento, chiaramente, all'epoca fascista) *o di accordo tra le parti* (anche in caso di controversia tra le parti), *la retribuzione è determinata dal giudice.*"

La giurisprudenza è più che consolidata sul punto: nel momento in cui si trova a dover determinare la retribuzione di un lavoratore in caso di controversia fa **di fatto** riferimento ai contratti collettivi o al contratto collettivo applicabile a quella categoria, non sulla base di un vincolo normativo (in quanto l'unico vincolo per il giudice è la legge, e quindi l'art. 36 Cost.), ma perché è lo strumento che consente di determinare meglio il rispetto dei requisiti di cui all'art. 36 Cost.

Nei fatti quindi, la parte economica dei contratti collettivi finisce per trovare applicazione anche nei confronti di soggetti non formalmente iscritti al sindacato o all'associazione datoriale. L'efficacia soggettiva dei contratti collettivi finisce quindi per esplicarsi in un altro modo, questo detto, nei confronti di soggetti non iscritti. I datori di lavoro a loro volta, anche se non iscritti e anche se quindi

non sottoposti a vincoli, tendono ad adeguarsi a loro volta al contratto collettivo, altrimenti sarebbero costretti a dovere le differenze ai lavoratori che facciano ricorso al giudice.

Non esiste alcun vincolo normativo per i giudici ad applicare il contratto collettivo e nel caso in cui questi si distanziassero da quanto previsto da esso, compirebbero un'azione assolutamente legittima.

Efficacia oggettiva del contratto collettivo

Per capire l'ambito oggettivo di applicazione del contratto, varie circostanze permettono di circoscriverlo. Tradizionalmente i sindacati del nostro ordinamento si organizzano sulla base delle **categorie** (sindacati di categoria e non di mestiere) e ciò si riflette sull'ambito di applicazione del contratto collettivo, che, se nazionale, si riferisce appunto ad un settore economico produttivo. A differenza del contratto corporativo, la categoria non è giuridicamente data, bensì è un ambito concordato dalle parti che può variare: nel riconoscimento della libertà sindacale e della piena autonomia privata, un datore di lavoro non è vincolato ad applicare un contratto collettivo del settore in cui opera (nonostante sia probabilmente quello che farà nei fatti), nulla gli impedisce di iscriversi ad un'associazione datoriale di un'altra categoria applicando il contratto collettivo di questa. L'**art. 2070 c.c.** afferma che ai fini dell'applicazione del contratto collettivo, l'appartenenza alla categoria professionale si determina in base all'attività esercitata dal datore di lavoro.

Dottrina e giurisprudenza sono unanimi nel ritenere che questa norma non sia più applicabile ai contratti collettivi di diritto comune, nonostante vi siano delle situazioni in cui l'art. 2070 c.c. trova applicazione, cioè quando il giudice, per il tramite dell'art. 36 Cost., fa riferimento al contratto collettivo per la determinazione della retribuzione proporzionata e sufficiente, si basa sul contratto collettivo della categoria di riferimento.

Sebbene i contratti collettivi di fatto siano di categoria, questa non esiste dal punto di vista giuridico e non vincola così le parti.

Circa il **rapporto tra il contratto collettivo e il contratto individuale di lavoro**, entrambi finiscono per disciplinare il medesimo rapporto ma si pongono in un particolare rapporto l'uno nei confronti dell'altro. Ricordando che il contratto collettivo è un contratto di diritto privato, le parti del contratto collettivo (Confindustria, CGIL, UIL e CISL) non coincidono con quelle del contratto individuale (ad esempio: ABC, Spa e Tizio).

Nel nostro orientamento, l'**art. 2077 c.c.**, introdotto in pieno periodo corporativo quando il contratto collettivo aveva efficacia *erga omnes* ed era inderogabile ed era fonte del diritto, afferma che: *"I contratti individuali di lavoro tra gli appartenenti alle categorie alle quali si riferisce il contratto collettivo devono uniformarsi alle disposizioni di questo."*

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

Nel sistema corporativo rappresentato, il contratto collettivo prevaleva nettamente su quello individuale; la disposizione, figlia del suo tempo, ha una ragion d'essere utile anche nel nostro sistema: è importante **garantire** che le parti individuali nel contratto individuale **non** prevedano **clausole peggiorative** rispetto al contratto collettivo in quanto la funzione dell'azione sindacale è tutelare i lavoratori negoziando condizioni applicabili a tutti loro grazie al loro potere negoziale all'interno del contratto collettivo. Se il lavoratore è però posto nella situazione di dover accettare condizioni peggiori, e cioè se il contratto individuale potesse derogare *in pejus* alle condizioni previste dal contratto collettivo, il sistema perderebbe tutto il suo scopo e le sue peculiarità e l'azione sindacale verrebbe svuotata della sua funzione. Nel diritto comune però questo sistema deve essere giustificato: l'esigenza è la medesima ma lo strumento giuridico è necessario per

spiegare e giustificare i fatti; la dottrina ha fatto notare questa carenza in quanto ad oggi il contratto collettivo è quello di diritto comune (e non quello corporativo degli anni '40), e non presuppone quindi un ordine gerarchico.

Il legislatore nel 1973 è direttamente intervenuto in materia di **processo del lavoro**, riformando il processo in caso di controversie sul lavoro e modificando anche l'**art. 2113 c.c.**: nell'atto di modifica è stato previsto che non sono valide la rinuncia e la transazione che hanno per oggetto diritti del prestatore di lavoro derivanti da disposizioni inderogabili di legge, da contratti o accordi collettivi. Questo significa che il lavoratore non può rinunciare o transigere a diritti che gli vengono garantiti dalla legge o dal contratto collettivo. Questa disposizione fa sì che i **diritti garantiti dal contratto collettivo non siano derogabili o rinunciabili**. Tale norma, unita all'orientamento della giurisprudenza che faceva riferimento all'art. 2077 c.c., pur riguardando i contratti corporativi, porta alla conclusione che i contratti collettivi sono inderogabili e prevalgono; possono essere derogati solo in meglio, nonostante formalmente non vi sia un rapporto gerarchico tra contratto collettivo e contratto individuale.

Efficacia del contratto collettivo nel tempo

Il contratto collettivo è destinato per sua natura ad avere una **durata relativamente limitata** nel tempo, perché rappresenta quel punto di equilibrio, spesso raggiunto dopo faticose negoziazioni (anche fatte di conflitti e scioperi), che cristallizza un certo assetto di interessi il quale, in un certo momento storico, in un dato contesto socio economico, alla luce delle contingenze del momento e secondo le parti sociali, rappresenta il miglior **compromesso** per contemperare interessi dei lavoratori ed interessi datoriali. È un equilibrio precario e, in ogni caso, destinato a mutare nel tempo: al variare delle contingenze e delle necessità delle parti, muta anche il contenuto del contratto. Sappiamo per definizione che il contratto collettivo è destinato a cambiare nel tempo e spesso le **parti sociali**, nella negoziazione di un contratto collettivo, **predeterminano la data di scadenza** del contratto collettivo.

Nel protocollo Ciampi del 1993, ad esempio, era predeterminata la durata dei contratti collettivi nazionali in anni 4 con riferimento alla parte normativa (ciò che riguarda le condizioni di lavoro come permessi, ferie, orari, etc.) e in anni 2 quella parte economica (livelli di retribuzione), durata poi uniformata a 3 anni dall'accordo interconfederale del 2009.

In ogni caso, che si faccia riferimento ai protocolli o agli accordi interconfederali, cioè accordi collettivi con cui le parti stesse a livello interconfederale autodisciplinano i loro rapporti reciproci e le modalità di contrattazione e rappresentanza, in generale le parti stabiliscono *ex ante* la durata del contratto collettivo.

Poiché il contratto è frutto dell'autonomia delle parti, il suo **contenuto** può anche prevedere la possibilità di **proroga** della durata, di **rinnovo anche tacito** del contratto scaduto (nel caso in cui le parti non abbiano dato disdetta) o di **disdetta**.¹ Talvolta, per evitare il vuoto fra la scadenza del primo contratto collettivo e la stipula del successivo, in quanto le negoziazioni possono richiedere tempo, le parti possono prevedere delle **clausole di ultra-attività** in forza delle quali il contratto scaduto continua a produrre degli effetti per tutto il tempo necessario alle parti per pervenire ad un nuovo contratto (il vecchio contratto tutela parimenti le parti che così non si trovano senza

¹ NB: disdetta ≠ recesso: il **recesso** da un contratto è ciò che si verifica quando una parte unilateralmente decide di cessare il contratto di cui è parte, come il licenziamento o le dimissioni. Nella **disdetta**, invece, la parte non recede *ante tempus* dal contratto in essere tra le parti prima della sua scadenza; bensì si ha una situazione per cui una parte comunica all'altra di non volere l'automatico rinnovo del contratto, cioè, raggiunta la naturale scadenza del contratto concordata, quest'ultimo cesserà di avere effetti e non verrà tacitamente rinnovato o prorogato.

garanzia); nel silenzio delle parti, invece, il vecchio contratto cesserà di produrre effetti alla sua scadenza convenuta dalle parti al momento della stipula.

Naturalmente la scadenza del contratto apre una **fase di negoziazione** spesso complessa del nuovo contratto: talvolta le stesse parti hanno auto disciplinato la procedura di apertura delle negoziazioni secondo una loro libera scelta, senza alcuna previsione normativa.

Ad esempio, il protocollo Ciampi del 1993 aveva previsto che le parti potessero, fino a 3 mesi prima della scadenza del contratto collettivo, proporre il rinnovo o individuare un nuovo potenziale contenuto; l'accordo interconfederale del 2009 ha esteso a 6 mesi questo termine.

Cosa succede alla firma di un nuovo contratto collettivo? Nell'ipotesi in cui le parti che sottoscrivono il nuovo contratto siano le medesime del precedente, allora **il nuovo contratto collettivo sostituisce tout court il precedente**: possono esser contenute nel nuovo contratto anche clausole peggiorative rispetto al precedente. Anche queste clausole verranno applicate, fatta eccezione per i c.d. **diritti quesiti**, cioè i diritti che sono già stati acquisiti, già entrati a far parte nel patrimonio del lavoratore, come il diritto allo straordinario già maturato per le prestazioni di lavoro già svolte.

Questo fa capire che il rapporto fra contratto collettivo e il contratto individuale non è un rapporto di incorporazione: il contenuto del primo non confluisce nel secondo, bensì, così come la legge, è una **fonte eteronoma** che ne disciplina solo il **contenuto**, stando fuori dal contratto di lavoro tra le parti individuali: al variare del contratto collettivo varierà anche la disciplina individuale applicabile tra le parti perché variano gli effetti del primo sul secondo (le parti non incorporano il contratto collettivo in quello individuale).

Nel 2006 è stato modificato l'art. **360 c.p.c.** che disciplina i motivi di ricorso per cassazione: tra questi sono stati inclusi anche i *motivi relativi alla violazione e falsa applicazione dei **contratti collettivi e accordi nazionali di lavoro***. Fino a prima del 2006 la legge prevedeva che le parti potessero ricorrere in cassazione per asserita *violazione e falsa applicazione delle **norme di diritto***, in quanto alla cassazione non spetta l'accertamento dei fatti ma un ruolo di verifica della corretta applicazione delle norme di diritto. Questa disposizione risulta problematica in quanto il contratto collettivo è un contratto di diritto comune, di diritto privato e, secondo la modifica dell'art. 360 c.p.c., rientra a far parte di una norma che riguarda solo norme di diritto. La norma è stata anche portata dinanzi alla Corte costituzionale che ne ha dichiarato inammissibile il ricorso.

La natura del contratto collettivo, quindi, resta ambigua, per quanto dottrina e giurisprudenza si siano sforzate di interpretarlo come contratto di diritto comune. È quindi legittimo domandarsi se tale estensione non travolga la tradizionale concezione del contratto collettivo come atto negoziale dell'autonomia privata.

Il sistema contrattuale e i livelli della contrattazione collettiva

È importante rilevare come non esista un unico contratto collettivo a livello nazionale, in quanto le parti, in un sistema plurale e articolato, hanno sviluppato contrattazione collettiva su diversi livelli. Lo sviluppo dei vari livelli di contrattazione (aziendale, territoriale e nazionale) richiama il tema dei rapporti tra associazioni sindacali nel tempo e quello dei rapporti tra grandi sindacati a livello nazionale e rappresentanti a livello aziendale.

- In una prima fase, tra la fine della II guerra mondiale e fino agli anni '50, protagonista fu il **contratto collettivo a livello nazionale** che centralizzava tutte le competenze, soprattutto quelle circa le retribuzioni, e che veniva siglato dalle grandi confederazioni, per lo più stipulato a livello di categoria. Gli accordi interconfederali avevano invece contenuti trasversali.
- A partire dagli anni '60, poi, si svilupparono forme di rappresentanza a livello territoriale e aziendale: vi erano chiare dinamiche di conflitto e scarsa comunicazione tra i lavoratori a livello aziendale e i grandi sindacati nazionali: il sistema cominciò a conoscere una propria articolazione

per cui accanto a forme di contrattazione a livello nazionale iniziarono ad essere siglati **contratti a livello aziendale o locale** (in un contesto normativo che però ancora non disciplinava i rapporti tra i contratti di diverso livello). La giurisprudenza all'inizio faticò a riconoscere il contratto aziendale come contratto collettivo: una primissima, poi superata, giurisprudenza lo intendeva ancora come l'insieme, ossia come mera somma, dei singoli contratti siglati fra lavoratori e datore di lavoro; venne poi riconosciuta la natura collettiva del contratto aziendale come autonomo in cui le parti perseguono interessi diversi da quelli individuali dei singoli lavoratori.

- A partire dagli anni '70 tornò in auge il contratto nazionale, poi negli anni '80 si ebbe di nuovo una spinta verso il decentramento.
- In ogni caso fino agli anni '90 il tutto avvenne al di fuori di qualsiasi disciplina, sia a livello legale, ma anche a livello negoziale.

Col protocollo del luglio 1993 le parti disciplinarono per la prima volta in modo sistematizzato e articolato un sistema di relazioni industriali, rappresentanza e contrattazione collettiva che disciplinasse i rapporti fra contratti collettivi di diverso livello.

Il problema giuridico di fondo era stabilire quale fosse il **rapporto fra contratto collettivi di diverso livello**. Cosa succede se, ad esempio, il contratto aziendale prevede condizioni sfavorevoli per i lavoratori rispetto al contratto nazionale? Come si risolve il conflitto? Pensiamo, ad esempio, al caso in cui un datore di lavoro abbia siglato un contratto nazionale con i propri dipendenti, i quali sono anche sottoscrittori di un contratto aziendale con clausole diverse.

Innanzitutto, entrambi sono contratti di diritto comune e quindi non c'è una gerarchia delle fonti (si tratta di autonomia privata, non parliamo di leggi).

Secondo l'orientamento fermo della giurisprudenza, nulla impedisce quindi, da un punto di vista giuridico, di riconoscere la piena validità ed efficacia di un contratto aziendale stipulato successivamente, che preveda clausole difformi rispetto a quelle contenute nel contratto nazionale. Questo è stato l'approdo della giurisprudenza che ha però elaborato nel tempo diversi orientamenti giurisprudenziali.

In un primo momento essa aveva valorizzato il **principio temporale** secondo cui tra contratto nazionale e aziendale prevaleva quello stipulato successivamente. Questa tesi, che si fondava sul presupposto del pari valore giuridico dei contratti siglati a livello diverso, è stata poi superata dalla Corte di cassazione che aveva evidenziato come il tema della successione dei contratti nel tempo, e quindi il principio temporale, andava applicato nel caso in cui nuovo contratto fosse stato siglato dalle stesse parti firmatarie di quello precedente: il criterio cronologico trova applicazione solo tra norme provenienti dalla medesima fonte, anche negoziale: contratto aziendale e contratto nazionale erano e sono però fonti diverse.

La giurisprudenza si è quindi mossa secondo il **principio di specialità**: il contratto aziendale si applica in quanto speciale rispetto a quello nazionale, ossia in quanto detiene una certa specialità rispetto a contratto nazionale.

La giurisprudenza, infine, sempre riconoscendo che non esiste rapporto gerarchico tra contratti collettivi, ha prestato maggiore attenzione al **principio della competenza** per cui il contratto aziendale può legittimamente disciplinare quelle materie a lui riservate da parte del contratto nazionale. La giurisprudenza arrivò a questa conclusione in quanto, nel frattempo, le parti stesse a livello interconfederale si erano date delle regole e avevano autodisciplinato i loro rapporti reciproci e il grande tema del rapporto tra contratto collettivo aziendale e nazionale seguendo già la logica del riparto delle competenze. La giurisprudenza aveva quindi adottato questo criterio poiché "codificato" dalle parti in via negoziale. In violazione degli accordi nazionali, però, qualora le parti avessero siglato contratti circa materie non riservate alla competenza aziendale o riguardanti le materie di cui erano competenti ma in modo difforme da quanto previsto, veniva comunque

riconosciuta la validità degli stessi poiché i limiti contenuti nel contratto nazionale avevano **natura obbligatoria** e non normativa. In concreto, le parti sociali, consapevoli di questo tema, si autodisciplinarono attraverso la prima grande sistematizzazione a livello negoziale, avvenuta con il protocollo del 1993.

Il Protocollo del 1993

Con questo protocollo, per la prima volta venne disciplinato un sistema contrattuale articolato, sistematizzando ed esplicitando rapporti di relazione fra contratti diversi e dando disciplina concreta alla contrattazione collettiva. L'accordo è stato poi superato dall'accordo del 2009 e dall'intervento del legislatore nel 2011 con l'art. 8 del d.l. 138/2011.

Il Protocollo del 1993 disciplinava un sistema di contrattazione articolato su **due livelli**:

5. **contratto nazionale di categoria**, di durata quadriennale per la parte normativa e biennale per la parte economica;
6. **contratto aziendale**, di durata quadriennale.

I due livelli avevano **competenze diverse e non sovrapponibili** per limitare ed eliminare ogni possibile conflitto: il sistema non ammetteva sovrapposizioni o potenziali conflitti perché le materie entro cui le parti potevano disciplinare reciprocamente i propri rapporti e interessi erano ripartite fra contratto nazionale e contratto aziendale.

Spettava al primo, mediante apposite **clausole di rinvio**, individuare quelle materie in cui era possibile una contrattazione anche a livello aziendale: le materie erano così diverse e ripartite; a livello aziendale le parti non avevano margine di discrezione e libertà sull'identificazione delle materie su cui poter intervenire, in quanto esse erano già definite.

Il sistema così definito durò fino alla fine degli anni 2000, quando il sistema di relazioni industriali e di contrattazione collettiva conobbe una grave crisi: proprio in questi anni, infatti, si collocano gli accordi separati (in cui per la prima volta la CIGL non sottoscrisse l'accordo interconfederale di CISL e UIL) e il caso FIAT.

Accordo quadro del 2009 e Accordo interconfederale del 2011

L'Accordo del 2009, a cui si giunse con fatica e che **sostituì il protocollo del 1993**, era stato preceduto da una fase di ampio dibattito non solo politico e fra le parti sociali, ma anche fra gli operatori del diritto; nonostante ciò, la CIGL non fu firmataria. Erano tre i grandi temi sul piano della riflessione precedenti la stipula dell'accordo:

- **opportunità (o meno) di alleggerire il ruolo del contratto nazionale di categoria**: soprattutto la CIGL, storicamente, ma in generale i sindacati, sostenevano la necessità di mantenere saldo il ruolo del contratto a livello nazionale e questo perché il timore era (ed è) quello per cui una contrattazione decentrata a livello aziendale o territoriale possa minare la forza rappresentativa dei sindacati, determini fratture interne oppure possa garantire al datore di lavoro una posizione più forte (per il datore è più semplice negoziare a livello aziendale dove questi è il capo);
- **disciplina delle clausole di uscita**: corrispondenti all'opportunità di garantire, secondo certi limiti e procedure, la possibilità da parte del contratto aziendale di derogare al contratto nazionale. Non veniva quindi individuata solo la possibilità di disciplinare materie specifiche espressamente delegate dal contratto nazionale a quello aziendale, ma anche quella di trattare diversamente delle materie già disciplinate dal contratto nazionale, anche in modo peggiorativo;
- **opportunità o meno di introdurre e promuovere un terzo livello di contrattazione, quello territoriale**, non da intendersi come livello intermedio tra quello aziendale e nazionale (ipotesi sempre rifiutata da Confindustria), ma che avrebbe dovuto rappresentare un livello di contrattazione alternativo rispetto a quello aziendale.

Dopo tale dibattito si arrivò all'accordo del **2009**, l'**Accordo Quadro**: la CIGL, non firmataria, manifestò un ampio dissenso con riguardo sia alle procedure di negoziazione adottate sia al contenuto. L'accordo confermò il **sistema binario di contrattazione**, da un lato il contratto nazionale e dall'altro il contratto aziendale, a cui si affiancava quello territoriale come alternativo, tutti quanti con durata triennale (anche per la parte economica e per quella normativa del contratto nazionale). Venne riaffermata **centralità del contratto nazionale**, ammettendo però per la prima volta le **clausole di uscita**, punto su cui la CGIL era molto critica: queste consistevano nella possibilità di contrattazione di secondo livello (sia aziendale che territoriale) su materie già trattate a livello nazionale, anche in modo difforme, stipulando cioè accordi che prevedano una disciplina diversa anche peggiorativa. Questa possibilità veniva riconosciuta in modo limitato, cioè al ricorrere di alcune condizioni e parametri oggettivi individuati dal contratto nazionale e previa approvazione delle parti che avevano stipulato il contratto nazionale di quella categoria interessata. Restava però il problema per cui nell'accordo del 2009 mancava la CIGL, sigla con il più alto numero di iscritti.

Venne quindi sollevato il **tema dell'applicabilità dell'accordo** a lavoratori iscritti ad un sindacato non firmatario ed apertamente dissenziente. La soluzione venne trovata di nuovo in via negoziale: le parti sociali siglarono un nuovo **Accordo interconfederale** nel **2011** con anche CIGL: viene ritrovata così l'unità sindacale. Con questo accordo si ribadirono la centralità del contratto a livello nazionale e il fatto che la contrattazione di livello si potesse svolgere solo nelle materie delegate; venne poi introdotto un complesso sistema di calcolo della rappresentatività per estendere l'efficacia del contratto all'intero settore e per consentire l'accesso al tavolo delle trattative solo ai sindacati più rappresentativi.

L'intervento del legislatore e il TU sulla rappresentanza del 2014

In questo contesto, dove tutto si era svolto con gli accordi collettivi (ossia con contratti) al di fuori della legge, subentrò il **legislatore**, con una mossa chiaramente politica: nel 2011 egli intervenne sul tema della contrattazione decentrata.

In particolare, con l'**art. 8 del d.l. 138/2011**, poi convertito (con modificazioni) con **l. 148/2011**, il legislatore scavalcò le posizioni raggiunte dalle sigle sindacali dopo faticose trattative. Il co. 1 prevede che: "*I contratti collettivi di lavoro sottoscritti a **livello aziendale o territoriale** da associazioni (quindi anche i sindacati) dei lavoratori comparativamente più rappresentative sul piano nazionale o territoriale, ovvero dalle loro RSA, ai sensi della normativa di legge e degli accordi interconfederali vigenti, **possono realizzare specifiche intese con efficacia nei confronti di tutti i lavoratori interessati [...]** **anche in deroga alle disposizioni di legge ed alle relative regolamentazioni contenute nei contratti collettivi nazionali di lavoro.**"*

I co. 2 e 2 *bis* elencano poi le materie entro cui i contratti aziendali o territoriali possono operare in deroga, sostanzialmente l'intero diritto del lavoro senza limiti, con l'unico vincolo quale il rispetto della Costituzione, della normativa europea e delle convenzioni internazionali.

Viene evidentemente **messo in discussione il ruolo** centrale del **contratto collettivo nazionale** che le parti sociali gli avevano attribuito: la contrattazione aziendale e territoriale, infatti, possono intervenire in materie ben più ampie rispetto a quelle indicate dall'Accordo interconfederale del 2011. Con riferimento alla **deroga al contratto nazionale**, è chiaro che il legislatore abbia voluto far passare il messaggio per cui la **contrattazione** collettiva doveva avvenire principalmente a **livello decentrato** come dimostrato dal fatto che nell'art. 8:

- non vi erano limiti di carattere procedurale o sostanziale (possibile derogare sia ai contratti nazionali che alla legge);

- in capo al contratto nazionale non vi era nessun ruolo di indirizzo o di veicolo delle materie da delegare.

La reazione delle parti sociali non si fece attendere: le stesse (CISL, CGIL, UIL e Confindustria, con l'aggiunta poi di altre sigle sindacali) siglarono una **postilla all'accordo del 2011** con cui si impegnarono reciprocamente a non applicare l'art. 8, non potendo abrogarlo.

Nella realtà, tuttavia, si registra una certa diffusione della contrattazione aziendale che fa uso dell'ampio spazio di deroga al contratto nazionale e alla legge, ai sensi dell'art. 8 (non sono pochi i contratti aziendali che derogano a quanto previsto da quelli nazionali).

Il contenuto dell'accordo interconfederale è stato recepito dal **Testo Unico sulla rappresentanza del 2014** che ha confermato in toto il contenuto dell'accordo interconfederale del 2011, confermando ulteriormente la prevalenza del contratto nazionale e la presenza delle clausole di uscita (la possibilità di stipulare specifiche intese anche derogatorie *in pejus* rispetto al contratto nazionale, nei limiti e secondo le procedure previsti dal contratto nazionale).

Contratto collettivo e legge

In questa riflessione, non ci si interroga sul rapporto tra fonti negoziali come sopra (contratto aziendale e nazionale), bensì tra una fonte negoziale e una fonte del diritto. Tradizionalmente, quindi, il rapporto tra legge e contratto collettivo è gerarchico: la legge prevale sempre sul secondo e il secondo non può derogare alla prima. L'inderogabilità delle norme del diritto del lavoro, infatti, consiste in uno dei caratteri centrali del diritto sindacale a tutela della posizione fisiologicamente debole del lavoratore. L'inderogabilità è però prevista salvo che il contratto collettivo non preveda condizioni di miglior favore, per cui il contratto collettivo non può derogare alla legge. Se la risposta sulla carta è semplice in quanto c'è un rapporto gerarchico, nei fatti il legislatore ha spesso affidato al contratto collettivo **funzioni normative o paranormative**, ad esempio: funzione di integrare una certa disciplina, funzione di derogare alla legge prevedendo una disciplina speciale che prevalga sulla legge la quale trova applicazione solo in via sussidiaria oppure funzione di derogare anche *in pejus* senza limiti sostanziali o procedurali. Ciò induce ancora a problematizzare la definizione di contratto collettivo come contratto di diritto privato, in quanto il suo ruolo nell'ordinamento rappresenta molto di più.

Il diritto di sciopero

Lo sciopero è in qualche modo strumentale a tutti i diritti sindacali: è lo strumento principale di lotta sindacale in quanto costituisce la forma più incisiva di autotutela degli interessi collettivi dei lavoratori; è la loro tipica azione di lotta, lo strumento del conflitto tra le parti sociali. Astenendosi collettivamente dalla prestazione di lavoro, i lavoratori generano infatti una pressione sul datore al fine di spingerlo ad accettare in tutto o in parte le loro richieste.

Storicamente lo sciopero è stata la prima reazione di protesta dei lavoratori che erano impiegati in situazioni totalmente prive di garanzie o sicurezza, al fine di ottenere il riconoscimento di diritti o pretese economiche dal datore di lavoro.

Dal punto di vista fattuale, lo **scopo pratico** dello sciopero è il **riconoscimento di diritti** che si ottiene danneggiando e mettendo in difficoltà il datore di lavoro.

Proprio il **riconoscimento del conflitto** come fisiologica dinamica tra le parti sociali è ciò che caratterizza il nostro ordinamento sindacale a differenza di quello corporativo, dove le parti non erano libere di manifestare e promuovere il proprio dissenso e i propri interessi, dovendo cooperare al fine di promuovere l'interesse superiore della Nazione.

Se nei fatti lo sciopero è il più efficace strumento di lotta e il più efficace modo dei lavoratori per manifestare le loro intenzioni e far pesare il loro potere contrattuale sulla controparte, la **disciplina**

giuridica dello sciopero influenza l'ambito di esplicazione dello stesso e i suoi spazi di esercizio (nel senso di riconoscerlo e garantirlo o limitarlo, a seconda delle scelte dell'ordinamento).

Nel nostro ordinamento lo sciopero è stato prima configurato come reato, poi riconosciuto come libertà; quindi, nuovamente represso come reato nel periodo fascista e poi ancora garantito come diritto in forza dell'art. 40 Cost., il quale infatti si colloca successivamente all'art. 39 Cost., completando il riconoscimento della libertà sindacale.

Anche con il riconoscimento formale del diritto di sciopero, i problemi non si sono risolti: essenziali sono state la giurisprudenza e la Corte costituzionale. La prima ha vissuto importanti oscillazioni, adottando un atteggiamento prima restrittivo nell'ambito del suo riconoscimento, per poi aprirsi progressivamente allo stesso.

In termini tecnici, lo sciopero è l'**astensione collettiva** di un gruppo di lavoratori dalla prestazione di lavoro, **finalizzata all'autotutela ed alla promozione dei propri interessi**.

Concretamente i lavoratori scioperanti cessano di rendere la propria prestazione e giuridicamente si rendono **inadempienti rispetto all'obbligazione che hanno assunto nel momento in cui hanno stipulato il contratto di lavoro**.

Le obbligazioni soggettive delle parti nel rapporto di lavoro sono, per il lavoratore, rendere una prestazione di lavoro e, per il datore di lavoro, pagare una retribuzione come corrispettivo della prestazione resa e ricevuta. Nel momento in cui il lavoratore esercita il diritto di sciopero, non svolge la prestazione oggetto dell'obbligazione che ha assunto con il contratto, prestazione che il datore si aspetta.

Tanto la Corte costituzionale quanto la corte di cassazione hanno dato una collocazione sistematica al diritto di sciopero in riferimento agli altri diritti sindacali e alla disciplina del rapporto di lavoro.

Il contesto giuridico ha rilevato e rileva quanto al riconoscimento della natura dello sciopero: già con il **codice Zanardelli** del 1889 lo sciopero era stato depenalizzato, diventando una semplice **libertà** che però, priva di presidi da parte della legge, continuava a rappresentare un inadempimento contrattuale: il lavoratore scioperante era esposto alla reazione del datore di lavoro che sospendeva a sua volta la prestazione, ossia la retribuzione, e reagiva disciplinarmente all'assenza ingiustificata, fino ad arrivare al licenziamento. Coerentemente con il riconoscimento dello sciopero come mera libertà, la giurisprudenza dell'epoca confermava quella che era la posizione assunta dai datori di lavoro (anche il licenziamento), nonostante ciò mettesse in discussione l'esercizio concreto della libertà, appunto lo sciopero.

I lavoratori però fecero sempre forza sul loro numero e non su qualche protezione o riferimento giuridici: migliaia di lavoratori, terminato lo sciopero, sarebbero stati difficili da sostituire a seguito di un licenziamento.

Con il **codice Rocco** del 1930, lo sciopero venne configurato come **reato**, coerentemente con la linea politica del legislatore dell'epoca: in un contesto giuridico quale quello dell'epoca fascista, gli interessi individuali e singolari non avevano ragion d'essere dinanzi a quello superiore dello Stato: sia lo sciopero che la serrata erano quindi ipotesi di reato. Più di una erano le disposizioni che disciplinavano in questo senso le ipotesi di reato.

In particolare, l'**art. 502 c.p.**, poi dichiarato incostituzionale, configurava come reato la serrata o lo sciopero qualora fossero finalizzati al perseguimento di **scopi** economici professionali, e cioè **contrattuali** (ad esempio, promozione o tutela di migliori salari od orari); inoltre l'**art. 510 c.p.**, per la medesima ipotesi di reato, prevedeva aumenti di pene se lo sciopero o la serrata avessero dato luogo a tumulti o sommosse.

L'**art. 503 c.p.** invece puniva lo sciopero più severamente per **fini non contrattuali**, per fini cioè ulteriori, come ad esempio per motivi politici, di solidarietà o di protesta. Se è represso lo sciopero per fini contrattuali, ancor più represso è quello realizzato per altri motivi in un contesto privo di libertà politica, di parola o di espressione.

La distinzione dei fini dello sciopero si è conservata anche dopo il periodo fascista nelle pronunce giurisprudenziali.

Con l'avvento della Costituzione, l'**art. 40 Cost.** afferma che "*il diritto di sciopero si esercita nell'ambito delle leggi che lo regolano*":

- l'articolo innanzitutto riconosce e garantisce lo sciopero per la prima volta come un **diritto** e non come una libertà;
- vi è una riserva di legge che affida al legislatore ordinario il compito di disciplinare il diritto di sciopero, in modo funzionale all'esigenza di limitare lo stesso diritto. Già il legislatore costituente, quindi, immaginava ed ammetteva che il diritto di sciopero si esercitasse entro alcuni **limiti**, nell'ambito dei confini delle leggi che lo regolavano. Lo sciopero, infatti, non è un diritto assoluto, ma si concilia con altri.

Le parole della norma sono un **compromesso tra forze politiche distanti**: la sinistra comunista e socialista voleva che lo sciopero fosse riconosciuto come diritto assoluto; l'area cattolica invece riconosceva il diritto ma anche la necessità di alcuni limiti: per questo essa voleva che lo sciopero fosse ricondotto a dinamiche di carattere economico e contrattuale. Il compromesso, che riproduce il preambolo della Costituzione francese del 1946, viene identificato proprio nell'art. 40 Cost.: la costituzione però non limita direttamente il diritto di sciopero, ma si affida al legislatore ordinario. Tuttavia, per ragioni politiche e per difficoltà tecniche nell'individuare una disciplina coerente, il legislatore ordinario non intervenne mai sul piano dello sciopero in generale; solo nel **1990** venne adottata una legge in materia di sciopero nei servizi pubblici essenziali, dove appunto questo non poteva pregiudicare i servizi stessi.

Ciò significa che non esiste una definizione normativa di sciopero nel nostro ordinamento, né una definizione dei limiti dell'esercizio del diritto di sciopero: la riserva di legge è rimasta **inattuata**.

Con riferimento all'art. 40 Cost., un ruolo essenziale hanno giocato la giurisprudenza della Corte costituzionale, in più occasioni chiamata a pronunciarsi sulla costituzionalità delle norme del codice penale (figlie di un ordinamento e di un'epoca molto diversi da quello successivo all'entrata in vigore della Costituzione), e la giurisprudenza delle corti di merito e della corte di cassazione. È stata quindi progressivamente costruita una sistematizzazione del diritto di sciopero organica e consolidata, per quanto non assistita da alcun riferimento normativo al di fuori dell'art. 40 Cost.

Come per l'art. 39 co. 1 Cost., anche con riferimento all'art. 40 Cost., è stata riconosciuta la portata non meramente programmatica bensì **immediatamente precettiva** della norma, nonostante la riserva di legge, come confermato dalla corte.

Dal riconoscimento della portata precettiva dell'art. 40 Cost., discendono una serie di **conseguenze**:

- **sul piano verticale** nei rapporti tra Stato e cittadini, il legislatore può disciplinare il diritto di sciopero anche limitandolo, ma è obbligato a riconoscerlo;
- **sul piano orizzontale** nei rapporti tra privati, la condotta di astensione dal lavoro per esercitare il diritto di sciopero non può essere sanzionata disciplinarmente dal datore di lavoro: la mancata prestazione non è un inadempimento contrattuale, bensì l'esercizio di un diritto. Viene meno però l'obbligo del datore di lavoro di riconoscere la retribuzione al lavoratore per il principio della reciprocità o corrispettività delle prestazioni di lavoro: il contratto di lavoro è un contratto di diritto privato per cui al venir meno di una prestazione, può venire meno anche l'altra (solo in alcune situazioni il legislatore deroga al principio di corrispettività, come nei casi di maternità e incidenti sul lavoro, facendo in modo che il datore di lavoro possa appoggiarsi anche a forme di *welfare* statali). Ad esempio, la condotta del datore di lavoro che riduce lo stipendio al lavoratore scioperante è illegittima e in particolare si qualifica come discriminatoria ex art. 15 SdL.

La natura e la titolarità del diritto di sciopero

La dottrina si è molto interrogata circa la **natura** del diritto di sciopero: una prima teoria ormai superata aveva sostenuto che quello di sciopero fosse, all'interno del rapporto di lavoro, un diritto potestativo del lavoratore, a cui quindi era riconosciuta la prerogativa di sospendere il rapporto di lavoro con una manifestazione di volontà (il datore di lavoro si trovava così in una posizione di mera soggezione, ne subiva gli effetti "passivamente"). Il diritto di sciopero è stato poi ampliato nella sua natura, prima diritto relativo esercitato solo in presenza di rivendicazioni economico-contrattuali, e poi esteso a dinamiche e finalità non meramente contrattuali: esso è stato quindi riconosciuto come diritto fondamentale della persona umana in quanto garantito dalla Costituzione e da altre fonti sovranazionali come l'art. 28 CDFUE.

Circa la **titolarità** del diritto di sciopero, esso è un **diritto individuale a esercizio collettivo**: la **titolarità** del diritto di sciopero è **individuale** per cui ogni lavoratore, per il fatto di essere tale, ne è titolare e questo riconoscimento gli viene direttamente dall'art. 40 Cost.

L'**esercizio** del diritto è **collettivo**, nonostante la titolarità sia individuale: esso, quindi, deve essere esercitato almeno da un certo gruppo di lavoratori; ciò che rileva è che lo sciopero sia esercitato per il **perseguimento di interessi collettivi, comuni a un certo numero o a una certa categoria di lavoratori**. Esso non può essere esercitato per promuovere o proteggere un diritto o un interesse individuale, ma solo collettivo, pur sempre non inteso come mera somma degli interessi individuali dei lavoratori. Questo è ciò che contraddistingue l'esercizio del diritto di sciopero. Il fatto che la sua dimensione collettiva sia imprescindibile non significa che il diritto di sciopero possa essere esercitato solo se proclamato da un sindacato o da un gruppo istituzionalizzato, sono infatti legittimati anche gruppi momentanei e formazioni spontanee.

Ci sono limitazioni soggettive al diritto di sciopero: tutti i lavoratori subordinati sono titolari del diritto di sciopero, ad eccezione dei membri della Polizia di Stato e dei Militari (cfr. sent. 120/2018 Corte costituzionale). Nel silenzio del legislatore, la giurisprudenza, con l'avvallo della Corte costituzionale, ha esteso il diritto di sciopero anche ai lavoratori autonomi, laddove si trovino in una situazione di dipendenza economica nei riguardi del committente, e ai collaboratori continuati e continuativi (o lavoratori para subordinati).

Il riconoscimento di limiti all'esercizio del diritto di sciopero

Il fatto che il diritto di sciopero sia costituzionalmente garantito, non significa che questo non abbia dei limiti. Non potendo fare riferimento ad una legge, è necessario **affidarsi alle sentenze** che si sono succedute nel tempo, grazie a cui giurisprudenza e Corte costituzionale hanno costruito una disciplina del diritto di sciopero. La giurisprudenza ha vissuto dei cambiamenti, come già visto.

Un primo orientamento risalente agli anni '50 e '60 si era caratterizzato per un approccio particolarmente restrittivo nel riconoscimento del diritto allo sciopero.

Negli anni '70, dopo le proteste, l'autunno caldo e la l. 300/1970, la giurisprudenza adottò invece un approccio più aperto.

Nel primo periodo vennero riconosciuti dei **limiti interni** all'estensione del diritto di sciopero, **derivanti** cioè: 1) **dall'adozione di una certa nozione giuridica** in forza della quale lo sciopero, per definirsi tale e per rientrare nell'ambito di applicazione dell'art. 40 Cost., deve presentare determinate caratteristiche e 2) **dalla definizione preventiva delle finalità legittime** che lo sciopero può perseguire.

Questo approccio era avallato negli anni '50 e '60 soprattutto dalle corti di merito che riconducevano la definizione di sciopero all'*astensione concertata e completa dal lavoro, effettuata dai lavoratori nei confronti di un datore di lavoro, al fine di tutelare un proprio interesse economico-professionale collettivo*. Quindi lo sciopero doveva essere l'astensione totale dalla prestazione di

lavoro finalizzata all'ottenimento di migliori condizioni (non erano ammessi scioperi di solidarietà, politici o di protesta); non ricadevano sotto la protezione dell'art. 40 Cost., invece, quelle forme di sciopero che esulavano dall'ambito.

Dall'altra erano considerati **illegittimi** gli scioperi posti in essere dalle c.d. **forme articolate**, in cui cioè non vi era un'astensione totale dalla prestazione lavorativa, bensì un'articolazione delle stesse forme di sciopero.

La **Corte di cassazione** superò poi questo orientamento con una storica sentenza che riconobbe innanzitutto un presupposto: posto che l'art. 40 Cost. non contiene alcuna definizione di sciopero e posto che il legislatore ordinario non ha mai dato attuazione a detto articolo, come si può essere sicuri che la definizione di sciopero sia proprio quella definita e avallata dalla giurisprudenza di merito di cui sopra? Il **significato** di sciopero va infatti individuato alla luce del **senso comune** e del **contesto sociale** di riferimento. A partire da questa elementare ma essenziale osservazione, la corte affermò di **non poter limitare dall'interno il diritto di sciopero** sulla base di una nozione costruita artificialmente dall'esterno dalla giurisprudenza. Come evidenziato dalla Corte di cassazione, posto che non sussiste una definizione legale di sciopero, è necessario riconoscere la legittimità degli scioperi indipendentemente dalla finalità perseguita e dalla modalità utilizzata: con la parola sciopero, infatti, suole intendersi nulla di più di una astensione collettiva dal lavoro per il perseguimento di uno scopo comune e collettivo. Da questo momento la Cassazione aprì le maglie del riconoscimento del diritto di sciopero anche agli scioperi politici, di protesta, etc.

La stessa **Corte costituzionale** poi avallò questo orientamento, essendo chiamata più volte a pronunciarsi sulla legittimità costituzionale degli artt. 502 ss. del codice Rocco, entrati in vigore prima della Costituzione.

Con la **sentenza n. 123/1962**, la Corte fece il primo passo nel riconoscere lo sciopero anche per fini extra contrattuali (che nel codice Rocco era penalizzato in modo più pesante rispetto allo sciopero per fini contrattuali), condotto per motivi di solidarietà, finalizzato a sostenere altri lavoratori che si trovavano in momenti di difficoltà e non a far valere certe pretese dinanzi al proprio datore di lavoro (in questa sentenza per la prima volta viene riconosciuto lo sciopero per solidarietà).

Il superamento della distinzione tra scioperi per motivi contrattuali o extra contrattuali fu poi confermato in modo definitivo dalla **sentenza n. 290/1974** con cui la Corte costituzionale dichiarò l'**incostituzionalità dell'art. 503 c.p.**, ritenendo come unico limite il caso estremo in cui lo sciopero avesse la finalità di sovvertire l'ordine costituzionale o il funzionamento degli organi democratici.

A partire da questo avvallo, tutta la giurisprudenza confermò la via più aperta già intrapresa in modo timido negli anni appena precedenti. Dunque, in assenza di una definizione di sciopero o di limiti normativi, non ha rilevanza la finalità dello sciopero ai fini del riconoscimento della sua tutela come diritto costituzionale, purché l'interesse perseguito sia pur sempre un interesse collettivo.

Dopo il superamento dell'approccio restrittivo, la giurisprudenza si è interrogata su quali fossero / potessero essere i **limiti esterni** del diritto di sciopero: questi sono stati riconosciuti nella **tutela**, e quindi nel contemperamento, **di altri diritti di pari rango e pari dignità** quali: il diritto alla vita, alla salute e all'incolumità personale, il diritto all'integrità dei beni del datore di lavoro e di terzi, e più in genere il diritto dell'imprenditore alla continuazione dell'attività e dunque all'integrità del patrimonio aziendale.

La giurisprudenza ha quindi riconosciuto la **legittimità** di c.d. **forme anomale di sciopero**, individuando anche il **limite** esterno nella **compromissione della produttività dell'azienda**.

Negli anni i lavoratori hanno elaborato delle forme anomale e articolate di sciopero, ossia modalità di strutturare lo sciopero finalizzate a ridurre il più possibile il numero di ore in cui il lavoratore si astiene dalla prestazione per cui quindi non riceve la retribuzione, arrecando però maggiore danno al datore di lavoro e alla sua produzione (scioperi a singhiozzo, a scacchiera, delle mansioni).

Inizialmente la giurisprudenza non aveva riconosciuto la legittimità degli scioperi articolati affermando che il danno prodotto al datore di lavoro era superiore rispetto a quello che sarebbe stato realizzato con uno sciopero “regolare”.

Successivamente la corte di Cassazione con la **sentenza n. 711/1980**, sulla scia dell’orientamento costituzionale che riconosceva l’assenza di una nozione giuridica di sciopero e conseguentemente l’assenza di limiti normativi all’esercizio del diritto, ha affermato che nulla nel nostro ordinamento permette di concludere per l’illegittimità delle forme anomale di sciopero; d’altra parte l’arrecare danno al datore di lavoro è il mezzo funzionale e fisiologico del lavoratore per raggiungere un fine collettivo nell’esercizio del diritto di sciopero.

Se però può essere danneggiata temporaneamente la produzione, anche in maniera articolata, come la giurisprudenza ha affermato, **il danno non deve essere permanente, può incidere** (come accade) **la produzione, ma non la produttività** in quanto il danno fisiologico garantito dall’art. 40 Cost. è temporaneo (non possono essere danneggiati o distrutti macchinari o impianti mettendo in pericolo la produttività). Devono essere anche rispettati i diritti degli altri lavoratori magari non scioperanti, in funzione del loro diritto all’integrità.

Gli effetti dello sciopero

Il principale effetto dello sciopero è la **sospensione temporanea del rapporto di lavoro**: sospese sono le prestazioni, sia la **mansione** sia la **retribuzione**.

La giurisprudenza è stata più volte chiamata a valutare la legittimità dei comportamenti attuati dal datore di lavoro per tutelarsi a seguito delle conseguenze dello sciopero, comportamenti noti informalmente come il **crumiraggio interno** (chiedere ad altri lavoratori interni di occuparsi delle mansioni dei lavoratori scioperanti) e il **crumiraggio esterno** (chiedere a terzi di occupare temporaneamente i posti dei lavoratori in sciopero).

In particolare, il primo (crumiraggio interno) è legittimo nel rispetto dell’art. **2103 c.c.**: il datore può chiedere alcune mansioni ulteriori al lavoratore che siano esigibili secondo la disciplina comune dei contratti secondo il c.d. **demansionamento**, solo però per lo svolgimento di mansioni accessorie, marginali o complementari rispetto all’attività prevalente.

Secondo la disciplina del contratto a termine e della somministrazione del lavoro, il secondo comportamento (crumiraggio esterno) è vietato quando il datore voglia assumere lavoratori a termine o tramite agenzie per il lavoro con contratti di lavoro intermittente e di somministrazione del lavoro (o *part time* in orari diversi da quelli stabiliti contrattualmente).

La **giurisprudenza** ha dovuto risolvere una problematica nella prassi: nel caso dello sciopero a scacchiera, quando i lavoratori si organizzano per creare un impedimento organizzativo notevole al datore, quest’ultimo non trae alcuna utilità dai cd. crumiri (i lavoratori che decidono di non scioperare). Ci si chiede se debba richiedere la prestazione ai lavoratori non scioperanti e sia tenuto ad accettare e retribuire la loro prestazione. La giurisprudenza, dopo alcune oscillazioni, ha stabilito che il datore di lavoro, alla luce di determinate circostanze che rendano **obiettivamente** inutilizzabile la prestazione, può legittimamente rifiutarla e quindi non retribuirla; questo alla luce del principio di corrispettività contrattuale in forza del quale il suddetto caso risulta assimilabile ad una impossibilità sopravvenuta della prestazione, cosa che quindi permette al datore di non adempiere. La giurisprudenza ha applicato il **principio dell’inutilizzabilità della prestazione per impossibilità sopravvenuta** anche nel legittimare la sospensione del rapporto di lavoro verso i dipendenti sanitari non vaccinati, che infatti non potevano essere collocati in alcun reparto.

Lo sciopero nei servizi pubblici essenziali

Se è vero che nel nostro ordinamento non esiste una legge generale ordinaria in materia di sciopero, il legislatore è comunque intervenuto per la necessità di introdurre una legge che disciplinasse lo sciopero nell'ambito dei servizi pubblici essenziali.

La **l. 146/1990**, relativamente recente e lontana rispetto all'introduzione della Costituzione e che ha poi subito una modifica importante nel 2000, è l'unico intervento legislativo ordinario in materia di sciopero.

A partire dagli anni '70 e '80 erano divenuti frequenti scioperi irregolari e disorganizzati, proclamati, nell'ambito dei servizi pubblici essenziali, soprattutto da piccole sigle sindacali autonome, meno rappresentative, più forti in alcuni determinati settori o in alcune zone territoriali, generando ingenti danni e disordini sociali sia giuridici che pratici, in primo luogo mettendo a rischio i diritti degli altri cittadini (diritto alla vita, alla salute, ai trasporti, all'istruzione, etc.).

In un ambito in cui ad essere coinvolti sono anche i cittadini che usufruiscono di prestazioni e servizi essenziali, è ed era sufficiente proclamare lo sciopero per generare un danno (se lo sciopero poi non viene realizzato, i datori sono tenuti a retribuire i lavoratori, nonostante il danno si sia già causato, ad esempio, sciopero nei trasporti).

Ciò generava problemi di carattere giuridico e in particolare il problema di fondo riguardava l'applicabilità in queste ipotesi di alcune disposizioni del Codice penale del 1930: gli artt. **330** e **333** infatti vietavano in radice l'astensione dal lavoro (lo sciopero) dei pubblici dipendenti e degli addetti ai pubblici servizi in ragione del carattere pubblico dell'attività svolta. Ci si chiedeva quindi se queste norme fossero costituzionali alla luce dell'entrata in vigore della costituzione.

Dopo alcuni tentennamenti, la **Corte costituzionale** riconobbe la **legittimità** dello sciopero per motivi economici professionali ai lavoratori impiegati nei pubblici servizi, pur segnalando la necessità di introdurre **limiti** alle modalità di esercizio del diritto di sciopero.

Nell'ambito dei servizi pubblici e anticipando così l'intervento del legislatore ordinario, la corte aveva individuato dei **servizi essenziali** c.d. di "**preminente interesse generale**" nell'ambito dei quali lo sciopero era legittimo solo nella misura in cui non arrecasse danno agli interessi generali preminenti degli utenti. Ad esempio, tutti i medici o il personale sanitario non possono scioperare congiuntamente.

Nel silenzio del legislatore, le grandi confederazioni sindacali risposero all'appello della Corte costituzionale di individuare dei limiti all'esercizio del diritto di sciopero in questo settore economico-sociale; perciò, esse decisero di auto dotarsi di **codici di auto regolamentazione** per auto disciplinare l'esercizio del diritto di sciopero nei servizi essenziali, garantendo sia l'esercizio di detto diritto, sia l'erogazione delle **prestazioni minime necessarie** a favore dei cittadini.

Rinvenire l'auto-disciplina dell'esercizio del diritto di sciopero nell'ambito dei servizi essenziali in una fonte di diritto negoziale generava però un duplice problema: (i) i contratti collettivi nel nostro ordinamento, infatti, erano e sono contratti di diritto privato che vincolano solo le parti aderenti: nulla impediva ai lavoratori non iscritti di scioperare in violazione dei regolamenti di auto disciplina; (ii) d'altra parte, la pluralità delle sigle sindacali generava il problema di quale auto regolamentazione applicare nel caso di più auto discipline adottate dai vari sindacati (tanti codici quanti i sindacati presenti: quale applicare?).

Spinto dagli stessi sindacati su cui si riversava anche il malcontento dell'opinione pubblica, il legislatore adottò la **l. 146/1990** introducendo una disciplina organica in merito all'esercizio del diritto di sciopero nei servizi pubblici essenziali. La **l. 83/2000** ha poi risolto alcuni problemi applicativi della legge precedente.

All'**art. 1 co. 1** della **l. 146/1990** troviamo una **definizione** di servizi pubblici essenziali che è rimasta invariata negli anni: sono essenziali quei "*servizi volti a garantire i diritti della persona*

costituzionalmente tutelati alla vita, alla salute, alla libertà e alla sicurezza, alla circolazione, all'assistenza e alla previdenza sociale, all'istruzione e alla libertà di comunicazione."

L'**elenco** di diritti fondamentali è **tassativo**: i diritti nominati dall'art. 1 co. 1 non possono essere oggetto di interpretazione estensiva o analogica. Il servizio è essenziale nella misura in cui è funzionale alla garanzia dei diritti fondamentali elencati.

L'**art. 1 co. 2** contiene invece un **elenco** non tassativo ma **esemplificativo** dei servizi che possono definirsi essenziali; questo può essere suscettibile di interpretazione estensiva (ad esempio, nel corso del tempo anche il servizio di messa di carburante negli aerei è stato considerato essenziale). La *ratio* di fondo è quella di garantire il corretto funzionamento almeno parziale dei servizi essenziali, mantenendo però la tipicità dell'esercizio di sciopero, cioè riducendo le prestazioni e generando un danno.

Gli articoli successivi della l. 146/1990 contengono un insieme di **regole legali e procedurali** da seguire circa il concreto esercizio del diritto di sciopero, prima del suo svolgimento. Per quanto riguarda le regole legali:

1. esperimento obbligatorio di una **procedura di c.d. raffreddamento** (o conciliazione), **preventiva** alla proclamazione dello sciopero: prima di arrivare alla decisione di proclamazione di sciopero nei servizi pubblici essenziali, le parti devono incontrarsi per verificare l'esistenza di possibilità alternative in grado di risolvere il conflitto;
2. **obbligo di comunicazione preventiva scritta** (includendo data, durata, modalità e motivazione sciopero) al datore di lavoro e all'autorità amministrativa: a seconda della dimensione dello sciopero, questa sarà il Ministero (sciopero nazionale) o il Prefetto (sciopero territoriale); questi poi informano la **Commissione di Garanzia**, un'autorità indipendente che regola e supervisiona (anche eventualmente sanzionando) le condotte di sciopero nei servizi pubblici essenziali;
3. **obbligo di preavviso** minimo di dieci giorni tra la proclamazione e l'inizio dello sciopero (vietato lo sciopero a sorpresa) e obbligo di comunicazione preventiva di almeno 5 giorni agli utenti,
4. **durata determinata** dello sciopero (vietato lo sciopero a oltranza o indeterminato);
5. **intervallo minimo** tra scioperi suscettibili di colpire il funzionamento del medesimo servizio pubblico essenziale, anche se i lavoratori sono diversi (ad esempio, oggi piloti e domani assistenti di volo);
6. obbligo di erogare delle **prestazioni minime "indispensabili"**.

Le prestazioni minime indispensabili

Visto il contenuto della l. 146/1990, è necessario comprendere quali siano le **prestazioni minime indispensabili**; la legge ha immaginato che le stesse debbano essere definite dalle parti sociali *in primis* con un accordo collettivo (o con codici di autoregolamentazione per i lavoratori autonomi e piccoli imprenditori): in generale con fonti autonome. Solo in via sussidiaria e provvisoria è possibile ricorrere, anche nella fase di regolamentazione delle prestazioni minime, alla Commissione di Garanzia (**CdG**).

Questi accordi sono comunque sempre privati e vincolanti solo per i firmatari. Il problema strettamente giuridico circa l'efficacia soggettiva degli accordi può essere risolto a partire da una considerazione, ossia la *ratio* della scelta del legislatore: la legge devolve alle parti sociali *in primis* il compito di auto disciplinare l'esercizio del diritto di sciopero nei limiti stabiliti dalla legge, e di definire poi il contenuto delle prestazioni minime essenziali: nessuno meglio delle stesse parti è infatti in grado di affrontare e capire questa tematica, si tratta di un **atto di fiducia** verso le parti sociali da parte del legislatore.

Non sarebbe comunque ammissibile e ragionevole applicare diversi codici di autoregolamentazione nell'ambito di uno stesso settore di servizi essenziali, dal momento che la garanzia dei diritti fondamentali di cui all'art.1 co.1 l. 146/1990 esige certezza e conoscibilità *ex ante*.

Il problema è stato risolto quindi, nella teoria e nella prassi, riconoscendo nel passaggio successivo all'adozione di questi accordi collettivi, l'effetto di determinare la loro **efficacia generale**: una volta che le parti sociali hanno sottoscritto un accordo collettivo di definizione delle prestazioni minime, lo stesso deve essere sottoposto al vaglio della **Commissione di Garanzia** che si pronuncia con una **valutazione di idoneità**, verificando così il contemperamento tra il rispetto del diritto di sciopero e la garanzia dei diritti fondamentali.

Se il giudizio di idoneità della CdG è **positivo**, alle regole convenzionali vengono riconosciuti il valore e la forza di disciplina generalmente applicabile per l'intero servizio pubblico essenziale a cui lo stesso si riferisce: non è l'accordo ad avere efficacia *ultra partes*, bensì dopo la valutazione di idoneità esso diviene generalmente applicabile: si salva così la natura privata dell'accordo collettivo, pur riconoscendo la sua generale applicabilità a tutti gli operatori di un servizio pubblico essenziale. Il fatto che l'applicabilità generale avvenga dopo il vaglio di idoneità della CdG è centrale in forza della tenuta del sistema dell'intero diritto sindacale: quest'ultimo, infatti, si basa sempre sul presupposto che i contatti collettivi sono contratti di diritto privato.

La CdG ha un margine di discrezionalità nella valutazione dell'idoneità, margine che eserciterà nel valutare l'accordo rispetto ad uno specifico servizio pubblico; la legge ha però individuato dei parametri massimi: le prestazioni essenziali devono garantire **al massimo il 50% delle prestazioni** usualmente erogate e il **personale impiegato non deve superare il 30%** di quello normalmente impiegato. Questo per non rinunciare alla caratteristica dello sciopero che lo rende efficace, ossia il danneggiamento.

In presenza di più codici di autoregolamentazione diversi in uno stesso servizio pubblico essenziale, la CdG deve individuare quale tra i tanti contemperamenti meglio gli interessi e acquisti efficacia generale.

La Commissione di Garanzia

Si tratta di un'autorità indipendente formata da **5 membri** designati dai presidenti della Camera e del Senato e nominati con d.P.R.; devono essere soggetti indipendenti esperti di diritto del lavoro, diritto costituzionale o di relazioni industriali.

Il loro compito è l'analisi dell'effettivo contemperamento tra il diritto di sciopero nell'ambito dei servizi pubblici essenziali e gli altri diritti fondamentali della persona (art. 1 co. 1 l. 146/1990).

Questa autorità ricopre **tre funzioni essenziali**:

1. **Regolare l'esercizio del diritto di sciopero**: la funzione di autoregolamentazione, come detto, spetta alle parti; ci sono delle ipotesi però in cui questa funzione spetta alla CdG, ipotesi che danno adito a due diverse possibilità:

- le parti possono essere precedentemente addivenute ad un accordo, valutato però negativamente dalla CdG che lo ha ritenuto inadatto a contemperare i diritti fondamentali;
- le parti non sono riuscite a raggiungere un compromesso.

La CdG è tenuta a **formulare una proposta di regolamentazione** e proporla alle parti, con l'auspicio che le parti stesse trovino nella proposta un punto di incontro non raggiunto autonomamente; in 15 giorni le parti valutano la proposta stessa e formulano le proprie osservazioni, positive o negative che siano.

Qualora le parti non siano ancora addivenute ad un accordo, la CdG ha la possibilità di adottare una **regolamentazione provvisoria** in 20 giorni, la quale trova immediata applicazione ed è

suscettibile di essere sostituita in ogni momento dall'accordo collettivo o codice adottato dalle parti sociali (sempre previa valutazione positiva della CGS).

2. **Prevenire scioperi illegittimi:** i sindacati che vogliano indire uno sciopero hanno l'obbligo, ex l. 146/1990, di inoltrare una comunicazione scritta preventiva sia al datore di lavoro che all'autorità amministrativa coinvolta competente. L'autorità a sua volta ha il compito di inviare tempestivamente questa comunicazione alla CdG, la quale **non può entrare nel merito delle ragioni dello sciopero**, essendo ciò relativo all'autonomia delle parti sociali. Se però, presa visione della comunicazione preventiva, la CdG dovesse riscontrare un **profilo di illegittimità** non sul merito ma **sulle modalità** di esercizio del diritto di sciopero (ad esempio, il preavviso o il periodo intercorrente tra gli scioperi non sono rispettati), la Commissione invia comunicazione immediata al sindacato che ha promosso lo sciopero, invitandolo a sospenderlo, posticiparlo o conformarlo alla disciplina prevista. Qualora invece la CdG individui nello sciopero un "**pericolo reale di pregiudizio grave ed imminente ai diritti degli utenti**", può informare direttamente l'autorità amministrativa (Ministero o prefetto) affinché intervengano con un'**ordinanza di precettazione**: l'autorità amministrativa competente vigila sulla correttezza della procedura (Presidente CdM o Ministro delegato o Prefetto, a seconda delle dimensioni del conflitto) e può intervenire come ultima *ratio* emanando la c.d. **ordinanza di precettazione** nel caso di "**pericolo reale di pregiudizio grave e imminente ai diritti degli utenti**".

Nell'ipotesi in cui di sua iniziativa, o su sollecitazione della CdG, ritenga che lo sciopero così come indetto dalle parti sociali possa determinare un pregiudizio grave e imminente agli utenti, l'autorità può emanare un'ordinanza di precettazione il cui contenuto varia a seconda delle ipotesi (sospensione dello sciopero, limitazione della sua durata, etc.). Le parti dovranno attenersi all'ordinanza in quanto **atto amministrativo vincolante**. Prima di adottare l'ordinanza, però, l'autorità deve invitare le parti a rinunciare all'azione di sciopero ed **espletare un tentativo di conciliazione**; nel caso di esito negativo, essa può emanare l'ordinanza entro 48 ore prima dello sciopero.

3. **Sanzionare i comportamenti illeciti di sindacati o associazioni sindacali o datoriali:** la CdG può irrogare sanzioni ai sindacati o associazioni datoriali che abbiano violato gli accordi collettivi o le direttive della Commissione stessa: questa non può sanzionare il singolo lavoratore che abbia aderito allo sciopero, ma solo l'associazione che abbia attuato uno sciopero illegittimo, con sanzioni amministrative pecuniarie. La conseguenza sul lavoratore sarà un'assenza ingiustificata sul posto di lavoro: la conseguenza si produrrà quindi all'interno del rapporto di lavoro e sarà il datore ad intervenire disciplinarmente.

La repressione della condotta antisindacale

Dati i principi di libertà sindacale, il diritto d'azione sindacale, il diritto di sciopero, l'efficacia soggettiva ed oggettiva del contratto collettivo, ci sono disposizioni di legge che presidiano tali diritti e tali libertà, le quali, ancorché contenute nella Costituzione, hanno carattere immediatamente precettivo e sono applicabili quindi anche in senso orizzontale tra privati.

Il riconoscimento di un diritto deve però poi essere presidiato da una specifica sanzione in caso di violazione.

In caso di condotta antisindacale tenuta dal datore di lavoro, il legislatore ha disposto un **procedimento a cognizione sommaria** esperibile di fronte al tribunale del luogo in cui i sindacati ritengono essere stata realizzata una condotta antisindacale; esso ha lo scopo di ottenere, nel più breve tempo possibile, un decreto con cui il giudice ordina la **cessazione immediata** della condotta e dei suoi effetti. Il legislatore ha quindi immaginato e definito, all'**art. 28 l. 300/1970 (SdL)**, un

procedimento che consenta ai sindacati legittimati attivi di ottenere uno strumento di efficacia **immediata** per far cessare immediatamente la condotta antisindacale.

L'art. 28 si trova a chiusura del Titolo III dello SdL, titolo aperto dall'art. 19: ricordiamo che lo SdL ha permesso ai sindacati di entrare ufficialmente in azienda e che gli artt. 20-27 riconoscono diritti specifici alle rappresentanze sindacali in azienda.

L'art. 28 chiude il Titolo in qualità di **presidio** per il **concreto esercizio dei diritti sanciti** agli articoli precedenti.

La disposizione afferma che si è in presenza di una **condotta antisindacale** ogniqualvolta *"il datore di lavoro ponga in essere comportamenti diretti a impedire o limitare l'esercizio della libertà e dell'attività sindacale, nonché del diritto di sciopero."* Vi sono alcune **conseguenze** date dalla suddetta disposizione:

- il **sogetto attivo** della condotta antisindacale è il datore di lavoro, non l'associazione datoriale: egli sarà il convenuto (legittimato passivo) nel procedimento di cognizione sommaria;
- l'**oggetto** della condotta antisindacale, ossia in cosa questa si concretizza, è ogni comportamento attivo od omissivo, materiale o qualificabile come atto giuridico idoneo a produrre effetti giuridici nell'ordinamento (ad esempio, impedimento del volantinaggio, ma anche, in senso negativo, l'inerzia del datore nella messa a disposizione dei locali aziendali a favore delle RSA);
- è **antisindacale** tutto ciò che è diretto o produce l'effetto di impedire o limitare l'esercizio della libertà sindacale latamente intesa (comprendendo sia la libertà sindacale, che l'attività, che il diritto di sciopero: l'**effetto** prodotto dalla condotta è ciò che permette di definirla come antisindacale, cioè l'impedimento o la limitazione dell'esercizio della libertà sindacale stessa. Dunque, non si tratta di una **definizione** analitica, ma **teleologica**: il legislatore definisce la nozione di "condotta antisindacale" sulla base della sua idoneità a ledere uno o più dei beni protetti

La giurisprudenza è piuttosto concorde nell'affermare che non serva la prova dell'intenzione del datore in quanto *"diretto"* non significa "intenzionalmente diretto", ma "oggettivamente idoneo a produrre" la lesione dei beni protetti, senza che sia necessaria la presenza di uno specifico intento lesivo (non vi è l'onore della "prova del dolo" del datore di lavoro).

Ai fini dell'ammissibilità del ricorso a questa procedura rapida ex art. 28 SdL, la condotta antisindacale deve essere **attuale**, o almeno ne devono perdurare gli effetti, in quanto il decreto del giudice è finalizzato a rimuovere gli effetti della condotta antisindacale: la condotta o i suoi effetti devono essere ancora in essere.

I comportamenti che possono ledere tali beni non sono definibili a priori: può trattarsi di atti giuridici, ma anche di comportamenti materiali, inclusi comportamenti omissivi.

Anche con l'avvallo della Corte costituzionale, i **sogetti legittimati attivi**, titolari dell'azione, sono stati individuati non nei singoli lavoratori, né nelle RSA o RSU, bensì **esclusivamente** negli *"organismi locali delle associazioni sindacali nazionali che vi abbiano interesse"*: deve sussistere l'interesse di un'associazione sindacale nazionale che poi promuove un ricorso tramite un suo organismo locale (ad esempio, l'interesse è di CIGL ma l'azione viene promossa da CGIL Bergamo).

I vari dubbi di legittimità costituzionale della previsione sono stati respinti dalla Corte costituzionale per ragioni di responsabilità del sindacato: posto che l'art. 28 SdL pone uno strumento molto efficace nelle mani dei sindacati dotati di legittimazione attiva, lo strumento stesso deve essere impiegato solo se necessario (cioè solo se sussiste una condotta antisindacale con effetti che perdurano). Se ciò non accadesse, i lavoratori potrebbero mettere a rischio la funzionalità dell'azienda, azionando questo strumento molto spesso solo come impedimento verso il datore. La corte ha quindi ritenuto razionale e ragionevole riservare la legittimazione attiva a organizzazioni sindacali aventi struttura o dimensione nazionali in quanto "più responsabili", e in grado di **non**

compromettere la funzionalità dell'azienda, evitando così azioni strumentali. I singoli lavoratori possono chiaramente dialogare con il sindacato affinché questo promuova l'azione.

Ex art. 28 SdL, i soggetti legittimati attivi devono avere un **interesse ad agire**: ma qual è l'interesse rilevante protetto dall'art. 28 SdL? In questo caso l'interesse giudiziale da far valere per ottenere l'immediata cessazione della condotta e dei suoi effetti è sempre un **interesse collettivo**.

Le modalità per cui l'interesse collettivo può essere lesa, però, possono anche passare attraverso la lesione di un interesse individuale. Ad esempio: il datore licenzia il rappresentante sindacale aziendale con il pretesto di furto dalla cassa ma solo in realtà per il fatto di essere un sindacalista scomodo; in questo caso si ha discriminazione illegittima e quindi il licenziamento sarebbe nullo. È sia così stato lesa l'interesse individuale del sindacalista, sia quello dei sindacati che tengono a che i propri rappresentanti siano in azienda. Questa condotta è quindi detta **plurisoggettiva**, idonea cioè a ledere tanto un interesse collettivo, quanto un interesse individuale: è stato lesa l'interesse individuale del lavoratore che potrà fare ricorso ex art. **414 c.p.c.**; e d'altra parte il sindacato potrà azionare il procedimento ex art. **28 SdL** per vedere immediatamente rimossi gli effetti della condotta antisindacale del datore.

Molto spesso nella prassi si verifica la scissione della titolarità all'esercizio del diritto ex art. 28 e la titolarità all'esercizio di agire di fronte al tribunale del lavoro. Questo dà vita a due pronunce diverse in quanto i giudici analizzano profili diversi.

Il procedimento ex art. 28 della l.300/1970 prevede specifiche **fasi**:

vi è una **prima fase** che si svolge come segue:

- ricorso al Tribunale del luogo dove è stata realizzata la condotta antisindacale;
- convocazione delle parti da parte del giudice e assunzione di sommarie informazioni²;
- entro 2 giorni, ritenuta fondata la domanda, il Tribunale ordina al datore di lavoro, con **decreto motivato ed immediatamente esecutivo**, la **cessazione** del comportamento illegittimo da parte del datore di lavoro e la **rimozione degli effetti**. Dunque, la prima fase del procedimento si conclude con un decreto motivato (non con una sentenza) in quanto non è la chiusura del giudizio di primo grado, bensì solo la chiusura di una fase dello stesso.

Segue una **fase di opposizione**: la parte risultata soccombente nella prima fase può, entro 15 giorni, proporre opposizione contro il decreto davanti al tribunale che deciderà **con sentenza di primo grado** immediatamente esecutiva. Si è aperta così la c.d. fase di opposizione a cognizione piena in cui il giudice emanerà una sentenza appellabile, che potrà confermare o meno il decreto della prima fase.

Seconda parte: il rapporto individuale e le trasformazioni dell'impresa

Diritto del lavoro

² Ricordiamo che si tratta di un procedimento di cognizione sommaria, diverso da un procedimento di cognizione piena. Il giudice non effettua un'istruttoria completa in forza della rapidità della pronuncia, che infatti si afferma tramite decreto.

Autonomia e subordinazione

La legge ha una funzione essenziale nella definizione delle regole e delle condizioni che governano il rapporto di lavoro; una delle funzioni essenziali del **diritto del lavoro** generale è infatti **tutelare la parte debole del contratto** che esiste in virtù della condizione di debolezza strutturale (**subordinazione**) del **prestatore di lavoro rispetto al datore**, questo per la circostanza fisiologica e di fatto mai completamente eliminabile della superiorità dell'offerta di lavoro rispetto alla domanda di lavoro nel mercato. La definizione di subordinazione si distingue rispetto al riferimento dell'autonomia.

Storicamente, ma ancora oggi, il diritto del lavoro non è stato il diritto di tutti i lavoratori, non è cioè sufficiente svolgere un'attività lavorativa per essere destinatari della disciplina ricondotta alla macro area del diritto del lavoro. È necessario essere **lavoratori subordinati**: la subordinazione è la caratteristica fondamentale, la fattispecie di accesso al diritto del lavoro: tutta la disciplina del diritto del lavoro è applicabile nella misura in cui il lavoratore sia subordinato. Qualora il lavoratore non sia subordinato, cioè sia autonomo, questi non è destinatario di tutto lo stato protettivo di cui al diritto del lavoro. Questa presa d'atto è una scelta di politica del diritto fatta propria dal legislatore e mai smentita, condivisa dalla maggior parte degli orientamenti giuridici: questa distinzione richiama quella romana tra *locatio operis* e *locatio operarum*.

La domanda essenziale di fondo del diritto del lavoro ha molte facce: a chi si applica il diritto del lavoro? Chi è il lavoratore subordinato? Quali sono i confini della fattispecie "subordinazione" che è la porta di accesso del diritto del lavoro?

La scelta del legislatore, con qualche attenuazione attorno al 2015-2017, è una scelta assoluta: il lavoratore o riceve l'intera protezione identificata nel diritto del lavoro, oppure non ne riceve alcuna, come accade rispettivamente con il lavoratore subordinato e con quello autonomo.

La Giurisprudenza ha giocato un ruolo essenziale nel tentativo di rispondere a detto quesito e si è dovuta adattare alle mutazioni economiche e sociali che hanno riguardato anche la sfera lavorativa nel corso del tempo.

Il presupposto è che l'origine del rapporto di lavoro sta nel contratto (a prestazioni corrispettive tra due parti che si scambiano reciprocamente attività lavorativa e retribuzione); questa **teoria contrattualistica** che riconduce il rapporto di lavoro ad un contratto è quella maggioritaria accolta anche dalla giurisprudenza, ma non è stata l'unica. La minoritaria **teoria a-contrattualistica** del rapporto di lavoro ritiene infatti che quest'ultimo prescinda completamente dal contratto e che si situi nell'incontro tra l'attività lavorativa e l'organizzazione del datore di lavoro, esulando dai profili di carattere contrattuale.

La **dimensione del contratto**, del mero scambio tra lavoro e retribuzione, è però **insufficiente** a descrivere e regolare il rapporto di lavoro: il contratto di lavoro, infatti, a differenza di qualsiasi altro contratto, è caratterizzato dal fatto di implicare il coinvolgimento immediato, diretto, fisico della persona, del lavoratore. Questa caratteristica non può essere ignorata nel contratto di lavoro, nonostante questo sia assimilato ai contratti in generale dal momento che le caratteristiche personali, le qualità sono quelle che vengono prese in considerazione dal datore al momento dell'assunzione: il coinvolgimento del lavoratore è essenziale. Dunque, la lacuna della sola dimensione del contratto in riferimento al rapporto di lavoro necessita di essere colmata.

Alla luce di queste considerazioni, necessaria è la mano del legislatore che pone una disciplina a capo delle parti, disciplina che è **inderogabile**: le parti, neppure di comune accordo, possono disapplicare la disciplina in materia del lavoro.

Questo è essenziale anche con riferimento alla **scelta del tipo contrattuale** alla luce del quale **iscrivere il rapporto di lavoro**: cioè essenziale ricordare che il diritto del lavoro non si applica, come detto, a tutti i lavoratori, ma solo a quelli subordinati e che la complementarità tra lavoratori autonomi e subordinati è evidente all'art. 2222 c.c.

Dunque, nel nostro ordinamento, il **lavoratore subordinato** non è identificato da caratteristiche di natura economico-sociale, bensì dal **tipo di rapporto contrattuale con il datore di lavoro** e, conseguentemente, dalle **modalità con cui rende la prestazione di lavoro**.

Lo schema contrattuale a cui possono essere iscritti i rapporti di lavoro è duplice:

- il contratto di lavoro subordinato;
- gli accordi di lavoro autonomo.

Il legislatore ha previsto una disciplina più organica tra le due sfere a favore dei lavoratori autonomi nel 2017, nonostante essa non sia paragonabile a quella che ha come riferimento il lavoro subordinato.

Il problema appare quindi come conciliare il carattere inderogabile della normativa di lavoro con il principio di autonomia negoziale delle parti che è essenziale nella dimensione contrattuale; in buona parte il secondo soccombe rispetto alla mano **eteronoma** (esterna, che viene da fuori rispetto alle parti) del legislatore. C'è però un margine all'esercizio dell'autonomia negoziale delle parti, margine che corrisponde alla scelta *ab origine* dello schema contrattuale entro il quale inserire il contratto di scambio: è sempre scambio tra lavoro e retribuzione, cambiano solo le modalità e l'organizzazione del lavoro.

Il fatto di esercitare la propria autonomia contrattuale nella scelta dello schema contrattuale deve essere **coerente**: se la decisione è quella di concludere un contratto d'opera (quindi di lavoro autonomo), ma il rapporto in concreto, nei fatti, tra le parti appare subordinato, troverò applicazione la disciplina del lavoro subordinato: non è sufficiente il **nomen iuris** che le parti danno al proprio rapporto. Questo tentativo di elusione è frequente in quanto la disciplina del lavoro subordinato è onerosa in termini di obblighi in capo al datore di lavoro e di costi anche fiscali e previdenziali.

Il **problema** è quindi quello di **distinguere nei fatti le due ipotesi**, trovando gli strumenti giuridici per farlo e per individuare quindi l'integrale applicazione della disciplina legale del lavoro subordinato.

Il problema della qualificazione del rapporto: parametri normativi

Quanto al **lavoro subordinato**, l'art **2094 c.c.** fornisce una definizione di prestatore di lavoro, ossia di lavoratore subordinato: "*È prestatore di lavoro subordinato chi si **obbliga mediante retribuzione a collaborare nell'impresa, prestando il proprio lavoro intellettuale o manuale alle dipendenze e sotto la direzione dell'imprenditore.***" È possibile elaborare alcune osservazioni:

prima osservazione: il legislatore del 1942 **non ha definito il contratto di lavoro subordinato, bensì una delle sue parti**, ossia il lavoratore: l'art. 2094 c.c. non è poi contenuto nel Libro IV delle obbligazioni e dei contratti, bensì nel **Libro V in materia di impresa**. Questa scelta è il frutto di un preciso orientamento ideologico del legislatore fascista dell'epoca, ossia frutto di una particolare visione del rapporto tra Stato e cittadini: il voler collocare nel medesimo libro tutta la disciplina dell'impresa a capo della quale si trova l'imprenditore ex art. 2086 c.c., impresa che, con la sua struttura verticale, doveva rappresentare il fulcro dello svolgimento delle attività economiche, il luogo privilegiato per lo svolgimento delle attività produttive.

La norma, figlia dei suoi tempi, è ancora in vigore nonostante il contesto normativo ed economico-sociale si sia evoluto; la norma quindi si applica anche quando il lavoro prestato non sia solo a favore di un imprenditore, ma in generale di un datore di lavoro.

Seconda osservazione: Il legislatore dell'epoca aveva in mente un prototipo di lavoratore: già a partire dalla seconda metà dell'Ottocento aveva preso piede la rivoluzione industriale (in seguito al superamento della struttura medievale corporativa delle arti e dei mestieri superata e con l'approdo ad un'economia industriale) e per questo il **riferimento social tipico** del legislatore era l'operaio

della grande industria adibito a mansioni ripetitive che eseguiva pedissequamente gli ordini del datore di lavoro, spesso in una catena di montaggio.

La norma quindi, come sopra, trova applicazione anche in un contesto diverso in cui sono considerati lavoratori subordinati soggetti più autonomi, *manager*, *smart-workers*, etc.

Il problema dell'art. 2094 c.c. non è quindi solo la sua interpretazione, la sua esegesi, ma anche la sua attualizzazione, necessita, cioè, di un'interpretazione che sia idonea a regolare il contesto lavorativo odierno.

Quanto all'**esegesi** della norma, è prestatore di lavoro subordinato chi assume un'obbligazione (elemento a favore della teoria contrattualistica), il cui contenuto sia quello di *"collaborare nell'impresa prestando il proprio lavoro intellettuale o manuale alle dipendenze e sotto la direzione dell'imprenditore"*.

L'espressione **"lavoro intellettuale o manuale"** è idonea e necessaria di per sé a descrivere il lavoratore subordinato, ma non è un tratto sufficiente a distinguerlo dal lavoratore autonomo.

Anche il tema della **"retribuzione"** a cui il lavoratore subordinato ha diritto è necessario a identificare questa figura, senza però essere quella distintiva rispetto alla figura del lavoratore autonomo.

Il riferimento **"alle dipendenze e sotto la direzione dell'imprenditore"** è invece il tratto che è in grado ed è essenziale per distinguere il lavoratore subordinato, destinatario dell'intera disciplina del diritto del lavoro, dal lavoratore autonomo.

Il problema della qualificazione del rapporto: l'interpretazione giurisprudenziale

La giurisprudenza su questo tema è molto ampia e la maggior parte delle pronunce riguarda la qualificazione del rapporto di lavoro come autonomo o subordinato. Alcune pronunce sono vere e proprie forme di diritto vivente per il fatto di essersi consolidate: lo è in particolare il fatto che il **giudice** nella sua opera di qualificazione del rapporto di lavoro, in caso di controversia tra le parti, **non può fermarsi al *nomen iuris***, ossia alla volontà delle parti cristallizzata dalle stesse al momento della formazione del contratto, che infatti non ha un rilievo assorbente, come affermato dalla Corte di Cassazione nel 2002. Il giudice **deve invece indagare come in concreto si è svolto il rapporto tra le parti**, alla luce di quali modalità il lavoratore ha reso la sua prestazione e quale sia il comportamento complessivo tenuto delle medesime, anche posteriormente alla conclusione del contratto. Pertanto, **in caso di contrasto tra iniziali dati formali e successivi dati fattuali, questi assumono necessariamente un rilievo prevalente**. Questo risulta lecito in quanto la volontà negoziale delle parti non si manifesta solo nel loro comportamento concludente, ma anche nei loro comportamenti in esecuzione del contratto. Per questo, tale aspetto non è in contraddizione alla libertà negoziale.

Questo aspetto però non è parimenti pacifico nei sistemi di *common law*, al contrario di quanto accade nel nostro ordinamento e negli ordinamenti in generale di *civil law*.

Parimenti consolidato è il principio che parte dalla massima della Corte di cassazione del 2010 per cui *"Ogni attività umana economicamente rilevante può essere oggetto sia di rapporto di lavoro subordinato che di lavoro autonomo"*. Dunque, **la caratteristica autonoma o subordinata del lavoratore non può essere predeterminata ex ante dalla natura dell'attività lavorativa svolta, bensì dal modo in cui viene svolta l'attività stessa**.

Si giunge quindi al passaggio focale dell'art. 2094 c.c.: *"alle dipendenze e sotto la direzione dell'imprenditore"*. La dottrina ha qui individuato la nozione di **subordinazione tecnico-funzionale**: è subordinato il lavoratore soggetto al potere direttivo del datore di lavoro, ossia che non è libero di auto determinare le modalità di esecuzione della propria prestazione, ma è vincolato e soggetto al potere direttivo del datore di lavoro. In altre parole, c'è **subordinazione** quando c'è

eterodirezione: per capire se il lavoratore subordinato è o era tale, è necessario individuare l'eventuale eterodirezione che si manifesta tramite l'esercizio da parte del datore di lavoro del **potere direttivo**, uno dei suoi tre poteri essenziali (insieme al potere di controllo e al potere disciplinare). È importante quindi osservare se il lavoratore aveva la possibilità di auto determinare le modalità di esecuzione della propria prestazione; se queste sono determinate univocamente dal datore in modo eterodiretto, il lavoratore è subordinato. Si esprime coerentemente Cass. 27 febbraio 2007, n. 4500: "occorre che la prestazione del lavoratore sia regolata nel suo svolgimento da direttive sui tempi e sui modi della prestazione, la cui osservanza è soggetta a controlli, dando luogo, in caso di riscontro negativo, all'esercizio del potere disciplinare da parte del datore di lavoro."

La distinzione tra lavoro autonomo e lavoro subordinato quindi richiama la già detta distinzione tra *locatio operis* e *locatio operarum*: l'oggetto del contratto di lavoro subordinato infatti non è la singola opera o il singolo servizio, come nel caso del lavoro autonomo, ma il lavoratore si obbliga ad una **serie infinita di prestazioni di lavoro** via via definite dal datore di lavoro quando questi esercita il suo potere direttivo. Il lavoratore si obbliga a svolgere non un certo servizio o una certa opera (come nella *locatio operis*), conservando una certa libertà di fondo sul come, dove, quando eseguirli, **ma** mette a disposizione le proprie energie lavorative, e presta un lavoro composto da una serie infinita di opere (*locatio operarum*), lavoro che diviene concretamente dovuto nel momento in cui il datore di lavoro, esercitando il potere direttivo, prescrive che cosa fare, come, dove, quando, etc. Questa disciplina è anche funzionale al datore di lavoro, il quale nel contratto di lavoro subordinato ha uno strumento che gli consente di esercitare unilateralmente un potere nei confronti del lavoratore, il quale non può opporsi; il potere direttivo permette di informare e istruire il lavoratore. Il potere di specificare e dirigere la prestazione **non deve essere effettivamente esercitato in concreto**, ma può essere anche solo potenziale; quel che rileva è l'assetto dell'accordo delle parti come concretamente realizzato nei comportamenti delle parti stesse.

Non è sempre facile in concreto accertare l'eterodirezione, a tal fine proponiamo alcuni esempi:

Esempio 1: Un lavoratore viene assunto per svolgere una semplice e ripetitiva mansione (premere un pulsante ogni ora una volta all'ora): non vi è alcuno che gli indichi come svolgere l'azione per la sua semplicità e quindi non viene esercitato alcun potere direttivo; rileva però l'assetto negoziale tra le parti: il datore è nella posizione di esercitarlo, forse non necessita di farlo in concreto, ma potenzialmente può.

Esempio 2: I dirigenti sono inclusi nella categoria dei lavoratori subordinati *ex lege*: ciò non significa che qualunque lavoratore adibito a funzioni di carattere manageriale sia lavoratore subordinato. Però anche chi ha un ruolo apicale nell'impresa (definiti dalla giurisprudenza come *alter ego* del datore di lavoro) esercitando un potere direttivo nei confronti dei suoi subordinati, rimane comunque lavoratore subordinato.

Questo si giustifica perché l'**intensità della subordinazione può variare** e così anche l'eterodirezione può modificarsi.

La giurisprudenza ha concluso che sì da un punto di vista teorico la nozione di eterodirezione dà una spiegazione concreta e consente una sistemazione dell'art. 2064 c.c., ma l'accertamento in concreto della natura subordinata o autonoma del rapporto di lavoro non è semplice, in quanto spesso la prova dell'eterodirezione è complessa.

Accanto quindi al suddetto **metodo sussuntivo**, la giurisprudenza ha elaborato un c.d. **metodo tipologico o di approssimazione al tipo**: se la definizione legale di lavoratore subordinato si trova nell'art. 2094 c.c., e se la norma individua il carattere dell'eterodirezione per sussumere il caso concreto di un lavoratore alla fattispecie astratta individuata dalla norma stessa, comunque vi sono degli elementi che non si trovano nella norma ma che consentono comunque di affermare che la situazione osservata in concreto è vicina al tipo descritto dalla norma.

La giurisprudenza ha quindi elaborato degli **indici sussidiari** che, senza essere previsti espressamente dall'art. 2094 c.c. e senza minare la validità teorica dell'eterodeterminazione, sono usati nella prassi delle corti per accertare la sussistenza o meno di un rapporto di lavoro subordinato, aiutando il giudice nella qualificazione del rapporto di lavoro. A questa finalità **possono** considerarsi rilevanti fattori quali:

- inserimento nell'organizzazione di lavoro;
- orario di lavoro;
- utilizzo di strumenti di proprietà di lavoro;
- prestazioni all'interno dei luoghi di lavoro;
- rischio di impresa;
- modalità di erogazione del compreso.

Questi indici singolarmente considerati non sarebbero idonei ad accertare la subordinazione del lavoratore, ma complessivamente, globalmente e congiuntamente individuati permettono di supplire all'insufficienza dell'eterodeterminazione soprattutto nelle ipotesi in cui risulta complesso accertare l'esercizio del potere direttivo. Non esiste poi un elenco tassativo degli indici: sono infatti elementi di fatto nello svolgimento del rapporto, presi in considerazione dal giudice.

Il metodo tipologico frutto di dottrina e giurisprudenza viene quotidianamente utilizzato dalle corti ed è stato anche avallato dalla Corte di Cassazione.

Qualora manchino tutti i requisiti finora identificati, si rientra nella categoria del **lavoro autonomo** ex art. 2222 c.c.: *"Quando una persona si obbliga a compiere verso un corrispettivo un'opera o un servizio, con lavoro prevalentemente proprio e **senza vincolo di subordinazione** nei confronti di un committente."*

La norma è quindi dipendente dalle precedenti considerazioni, in quanto richiama la nozione di subordinazione.

Le collaborazioni coordinate e continuative

Se sulla carta, quantomeno nella legge, la distinzione tra lavoro subordinato e lavoro autonomo è netta, di fatto esiste da sempre una parte di lavoratori che si iscrive in un'area grigia tra le due suddette: questi non ricompresi nella definizione di lavoro subordinato ex art. 2094 c.c. ma comunque non possono essere considerati autonomi e patiscono una condizione di debolezza e vulnerabilità sul mercato, magari perché dipendenti da uno o pochi committenti o perché non dotati di una professionalità tale da renderli forti.

Il legislatore è partito da un presupposto di fondo nella scelta di definire solo il lavoro subordinato, la *ratio* è la seguente: se il lavoratore subordinato vive in una situazione di debolezza rispetto al datore e in assenza dell'intervento eteronomo della legge potrebbe essere costretto a lavorare a qualsiasi condizione, tale situazione di vulnerabilità non ricopre tutti i lavoratori: il lavoratore autonomo infatti acquisisce un potere contrattuale tale da non necessitare dell'intervento della legge come strumento di equilibrio, essendo capace di co-determinare in via negoziale con i committenti le condizioni del proprio lavoro.

Ogni volta che il legislatore circoscrive l'ambito di applicazione di una normativa tramite la definizione di una fattispecie, vi sono delle figure a margine che per alcuni aspetti vi rientrerebbero, e così anche nel diritto del lavoro.

Il dibattito su come intervenire sul tema è aperto da sempre e le modalità di manifestazione del problema sono cambiate nel tempo parallelamente al contesto economico, sociale e produttivo.

Il nostro legislatore, fino al 2003, non ha mai adottato una chiara linea politica in merito: egli ha posto in essere una serie di misure per fini del tutto diversi rispetto alla disciplina sostanziale del diritto del lavoro le quali però, per un'**eterogenesi dei fini**, hanno finito per influenzare sia le

categorie del diritto subordinato, autonomo e parasubordinato sia l'autonomia dogmatica di questa terza categoria rispetto alle prime due nominate espressamente dal legislatore.

Fino al 1973 le uniche disposizioni di riferimento erano l'art. 2094 c.c. (definizione di lavoratore subordinato) e l'art. 2222 c.c. (definizione di lavoro autonomo).

Nel 1973 il legislatore ha introdotto la disciplina del **processo del lavoro**: una procedura più snella e semplificata rispetto al processo civile, votata ai principi di oralità e rapidità.

La cognizione del giudice del lavoro, per essere distinta da quella del giudice ordinario, è stata così circoscritta, in modo da individuare le situazioni in cui era necessario procedere secondo le regole proprie, diverse da quelle del rito del processo civile ordinario.

In questa riforma è stato modificato l'art. **409 c.p.c.**: al n. 3 viene affermato che le regole previste per il processo del lavoro si applicano, oltre che alle controversie tra lavoratori e datori, tra agenti, etc., altresì ai "**rapporti di collaborazione** (collaborazione: espressione già presente nell'art. 2094 c.c.) *"che si concretino in una prestazione di opera continuativa e coordinata prevalentemente personale* (quindi anche esclusivamente personale) *anche se non a carattere subordinato*".

L'introduzione di questa disposizione destinata a **fini procedurali**, cioè alla definizione della cognizione del giudice del lavoro per distinguerla dalla cognizione del giudice ordinario, scatenò delle conseguenze inaspettate.

Il legislatore, infatti, aprì le porte alla considerazione per cui questi rapporti di collaborazione non sono a carattere subordinato, e sono cioè autonomi. Detti rapporti dunque:

7. sono collaborazioni rese a titolo personale,
8. sono continuativi nel tempo,
9. richiedono un coordinamento tra lavoratore e prestatore d'opera.

Vennero così erose un insieme di ipotesi che prima sarebbero state ricondotte alla disciplina del lavoro subordinato: nell'identificazione di un soggetto che rende una propria opera prevalentemente personale (anche esclusivamente o d'altra parte anche quindi con l'aiuto di qualche altro soggetto) in modo continuativo e coordinato a favore di un'altra, viene individuata una fattispecie che è stata definita *ex post* come **para subordinata**.

L'intenzione del legislatore non era quella di modificare le nozioni sostanziali di lavoratore subordinato o autonomo, né di disciplinare diversamente i relativi rapporti di lavoro. Tuttavia, egli ha nominato così una "nuova" fattispecie, il c.d. **lavoro para subordinato**, riconoscendone l'esistenza e la dignità giuridica, fattispecie che, pur presentando caratteristiche molto simili al lavoro subordinato, è stata ricondotta al lavoro autonomo.

Questo aspetto risulta una complicazione **sul piano sostanziale**: il giudice nel decidere una controversia, dovendo qualificare in concreto i rapporti di lavoro, non avrà più come parametro solo gli artt. 2094 e 2222 c.c. in quanto il legislatore riconosce le collaborazioni continuative, coordinate e personali come autonome.

La **distinzione** tra lavoro subordinato e lavoro autonomo, quindi, non sta più nella differenza tra eterodirezione e autonomia nella scelta delle modalità con cui organizzare la propria prestazione, bensì tra **eterodirezione e coordinamento**.

In questo modo il legislatore avallò una serie di collaborazioni che pur presentando caratteristiche "simili" nei fatti al lavoro subordinato, andavano ricondotte alla sfera dell'autonomia; questo confermò che, pur lavorando in modo continuativo e collaborativo con un committente, un lavoratore poteva essere ricondotto alla sfera dell'autonomia.

Ciò nonostante, la legge riconosceva per la prima volta che i rapporti a carattere continuativo, implicanti un coordinamento tra le parti e in cui il lavoratore svolge la propria prestazione in forma prevalentemente (quindi anche esclusivamente) personale, potevano svolgersi senza vincolo di subordinazione, ossia da lavoratori autonomi.

Scoppiò quindi il fenomeno delle **co.co.co. (collaborazioni coordinate e continuative)**: alcuni datori di lavoro cominciarono a definire, per questioni di costi, molti lavoratori come collaboratori e non come subordinati. Si generò quindi un problema nei fatti, quasi come conseguenza di detta norma processuale, dato dall'emigrazione di alcune figure dall'area del lavoro subordinato.

Il problema emerse chiaramente dinanzi ai tribunali: i giudici dovevano decidere migliaia di controversie circa la qualificazione di questi rapporti, avendo a disposizione come riferimenti normativi gli artt. 2094 c.c., 2222 c.c. e 409 c.p.c. Anche pubblicamente si diffuse il dibattito sulla necessità o meno di introdurre giuridicamente la sfera terza del lavoratore parasubordinato.

Nel **1996** il legislatore introdusse anche una **sezione separata dell'INPS** in cui dovevano essere versati i contributi previdenziali obbligatori dei collaboratori coordinati e continuativi al fine di disincentivare l'opera dei datori di lavoro di limitazione delle garanzie del lavoro subordinato, eludendo la disciplina del lavoro subordinato stesso.

Il primo intervento organico e sistematico in materia di co.co.co. avvenne nel 2003 con il **d.lgs. n. 276/2003 (Decreto Biagi)** approvato successivamente alla morte del giuslavorista Marco Biagi avvenuta nel 2002 ad opera delle brigate rosse: secondo la lettera della legge, dal momento che l'autonomia di questi lavoratori doveva figurare in qualche modo, le co.co.co. dovevano essere **formalizzate** alla luce di uno o più **progetti specifici** definiti dalle parti in comune accordo, progetto poi gestito dal collaboratore in maniera autonoma nella fase esecutiva (**collaborazioni a progetto**). In mancanza del progetto o in presenza di un progetto troppo generico o esistente solo sulla carta, in caso di controversia, il collaboratore sarebbe dovuto essere riqualificato come lavoratore subordinato.

Si continuava comunque ad affermare che le collaborazioni a progetto appartenessero alla macrosfera del lavoro autonomo, nonostante per i collaboratori a progetto cominciarono ad essere previste specifiche forme di tutela, non paragonabili a quelle più estese del lavoro subordinato, alcune delle quali tuttora vigenti, nonostante l'integrale abrogazione della disciplina in materia ad opera del d.lgs. n. 81 del 2015.

Ad oggi, ad esempio, i co.co.co. hanno diritto al congedo di maternità e parentale nella stessa misura dei lavoratori subordinati; ad astenersi dall'attività lavorativa per malattia o infortunio; nel caso in cui i collaboratori prestino servizio all'interno dei locali aziendali del committente, è applicabile la normativa salute e sicurezza.

Si aprì un infinito contenzioso perché la qualificazione del rapporto e del progetto era piuttosto complessa nella pratica: i giudici applicavano la norma in modo molto stringente nel valutare il progetto come **sufficientemente definito**.

Vari furono gli interventi di modifica del decreto, da ultimo con la Riforma Fornero del 2012.

Nella pratica questa disciplina funzionò poco, generando problemi anche interpretativi in merito alla terza categoria tra subordinazione e autonomia, lasciando aperta la questione.

Nel 2015 la riforma nota come "**Jobs Act**", formata da più interventi normativi che diedero attuazione alla legge delega del 2014, diede più sistematicità alla questione.

Uno dei decreti componenti il Jobs Act, il **d.lgs. n. 81/2015**, adottò un approccio molto diverso da quello del legislatore del 2003 e del 2012:

- venne abrogata la disciplina del lavoro a progetto del decreto Biagi;
- venne introdotta, all'art 2 d.lgs. 81/2015 del decreto, la norma di estensione dell'applicazione della disciplina del lavoro subordinato alle c.d. collaborazioni etero organizzate;
- venne introdotta una modifica parziale dell'art. 409 c.p.c., che fino a quel momento era rimasto invariato: venne aggiunta una norma di interpretazione autentica con cui il legislatore volle chiarire il significato del coordinamento per distinguerlo anche dall'eterodirezione.

La scelta di fondo era quella di **non lasciare spazio a soluzioni intermedie**: il problema della definizione della fattispecie era ancora aperto, ma quanto alla disciplina applicabile, essa doveva

tendere a due soluzioni alternative senza zone grigie: applicazione del lavoro subordinato o applicazione del lavoro autonomo.

Abrogazione del lavoro a progetto e introduzione di collaborazioni etero organizzate

Riportiamo la versione originale dell'**art. 2 d.lgs. n. 81/2015**:

*"1. A far data dal 1° gennaio 2016, (problema dell'applicazione delle leggi nel tempo) si applica la disciplina del rapporto di lavoro subordinato **anche** ai rapporti di collaborazione (sintagma presente già nel 409cpc) che si concretano in prestazioni di lavoro esclusivamente personali, continuative (ancora stesso linguaggio) e le cui modalità di esecuzione sono organizzate dal committente anche con riferimento ai tempi e al luogo di lavoro", successivamente **aggiornato** e modificato nel 2019:*

*"1. A far data dal 1° gennaio 2016, si applica la disciplina del rapporto di lavoro subordinato **anche** ai rapporti di collaborazione che si concretano in prestazioni di lavoro prevalentemente personali, continuative e le cui modalità di esecuzione sono **organizzate** dal committente [...]".*

Leggendo questa disposizione emerge l'intenzione del legislatore di evitare definizioni teoriche e di **estendere l'ambito di applicazione della disciplina del lavoro subordinato oltre i confini dell'art. 2094 c.c.**, attraendo anche un insieme di collaborazioni che prima appartenevano alla zona grigia tra lavoro autonomo e lavoro subordinato o comunque al lavoro a progetto: si può identificare quindi, dalla lettera della legge, la definizione delle **collaborazioni etero organizzate**.

In dottrina varie sono state le reazioni e interpretazioni, in particolare individuiamo tre orientamenti:

1. da un lato si collocano coloro i quali ritengono che con questa norma fosse stata modificata **la nozione di lavoro subordinato** per quanto l'art. 2094 c.c. non fosse stato intaccato; la disposizione suddetta, dal momento che il legislatore aveva voluto estendere la disciplina applicabile, aveva ampliato la stessa fattispecie a cui la disciplina si applicava;
2. su un fronte opposto si collocano gli autori che sostengono, invece, **la norma non è una norma di fattispecie ma di semplice disciplina**: il legislatore non ha esteso la nozione di lavoratore subordinato che resta quella dell'art. 2094 c.c., ma ha individuato una parte di lavoro autonomo a cui si applica la disciplina del lavoro subordinato, trattando così un sottotipo del lavoro autonomo;
3. in una prospettiva ancora differente si pone un'altra parte della dottrina, la quale ha di molto ridimensionato la portata innovativa della norma, arrivando ad escluderne in radice un qualsiasi effetto precettivo. Questo orientamento, accolto da una sentenza isolata del Tribunale di Torino nel caso Foodora, sostiene, infatti, che la norma **non ha alcun contenuto precettivo**, si tratta invece di una **norma apparente** in quanto il legislatore ha solo cristallizzato e formalizzato quello che la giurisprudenza già affermava, senza alcuna differenza o novità rispetto alla situazione precedente, codificando l'elemento dell'integrazione nell'organizzazione produttiva che era già uno degli indici sussidiari usato dalla giurisprudenza con il metodo tipologico. Questo orientamento è rimasto marginale in quanto se il legislatore interviene significa che ha l'obiettivo di apportare dei cambiamenti specifici

La sentenza della Corte di cassazione n. 1663/2020 che ha concluso la vicenda Foodora ha offerto un'interpretazione dell'art. 2: tralasciando i problemi di collocazione sistematica della norma, in quanto nemmeno il legislatore si era posto il problema della classificazione della fattispecie, era necessario focalizzarsi sulla volontà estensiva del legislatore. L'ambito di applicazione è stato esteso in particolare ai collaboratori etero organizzati; si ha etero organizzazione quando i lavoratori sono **funzionalmente integrati nell'organizzazione produttiva del committente o datore di lavoro** (quindi un'organizzazione altrui), **a prescindere dall'obbligo del lavoratore di mettersi a sua disposizione**: ai fini dell'applicazione della disciplina del lavoro subordinato, infatti, non si richiede

l'etero direzione, ma l'**etero-organizzazione**, ai sensi dell'art. 2 d.lgs. n. 81/2015 (che infatti ha permesso di riconoscere ai lavoratori di Foodora la disciplina del lavoro subordinato) e questa è sufficiente all'estensione della disciplina del lavoro subordinato nella sua interezza.

Il concetto di etero-organizzazione, dunque, si concentra sul rapporto tra l'organizzazione del committente e l'organizzazione esterna dell'attività del lavoratore: quest'ultima si integra con quella del committente sulla base di disposizioni provenienti esclusivamente da quest'ultimo.

Con riferimento all'art. **409 c.p.c.**, nell'ambito dello stesso disegno riformatore che ha portato all'introduzione dell'art. 2, circa le collaborazioni coordinate e continuative, il legislatore del 2015 ha ampliato il suo dettato con una disposizione considerata una norma di interpretazione autentica: con una norma di legge il legislatore ha voluto individuare il significato di **coordinamento** per chiarire in modo indelebile i confini rispetto all'etero organizzazione: se prima era complesso distinguere eterodirezione e coordinamento, sarebbe stato ancora più complesso distinguere tra eteroorganizzazione e coordinamento.

Sono co.co.co. quei *“rapporti di collaborazione che si concretino in una prestazione di opera continuativa e coordinata, prevalentemente personale, anche se non a carattere subordinato. La collaborazione si intende **coordinata** quando, nel rispetto delle modalità di coordinamento stabilite di comune accordo dalle parti, il collaboratore organizza autonomamente l'attività lavorativa.”*

Nel caso del coordinamento, le parti definiscono mutualmente *ex ante*, tramite l'accordo reciproco e con il consenso di entrambe, le modalità con cui dovranno coordinarsi a vicenda: quindi in seguito il collaboratore organizzerà autonomamente la sua prestazione: non vi è una situazione di soggezione di una parte rispetto all'altra ma mutualmente, nella fase di definizione del coordinamento reciproco, esse ne stabiliscono le modalità. Ad esempio: Tizio apre un'attività e ha bisogno di un sito internet per la vendita dei prodotti: si accorda con l'esperto informatico Caio per le varie date in cui questi gli farà vedere le bozze, etc. Oppure ancora, ad esempio, nel lavoro dell'idraulico, questi si coordina con il cliente anche se il primo sarà libero nell'organizzazione della prestazione.

Nel caso del lavoro etero-organizzato, che è un concetto più ampio, il committente o datore, di cui all'art. 2, etero organizza la prestazione mediante un potere unilaterale, il quale è sicuramente meno forte di quello direttivo dell'eterodirezione ex art. 2094 c.c., ma è pur sempre unilaterale e genera soggezione dell'altra parte che deve attenersi alle modalità stabilite unilateralmente.

Dunque, etero-organizzazione e coordinamento **differiscono** in quanto, mentre quest'ultimo impone che il consenso esplicito delle parti si estenda alle modalità di coordinamento, la prima implica l'esercizio di un potere del committente sulla sfera di adempimento del lavoratore.

È possibile, a questo punto, confrontare l'**art. 409 n. 3 c.p.c.** e l'**art. 2 d.lgs. n. 81/2015**: dal punto di vista della mera disciplina applicabile, quindi, le alternative sono sempre due:

- applicazione della disciplina del lavoro autonomo per gli artt. 2222 c.c. e 409 n. 3 c.p.c. (lavoro autonomo e collaborazione coordinate e continuative “pure”, così come novellate nel 2015)
- applicazione della disciplina del lavoro subordinato per gli artt. 2094 c.c. e 2 d.lgs. n. 81/2015

art. 409 c.p.c. continuativa	art. 2 d.lgs. n. 81/2015 continuativa
prevalentemente personale	prevalentemente personale
- le modalità di coordinamento sono <u>stabilite di comune accordo</u> dalle parti	- le modalità di esecuzione sono <u>organizzate dal committente</u>

- il <u>collaboratore organizza autonomamente l'attività lavorativa</u>	
---	--

Il lavoro tramite piattaforme digitali

Negli ultimi anni sul mercato si sono presentati nuovi soggetti economici, quelle piattaforme digitali rilevanti in tema di *sharing economy* in cui appunto non vi è un soggetto economico che vende un servizio al pubblico, bensì sono i privati che condividono dei servizi reciprocamente, ad esempio: *Uber drivers*, etc.

Le piattaforme hanno poi adottato un metodo di organizzazione che gioca sulla legge dei grandi numeri: essa **non** assume formalmente alcun dipendente ma si affida al fatto che quasi con certezza ci sarà sempre qualcuno disposto a svolgere una certa mansione pur di guadagnare una piccola somma: sono previsti poi dei meccanismi incentivanti, più che delle richieste espresse ai lavoratori. La logica è quella di fare riferimento, sulla base della legge dei grandi numeri, a lavoratori non formalizzati ma sempre a disposizione, intermediari con i clienti finali, fermo però il fatto che i clienti sono tali per la piattaforma e non per i lavoratori. I lavoratori sono privi di professionalità, vulnerabili e spesso sulla soglia della povertà, ma non sono sottoposti all'obbligo di rendere la prestazione, e per questo la **disciplina** del lavoro subordinato viene **elusa** dalla piattaforma.

I giuslavoristi hanno analizzato profondamente il tema del lavoro sulle piattaforme digitali, generando il bisogno, nel legislatore, di intervenire sul tema: l'art. 2, quando è stato modificato nel 2015, ha subito infatti un'aggiunta: "*Le disposizioni di cui al presente comma si applicano anche qualora le modalità di esecuzione della prestazione siano **organizzate mediante piattaforme anche digitali**.*"

Quindi il lavoro etero-organizzato soggiace all'applicazione della disciplina del lavoro subordinato anche nell'ambito delle piattaforme digitali.³ Agli artt. **46 ss.** del medesimo decreto (d.lgs. n. 81/2015) il legislatore ha poi voluto specificare ulteriormente la necessità di "*livelli minimi di tutela per i lavoratori impiegati nelle attività di consegna di beni per conto altrui, in ambito urbano e con l'ausilio di velocipedi o veicoli a motore attraverso piattaforme anche digitali.*"⁴

Questi **lavoratori sono considerati autonomi** dal momento che, fossero etero-organizzati o subordinati, il problema non si porrebbe e questi soggiacerebbero alla disciplina del lavoro subordinato. Ciononostante, viene individuata una **particolare disciplina** ad essi applicabile:

- il corrispettivo per i lavoratori può essere determinato in base alle consegne effettuate purché in misura non prevalente: hanno cioè diritto ad un corrispettivo fisso;
- i contratti collettivi possono definire schemi retributivi modulari e incentivanti che tengano conto delle modalità di esecuzione della prestazione e dei diversi modelli organizzativi;
- il corrispettivo orario è riconosciuto a condizione che, per ciascuna ora lavorativa, il lavoratore accetti almeno una chiamata.

"Si considerano piattaforme digitali i programmi e le procedure informatiche delle imprese che, indipendentemente dal luogo di stabilimento, organizzano le attività di consegna di beni, fissandone il prezzo e determinando le modalità di esecuzione della prestazione."

La disciplina specifica suddetta riservata ad una specifica categoria di soggetti è stata dovuta alla volontà del legislatore di dimostrare politicamente di essere intervenuto su questo tema delicato.

³ Questa aggiunta alla norma non era forse così essenziale.

⁴ Questa fattispecie risulta particolarmente specifica, forse anche troppo: cosa succede se un soggetto consegna a piedi? o magari in campagna?

Fino ad oggi la grande maggioranza delle corti chiamate a qualificare il rapporto di lavoro dei "riders" li ha identificati come lavoratori etero-organizzati, e quindi destinatari dell'intera disciplina del lavoro subordinato (una sentenza del tribunale di Napoli li ha qualificati come subordinati ex art. 2094 c.c.).

Il lavoro autonomo

Il tema del lavoro autonomo è un tema complesso: se l'attenzione del legislatore, della dottrina e della giurisprudenza si è concentrata sul lavoro subordinato in termini definitivi, qualificatori, interpretativi e applicativi, il lavoro autonomo è sempre stato escluso in forza di una **specific presunzione**: mentre il lavoratore subordinato, in quanto tale, è soggetto al potere direttivo del datore di lavoro che dirige e controlla la prestazione, e per questo merita la tutela e l'intervento eteronomo del legislatore, invece il lavoratore autonomo è un professionista autonomo nell'organizzazione del proprio tempo e della propria attività lavorativa, capace di negoziare le proprie condizioni di lavoro sul mercato e per questo non così meritevole della tutela del legislatore. Tuttavia, in alcune situazioni il lavoratore autonomo non è davvero in grado di negoziare le proprie condizioni di lavoro e ciò genera tipicamente due problematiche:

- il problema del c.d. **falso lavoratore autonomo**: questi corrisponde ad un lavoratore che nei fatti è subordinato e soggetto al potere direttivo e di controllo del datore di lavoro ma che, per fini elusivi della disciplina del lavoro subordinato, viene qualificato come autonomo in sede di stipulazione del contratto di lavoro e quindi non è destinatario delle tutele previste per il lavoro subordinato (e per questo spesso egli si avvale dell'intervento giurisdizionale che fa leva sul metodo sussuntivo e sul metodo tipologico per qualificare il rapporto stesso),
- il problema del **lavoratore genuinamente autonomo** (colui che organizza in toto la propria attività e la propria prestazione e che si avvale anche della collaborazione di qualcuno): ad oggi questi potrebbe essere ritenuto meritevole destinatario di alcune tutele e conseguentemente diviene necessario individuare quali siano le idonee tutele da garantire, le quali comunque devono essere specifiche e funzionali all'attività del lavoro svolto genuinamente autonomo.

La prima embrionale risposta alla seconda questione è stata data nel 2017 dal legislatore che già aveva introdotto l'art. 2 del d.lgs. 81/2015 (in forza del quale l'applicazione della disciplina del lavoro subordinato venne estesa alle collaborazioni etero-organizzate), che aveva già modificato l'art. 409 c.p.c. (in forza del quale le co.co.co ancora esistenti nel nostro ordinamento non rientravano nell'ambito di applicazione del lavoro subordinato) e che aveva anche abolito le collaborazioni a progetto, facendo così "pulizia" delle categorie intermedie.

All'interno di questo disegno riformatore tendente a rendere secca l'alternativa tra applicazione o meno della disciplina del lavoro subordinato (*tertium non datum*), il legislatore per la prima volta ha voluto introdurre una disciplina specifica per il lavoro autonomo, attraverso la **l. 81/2017**.

Prima di questo intervento, in materia di contratto d'opera e quindi di lavoro autonomo, l'ordinamento non taceva del tutto ma presentava comunque delle norme, per quanto scarse e marginali, definitive di alcuni aspetti del rapporto di lavoro autonomo.

Il susseguirsi di disposizioni sul lavoro autonomo si apre tutt'ora con l'**art. 2222 c.c.** che contiene la definizione del **contratto d'opera** (ossia lo speculare del contratto di lavoro subordinato): "*Quando una persona si obbliga a compiere verso un corrispettivo un'opera o un servizio, con lavoro prevalentemente proprio e senza vincolo di subordinazione nei confronti di un committente.*"⁵

⁵ La norma viene posta successivamente all'art. 2094 c.c., richiedendo infatti una preventiva definizione di chi è subordinato.

La definizione fornita dalla norma appare **tautologica, parziale** e **a contrario**: sembra infatti affermare che è autonomo chi non è subordinato, basandosi sulla definizione di lavoratore subordinato fornita dall'art. 2094 c.c. e ragionando a contrario.

La figura del lavoratore autonomo va distinta certamente da quella del lavoratore subordinato ma anche da quella dell'**imprenditore** e in particolare dal **piccolo imprenditore**: il lavoratore autonomo è una figura intermedia tra il lavoratore subordinato e l'imprenditore in quanto il primo non organizza beni e persone come il secondo, bensì utilizza prevalentemente il lavoro proprio. La differenza con il piccolo imprenditore sta proprio nell'organizzazione: il piccolo imprenditore comunque gestisce un'organizzazione, per quanto piccola, di mezzi e persone che sono "altri" da se stesso; il lavoratore autonomo ha invece come cuore della prestazione la propria attività personale. Le norme successive disciplinano alcuni scenari che si possono verificare nella realtà e si applicano in modo sussidiario, quando cioè la volontà negoziale delle parti non abbia deciso diversamente e in modo più specifico:

- l'art. **2223 c.c.** distingue il **contratto d'opera dal contratto di vendita**: *"Le disposizioni di questo capo si osservano anche se la materia è fornita dal prestatore d'opera, purché le parti non abbiano avuto prevalentemente in considerazione la materia, nel qual caso si applicano le norme sulla vendita"*. Nel contratto d'opera può accadere che il lavoratore autonomo sia proprietario della materia che viene utilizzata per la creazione dell'opera finale, ma l'oggetto principale del contratto non deve essere la materia stessa (il bene fornito), bensì l'opera o l'attività personale fornita dal lavoratore autonomo per la trasformazione della materia. Nel contratto di vendita invece l'oggetto di scambio è un bene;
- art. **2224 c.c., Esecuzione dell'opera**: *"Se il prestatore d'opera non procede all'esecuzione dell'opera secondo le condizioni stabilite dal contratto e a regola d'arte, il committente può fissare un congruo termine, entro il quale il prestatore d'opera deve conformarsi a tali condizioni. Trascorso inutilmente il termine fissato, il committente può recedere dal contratto, salvo il diritto al risarcimento dei danni"*. Il criterio della "regola d'arte" è qualcosa di altro rispetto a quello che le parti possono negoziare;
- art. **2225 c.c., Corrispettivo**: *"Il corrispettivo, se non è convenuto dalle parti e non può essere determinato secondo le tariffe professionali o gli usi, è stabilito dal giudice in relazione al risultato ottenuto e al lavoro normalmente necessario per ottenerlo."*
- art. **2226 c.c., Difformità o vizi dell'opera**: *"L'accettazione espressa o tacita dell'opera libera il prestatore d'opera dalla responsabilità per difformità o per vizi della medesima, se all'atto dell'accettazione questi erano noti al committente o facilmente riconoscibili, purché in questo caso non siano stati dolosamente occultati. Il committente deve, a pena di decadenza, denunciare le difformità e i vizi occulti, al prestatore d'opera entro otto giorni dalla scoperta. L'azione si prescrive entro un anno dalla consegna. I diritti del committente nel caso di difformità o di vizi dell'opera sono regolati dall'articolo 1668"*.⁶
- art **2227 c.c., Recesso unilaterale dal contratto** - in questa norma emerge in modo plastico la differenza tra la disciplina del lavoro subordinato (in questo caso si parla di licenziamento) e quella del lavoro autonomo: *"Il committente può recedere dal contratto, ancorché sia iniziata*

⁶ art. 1668 c.c.: *"Il committente può chiedere che le difformità o i vizi siano eliminati a spese dell'appaltatore, oppure che il prezzo sia proporzionalmente diminuito, salvo il risarcimento del danno nel caso di colpa dell'appaltatore. Se però le difformità o i vizi dell'opera sono tali da renderla del tutto inadatta alla sua destinazione, il committente può chiedere la risoluzione del contratto"*.

l'esecuzione dell'opera, tenendo indenne il prestatore d'opera delle spese, del lavoro eseguito e del mancato guadagno".

- art **2228 c.c.**, **Impossibilità sopravvenuta dell'esecuzione dell'opera**: *"Se l'esecuzione dell'opera diventa impossibile per causa non imputabile ad alcuna delle parti, il prestatore d'opera ha diritto ad un compenso per il lavoro prestato in relazione all'utilità della parte dell'opera compiuta".*

Dunque, fino al 2017, quanto al lavoro autonomo, solo queste erano le disposizioni previste dall'ordinamento: infinita era la distanza rispetto al lavoro subordinato e così anche il vantaggio nell'applicare la prima in luogo della seconda, in termini di garanzie e tutele.

Con la **l. 81/2017** vennero adottate alcune **misure per la tutela del lavoro genuinamente autonomo non imprenditoriale** con applicazione ai rapporti di lavoro autonomo di cui al Titolo III del Libro V del Codice civile. Sono quindi esclusi da queste disposizioni imprenditori e piccoli imprenditori di cui all' art. 2083 c.c.

Questa legge fa riferimento ad altre leggi dell'ordinamento per estenderne l'applicazione ai lavoratori autonomi secondo tre scopi principali:

1. tutelare il lavoro autonomo nella fase di **negoiazione** della controparte, nella fase di negoziazione delle condizioni del proprio lavoro;
2. tutelare in termini più generali il lavoratore autonomo sul **mercato**, coadiuvandolo nella ricerca di opportunità di collaborazione simulando il sistema di politiche attive che esiste per i lavoratori subordinati per incentivare il collocamento in caso di perdita del posto di lavoro;
3. applicare alcune **tutele strettamente sociali** (in caso di infortunio, maternità, etc.) per i casi di sospensione obbligata del rapporto di lavoro.

Tutela nelle transazioni commerciali e disciplina delle clausole e delle condotte abusive

In particolare, la prima finalità emerge nella **tutela del lavoratore autonomo nelle transazioni commerciali**: le disposizioni del d.lgs. 231/2002 si applicano in quanto compatibili, e cioè vengono estese, anche alle transazioni commerciali:

- tra lavoratori autonomi e imprese;
- tra lavoratori autonomi e amministrazioni pubbliche;
- tra lavoratori autonomi.

Il decreto suddetto regola **termini e condizioni di pagamento**: in questo senso il legislatore ha adottato un approccio molto pratico in quanto il lavoratore autonomo viene tutelato in caso di ritardo nel pagamento del corrispettivo. La prima esigenza di un soggetto che ha reso una prestazione d'opera ad un terzo è infatti quella di essere pagato in tempi rapidi e di disporre di mezzi adeguati a far valere il suo diritto in caso di ritardo.

La prima finalità emerge anche nella **disciplina delle clausole e delle condotte abusive**: nonostante un professionista sia genuinamente autonomo, egli può trovarsi in una situazione di debolezza contrattuale rispetto alla controparte (pensiamo, ad esempio, ad un professionista singolo che deve negoziare con una grande impresa, o a una posizione di dominanza economica della controparte); per questo si considerano **nulle, prive di effetto, e abusive** le **clausole** che attribuiscono al committente la facoltà di:

- modificare unilateralmente le condizioni del contratto;
- recedere dal contratto senza congruo preavviso (nel caso di contratto avente ad oggetto una prestazione continuativa);
- concordare con il prestatore d'opera termini di pagamento superiori a 60 giorni dalla data del ricevimento da parte del committente della fattura o della richiesta di pagamento.

Si considera inoltre abusivo il rifiuto del committente di stipulare il contratto in forma scritta: la forma scritta non è richiesta *ad substantiam* o *ad probationem*, ma nel caso in cui il lavoratore la richieda, il committente non può rifiutarla. In questi casi, il lavoratore autonomo ha diritto al risarcimento dei danni.

Sempre riconoscendo all'interno dell'ambito del primo scopo l'autonomia genuina del lavoratore che va però spezzata dalla presunzione che il lavoratore autonomo stesso non sia meritevole di tutela da parte del legislatore, quest'ultimo ha esteso a beneficio di questi una parte della disciplina dell'**abuso di dipendenza economica**.

Il lavoratore autonomo non è sempre in una posizione di dipendenza economica rispetto al suo committente (infatti per la definizione del lavoro autonomo la dipendenza economica non rileva): a fronte di una situazione di dipendenza economica, chi ne gode non può abusarne. Si esprime a tal riguardo l'**art. 9 della l. 192/1998** - Abuso di dipendenza economica:

*"È vietato l'abuso da parte di una o più imprese dello stato di dipendenza economica nel quale si trova, nei suoi o nei loro riguardi, una impresa cliente o fornitrice. Si considera **dipendenza economica** la situazione in cui un'impresa sia in grado di determinare, nei rapporti commerciali con un'altra impresa o con un altro lavoratore autonomo, un eccessivo squilibrio di diritti e di obblighi. La dipendenza economica è valutata tenendo conto anche della reale possibilità per la parte che abbia subito l'abuso di reperire sul mercato alternative soddisfacenti.*

L'abuso può anche consistere nel rifiuto di vendere o nel rifiuto di comprare, nella imposizione di condizioni contrattuali ingiustificatamente gravose o discriminatorie, nella interruzione arbitraria delle relazioni commerciali in atto.

Il patto attraverso il quale si realizzi l'abuso di dipendenza economica è nullo."

Le suddette disposizioni sono riconducibili al primo dei tre scopi, la tutela del lavoro autonomo nella fase di negoziazione delle condizioni contrattuali.

Accesso al mercato del lavoro

La disciplina della **coadiuvazione del lavoratore autonomo nell'accesso al mercato del lavoro** attiene invece al secondo scopo del legislatore e ha prestato il fianco ad alcune critiche circa l'inefficienza dei centri per l'impiego stessi.

I centri per l'impiego e gli organismi autorizzati alle attività di intermediazione in materia di lavoro, ai sensi della disciplina vigente, si dotano infatti, in ogni sede aperta al pubblico, di uno **sportello** dedicato al lavoro autonomo.

Quest'ultimo raccoglie domande e offerte di lavoro autonomo, fornisce le relative informazioni ai professionisti ed alle imprese che ne facciano richiesta, fornisce informazioni relative alle procedure per l'avvio di attività autonome e per le eventuali trasformazioni e per l'accesso a commesse ed appalti pubblici, nonché relative alle opportunità di credito e alle agevolazioni pubbliche nazionali e locali.

Tutela della gravidanza, malattia e infortunio

Circa il terzo scopo del legislatore, a richiesta del lavoratore autonomo, la materia riguarda la tutela della gravidanza, della malattia e dell'infortunio. La gravidanza, la malattia e l'infortunio dei lavoratori autonomi che prestano la loro attività in via continuativa per il committente **non comportano l'estinzione del rapporto di lavoro**, la cui esecuzione, su richiesta del lavoratore, rimane **sospesa**, senza diritto al corrispettivo, per un periodo non superiore a **150 giorni** per anno solare, **fatto salvo il venir meno dell'interesse del committente**.

In caso di maternità, previo consenso del committente, è prevista la possibilità di sostituzione delle lavoratrici autonome da parte di altri lavoratori autonomi di fiducia delle lavoratrici stesse, in

possesto dei necessari requisiti professionali, nonché dei soci, anche attraverso il riconoscimento di forme di compresenza della lavoratrice e del suo sostituto.

Il legislatore instaura così un rapporto molto pratico: se le lavoratrici subordinate sono obbligate a sospendere il rapporto di lavoro negli ultimi 3 mesi di gravidanza e nei primi 2 mesi dopo il parto, quelle autonome non sono obbligate alla sospensione ma comunque devono ricevere l'indennità di maternità nel caso in cui non sospendano la prestazione.

Smartworking

Il lavoro agile o *smartworking* è disciplinato dalla **seconda parte della l. 81/2017**, cioè la stessa che tratta il lavoro autonomo, utile durante la pandemia. Con questa disciplina il legislatore ha indirettamente aggiornato anche la nozione di lavoro subordinato introducendo, con la definizione di "lavoro agile", una disciplina del rapporto di lavoro subordinato che presenta delle caratteristiche inedite circa l'autonomia nell'organizzazione della prestazione, degli spazi e del lavoro prestato: il lavoratore, per quanto subordinato, non è quindi sempre soggetto al potere direttivo del datore di lavoro.

Da un punto di vista sistematico, ciò significa che può esser meritevole di tutela anche quel lavoratore che gode di un margine di autonomia nell'organizzazione del proprio lavoro; già un passo verso questa direzione era stato compiuto nel 2015 con l'estensione della disciplina del lavoro subordinato alle collaborazioni etero organizzate. Qui viene sia confermata la scelta, sia viene compiuto un passo ulteriore di aggiornamento del lavoro subordinato.

Innanzitutto: *"Il lavoro agile è una modalità di esecuzione del rapporto di lavoro subordinato stabilita mediante accordo tra le parti, anche con forme di organizzazione per fasi, cicli e obiettivi e senza precisi vincoli di orario o di luogo di lavoro, con il possibile utilizzo di strumenti tecnologici per lo svolgimento dell'attività lavorativa."*

Innanzitutto, il legislatore afferma come il lavoro agile rientri nella fattispecie di lavoro subordinato: è subordinato anche il lavoratore in *smartworking* che non si trova all'interno dell'ambiente strettamente diretto dal datore. L'organizzazione della prestazione senza precisi vincoli di tempo e spazio e la valorizzazione di fasi, cicli e obiettivi presuppongono una maggiore autonomia in capo al lavoratore, che pure rimane subordinato: la portata sistematica della norma è notevole: il lavoratore libero nello spazio e nel tempo nel fornire la prestazione è comunque subordinato.

Secondo la disciplina, che è poi forzosamente mutata con l'avvento del Covid-19, *"la prestazione lavorativa viene eseguita, in parte all'interno di locali aziendali e in parte all'esterno (il "dove" è scelta discrezionale del lavoratore, anche se non viene meno l'obbligo del datore di lavoro di garantire la sicurezza del suo lavoratore) senza una postazione fissa, entro i soli limiti di durata massima dell'orario di lavoro giornaliero e settimanale, derivanti dalla legge e dalla contrattazione collettiva"*. Nel limite dell'orario massimo, quindi, il lavoratore è autonomo nell'organizzare la sua attività lavorativa.

Condizione per accedere alla modalità di lavoro agevole subordinato è l'**accordo redatto per iscritto tra le parti**: la previsione di legge è stata parzialmente derogata nel corso della pandemia dal legislatore, il quale ha consentito al **datore** di lavoro il potere di **imporre unilateralmente** lo *smartworking*, in modo da consentire la prosecuzione delle attività lavorative fuori dai locali aziendali.

L'**accordo scritto** è essenziale in quanto permette alle parti di **definire ex ante le modalità di svolgimento della prestazione di lavoro** in formato *smart*: le parti possono stabilire innanzitutto se il lavoro agile, e non il contratto di lavoro, è a tempo determinato o indeterminato: dal punto di vista civilistico, il contratto di lavoro subordinato esiste ed è quello che ha permesso l'instaurarsi del rapporto stesso di lavoro subordinato; l'accordo di *smartworking* è qualcosa di "altro", non

correlato al primo, dal quale, ad esempio, si può anche recedere, non recedendo dal contratto di lavoro subordinato, ma semplicemente ripristinando la modalità di esercizio della prestazione stabilite originariamente nel primo contratto.

E dunque, seppur con ritardo rispetto agli altri paesi europei, anche in Italia siamo arrivati a disciplinare il tema del lavoro agile prescindendo da logiche di distanziamento e di preservazione della salute (normativa è infatti entrata in vigore pre Covid). L'esigenza sottesa alla disciplina è infatti quella di aggiornamento; il legislatore del 2017 ha infatti introdotto questa disciplina che si caratterizza per un elemento essenziale: il prestatore di lavoro rende la propria prestazione al di fuori dei locali aziendali e senza precisi vincoli di orario.

Questi due criteri erano fondamentali per la giurisprudenza nell'applicazione del metodo tipologico il quale fa appunto riferimento agli indici della subordinazione che, pur non essendo espressamente richiesti dal 2094cc, vengono presi in considerazione dal giudice nella fase di qualificazione del rapporto di lavoro come autonomo o subordinato. Lo spazio e l'orario di lavoro erano infatti gli indicatori chiave adottati dal giudice nei fatti per detta qualificazione, che dipendeva appunto dal fatto che il lavoratore avesse o meno un ufficio o che fosse obbligato o meno a rispettare un orario di lavoro.

Dal 2017 invece il legislatore afferma che il rapporto di lavoro è subordinato anche quando il prestatore di lavoro non è vincolato nel fornire la propria prestazione in termini di tempo e spazio - > si ha quindi un aggiornamento della qualificazione del rapporto di lavoro subordinato dato dal variare della modalità di esercizio della prestazione di lavoro (come emerge dalla stessa definizione di "lavoro agile" fornita dalla normativa del 2017).

In particolare, come individuato dalla stessa normativa, l'orario di lavoro deve solo rispettare la durata massima della prestazione lavorativa individuata dalla legge e dalla contrattazione collettiva. Il legislatore nel 2017, permettendo di svolgere parte dell'attività lavorativa fuori dai locali aziendali, aveva ritenuto valida la necessità di conservare almeno un rapporto o un legame fisico con l'azienda, in termini di contatti con l'azienda, con i lavoratori e con il datore di lavoro, permettendogli cioè di collaborare con i colleghi e anche di svolgere eventualmente attività sindacale.

Questo nuovo modo di pensare al lavoro subordinato non ha toccato il 2094cc, pur causando un ripensamento del concetto e dell'archetipo di lavoro subordinato.

Lo smartworking viene concepito come istituto regolato per gran parte dalle stesse parti, le quali hanno appunto il compito di definire vari aspetti del rapporto lavorativo nel caso in cui decidano di accedere a tale modalità di svolgimento della prestazione lavorativa. L'accordo scritto necessario è quindi aggiuntivo e separato rispetto al contratto di lavoro subordinato stipulato che rimane la fonte stabile da cui sorge lo stesso rapporto lavorativo; detto accordo per un certo tempo può completare il contratto di lavoro mantenendo la sua autonomia e può essere successivo allo stesso contratto di lavoro.

Il legislatore individua quali sono gli aspetti che le parti stesse devono disciplinare, senza imporre alle parti delle condizioni prestabilite o uno specifico contenuto: egli le invita a negoziare e a definire di comune accordo una serie di condizioni che disciplinino il rapporto di lavoro in modalità agile.

L'accordo di lavoro agile può essere quindi a tempo determinato o indeterminato, salva la possibilità di recedere dallo stesso, che non significa recedere dal contratto di lavoro subordinato il quale rimane in piedi nella sua autonomia.

Il legislatore individua una serie di poteri in capo al datore di lavoro rispetto ai quali il lavoratore si trova in una posizione di soggezione: innanzitutto tra questi riconosciamo il potere direttivo (di impartire delle direttive, istruzioni o degli ordini vincolanti per il lavoratore), il *ius variandi* (potere di modificare unilateralmente l'oggetto dell'obbligazione della controparte, cioè le mansioni del lavoratore), il potere di controllo (di monitorare l'attività lavorativa entro alcuni limiti al fine di

verificare la sua funzionalità) e il potere privato disciplinare (di sanzionare al prestatore di lavoro che abbia violato delle disposizioni provenienti dallo stesso datore).

Quando il rapporto di lavoro si svolge in modalità agile ai sensi della L. 81/2017, il legislatore richiede che le parti, in sede di stipulazione dell'accordo di lavoro agile, prevedano anche delle specifiche modalità e forme di esercizio dei poteri tradizionali del datore di lavoro.

Quindi l'**accordo di smartworking** deve in particolare disciplinare, per legge:

- *l'esecuzione della prestazione lavorativa svolta all'esterno dei locali aziendali, anche con riguardo alle forme di esercizio del potere direttivo del datore di lavoro ed agli strumenti utilizzati dal lavoratore* -> se nel rapporto di lavoro subordinato realizzato in modo non agile non è necessario che siano disciplinate le forme di esercizio del potere direttivo del datore, nello smart working questo è necessario in quanto il datore, avendo meno controllo sul lavoratore, non può esercitare in modo costante il suo potere direttivo, che subisce una limitazione e allo stesso tempo potrebbe essere portato ad essere molto ingerente.

Le parti devono concordare quindi le forme di esercizio del potere direttivo: il datore naturalmente è e resta titolare del potere direttivo (altrimenti verrebbe meno il rapporto di lavoro subordinato), ma le forme con cui il suo potere si estrinseca devono essere concordate tra le parti. Il datore di lavoro così non può esercitare un'eccessiva ingerenza sull'attività del lavoratore che si trova fuori dai locali aziendali.

- *i tempi di riposo del lavoratore e le misure tecniche e organizzative necessarie per assicurare la disconnessione del lavoratore dalle strumentazioni tecnologiche di lavoro* -> la prestazione in modalità agile prescinde da tempi di lavoro, come affermato dal legislatore: il lavoratore organizza il proprio tempo di lavoro in modo autonomo, fatti salvi i limiti stabiliti dalla legge o dalla contrattazione collettiva. Il lavoratore comunque ha diritto alla disconnessione dagli strumenti di lavoro altrimenti incorrerebbe in un costante esercizio della sua prestazione; il legislatore però non stabilisce per le parti una specifica modalità di coordinamento circa il tempo della prestazione lavorativa, ma ancora invita le parti a coordinarsi sul punto in modo da regolare il rapporto per tutta la durata della modalità di svolgimento della prestazione lavorativa agile.

Il legislatore ha poi espressamente affermato che il lavoratore che svolge la prestazione in modalità di lavoro agile ha diritto ad un trattamento economico e normativo non inferiore a quello complessivamente applicato nei confronti dei lavoratori che svolgono le medesime mansioni esclusivamente all'interno dell'azienda -> la modalità alternativa di lavoro non deve inficiare la posizione del lavoratore.

È necessario effettuare alcune precisazioni in tema di **potere di controllo e disciplinare**.

La normativa aggiunge infatti che l'accordo tra le parti deve disciplinare l'esercizio del potere di controllo del datore di lavoro sulla prestazione resa dal lavoratore all'esterno dei locali aziendali nel rispetto di quanto disposto dalla legge. L'accordo deve anche individuare le condotte, connesse all'esecuzione della prestazione lavorativa all'esterno dei locali aziendali, che danno luogo all'applicazione di sanzioni disciplinari.

La ratio di questa specificazione sta nel fatto che quando il lavoratore rende la prestazione all'interno dell'azienda, lo fa nella "casa" del datore di lavoro e perciò quest'ultimo può verificare ciò che il prestatore di lavoro fa, ed eventualmente sanzionare i comportamenti che deviano dalle sue istruzioni. Se invece il lavoratore non è fisicamente presente in azienda, la dinamica di controllo e sanzione risulta più complessa: tutto ciò che avviene fuori dall'azienda di regola appartiene alla sfera privata del lavoratore. In ragione di questa complicazione quindi, il datore di lavoro per legge rimane intitolato del potere direttivo, di controllo e disciplinare e deve disciplinare in comune accordo con il lavoratore le modalità di esercizio di detti poteri.

In tema di **salute e sicurezza sul lavoro**, il datore di lavoro continua anche ad essere responsabile della salute e della sicurezza dei suoi lavoratori, in forza dell'obbligo generale previsto dall'art 2087cc, e anche del buon funzionamento degli strumenti tecnologici assegnati al lavoratore per lo svolgimento dell'attività lavorativa prestata fuori dai locali aziendali.

Sul prestatore di lavoro è posto un onere di cooperazione all'attuazione delle misure di prevenzione: questi deve essere responsabile e rispettare le disposizioni del datore per garantire la sicurezza della propria prestazione.

Sempre al fine della sicurezza e della salute, il datore consegna al lavoratore e al rappresentante dei lavoratori per la sicurezza, con cadenza almeno annuale, un'informativa scritta nella quale sono individuati i rischi generali e i rischi specifici connessi alla particolare modalità di esecuzione del rapporto di lavoro.

Sulla base del **diritto di priorità**, i datori di lavoro sono tenuti in ogni caso a riconoscere priorità alle richieste di esecuzione del rapporto di lavoro in modalità agile formulate dalle lavoratrici nei tre anni successivi alla conclusione del periodo di congedo di maternità ovvero dai lavoratori con figli in condizioni di disabilità.

Va ricordato che in ogni caso la normativa prevista dalla legge e dalla contrattazione collettiva sul tema rimane da applicare.

Il **punto debole di questa disciplina**, parlando di accordo individuale tra datore di lavoro e lavoratore, sta nel fatto che un accordo privato può non essere sempre la migliore situazione per disciplinare le condizioni di lavoro; nella realtà spesso accade che, più che procedere per accordi individuali, le parti hanno concluso accordi collettivi validi ad es per tutta l'azienda: i datori di lavoro si sono trovati a negoziare con i rappresentanti dei lavoratori in azienda per concludere detti accordi.

A poca distanza dall'entrata in vigore di questa legge, con la pandemia, il legislatore ha consentito al datore di lavoro di imporre unilateralmente lo smartworking senza un accordo con il lavoratore, dal momento che l'attività lavorativa doveva proseguire nei limiti del possibile: per questo alcuni hanno sottolineato che il "lavoro da remoto" della pandemia non è assimilabile al lavoro agile / smartworking che presuppone appunto un accordo tra le parti.

Ad oggi lo smartworking potrebbe divenire una modalità ordinaria di svolgimento dell'attività lavorativa e a quel punto sarà da verificare se l'accordo individuale su così ampia portata sarà sufficiente a regolare le condizioni di lavoro.

Il contratto di lavoro a termine

È uno dei tipi di contratto di lavoro alternativi al contratto di lavoro "*standard*" (rientra tra i **contratti di lavoro atipici**). Finora il riferimento "*standard*" è stato il contratto di lavoro subordinato a tempo indeterminato in cui il lavoratore offre la propria prestazione a tempo pieno. Nella logica del legislatore, nel momento in cui il lavoratore rende la propria prestazione come subordinato in favore del datore, il contratto è a tempo pieno e indeterminato.

Questo sistema funzionava ottimamente in un sistema economico passato in cui le esigenze imprenditoriali erano diverse: a volte il datore di lavoro deve far fronte ad alcune situazioni contingenti che fanno sorgere la necessità di più manovalanza per un periodo di tempo determinato.

Il lato datoriale nel tempo ha infatti espresso l'esigenza che nell'ordinamento fosse disciplinata anche la forma del contratto a termine accanto a quella "*standard*".

Tradizionalmente il legislatore italiano ha guardato al contratto a termine con sospetto, volendolo inquadrare come eccezione rispetto alla regola per una ragione di **tutela del lavoratore**. Nel

contratto a tempo indeterminato, infatti, le parti possono chiaramente recedere dal contratto ma il datore di lavoro è fortemente vincolato nella propria prerogativa di recesso rispetto al lavoratore. Nel contratto di lavoro a termine non si pone il problema del recesso in quanto il datore impone già *ex ante* la durata del rapporto di lavoro.

Il legislatore, con la l. 230/1962, aveva individuato le **ipotesi tassative** in cui era possibile ricorrere a **contratti di lavoro a tempo determinato**, i quali quindi erano predeterminati: al di fuori qualsiasi caso previsto dal legislatore, l'apposizione di un termine era illegittimo e nullo e quindi il contratto si riteneva come comune, cioè a tempo indeterminato.

Nel 2001 il legislatore, recependo una direttiva europea in materia, introdusse una nuova disciplina che imponeva che l'apposizione del termine fosse giustificata: le parti, secondo la **clausola generale** della direttiva, dovevano esplicitare nel contratto di lavoro a termine le *“ragioni di carattere tecnico, produttivo, organizzativo o sostitutivo, anche se riferibili all'ordinaria attività del datore di lavoro”*: era quindi necessaria una causale (cioè una giustificazione) per l'apposizione del termine.

Era però necessario dare concretezza alla clausola generale: a scapito della certezza del diritto, l'individuazione di ragioni meritevoli all'apposizione del termine era variabile.

Tra il 2012 e il 2018 il legislatore è intervenuto sul tema dell'obbligo di apporre una causale; la riforma Fornero del 2012 operò in senso di una liberalizzazione, stabilendo che la giustificazione non era necessaria nel primo contratto stipulato tra le parti se di durata non superiore a 12 mesi.

Nel 2014 il Decreto Poletti (d.l. 34/2014), poi confermato dal Jobs Act (d.lgs. 81/2015, artt. 19-28), dal punto di vista della giustificazione del termine, venne eliminato qualsiasi riferimento dal momento che appunto la necessaria giustificazione del termine venne abrogata.

Nel 2018 avvenne un nuovo cambio di rotta con il cd. Decreto dignità (d.l. n. 87/2018, convertito dalla l. n. 96/2018) ad oggi vigente: il legislatore ha ripristinato la necessità di giustificare l'apposizione del termine nel caso in cui il contratto abbia durata superiore ai 12 mesi o venga prolungato oltre i 12 mesi (modello quindi simile alla riforma Fornero).

Forma del contratto e limiti temporali

Circa la forma del contratto a termine, è **necessaria la forma scritta** e cioè il termine deve risultare a pena di nullità da atto scritto, direttamente o indirettamente: se le parti non esplicitano per iscritto il termine, il contratto si ritiene stipulato a tempo indeterminato, con l'eccezione dei rapporti di lavoro di durata non superiore a dodici giorni. Una copia del contratto deve essere consegnata dal datore di lavoro al lavoratore entro 5 giorni lavorativi dall'inizio della prestazione.

Ci sono tre situazioni in cui non è necessario individuare la causale:

1. nel caso in cui il contratto abbia durata **non superiore ai 12 mesi**, il datore non è tenuto a specificare la ragione per cui ritiene di apporre un termine al contratto;
2. se il contratto ha durata superiore a 12 mesi ma **non superiore ai 24 mesi**, è necessario che si rispetti almeno una delle seguenti condizioni affinché la causale possa venire meno, condizioni individuate dall'art. 19 co. 1 del Jobs Act (d.lgs. n. 81/2015 da ultimo modificato nel 2018 e nel 2021):
 - esigenze temporanee e oggettive, estranee all'ordinaria attività;
 - esigenze di sostituzione di altri lavoratori;
 - esigenze connesse a incrementi temporanei, significativi e non programmabili, dell'attività ordinaria.
3. Può essere stilato un ulteriore contratto a tempo determinato fra gli stessi soggetti senza la causale, ma con la durata massima di dodici mesi, ma presso la Direzione Territoriale del Lavoro competente per territorio, cioè un ufficio locale del Ministero del Lavoro in cui un terzo possa verificare la sussistenza di ragioni genuine circa la necessità di un terzo contratto a termine.

Dunque, per **non apporre la causale**:

- il primo contratto a termine può avere durata massima di 12 mesi e non rende necessaria la causale, cioè la ragione produttiva o organizzativa in forza della quale il termine è necessario: il contratto si dice "acausale";
- un secondo contratto può avere durata massima di 24 mesi ma solo se ricorre almeno una delle 3 condizioni suddette;
- un terzo contratto a termine può essere stipulato per la durata massima di 12 mesi solo se autorizzato dalla Direzione Territoriale del Lavoro.

In caso di **violazione del termine temporale**:

10. in caso di stipulazione di un contratto di durata superiore a 12 mesi in assenza delle condizioni di cui al comma 1, il contratto si trasforma in contratto a tempo indeterminato dalla data di superamento del termine di dodici mesi;
11. qualora il limite dei 24 mesi sia superato, per effetto di un unico contratto o di una successione di contratti, il contratto si trasforma in contratto a tempo indeterminato dalla data di tale superamento;
12. in caso di mancato rispetto della procedura presso la Direzione Territoriale del Lavoro, nonché di superamento del termine stabilito nel medesimo contratto, lo stesso si trasforma in contratto a tempo indeterminato dalla data della stipulazione.

Proroga e rinnovo del contratto

In caso di **proroga del contratto a termine**:

- il contratto può essere prorogato liberamente nei primi dodici mesi e, successivamente, solo in presenza delle condizioni di cui all'articolo 19, comma 1;
- il termine del contratto a tempo determinato può essere prorogato, con il consenso del lavoratore, solo quando la durata iniziale del contratto sia inferiore a ventiquattro mesi, e, comunque, per un massimo di quattro volte nell'arco di ventiquattro mesi a prescindere dal numero dei contratti;
- qualora il numero delle proroghe sia superiore, il contratto si trasforma in contratto a tempo indeterminato dalla data di decorrenza della quinta proroga.

In caso di **rinnovo del contratto a termine**, quando cioè il primo contratto giunga a scadenza e le parti decidono di stipularne uno nuovo sempre a termine:

- il contratto può essere rinnovato solo a fronte delle condizioni di cui all'articolo 19, comma 1 (anche se durata complessiva inferiore a 12 mesi);
- il contratto si trasforma a tempo indeterminato qualora il lavoratore sia riassunto a tempo determinato entro 10 giorni dalla data di scadenza di un contratto di durata massima di 6 mesi o entro 20 giorni dalla data di scadenza di un contratto di durata superiore a 6 mesi; questo perché l'esigenza di apporre il termine deve essere genuina (nel caso in cui venga oltrepassato il termine dei 10 giorni o dei 20 giorni il contratto, nel rispetto delle condizioni precedentemente analizzate, rimane a tempo determinato).

Continuazione del rapporto oltre il termine e limiti quantitativi

Circa la **continuazione del rapporto di lavoro oltre il termine**, se il rapporto di lavoro continua dopo la scadenza del termine inizialmente fissato o successivamente prorogato, il datore di lavoro è tenuto a corrispondere al lavoratore una maggiorazione della retribuzione per ogni giorno di continuazione del rapporto pari al 20% fino al decimo giorno successivo e al 40% per ciascun giorno ulteriore.

Qualora il rapporto di lavoro continui oltre il trentesimo giorno in caso di contratto di durata inferiore a sei mesi, ovvero oltre il cinquantesimo giorno negli altri casi, il contratto si trasforma in contratto a tempo indeterminato dalla scadenza dei predetti termini.

Circa i **limiti quantitativi**, salvo diversa disposizione dei contratti collettivi, non possono essere assunti lavoratori a tempo determinato in misura superiore al 20% del numero dei lavoratori a tempo indeterminato in forza al 1° gennaio dell'anno di assunzione. Per i datori di lavoro che occupano fino a 5 dipendenti è sempre possibile stipulare un contratto di lavoro a tempo determinato.

Vi sono però delle **eccezioni** ai limiti quantitativi. Questi limiti non operano:

- nella fase di avvio di nuove attività, per i periodi definiti dai contratti collettivi;
- per le start-up innovative;
- per lo svolgimento delle attività stagionali;
- per specifici spettacoli ovvero specifici programmi radiofonici o televisivi o per la produzione di specifiche opere audiovisive;
- per sostituzione di lavoratori assenti;
- con lavoratori di età superiore a 50 anni.

In caso di violazione del limite percentuale, resta esclusa la trasformazione dei contratti interessati in contratti a tempo indeterminato, e per ciascun lavoratore si applica una sanzione amministrativa pecuniaria.

Divieti, parità di trattamento e diritto di precedenza

Vi sono alcuni **divieti** in capo al datore di lavoro nella stipulazione del contratto di lavoro a termine che infatti non può essere stipulato:

- per la sostituzione di lavoratori che esercitano il diritto di sciopero;
- presso unità produttive nelle quali si è proceduto, entro i sei mesi precedenti, a licenziamenti collettivi che hanno riguardato lavoratori adibiti alle stesse mansioni cui si riferisce il contratto di lavoro a tempo determinato, salvo che il contratto sia concluso per provvedere alla sostituzione di lavoratori assenti, per assumere lavoratori iscritti nelle liste di mobilità, o abbia una durata iniziale non superiore a tre mesi;
- presso unità produttive nelle quali sono operanti una sospensione del lavoro o una riduzione dell'orario in regime di cassa integrazione guadagni, che interessano lavoratori adibiti alle mansioni cui si riferisce il contratto a tempo determinato;
- da parte di datori di lavoro che non hanno effettuato la valutazione dei rischi in applicazione della normativa di tutela della salute e della sicurezza dei lavoratori.

Circa la **parità di trattamento**, al lavoratore a tempo determinato spetta il trattamento economico e normativo in atto nell'impresa per i lavoratori con contratto a tempo indeterminato comparabili, intendendosi per tali quelli inquadrati nello stesso livello in forza dei criteri di classificazione stabiliti dalla contrattazione collettiva, ed in proporzione al periodo lavorativo prestato.

Con riferimento al **diritto di precedenza**, questo stabilisce che, salvo diversa disposizione dei contratti collettivi, il lavoratore che, nell'esecuzione di uno o più contratti a tempo determinato presso la stessa azienda, ha prestato attività lavorativa per un periodo superiore a sei mesi ha diritto di precedenza **nelle assunzioni a tempo indeterminato effettuate dal datore di lavoro entro i successivi dodici mesi** con riferimento alle mansioni già espletate in esecuzione dei rapporti a termine.

Per le **lavoratrici**, il congedo di maternità usufruito nell'esecuzione di un contratto a tempo determinato presso lo stesso datore di lavoro concorre a determinare il periodo di attività lavorativa

utile a conseguire il diritto di precedenza. Alle medesime lavoratrici è altresì riconosciuto, alle stesse condizioni, il diritto di precedenza nelle assunzioni a tempo determinato effettuate dal datore di lavoro entro i successivi dodici mesi, con riferimento alle mansioni già espletate in esecuzione dei precedenti rapporti a termine.

Dunque, è possibile osservare che una volta chiariti i confini della subordinazione e dell'autonomia, cioè le due macro-categorie alla luce delle quali si iscrivono i rapporti di lavoro, con il tempo il legislatore ha disciplinato una serie di tipologie contrattuali che si distinguono rispetto al contratto di lavoro subordinato "*standard*" per vari aspetti.

Se consideriamo l'approccio del legislatore italiano e se individuiamo il contratto di lavoro subordinato a tempo indeterminato e a tempo pieno come il modello contrattuale di riferimento, dobbiamo osservare come poi l'ordinamento abbia anche disciplinato una serie di contratti che dipartono da questo modello per vari aspetti.

In particolare, il contratto di lavoro a termine si distingue da quello a tempo indeterminato in quanto le parti appongono un termine al loro accordo, decidendo *ex ante* la durata del contratto, al raggiungimento del quale il rapporto di lavoro viene meno senza che sia necessario il recesso di una delle parti, salvo le possibilità di rinnovo o proroga già viste.

L'attenzione del legislatore nel disciplinare nel tempo in particolare il contratto a termine è giustificata dalla volontà di tutelare il lavoratore che, a fronte della temporaneità del rapporto, potrebbe essere esposto al rischio di precarizzazione (non si sa cosa accada alla scadenza del termine e il rischio di abuso di questo modello contrattuale da parte delle imprese è insito nel modello stesso).

Somministrazione di lavoro e appalto

Questi sono due istituti molto diversi ma accomunati dal fatto che il fronte datoriale subisce una complicazione: il rapporto di lavoro prima bilaterale tra lavoratore e datore di lavoro diviene triangolare in quanto all'interno di esso si inserisce un terzo.

Il modello di impresa preso in considerazione in cui il datore è il capo dell'impresa e dirige il lavoro dei suoi dipendenti (lavoratori subordinati), è un modello semplificato: questo modello di riferimento definibile taylorista-fordista e risalente alla rivoluzione industriale era caratterizzato da poca mobilità e flessibilità, pur essendo complesso e completo, in quanto concentrava nella sua organizzazione produttiva, e quindi sotto il controllo del datore, tutte le funzioni e le fasi.

Nel tempo questo modello si è evoluto: l'intuizione che ha comportato un radicale mutamento nel mondo delle imprese è stata quella per cui **esternalizzare** alcune funzioni avrebbe comportato una **diminuzione dei costi**: anziché concentrare tutto e produrre all'interno della stessa impresa la materia prima così come il prodotto finale, esternalizzare certe funzioni, avvalendosi di opere esterne e produttori esterni, avrebbe permesso di risultare maggiormente competitivi sul mercato esterno. La struttura organizzativa in cui operava l'imprenditore divenne così più complessa e i confini dell'impresa si fecero sempre più variabili in quanto essa si inseriva in un ciclo produttivo articolato che coinvolgeva molti più soggetti. Questo fenomeno si rifletté sul piano del rapporto di lavoro, non più bilaterale.

La somministrazione di lavoro

La **somministrazione di lavoro** è un istituto che prevede che un soggetto, detto **agenzia di somministrazione**, il quale deve essere a ciò autorizzata dal Ministero del lavoro, **assume alcuni dipendenti** (sia a tempo determinato che indeterminato), **salvo poi collocarli presso un terzo utilizzatore**: ancorché formale datrice di lavoro, l'agenzia di somministrazione non è il soggetto che

riceve e usufruisce della prestazione: si genera così una **divaricazione** tra il soggetto che è il datore di lavoro formale e il soggetto che riceve la prestazione, quindi una divaricazione all'interno del **sinallagma** proprio del contratto di lavoro per cui chi riceve la prestazione è datore di lavoro e deve anche la retribuzione al lavoratore.

Si è iniziato a parlare di somministrazione di lavoro già dagli anni '60 e '70, nonostante quel fenomeno fosse propriamente il c.d. **caporalato**: fenomeno che consisteva nel fatto che un soggetto patrimonialmente inesistente ("testa di paglia" senza alcun patrimonio che non avrebbe potuto produrre nulla se chiamato in tribunale) si prendesse carico fisicamente di un certo numero di lavoratori in vari settori (all'epoca soprattutto quello agricolo al Sud, oggi anche quello edile), per poi collocarli in alcuni campi di proprietà del concreto datore di lavoro, l'imprenditore agricolo, che avrebbe tratto vantaggio dall'attività dei lavoratori, nonostante formalmente il datore di questi ultimi fosse il caporale. Lo scopo era quello di far figurare come formale datore di lavoro il caporale che pagava i lavoratori con somme irrisorie: laddove colto in flagranza in questo atteggiamento di sfruttamento dall'ispettorato del lavoro e portato in tribunale per essere condannato, ad esempio, al pagamento dei tributi o in caso di incidenti sul lavoro, questi risultava completamente indigente, mentre il concreto datore di lavoro sarebbe rimasto del tutto escluso dalla vicenda tra caporale e lavoratore. Il fenomeno destò molto scalpore e in seno al Parlamento venne costituita una **Commissione d'inchiesta** che vietò ogni forma di caporalato con la **L. 1369/1960**: il rapporto di lavoro non poteva che essere bilaterale; non potevano esserci terzi coinvolti nel rapporto di lavoro, per cui il datore doveva coincidere sia con il terzo che traeva vantaggio dall'attività lavorativa resa dal lavoratore, sia con il terzo responsabile dei tributi, del pagamento della prestazione, delle garanzie dei lavoratori, etc.

Venne quindi introdotto un **divieto assoluto di interposizione tra lavoratore e datore di lavoro, sanzionato penalmente**, dal momento che l'imputazione del rapporto di lavoro al datore di lavoro interposto avrebbe consentito all'effettivo datore di lavoro interponente di sottrarsi alle sue responsabilità.

Con il complicarsi del modello organizzativo delle imprese visto prima, però, le esigenze si complicarono a loro volta: nell'ambito di un'organizzazione produttiva complessa, era sentita la necessità di disciplinare il **rapporto di lavoro tramite agenzia** in quanto si trattava di un istituto già conosciuto dalla maggior parte dei paesi europei.

Un primo riconoscimento di questo istituto avvenne con il Ministro del lavoro Treu con la L. 196/1997: questa disciplina venne resa più organica e liberalizzata con il Decreto Biagi (d.lgs. 276/2003), figlio della direttiva adottata a livello europeo, e con il d.lgs. 81/2015, a sua volta ritoccato nel 2018. L'istituto della somministrazione di lavoro, dunque, prevedeva la compartecipazione al rapporto di lavoro di tre soggetti:

- **agenzia di somministrazione**: questa stipula un **contratto di lavoro subordinato** a tutti gli effetti, a tempo determinato o indeterminato con dei lavoratori e un **contratto di somministrazione di lavoro** con l'impresa utilizzatrice di carattere commerciale, che è il soggetto presso cui vengono collocati i lavoratori e che trae quindi vantaggio dall'attività lavorativa dei dipendenti;
- **utilizzatore**;
- **lavoratore**.

Non c'è, dunque, **nessun rapporto contrattuale tra utilizzatore e lavoratore**: in questa ipotesi, infatti, il lavoratore rende la propria prestazione in favore di un soggetto con cui non ha alcun legame contrattuale, il legame contrattuale del lavoratore è solo con l'agenzia e il legame contrattuale dell'utilizzatore è solo con l'agenzia: si ha quindi una scissione della funzione del datore di lavoro, tant'è che si parla di **datore di lavoro formale** (l'agenzia a cui fa capo la titolarità del

rapporto di lavoro) e di **datore di lavoro sostanziale** (terzo utilizzatore dell'attività lavorativa a cui compete l'effettiva utilizzazione del lavoratore).

Il lavoratore svolge quindi la sua attività lavorativa per l'utilizzatore, sotto la sua direzione e controllo, ma intrattiene un rapporto di lavoro solo nei confronti del somministratore.

Per garantire la genuinità dell'operazione e per evitare che la tripartizione sia utilizzata al fine di eludere la disciplina del diritto del lavoro, l'ordinamento prevede **limiti e condizioni** al suo utilizzo. Lo scopo è appunto che non vengano messi degli schermi tra lavoratore e datore di lavoro effettivo attraverso l'istituto della somministrazione irregolare o illecita, per poi imputare le responsabilità relative alla funzione datoriale ad un soggetto terzo.

Innanzitutto, il contratto di somministrazione tra agenzia e terzo utilizzatore deve essere stipulato in **forma scritta** e deve contenere una serie di **elementi**, individuati dal decreto del 2015:

- estremi dell'autorizzazione rilasciata al somministratore: l'agenzia di somministrazione deve essere autorizzata e risultare registrata in un albo del Ministero del lavoro, dando, ad esempio, garanzie di professionalità e consistenza patrimoniale proprio al fine che il terzo datore di lavoro formale non si riveli una testa di paglia, bensì un'impresa che per mestiere svolge l'attività propria di agenzia;
- il numero dei lavoratori da somministrare;
- l'indicazione di eventuali rischi per la salute e la sicurezza del lavoratore e le misure di prevenzione adottate;
- la data di inizio e la durata prevista della somministrazione di lavoro;
- le mansioni alle quali saranno adibiti i lavoratori e l'inquadramento dei medesimi;
- il luogo, l'orario di lavoro e il trattamento economico e normativo dei lavoratori.

La figura del datore di lavoro, come detto, si scinde tra datore di lavoro formale e datore di lavoro sostanziale. Peculiare è anche la **conseguente scissione dell'esercizio dei poteri datoriali**: nell'istituto della somministrazione di lavoro, eccezionalmente il potere direttivo e il potere di controllo vengono esercitati dal terzo utilizzatore che formalmente non è il datore di lavoro; l'attribuzione del potere direttivo all'utilizzatore altera il vincolo di subordinazione nel rapporto di lavoro che lega il lavoratore al somministratore.

Il potere disciplinare viene invece esercitato, alla luce delle informazioni provenienti dal terzo utilizzatore, dall'agenzia di somministrazione.

Al lavoratore somministrato spettano un **trattamento economico e normativo** e un insieme di **tutele** riservati agli stessi lavoratori dipendenti dell'utilizzatore: in termini di costo, l'utilizzatore non può trarre vantaggio economico dal servizio di somministrazione, ma al contrario dovrà sia riservare ai lavoratori il medesimo trattamento dei propri dipendenti (ad esempio, in forza del medesimo contratto di lavoro collettivo) sia pagare l'agenzia.

Ci sono comunque dei vantaggi nell'utilizzo di questo istituto. Sarà innanzitutto più agevole il ricambio di personale in quanto non sarà necessario il licenziamento per sostituire un lavoratore (che non è infatti dipendente), bensì sarà sufficiente chiederne la sostituzione all'agenzia; sarà poi più semplice individuare il personale dotato di certe caratteristiche e qualità in quanto è l'agenzia che si occupa delle selezioni sulla base dei criteri individuati dall'utilizzatore stesso.

Il lavoratore somministrato deve però godere dello stesso trattamento retributivo dei lavoratori non somministrati per tutta la durata della somministrazione.

L'agenzia di somministrazione e l'utilizzatore sono inoltre **responsabili in solido per la retribuzione** delle prestazioni dei lavoratori somministrati per tutta la durata della somministrazione: i lavoratori, dunque, possono rivolgersi direttamente al terzo utilizzatore nel caso in cui l'agenzia sia inadempiente nel pagamento della retribuzione stessa, salvo il diritto di regresso o rivalsa

dell'utilizzatore nei confronti dell'agenzia, la posizione del lavoratore, dunque, è doppiamente tutelata.

Al contratto di lavoro tra lavoratore e agenzia, qualora esso sia a termine, si applica la disciplina normalmente prevista in caso di rapporto diretto tra lavoratore e datore di lavoro. Tuttavia, anche il rapporto contrattuale commerciale tra utilizzatore e agenzia di somministrazione può essere sia a tempo determinato che indeterminato: si parla infatti di **somministrazione a tempo determinato o indeterminato**. Si applicheranno perciò dei **diversi limiti quantitativi**: il terzo utilizzatore, in forza di una somministrazione a termine, non può impiegare nel proprio organico un numero di lavoratori somministrati superiore al **30%**; mentre in caso di somministrazione indeterminata o c.d. *staff leasing*, la soglia di lavoratori somministrati è del **20%**. Nel caso della somministrazione a termine, l'agenzia può inviare presso l'utilizzatore un lavoratore da essa assunto sia a tempo determinato sia a tempo indeterminato. Nell'ambito dello *staff leasing*, invece, possono essere somministrati a tempo indeterminato esclusivamente i lavoratori assunti dall'agenzia a tempo indeterminato.

Si applicano alla somministrazione di lavoro i **divieti** previsti per il contratto di lavoro a termine; in particolare non è possibile fruire dell'istituto della somministrazione:

13. al fine di sostituire lavoratori in sciopero;
14. da parte di imprese che non abbiano effettuato la valutazione dei rischi;
15. presso unità produttive in cui si sia proceduto, entro i sei mesi precedenti, a licenziamenti collettivi che hanno riguardato lavoratori adibiti alle stesse mansioni a cui si riferisce il contratto di somministrazione;
16. presso unità produttive nelle quali sono in corso sospensioni di rapporti o riduzione dell'orario di lavoro con diritto al trattamento di integrazione salariale (Cassa integrazione guadagni) che interessino lavoratori adibiti alle stesse mansioni cui si riferisce il contratto di somministrazione.

Il legislatore ha sempre guardato con attenzione a qualsiasi forma di alterazione della bilateralità del rapporto di lavoro; se mancano i requisiti previsti per il contratto di somministrazione, dunque, viene applicato un particolare **regime sanzionatorio**:

- l'**assenza di forma scritta** comporta la nullità del contratto di somministrazione e i lavoratori sono considerati a tutti gli effetti alle dipendenze dell'utilizzatore;
- la **violazione dei limiti quantitativi**, dei divieti o dell'obbligo di indicare alcuni elementi nel contratto, il lavoratore può chiedere la costituzione di un rapporto di lavoro alle dipendenze dell'utilizzatore, con effetto dall'inizio della somministrazione e ha diritto all'indennità risarcitoria onnicomprensiva;
- in caso di **somministrazione fraudolenta** verrà inflitta una pena pecuniaria.

L'appalto

Diverso dalla somministrazione è l'istituto dell'appalto ex **art. 1655 c.c.**, cioè il contratto con cui una parte, l'appaltatore, assume, con organizzazione dei mezzi necessari e con gestione a proprio rischio, l'obbligazione di compiere in favore di un'altra, committente o appaltante, un'opera o un servizio verso un corrispettivo in denaro.

Si tratta questo tema nell'ambito del diritto del lavoro alla luce della complicazione del rapporto tra imprese che si è verificato nel tempo. L'appaltatore, innanzitutto, è un imprenditore che assume, con il contratto di appalto, l'obbligazione di compiere un'opera o un servizio in favore di un altro soggetto a fronte di un corrispettivo. Questa delineazione si riconduce al lavoratore autonomo che a sua volta assume l'obbligazione di svolgere un servizio o di compiere un'opera a fronte di un corrispettivo: la distinzione tra appaltatore e lavoratore autonomo sta nella dimensione imprenditoriale dell'appaltatore.

L'appaltatore, quando realizza un'opera o un servizio a favore di un altro soggetto, lo fa con una propria organizzazione di mezzi e assumendosene il rischio: si ha quindi una sorta di **commistione tra l'organizzazione dell'appaltante e l'organizzazione dell'appaltatore**.

Ad esempio, l'università vuole assumere del personale per le pulizie degli edifici, invece di assumere direttamente dei lavoratori, essa si rivolge ad un'impresa che si occupi di servizi di pulizia professionale per tutti gli stabili. Questi lavoratori vengono fisicamente collocati all'interno dell'università appaltante, nei suoi locali e nel suo spazio fisico: l'appaltante riceve l'opera o il servizio organizzato dall'appaltatore per il tramite di propri mezzi e dei propri lavoratori all'interno del suo spazio.

Se non genuino ma solo sulla carta, l'appalto è un modo per eludere la disciplina dell'interposizione e permettere ad un imprenditore di trarre vantaggio dall'attività di lavoratori formalmente dipendenti di un altro soggetto, l'appaltatore. Si pone quindi il problema di distinguere l'appalto genuino da quello fittizio. La giurisprudenza ha avuto varie oscillazioni a riguardo: alcune sue conclusioni più rilevanti si possono sintetizzare in due punti:

- **l'appaltatore** deve essere un **imprenditore genuino** e in quanto tale dotato di una propria organizzazione, dal momento che dovrà fornire un'opera o un servizio con mezzi propri (questo è stato il punto focale della giurisprudenza per anni);
- in ogni caso, affinché si possa parlare di un'organizzazione avente una propria identità **non** sono sempre necessari beni, persone e mezzi: ad esempio, l'università utilizza un insieme di strumenti tecnologici e *software* e non si occupa personalmente di questo complesso apparato, bensì si avvale di specifici servizi di una società che si occupa di questo. Quest'ultima società ha un'organizzazione basata sulla professionalità dei suoi dipendenti, dal momento che i dispositivi sono già forniti dall'università. Dunque, un appalto genuino può anche essere **privo di mezzi**, ma ciò che caratterizza la sua struttura organizzativa deve essere un *core business*. Deve poi essere chiaro che a esercitare il potere direttivo su questi lavoratori è sempre e solo l'appaltatore per cui non possono esserci coinvolgimenti da parte dell'appaltante: se l'appalto è genuino, il potere direttivo appartiene solo all'appaltatore-datore di lavoro e i lavoratori rimangono dipendenti dell'appaltatore; nei fatti ciò potrebbe essere sfumato (l'appaltante potrebbe esercitare una minima intrusione nel rapporto di lavoro tra appaltatore e lavoratore, superando il mero coordinamento che dovrebbe sussistere tra appaltante e appaltatore) e per questo la giurisprudenza sul punto si è sempre dimostrata molto retta e rigida nel distinguere appalto irregolare da appalto genuino.

Il legislatore ha comunque previsto, anche in presenza di appalti genuini, delle **forme di tutela dei lavoratori** dipendenti dell'appaltatore. In forza dell'art. 1676 c.c., la tutela principale sta nel **vincolo di solidarietà** che dura anche nei due anni successivi alla cessazione del rapporto tra appaltante e appaltatore, in forza del quale il lavoratore può agire direttamente nei confronti dell'appaltante per il pagamento dei trattamenti retributivi e previdenziali non corrisposti dall'appaltatore, salvo il diritto di regresso dell'appaltante nei confronti dell'appaltatore, comprese le quote di trattamento di fine rapporto, nonché i contributi previdenziali e i premi assicurativi dovuti in relazione al periodo di esecuzione del contratto di appalto.

Il lavoro intermittente

Questa disciplina è tornata sotto la luce dei riflettori in relazione ai fenomeni della c.d. **gig economy** ("*gig*" significa lavoretto, prestazione rapida, dunque economia dei lavoretti fatti in modo spontaneo e disorganizzato) e del **lavoro su piattaforma digitale** (cfr. l. del 2019). Come visto, le piattaforme si avvalgono solo di algoritmi e tecnologie, senza beni o dipendenti a loro disposizione,

potendo così comunque mettere in comunicazione il privato che necessita di un determinato servizio in un istante temporale e il privato che è nella situazione di poterlo fornire.

Questo tema si era posto in relazione alle forme di c.d. **collaborate economy** o **peer to peer economy** (e non più *business to business economy* oppure *peer to business economy*).

Con riferimento alla prospettiva del diritto del lavoro nell'ambito del lavoro su piattaforma digitale, la domanda di fondo è se questi lavoratori privati che si mettono a disposizione delle piattaforme siano veramente autonomi o siano invece dipendenti della piattaforma, la quale però non li tratta come tali. Dal punto di vista pratico, quanti offrono la loro prestazione tramite lavoro su piattaforma digitale appaiono in tutti i sensi dei lavoratori subordinati (ad esempio, per i *riders*, pensiamo alla divisa e alla box termica del marchio Deliveroo, al tracciamento continuo che ricalca un potere di controllo costante, al rimprovero per eventuale ritardo tramite *rating* interno alla piattaforma, incentivi di vario genere, etc.); questa conclusione è stata raggiunta dalla giurisprudenza in vari Paesi, ma dal punto teorico rimane aperto uno specifico problema: dal momento che i lavoratori sono liberi di mettersi a disposizione o meno della piattaforma, non vi è un vincolo obbligatorio in forza del quale il lavoratore possa essere, ad esempio, sanzionato per una sua assenza ingiustificata. Il tema resta aperto dal momento che queste società giocano sulla legge dei grandi numeri basandosi su questo aspetto formale.

Il **contratto di lavoro intermittente** esisteva già prima della "*gig economy*"; è il contratto, anche a tempo determinato, mediante il quale un **lavoratore c.d. a chiamata** si pone a disposizione di un datore di lavoro che ne può utilizzare la **prestazione lavorativa in modo discontinuo o intermittente secondo le esigenze individuate dai contratti collettivi**, anche con riferimento alla possibilità di svolgere le **prestazioni in periodi predeterminati** nell'arco della settimana, del mese o dell'anno.

In mancanza di contratto collettivo, i casi di utilizzo del lavoro intermittente sono individuati con decreto del Ministro del lavoro e delle politiche sociali.

Vi sono **due tipologie** di contratto di lavoro intermittente.

1. Nella **prima**, il lavoratore deve tenersi a disposizione del datore al fine di rispondere alle sue chiamate e quindi riceve un'indennità di disponibilità, nonostante di norma, nei periodi in cui non ne viene utilizzata la sua prestazione, il lavoratore intermittente non maturi alcun trattamento economico e normativo. La misura dell'indennità mensile di disponibilità, divisibile in quote orarie, è determinata dai contratti collettivi e non è comunque inferiore all'importo fissato con decreto del Ministro del lavoro e delle politiche sociali, sentite le associazioni sindacali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale. In caso di malattia o di altro evento che gli renda temporaneamente impossibile rispondere alla chiamata, il lavoratore è tenuto a informarne tempestivamente il datore di lavoro, specificando la durata dell'impedimento, durante il quale non matura il diritto all'indennità di disponibilità. Ove non provveda a questa comunicazione, il lavoratore perde il diritto all'indennità per un periodo di 15 giorni, salvo diversa previsione del contratto individuale. Il rifiuto ingiustificato di rispondere alla chiamata può costituire motivo di licenziamento e comportare la restituzione della quota di indennità di disponibilità riferita al periodo successivo al rifiuto.
2. Nella **seconda** tipologia, invece, il lavoratore a chiamata non è tenuto a mantenersi a disposizione del datore ma è comunque legittimato a rispondere alle chiamate per rendere così la prestazione ed essere conseguentemente retribuito. Come detto, nei periodi in cui non viene utilizzata la sua prestazione, in questo caso il lavoratore intermittente non matura alcun trattamento economico e normativo.

Il contratto di lavoro intermittente può in ogni caso essere concluso con soggetti:

- con meno di 24 anni di età, purché le prestazioni lavorative siano svolte entro il venticinquesimo anno;
- con più di 55 anni di età.

Sussistono però dei **limiti temporali** in forza dei quali, con l'eccezione dei settori del turismo, dei pubblici esercizi e dello spettacolo, il contratto di lavoro intermittente è ammesso, per ciascun lavoratore con il medesimo datore di lavoro, per un periodo complessivamente non superiore a 400 giornate di effettivo lavoro nell'arco di 3 anni solari.

In caso di superamento del predetto periodo, il relativo rapporto si trasforma in un rapporto di lavoro a tempo pieno e indeterminato.

Vi sono anche dei **divieti** nel ricorso al contratto di lavoro intermittente. Questo, infatti, non si può stipulare:

- per la sostituzione di lavoratori che esercitano il diritto di sciopero;
- presso unità produttive nelle quali si è proceduto, entro i 6 mesi precedenti, a licenziamenti collettivi, che hanno riguardato lavoratori adibiti alle stesse mansioni cui si riferisce il contratto di lavoro intermittente, ovvero presso unità produttive nelle quali sono operanti una sospensione del lavoro o una riduzione dell'orario in regime di cassa integrazione guadagni, che interessano lavoratori adibiti alle mansioni cui si riferisce il contratto di lavoro intermittente;
- ai datori di lavoro che non hanno effettuato la valutazione dei rischi in applicazione della normativa di tutela della salute e della sicurezza dei lavoratori.

Per quanto riguarda la **disciplina della parità di trattamento**, il lavoratore intermittente non deve ricevere, per i periodi lavorati e a parità di mansioni svolte, un trattamento economico, normativo e previdenziale complessivamente meno favorevole rispetto al lavoratore di pari livello.

Detto trattamento è poi riproporzionato in ragione della prestazione lavorativa effettivamente eseguita, in particolare per quanto riguarda l'importo della retribuzione globale, nonché delle ferie e dei trattamenti per malattia e infortunio, congedo di maternità e parentale.

Il contratto di lavoro a tempo parziale (part time)

Nel rapporto di lavoro subordinato, anche a tempo determinato, l'assunzione può avvenire a tempo pieno o a tempo parziale.

Innanzitutto, dobbiamo specificare che si parla di lavoro supplementare con riferimento al lavoro ulteriore rispetto al *part time*, concordato ma inferiore al "tempo pieno"; si parla invece di lavoro straordinario con riferimento al lavoro ulteriore rispetto al "tempo pieno".

Vi sono inoltre degli specifici **requisiti di forma e contenuto** che devono essere rispettati per la validità del contratto *part time*:

17. il contratto di lavoro a tempo parziale è stipulato in **forma scritta** ai fini della prova;

18. nel contratto deve essere contenuta puntuale indicazione circa:

- la durata della prestazione lavorativa;
- la collocazione temporale dell'orario con riferimento al giorno, alla settimana, al mese e all'anno.

La regola dell'**estensione del tempo di lavoro** prevede che il datore di lavoro abbia la facoltà di richiedere lo svolgimento di prestazioni supplementari nel rispetto di quanto previsto dai contratti collettivi ma sempre **entro i limiti dell'orario normale di lavoro**. Vi è però un'eccezione: nel silenzio o in caso di mancata applicazione del contratto collettivo, il datore di lavoro ha la facoltà di richiedere lo svolgimento di prestazioni supplementari:

- in misura non superiore al 25% delle ore di lavoro settimanali concordate;
- con una maggiorazione del 15% della retribuzione oraria;
- ma il lavoratore può rifiutare lo svolgimento del lavoro supplementare per comprovate esigenze lavorative, di salute, familiari o di formazione professionale.

Nel rispetto di quanto previsto dai contratti collettivi, le parti del contratto di lavoro a tempo parziale possono **pattuire, per iscritto, clausole elastiche** relative alla variazione della collocazione temporale della prestazione lavorativa ovvero relative alla variazione in aumento della sua durata. Circa le clausole elastiche, nel caso in cui queste entrino in uso, vigono sia un obbligo di preavviso di 2 giorni sia un diritto a specifiche compensazioni nella misura o nelle forme determinate dai contratti collettivi.

In particolare, nel caso in cui il contratto collettivo applicato al rapporto non disciplini le clausole elastiche, queste possono essere pattuite per iscritto dalle parti avanti alle commissioni di certificazione; rimane la facoltà del lavoratore di farsi assistere da un rappresentante dell'associazione sindacale a cui aderisce o conferisce mandato o da un avvocato o da un consulente del lavoro.

Le clausole elastiche prevedono, a **pena di nullità**:

- condizioni e modalità con cui il datore di lavoro, con preavviso di 2 giorni lavorativi, possa **modificare la collocazione temporale** della prestazione e variarne in aumento la durata;
- la **misura massima dell'aumento**, che non può eccedere il limite del 25% della normale prestazione annua a tempo parziale.

Le modifiche dell'orario comportano il diritto del lavoratore ad una maggiorazione del 15% della retribuzione oraria.

Circa la **parità di trattamento**, il lavoratore a tempo parziale non deve ricevere un trattamento meno favorevole rispetto al lavoratore a tempo pieno di pari inquadramento. Il lavoratore a tempo parziale ha i medesimi diritti di un lavoratore a tempo pieno comparabile ed il suo trattamento economico e normativo è **riproporzionato** in ragione della ridotta entità della prestazione lavorativa.

I contratti collettivi possono modulare la durata:

- del periodo di prova;
- del periodo di preavviso in caso di licenziamento o dimissioni;
- del periodo di conservazione del posto di lavoro in caso di malattia ed infortunio in relazione all'articolazione dell'orario di lavoro.

Il rifiuto del lavoratore a trasformare il proprio rapporto di lavoro a tempo pieno in rapporto a tempo parziale, o viceversa, non costituisce giustificato motivo di licenziamento, in ogni caso l'accordo delle parti risultante da atto scritto ammette la trasformazione del rapporto di lavoro a tempo pieno in rapporto a tempo parziale.

I lavoratori affetti da patologie oncologiche nonché da gravi patologie cronico-degenerative, per i quali residui una ridotta capacità lavorativa, hanno diritto alla trasformazione del rapporto di lavoro a tempo pieno in lavoro a tempo parziale. A richiesta del lavoratore, il rapporto di lavoro a tempo parziale è trasformato nuovamente in rapporto di lavoro a tempo pieno.

In caso di patologie oncologiche o gravi patologie cronico-degenerative riguardanti il coniuge, i figli o i genitori del lavoratore o della lavoratrice, nonché nel caso in cui il lavoratore o la lavoratrice assista una persona convivente con totale e permanente inabilità lavorativa, che abbia necessità di assistenza continua in quanto non in grado di compiere gli atti quotidiani della vita, è riconosciuta la priorità nella trasformazione del contratto di lavoro da tempo pieno a tempo parziale.

In caso di richiesta del lavoratore o della lavoratrice con figlio convivente di età non superiore a 13 anni o con figlio convivente portatore di handicap, è riconosciuta la priorità nella trasformazione del contratto di lavoro da tempo pieno a tempo parziale.

Il lavoratore può chiedere, per una sola volta, in luogo del congedo parentale, la trasformazione del rapporto di lavoro a tempo pieno in rapporto a tempo parziale, purché con una riduzione d'orario non superiore al 50%.

La posizione del datore di lavoro

Come già visto, la funzione essenziale che il diritto del lavoro svolge nell'equilibrio complessivo del nostro ordinamento è quella di tutelare una delle due parti contrattuali che, pur formalmente in un rapporto di parità contrattuale, di fatto e fisiologicamente si trova in una posizione di debolezza contrattuale rispetto alla controparte. Il legislatore, quindi, interviene in modo eteronomo con una disciplina a carattere inderogabile, al fine di garantire che il prestatore di lavoro svolga la sua attività nel rispetto di quelle condizioni minime che tutelano la sua personalità, i suoi diritti e la sua dignità. È possibile però introdurre una nuova prospettiva parallela che non rinnega ma affianca la suddetta e che evidenzia come la **funzione del diritto del lavoro non si esprime** solo in riferimento alla posizione del lavoratore, ma **anche nei confronti del datore di lavoro come colui che organizza un'attività economica**. Ci si chiede infatti se vi sia un rapporto tra il diritto del lavoro e il diritto dell'impresa e in particolare se il primo sia funzionale all'agile organizzazione dell'impresa e sia utile all'imprenditore. Si parla di imprenditore in quanto la figura del datore di lavoro emerge non solo come controparte contrattuale del rapporto di lavoro che riceve una prestazione lavorativa, ma anche come colui che è a capo e organizza un'attività economica di impresa per lo più a scopo di lucro⁷. La presenza di un'eventuale funzionalità tra diritto del lavoro e diritto dell'impresa è stata una questione molto dibattuta.

Innanzitutto, per rispondere a questo interrogativo, osserviamo **come sono situate le disposizioni in materia di lavoro all'interno del Codice civile**: in particolare il Libro V, Del lavoro, contiene anche le norme sull'imprenditore (l'art. 2094 c.c. che individua la figura del prestatore di lavoro subordinato segue infatti l'art. 2086 c.c. che identifica la figura dell'imprenditore): il legislatore del 1942 ha compiuto dunque una scelta precisa nella collocazione sistematica delle disposizioni in materia di lavoro: il lavoro era quello nell'impresa (nell'art. 2094 c.c. si dice infatti che il lavoratore è colui che presta il proprio lavoro intellettuale o manuale alle dipendenze e sotto la direzione dell'imprenditore). Nel nostro ordinamento, quindi, varie disposizioni dimostrano in modo plastico come il diritto del lavoro sia anche funzionale rispetto al datore di lavoro: in capo a quest'ultimo, infatti, vengono riconosciuti una serie di **poteri** unilaterali per definizione, che, sotto certe condizioni ed entro certi limiti dettati dalla legge, gli consentono di gestire e organizzare la propria impresa, la quale include anche la forza lavoro.

La dimensione contrattuale, cioè la dimensione del contratto individuale tra due parti, incontra quindi la dimensione dell'organizzazione datoriale: il diritto del lavoro non solo tutela la parte debole, ma anche garantisce al capo dell'organizzazione (il datore) una serie di poteri che non gli sarebbero riconosciuti secondo una mera prospettiva contrattuale. In altre parole, l'organizzazione datoriale, pur rimanendo sullo sfondo del contratto di lavoro che è pur sempre individuale, rileva da un punto di vista giuridico con riferimento all'esercizio di determinati poteri che l'ordinamento riconosce in capo al datore di lavoro.

Potere direttivo e ius variandi del datore di lavoro

Il primo di questi poteri riconosciuti dal diritto del lavoro al datore è quello che più fa comprendere la distanza tra il contratto di lavoro e i contratti sinallagmatici: è lo *ius variandi*, ossia il potere di mutare unilateralmente l'oggetto del contratto di lavoro. È però necessaria una premessa. L'oggetto del contratto di lavoro è la prestazione lavorativa dedotta nel contratto stesso e posta in essere dal lavoratore; affinché sia valido, in termini generali, il contratto deve avere un oggetto lecito, determinato o determinabile e possibile, e così deve essere anche l'oggetto del contratto di lavoro, cioè determinato dalle parti al momento della stipulazione del contratto di lavoro.

⁷ È imprenditore il soggetto che investe un capitale, assume un rischio economico ed esercita un diritto che gli è garantito dall'art. 41 Cost.: svolge un'attività di impresa.

Se nel contratto vengono determinate dalle parti, di comune accordo, le **mansioni** alle quali sarà adibito il lavoratore e a fronte delle quali egli otterrà un compenso, nel corso del rapporto di lavoro il datore può incidere su dette mansioni così come identificate nel contratto di lavoro.

Egli può innanzitutto esercitare il **potere direttivo**, impartendo istruzioni, direttive e ordini vincolanti al fine di indicare, più o meno puntualmente a seconda dei casi, **come** debba essere svolta l'attività lavorativa (una sorta di "potere di specificazione" delle mansioni e di individuazione delle modalità esatte di espletamento dell'attività lavorativa). In assenza di questo potere esterno, il lavoratore verrebbe riconosciuto come autonomo in quanto non sarebbe assoggettato, nella sua attività lavorativa, alla direzione di un secondo soggetto, il datore appunto.

Il nostro ordinamento ha poi compiuto un passo ulteriore, non limitandosi al potere direttivo: già dal 1942 l'ordinamento ha riconosciuto in capo al datore di lavoro il **potere di modificare unilateralmente le mansioni del lavoratore**, cioè l'oggetto del contratto di lavoro nonché l'oggetto dell'obbligazione della controparte (***ius variandi***). Il datore può così esigere che il prestatore svolga delle mansioni diverse da quelle convenute e indicate nel contratto al momento della sua stipulazione, quando cioè si era formata e formalizzata la volontà delle parti.

Detto potere (***ius variandi***) "urta" però con il **principio dell'intangibilità dell'accordo** per cui questo potrebbe essere modificato solo a fronte della comune volontà delle parti: si forma così una delle grandi eccezioni che il diritto del lavoro presenta rispetto al diritto dei contratti, la quale giustifica l'autonomia scientifica del primo rispetto al secondo. Il legislatore ha da sempre riconosciuto questo potere al datore di lavoro perchè da sempre quest'ultimo ha avvertito l'esigenza di poter gestire la propria organizzazione con un certo margine di flessibilità: il contratto è infatti un **contratto di durata** il cui contenuto, come in tutti i contratti di durata, deve essere aggiornato dalle parti in funzione delle vicende che si succedono nel tempo. L'aspetto peculiare del contratto di lavoro rispetto a tutti gli altri contratti di durata, però, risiede nel fatto che nel primo non sono le parti ad aggiornare il loro regolamento contrattuale di comune accordo, bensì è solo il datore che lo fa **unilateralmente**, ponendo il lavoratore in una posizione di soggezione. Se quindi lo ***ius variandi*** viene legittimamente esercitato nell'ambito dei limiti previsti dalla legge, il lavoratore **non** può sottrarsi e rifiutarsi, altrimenti si renderebbe autore di inadempimento.

Quindi da un lato si deve garantire al datore un margine di flessibilità nell'organizzazione dell'impresa, margine che talvolta include anche la necessità di mutare le mansioni dei propri dipendenti, mentre dall'altro lato si devono introdurre dei limiti a questo potere, al fine di tutelare il prestatore di lavoro che è coinvolto personalmente nell'esecuzione del contratto.

In altri ordinamenti, come quello americano, il datore di lavoro ha un potere pressoché illimitato in quando il sistema di *common law* prescinde dallo schema contrattuale per la regolazione dei rapporti privati.

L'ambito di applicazione dello ***ius variandi***, il suo legittimo esercizio e i suoi limiti corrispondono ad un tema che è rimasto coerente per 45 anni: dallo Statuto dei lavoratori, infatti, il legislatore non è mai intervenuto, fino al 2015 quando, con il Jobs Act, la materia è stata radicalmente riformata. Ruolo importante ha invece ricoperto la giurisprudenza nel corso degli anni.

La norma di riferimento in questo ambito è l'**art. 2103 c.c.** che precede immediatamente gli artt. 2104 c.c. e 2105 c.c. sugli obblighi del prestatore di lavoro. L'art. 2103 c.c. in una prima versione è stato coniato nel Codice civile del 1942, ma la disciplina è stata poi abrogata nel 1970 perchè nei fatti lasciava troppe libertà al datore di lavoro.

Per comprendere la disciplina oggi in vigore è necessario innanzitutto soffermarsi sulla disciplina post statutaria (Statuto dei Lavoratori, l. 300/1970).

L'**art. 13 SdL**, in particolare, ha modificato radicalmente l'**art. 2103 c.c.**, introducendo quella disciplina rimasta in vigore appunto dal 1970 al 2015: essa prevedeva che il prestatore di lavoro dovesse essere adibito:

- alle mansioni per le quali era stato assunto, concordate e definite al momento della stipulazione del contratto di lavoro: c.d. **principio di contrattualità delle mansioni**;
- oppure a quelle corrispondenti alla **categoria superiore** che egli avesse successivamente acquisito: questa non è altro che la disciplina della **promozione** per cui il datore può affidare al lavoratore ruoli diversi e mansioni diverse, cioè superiori rispetto a quelle per cui era stato assunto, a fronte dell'acquisizione di nuove conoscenze da parte dello stesso. Il tema dell'addizione a mansioni superiori pone specifici problemi: dopo quanto una promozione diventi definitiva, se sia rilevante il consenso del lavoratore rispetto a queste, che parametri identifichino una mansione superiore;
- ovvero, infine, a **mansioni equivalenti** a quelle da ultimo effettivamente svolte, senza che ciò potesse comportare alcuna diminuzione della retribuzione: oltre alle mansioni contrattualizzate per le quali era stato assunto, quindi, il lavoratore poteva essere adibito a quelle qualificate come equivalenti.

L'**art. 2103 co. 2 c.c.**, **nella versione statutaria**, comminava poi l'assoluta **nullità** di ogni atto o patto contrario a tale regolamentazione. La disposizione suddetta, contenente la disciplina pre 2015, afferma quindi innanzitutto che il lavoratore debba essere adibito alle mansioni per cui è stato assunto, che cioè rilevano nel contratto, e che quindi possono essere pretese dal datore di lavoro. Il cuore della norma poi, su cui la giurisprudenza si è pronunciata molto frequentemente, è invece piuttosto generico: la norma non afferma cosa voglia significare l'espressione "**mansioni equivalenti**" ma chiaramente essa implica un confronto tra le mansioni di assunzione o da ultimo svolte e le mansioni nuove. Se le seconde fossero state inferiori, si sarebbe verificato il c.d. **demansionamento** e ogni patto in questo senso sarebbe stato nullo per la lettera della legge che infatti vietava l'adibizione del lavoratore a mansioni inferiori rispetto a quelle per le quali egli era stato assunto o rispetto a quelle da ultimo svolte.

Risulta però assai arduo individuare un insieme di criteri che individuino il concetto di equivalenza e che permettano di effettuare una comparazione tra le due tipologie di mansioni.

La dottrina, nel tentativo di risolvere la questione, si è posta l'interrogativo su quale fosse il **bene giuridico** presidiato da detta norma; è prevalsa l'interpretazione secondo cui il bene tutelato dal legislatore sia quello della **professionalità del lavoratore**, il quale infatti non ha un interesse meramente patrimoniale nel momento in cui stipula un contratto di lavoro, ma anche verso l'esplicazione della persona e delle proprie ambizioni.

Il legislatore voleva così tutelare il **patrimonio professionale del lavoratore**, consentendo sì al datore di modificare le mansioni unilateralmente, ma permettendo d'altra parte al lavoratore di conservare la sua professionalità in merito a quelle conoscenze, competenze e qualità maturate durante il rapporto di lavoro, che è appunto di durata. Questa conclusione, va ricordato, non è fiancheggiata da alcun riscontro normativo in quanto, nella norma, non si parla di "equivalenza professionale".

Se secondo la dottrina sono equivalenti le mansioni che consentono il mantenimento e la tutela della professionalità, il concetto di **professionalità** non è a sua volta definito dalle norme. È innanzitutto necessario specificare come la **retribuzione** in questo caso **non è rilevante** dal momento che a prescindere dalla variazione della mansione e a prescindere dalla sua valutazione di equivalenza, la retribuzione non potrebbe essere ridotta in forza del dettato normativo (quindi il datore non può sostenere che due mansioni siano equivalenti a fronte della medesima retribuzione, perché a prescindere la retribuzione non potrebbe diminuire).

La giurisprudenza nel tempo è stata molto restrittiva sul punto: la professionalità che doveva essere tutelata alla luce dell'art. 2103 c.c., secondo un primo orientamento delle corti, era la c.d. **professionalità acquisita** senza margini di discostamento: il datore di lavoro poteva adibire il lavoratore a nuove mansioni diverse dalle precedenti, purché questi potesse continuare a utilizzare le stesse competenze, conoscenze e capacità acquisite e già esistenti.

Questo significato era, come detto, restrittivo in quanto le mansioni nuove dovevano essere necessariamente affini a quelle precedentemente svolte e in quanto, nel caso in cui il lavoratore sarebbe stato chiamato ad apprendere nuove competenze o ad acquisire nuove conoscenze, la giurisprudenza avrebbe potuto valutare il patto come un demansionamento e quindi illegittimo in forza del dettato dell'art. 2103 c.c.

Prevalsa così una **dimensione statica del rapporto di lavoro** e quindi, dalla prospettiva del lavoratore, il rischio era quello di **obsolescenza delle mansioni**: con il passare del tempo il datore, non più interessato alle mansioni svolte da uno specifico lavoratore, avrebbe potuto licenziarlo per c.d. **motivo oggettivo** (ipotesi in cui il licenziamento non dipende da un inadempimento o da una condotta del lavoratore, bensì da esigenze datoriali), non potendo infatti affidargli nuove mansioni che avrebbero richiesto un apprendimento, perché giudicate non equivalenti al punto di vista della tutela della professionalità acquisita. Ecco quindi un altro punto in cui la sfera dell'organizzazione datoriale - imprenditoriale tocca la sfera contrattuale.

A fronte delle esigenze del tempo, quindi, fu necessaria un'evoluzione della tutela della professionalità: se da un lato la giurisprudenza non rinnegava il concetto della professionalità acquisita, dall'altro consentiva di riconoscere la **legittimità del patto di demansionamento**, ossia un accordo tra datore di lavoro e lavoratore con cui questi concordavano l'affidamento di mansioni non equivalenti (**inferiori**) al secondo, al fine di **salvaguardarne il posto di lavoro** evitando così il licenziamento per motivo oggettivo. Ciò creava un'evidente contraddizione visto che la norma stessa dettava la nullità di ogni patto contrario alle disposizioni di cui all'art. 2103 c.c.

Se quindi la giurisprudenza prima faceva riferimento ad un concetto di professionalità statico e inadeguato, anche negli anni '70 e '80, alla descrizione dei rapporti professionali, poi essa si aprì a riconoscere la legittimità di solo quei patti di demansionamento finalizzati alla tutela del posto di lavoro, pur rilevando la suddetta contraddizione.

Con il passare del tempo, nel 2006 venne abbracciata dalla giurisprudenza la nuova interpretazione della c.d. **professionalità dinamica**: il lavoratore poteva essere adibito a **mansioni** che assicurassero il completo e totale utilizzo delle competenze già acquisite, così come anche l'**apprendimento di nuove conoscenze e abilità**. Vennero così smorzati dalla stessa giurisprudenza i limiti auto imposti nel primo orientamento.

Il "nuovo" art. 2103 c.c.

Nel **2015** la disciplina venne ampiamente riformata: l'art. **2103** c.c. venne completamente **riscritto** per il tramite dell'**art. 3 del d.lgs. 81/2015** (già citato in riferimento al lavoro a termine, al lavoro etero organizzato, etc). Il legislatore del 2015 tentò di rispondere ai problemi interpretativi e applicativi aperti dalla precedente versione dell'art. 2103 c.c.

Al **comma 1**: *"Il lavoratore deve essere adibito alle mansioni per le quali è stato assunto o a quelle corrispondenti all'inquadramento superiore che abbia successivamente acquisito ovvero a mansioni riconducibili allo stesso livello e categoria legale di inquadramento delle ultime effettivamente svolte."* L'incipit rimane identico e viene confermato il principio di contrattualità delle mansioni, emerge nella parte centrale ancora il riferimento alla promozione. La seconda parte del co. 1 richiama il **"livello e categoria legale di inquadramento"**: il riferimento implicito della norma è il **contratto collettivo** che si compone di una parte normativa e una parte obbligatoria. La prima

contiene una puntuale disciplina dei rapporti di lavoro circa i livelli minimi di retribuzione che vengono determinati sulla base di alcuni criteri (per cui il legislatore non è dovuto intervenire nell'identificare un salario minimo). La contrattazione collettiva individua appunto degli specifici livelli di inquadramento, anche detti qualifiche, a ciascuno dei quali corrisponde una retribuzione (impiegato di primo livello, di secondo livello, etc). La funzione è quella di identificare il livello economico e la retribuzione minima che il lavoratore deve ricevere dal datore: per raggiungere tale scopo, la contrattazione collettiva adotta una breve declaratoria e un elenco puramente esemplificativo in cui vengono identificati degli esempi di mansioni ascrivibili all'uno o all'altro livello di inquadramento.

A fronte di tale disciplina, quindi, sono astrattamente e potenzialmente esigibili dal datore, nei confronti del lavoratore, tutte quelle mansioni che il contratto collettivo individua come appartenenti allo stesso livello di inquadramento. In questo modo è venuto meno il parametro dell'equivalenza e così l'intero dibattito sul concetto stesso che infatti non figura più nella norma: il legislatore nella riforma ha affidato alla contrattazione collettiva il compito di costruire dei livelli di inquadramento nella consapevolezza per cui il lavoratore, inserito al momento dell'assunzione in un certo livello di pagamento, può successivamente essere adibito a tutte le mansioni dello stesso livello. Questo significa che non è più compito del giudice verificare che queste siano equivalenti o professionalmente equivalenti: il contratto collettivo non riceve indicazioni dal legislatore per l'identificazione dei diversi livelli di inquadramento. Sorgono a questo punto alcune problematiche:

1. ricordiamo che però i **contratti collettivi** al momento della loro stipulazione, nel definire livelli e categorie di inquadramento, non avevano lo scopo e l'obiettivo di tutelare il lavoratore nell'ambito delle sue mansioni e quindi di regolare lo *ius variandi*, bensì solo quello di determinare i **livelli di retribuzione**.

Emerge quindi come il contratto collettivo ricopra una funzione di completamento necessaria della norma di cui all'art. 2103 c.c. (versione 2015), al fine di superare il concetto di equivalenza. Attraverso la disciplina del contratto collettivo il datore può sapere in anticipo e con certezza quali sono le mansioni a cui potranno essere adibiti i lavoratori a seconda del loro livello di inquadramento (e quindi di retribuzione). Sembrerebbe quindi essere perseguito un maggiore interesse alla certezza del diritto;

2. le mansioni che fanno parte di uno stesso livello non sono necessariamente affini e non fanno parte necessariamente dello stesso settore o ambito lavorativo; che ne è quindi della professionalità anche in termini dinamici o potenziali? Che rilievo ha quindi la professionalità che prima del 2015 era elevata a bene costituzionalmente garantito in quanto considerato espressione della dignità umana? Allo stesso modo alcune mansioni potrebbero non essere presenti nei livelli della contrattazione collettiva (non a caso la norma recita "*mansioni riconducibili...*") e quindi ciò richiederebbe un'operazione di sussunzione o interpretazione che potrebbe anche risultare ambigua;
3. il contratto collettivo è un contratto di diritto comune e si applica solo alle parti contraenti da un punto di vista giuridico; cosa succede se nessun contratto collettivo è applicato dalle parti? E se le mansioni non sono espressamente previste dal livello di inquadramento o dal contratto collettivo (sarà necessaria un'opera di interpretazione che lascia comunque ampia discrezionalità alle parti e al giudice)?

Con questa disposizione, a fronte della rigidità dell'interpretazione precedente, è stato compiuto comunque un passo importante dal legislatore, nonostante la presenza di qualche problema applicativo. A fronte delle difficoltà interpretative, **alcuni contratti collettivi** hanno introdotto in via negoziale il **principio di equivalenza delle mansioni**, rendendolo valido solo per le parti contraenti, quasi a voler ancorare il tema della professionalità e ciò che era già stato detto in passato.

La nuova norma prevede poi, innovativamente, la possibilità per cui alcuni patti di demansionamento siano riconosciuti validi, superando la necessità del co. 2.

Per riassumere: il potere di modifica delle mansioni senza consenso del lavoratore, cioè della parte obbligata, corrisponde al potere di modifica dell'oggetto dell'obbligazione della controparte, che nell'ambito del contratto di lavoro coincide con l'oggetto del contratto stesso, sempre però nel rispetto dei limiti e delle condizioni previsti dalla legge.

La seconda versione dell'art. 2103 c.c., introdotta con lo SdL nel **1970** (che ha modificato il testo del 1942) ha riconosciuto nel **principio dell'equivalenza** il criterio guida dello *ius variandi*: il lavoratore doveva essere adibito alle mansioni per le quali era stato assunto (**principio di contrattualità delle mansioni**) e poteva altresì essere adibito alle mansioni equivalenti a quelle da ultimo svolte. Questa clausola generale aperta a diverse interpretazioni, riconosceva al datore un minimo margine di **flessibilità** nell'organizzazione del lavoro, nel rispetto del limite qualitativo individuato nel parametro dell'equivalenza che imponeva un confronto tra le vecchie e le nuove mansioni. Alla luce delle interpretazioni date dalle corti negli anni, per lungo tempo la giurisprudenza si era assestata su un'interpretazione rigida dell'art. 2103 c.c.: era necessario tutelare la professionalità acquisita dal lavoratore, ossia il bene giuridico individuato dalla norma (l'interesse del lavoratore non era solo patrimoniale ma anche professionale, cioè incentrato sullo svolgimento di determinate mansioni per cui erano previste determinate competenze). La professionalità tutelata, secondo l'orientamento giurisprudenziale, era in particolare la professionalità già acquisita dal lavoratore: il datore doveva permettere a quest'ultimo di continuare a sfruttare le conoscenze pregresse già acquisite. La visione largamente condivisa dagli studiosi riconosceva però un limite in questo orientamento, ancorato ad una concezione statica dell'impresa.

L'interpretazione rigida della giurisprudenza si scontrava con il **rischio di licenziamento per giustificato motivo oggettivo** (motivo che attiene alla sfera organizzativa del datore il quale può licenziare il lavoratore qualora questi non sia più necessario nell'organizzazione del lavoro dell'impresa). La giurisprudenza consolidata sopravviveva nel conflitto con detto rischio in forza del **patto di demansionamento**, ossia l'accordo tra le parti con il quale il lavoratore, come *extrema ratio*, in mancanza cioè di alternative possibili, poteva essere adibito a mansioni di carattere inferiore rispetto a quelle precedenti, purché questo fosse necessario ad evitare il licenziamento. Questo nonostante il tenore letterale dell'art. 2103 c.c., che al **co. 2**, senza margini di ambiguità o eccezione, comminava la **nullità** di ogni patto o atto contrario alla disposizione di cui al co. 1: la giurisprudenza, infatti, nel frattempo aveva ammorbidito i suoi risultati ermeneutici, riconoscendo una nozione più ampia di **professionalità**, non intesa più come acquisita ma come **dinamica o potenziale**, consentendo di considerare equivalenti anche quelle mansioni che richiedevano l'utilizzo di competenze parzialmente diverse, permettendo però una crescita professionale del lavoratore. Rimanevano però aperti vari problemi, ad esempio le incognite se il datore di lavoro fosse obbligato a offrire il demansionamento al lavoratore prima di licenziarlo oppure se potesse procedere unilateralmente al demansionamento anche senza il consenso del lavoratore e ancora fino a che punto il demansionamento si potesse spingere pur di salvare il lavoratore dal licenziamento.

Nel **2015**, la riforma adottata nell'ambito del **Jobs Act** toccò anche lo *ius variandi*, riformando dopo 45 anni l'art. 2103 c.c. e ponendosi in continuità rispetto ad alcune interpretazioni che le corti avevano dato del "vecchio" testo della norma. Il legislatore volle infatti trovare una soluzione all'interpretazione dell'art. 2103 c.c., aprendo però altri problemi.

La nuova versione dell'art. 2103 c.c. introdotta nel **2015** disciplina al co. 1 quello che si può definire lo **ius variandi ordinario** che non richiede alcuna giustificazione: detto potere, nei confini stabiliti dal comma 1, è infatti liberamente esercitabile dal datore di lavoro.

La norma conferma il principio di contrattualità delle mansioni e consente al datore di adibire il proprio dipendente a mansioni "*corrispondenti all'inquadramento superiore che abbia*

successivamente acquisito ovvero a mansioni riconducibili allo stesso livello e categoria legale di inquadramento delle ultime effettivamente svolte". Il comma 1 non menziona il principio dell'equivalenza, non offrendo così un parametro che orienti il datore da un punto di vista qualitativo; la norma contiene invece un riferimento ad un'altra fonte delegata alla disciplina dello *ius variandi*, ossia la **contrattazione collettiva**. Storicamente, infatti, il contratto collettivo svolge anche la funzione essenziale della definizione dei livelli minimi della retribuzione, individuando, attraverso delle declaratorie ossia delle clausole generali che definiscono quali sono i lavoratori che appartengono ad un dato livello, dei livelli di inquadramento a cui corrisponde uno specifico livello di retribuzione. Il **legislatore del 2015**, consapevole dei problemi interpretativi e applicativi di un criterio così generico, ha superato il principio dell'equivalenza, nonostante qualcuno ancora lo consideri come implicitamente necessario per valutare i limiti di esercizio dello *ius variandi*, per poi individuare un parametro più preciso, almeno all'apparenza, ossia il **livello di retribuzione**. Una volta che il lavoratore è stato assunto e inquadrato all'interno di un livello della contrattazione collettiva, infatti, può essere astrattamente adibito a tutte le mansioni che il contratto collettivo individua come appartenenti a quel livello. Questo **parametro è più certo** e affida alla contrattazione collettiva un ruolo specifico: essa è infatti la sede migliore per elaborare dei precisi limiti all'esercizio di modifica delle mansioni. Tuttavia, varie sono le osservazioni a cui questa riforma presta il fianco.

1. La contrattazione collettiva non aveva costruito i livelli di inquadramento in funzione dell'esercizio dello *ius variandi*, bensì in funzione della determinazione dei livelli di retribuzione.
2. Non è poi detto che la mansione sia contemplata nel contratto collettivo fra quelle previste in un livello di inquadramento, tant'è che la norma recita "*mansioni riconducibili allo stesso livello [...] di inquadramento*": il legislatore era consapevole di questo problema e quindi richiede un'operazione di sussunzione o interpretazione per capire se una mansione in concreto sia o meno riconducibile ad un determinato livello, operazione che a sua volta lascia un margine di ambiguità.
3. Il contratto collettivo non è una fonte generale dell'ordinamento applicabile *erga omnes*, ma solo tra le parti firmatarie; potrebbe anche accadere che il contratto disciplinante un rapporto di lavoro cambi, così come potrebbero cambiare i livelli di inquadramento.

Questi problemi potrebbero trovare soluzione in futuro in via giurisprudenziale.

Nel passaggio dall'art. 2103 c.c. nelle diverse versioni che si sono susseguite (SdL, 1970 - Jobs Act, 2015) un ulteriore passo importante venne compiuto: il nuovo art. 2103 c.c. individua esattamente le ipotesi di c.d. **legittimo demansionamento**, cioè condizioni e circostanze in presenza delle quali il datore può legittimamente demansionare il prestatore di lavoro, attribuendogli delle mansioni di livello inferiore. La giurisprudenza, e non il legislatore, aveva prima concesso delle ipotesi di demansionamento: l'art. 2103 c.c. precedente infatti comminava la nullità di ogni atto o patto contrario alla norma, mentre il legislatore del 2015, conoscendo anche le interpretazioni giurisprudenziali precedenti, introduce testualmente delle ipotesi di legittimo demansionamento.

Vi sono **due condizioni** da rispettare nelle ipotesi di legittimo demansionamento: il datore può adibire il lavoratore a mansioni riconducibili ad un livello di inquadramento inferiore rispetto a quelle precedentemente svolte, a condizione che:

1. il livello di inquadramento sia **immediatamente inferiore** e
2. a condizione di mantenere lo **stesso livello di retribuzione** e la **stessa categoria legale**.

Proseguiamo nell'analisi nel nuovo testo dell'art. 2103 c.c., soffermandoci ora sul **comma 2**:

La prima ipotesi di legittimo demansionamento si trova al **comma 2**:

*"In caso di **modifica degli assetti organizzativi aziendali che incide sulla posizione del lavoratore**, lo stesso può essere assegnato a mansioni appartenenti al livello di inquadramento inferiore purché rientranti nella medesima categoria legale."*

La prima ipotesi riconosce quindi lo scenario in cui il datore proceda, nell'esercizio delle sue prerogative imprenditoriali, alla modifica degli assetti organizzativi aziendali incidendo così causalmente sulla posizione del lavoratore: a fronte di questa modifica organizzativa, le mansioni possono essere variate anche *in pejus*.

È interessante un parallelismo rispetto alla disciplina del licenziamento per motivo oggettivo. Il legislatore afferma infatti che devono sussistere:

19. modifiche **reali** dell'organizzazione, il giudice può verificarle, ad esempio: se affermo di aver comprato un macchinario, questo deve risultare;
20. modifiche che realmente incidono sulla posizione del lavoratore, deve sussistere un chiaro **nesso causale** tra la modifica organizzativa aziendale e la posizione del lavoratore, ad esempio, se affermo di aver comprato un macchinario, si deve dimostrare che detto macchinario sostituisce un determinato lavoratore e le sue mansioni precedenti.

La seconda ipotesi di legittimo demansionamento si trova al **comma 4** dell'art. 2103 c.c.:

*“**Ulteriori ipotesi di assegnazione di mansioni appartenenti al livello di inquadramento inferiore, purché rientranti nella medesima categoria legale, possono essere previste dai contratti collettivi.**”*

Questa ipotesi delega in bianco alla contrattazione collettiva la possibilità di prevedere e disciplinare ipotesi di legittimo demansionamento, ipotesi che si affiancano e sono cioè ulteriori rispetto a quella prevista dalla stessa legge al comma 2. Ancora una volta il legislatore, dal punto di vista sostanziale, identifica la contrattazione collettiva come una sede idonea a disciplinare lo *ius variandi*, in particolare qui identificando ipotesi di legittimo demansionamento, in quanto sede di confronto e compromesso tra parti opposte.

Il **comma 5** individua dei **limiti** al legittimo demansionamento, sia che questo avvenga ai sensi del comma 2, sia che questo avvenga ai sensi del comma 4. In termini generali, in ogni caso il lavoratore ha diritto innanzitutto alla conservazione formale del livello di inquadramento seppure sostanzialmente sia stato attribuito ad un livello di inquadramento inferiore. Inoltre il lavoratore ha diritto alla conservazione del trattamento retributivo, rendendo così il demansionamento un costo per il datore di lavoro. Ciò quindi assicura la genuinità del legittimo dimensionamento: *“**Nelle ipotesi di cui al secondo e al quarto comma, il mutamento di mansioni è comunicato per iscritto, a pena di nullità, e il lavoratore ha diritto alla conservazione del livello di inquadramento e del trattamento retributivo in godimento.**”*

Il legislatore in ogni caso richiede la conservazione della c.d. **categoria legale di riferimento**: le categorie legali sono identificate all'art. 2095 c.c., norma che viene subito dopo la definizione di lavoratore subordinato (art. 2094 c.c.) e che, dal punto di vista applicativo, è stata per anni dimenticata. La norma afferma infatti che i prestatori di lavoro subordinato si dividono in **4 categorie legali** (identificate cioè dalla legge e non dalla contrattazione collettiva): **dirigenti, quadri, impiegati ed operai**. Escludendo la categoria dei dirigenti, le altre 3 sono disciplinate ad oggi nello stesso modo dal diritto del lavoro: la stessa contrattazione collettiva nell'identificazione dei livelli di inquadramento ha superato la distinzione tra impiegati ed operai, piuttosto anacronistica dal momento che si basava sull'utilizzo di abilità tecniche e scientifiche (mansioni di concetto) dei primi e solo manuali dei secondi (ad oggi anche gli operai sono portatori di conoscenze tecniche molto elevate e d'altra parte gli impiegati possono svolgere mansioni molto ripetitive e poco tecniche). Addirittura ad oggi i contratti collettivi trattano le quattro categorie legali indistintamente nei livelli di inquadramento. La norma però ha ritenuto opportuno fare riferimento alle categorie legali per salvaguardare formalmente la posizione del lavoratore.

La **terza ipotesi di demansionamento** è individuata dal **comma 6** che non disciplina il potere di demansionamento, e quindi l'unilaterale scelta del datore di adibire il lavoratore a mansioni inferiori, bensì l'ipotesi di un **accordo** che richiede quindi il consenso di entrambe le parti.

*“Nelle sedi di cui all’articolo 2113, quarto comma, o avanti alle commissioni di certificazione, possono essere stipulati **accordi** individuali di modifica delle mansioni, della categoria legale e del livello di inquadramento e della relativa retribuzione, nell’interesse del lavoratore alla conservazione dell’occupazione, all’acquisizione di una diversa professionalità o al miglioramento delle condizioni di vita. Il lavoratore può farsi assistere da un rappresentante dell’associazione sindacale cui aderisce o conferisce mandato o da un avvocato o da un consulente del lavoro.”*

Il c.d. **patto di demansionamento** non è quello che la giurisprudenza aveva ritenuto legittimo, infatti esso richiede una serie di condizioni di legittimità formali e sostanziali:

- deve sussistere un **accordo** tra le parti e la loro volontà deve essere genuinamente manifestata,
- l’accordo deve trovare una **giustificazione** alla luce di 3 ipotesi espressamente previste dal comma 6: (i) interesse del lavoratore alla salvaguardia dell’occupazione; (ii) interesse del lavoratore all’acquisizione di una diversa professionalità; questa ipotesi è stata guardata con sospetto dalla dottrina: quale potrebbe essere l’interesse del lavoratore al demansionamento? L’interesse potrebbe essere quello di iniziare un nuovo percorso per poi cambiare dipartimento, il legislatore ha in mente un modello di impresa molto più dinamico e flessibile; (iii) interesse del lavoratore al miglioramento delle condizioni di vita: questa ipotesi è stata guardata con sospetto per lo stesso motivo della precedente. L’interesse potrebbe riconoscersi nella volontà del lavoratore di venire impiegato in una sede appena aperta più vicina alla sua residenza o di rinunciare a determinate responsabilità piuttosto onerose.

La preoccupazione del legislatore è che il consenso del lavoratore sia genuino e non frutto della coercizione indiretta o velata del datore: questo risultato viene garantito dalla necessità che il patto di demansionamento, **a pena di nullità**, venga **sottoscritto dinanzi alle c.d. sedi assistite** (ad esempio, associazioni sindacali), disciplinate all’art. 2113 c.c., le quali hanno il compito di informare il lavoratore circa il contenuto esatto dell’accordo e le sue conseguenze.

In virtù del fatto che il demansionamento non è frutto dell’esercizio di un potere del datore bensì di un accordo bilaterale, l’accordo può prevedere, oltre al demansionamento, anche la corrispondente riduzione della retribuzione, il mutamento della categoria legale e la discesa in livelli di inquadramento non immediatamente successivi: non si applicano, cioè, i limiti previsti per le ipotesi di cui al comma 2 e comma 4.

Lo *ius variandi* può essere esercitato anche **in verticale verso l’alto**, cioè nel senso di adibire il lavoratore a mansioni superiori. Lo prevede il **comma 7**: *“Nel caso di assegnazione a mansioni superiori il lavoratore ha diritto al trattamento corrispondente all’attività svolta e l’assegnazione diviene definitiva, salvo diversa volontà del lavoratore, ove la medesima non abbia avuto luogo per ragioni sostitutive di altro lavoratore in servizio, dopo il periodo fissato dai contratti collettivi o, in mancanza, dopo sei mesi continuativi.”*

Il **comma 3** previene il rischio del lavoratore che sia inadempiente perchè non in grado di svolgere le nuove mansioni: *“Il mutamento di mansioni è accompagnato, ove necessario, dall’assolvimento dell’**obbligo formativo**, il cui mancato adempimento non determina comunque la nullità dell’atto di assegnazione delle nuove mansioni.”* Si ha una sorta di onere di cooperazione del datore nell’adempimento del lavoratore; correttezza e buona fede comunque devono guidare l’esercizio dello *ius variandi*, criteri del diritto dei contratti che in primo luogo possono individuare un limite alle scelte del datore.

La norma si chiude con il **comma 9**, il quale sancisce che ogni atto o patto contrario alle disposizioni suddette è nullo: le parti non possono derogare o disapplicare l’art. 2103 c.c.

Per riassumere:

si parla di **ius variandi in verticale verso l’alto** nel caso di assegnazione a mansioni superiori:

- il lavoratore ha diritto al trattamento corrispondente all’attività svolta;

- l'assegnazione diviene definitiva, salvo diversa volontà del lavoratore, ove la medesima non abbia avuto luogo per ragioni sostitutive di altro lavoratore in servizio, dopo il periodo fissato dai contratti collettivi o, in mancanza, dopo sei mesi continuativi.

Per quanto riguarda lo **ius variandi in senso orizzontale**: il lavoratore può essere adibito a tutte le mansioni riconducibili allo stesso livello e categoria legale di inquadramento delle ultime effettivamente svolte.

La nuova disciplina dello *ius variandi* riconosce alla contrattazione collettiva un ruolo centrale, ossia il compito di individuare l'area del debito del prestatore di lavoro:

- sono esigibili le mansioni "*riconducibili allo stesso livello e categoria legale di inquadramento delle ultime effettivamente svolte*": **ius variandi ordinario**;
- vi è delega alla contrattazione collettiva dell'individuazione di "*ulteriori ipotesi di assegnazione di mansioni appartenenti al livello di inquadramento inferiore, purché rientranti nella medesima categoria legale*": **ius variandi straordinario**.

Vi è poi l'ipotesi dello **ius variandi come demansionamento legittimo** nel caso in cui di fronte a determinati soggetti, ad esempio commissioni di certificazione, è stipulato un accordo individuale di modifica delle mansioni, della categoria legale e del livello di inquadramento e della relativa retribuzione solo per specifiche ragioni:

- nell'interesse del lavoratore alla conservazione dell'occupazione;
- nell'interesse del lavoratore all'acquisizione di una diversa professionalità;
- nell'interesse del lavoratore al miglioramento delle condizioni di vita:

Il lavoratore può farsi assistere da un rappresentante dell'associazione sindacale a cui aderisce o conferire mandato ad un avvocato o ad un consulente del lavoro.

Problemi aperti e qualche esempio

Cosa succede nel caso in cui la mansione in concreto svolta dal lavoratore non è prevista nelle declaratorie dei livelli di inquadramento del contratto collettivo applicabile? Ci potrebbe essere una duplice soluzione: (i) ritorno al parametro dell'equivalenza; (ii) semplice operazione di sussunzione nei livelli di inquadramento stessi.

Cosa succede se nessun contratto collettivo è applicabile? Sorge il problema efficacia soggettiva dei contratti collettivi che possono essere applicati solo tra le parti firmatarie.

Rispetto alla delega paranormativa a favore della contrattazione collettiva, di completamento della disposizione sulle ipotesi di demansionamento, rilevano alcune disposizioni degli stessi contratti collettivi nazionali di maggiore importanza.

Qualche esempio:

1. CCNL Settore commercio - terziario

Art. 114 - Mansioni del lavoratore

- *Il lavoratore deve essere adibito alle mansioni per le quali è stato assunto o a quelle corrispondenti all'inquadramento superiore che abbia successivamente acquisito ovvero a mansioni riconducibili allo stesso livello di inquadramento delle ultime effettivamente svolte (stessa previsione dell'art. 2013 co. 2 c.c.)*
- *In caso di modifiche degli assetti organizzativi aziendali che incidano sulla posizione dei Lavoratori (formula del dell'art. 2013 co. 2 c.c.), gli stessi, ai soli fini conservativi (respingimento delle finalità: solo al fine di conservare l'occupazione) e previo Accordo assistito (presso una delle sedi di cui all'art. 2113 c.c.), potranno essere eccezionalmente assegnati a mansioni appartenenti al livello d'inquadramento inferiore*
- *Ulteriori ipotesi di assegnazione a mansioni appartenenti al livello di inquadramento inferiore potranno essere previste dai Contratti Collettivi Aziendali, confermati dal Referendum Aziendale*

- *Il Lavoratore avrà diritto alla conservazione del trattamento retributivo in godimento, fatta eccezione per gli elementi retributivi collegati a particolari modalità di svolgimento della precedente prestazione lavorativa, mentre l'ulteriore sviluppo di carriera e di retribuzione sarà quello proprio del nuovo inferiore livello.*

Il contratto collettivo nel secondo punto pone dei limiti ulteriori rispetto al comma 6 dell'art. 2103 c.c.

Art. 173 - Classificazione unica: criteri

I lavoratori dipendenti, Quadri, Impiegati e Lavoratori Operai, sono compresi in un'unica scala classificatoria (vengono meno le distinzioni tra le 4 categorie legali) articolata su 9 livelli.

L'inquadramento dei Lavoratori dovrà essere effettuato solo confrontando il livello professionale delle mansioni effettivamente svolte con le Declaratorie, i Profili e le Esempificazioni previste dal presente CCNL.

Pertanto, l'inquadramento nei 9 livelli previsti dovrà effettuarsi esclusivamente sulla base delle mansioni in concreto esercitate dal Lavoratore fermo restando che, come previsto dalla nuova stesura dell'art. 2103 c.c., l'Azienda avrà diritto di pretendere dal Lavoratore lo svolgimento delle diverse mansioni previste o riconducibili allo stesso livello d'inquadramento professionale riconosciuto, ogniqualvolta esse siano richieste da motivate esigenze organizzative e sia stata fornita la necessaria formazione.

L'ultima specificazione circa la giustificazione dell'addizione a nuove mansioni e la necessaria formazione non viene richiesta dal 2103c1 cc: questa disposizione sembra infatti fare riferimento allo ius variandi ordinario in senso orizzontale.

CCNL - Dipendenti Industrie Metalmeccaniche Private e della Installazione di Impianti (in vigore dal 25.11.16)

Titolo II, art. 3 - Passaggio temporaneo di mansioni

In applicazione di quanto previsto dalla d.lgs. 81/2015, alla modificazione dell'art. 2103 del codice civile e dell'Accordo interconfederale del 27 luglio 2016, i lavoratori, con accordo scritto, possono essere demansionati e assegnati a mansioni del livello di inquadramento inferiori purché rientranti nella medesima categoria di nuova destinazione del lavoratore.

(...) Il lavoratore che è adibito a mansioni di qualifica inferiore conserva i diritti ed il trattamento economico del livello da cui proviene ad esclusione degli elementi retributivi legati alla peculiarità del precedente inquadramento da cui proviene.

(...) Qualora il demansionamento rappresenti una concreta alternativa al licenziamento, le Parti, firmatarie del presente CCNL, avviano trattative con la RSU/RSA e/o a livello nazionale per la modifica delle mansioni della categoria, del livello di inquadramento e della relativa retribuzione, fermo restando il superiore interesse delle Parti al mantenimento qualitativo economico dei lavoratori demansionati nella prospettiva di durata nel tempo della realtà aziendale.

Il prestatore di lavoro deve essere adibito alle mansioni per le quali è stato assunto o a quelle corrispondenti alla categoria superiore che abbia successivamente acquisito ovvero a mansioni equivalenti alle ultime effettivamente svolte, senza alcuna diminuzione della retribuzione (in via negoziale viene ripristinato il criterio dell'equivalenza).

Contratto collettivo FCA (esclusa Ferrari)

Art. 6 bis

In riferimento a quanto previsto dalla nuova versione dell'art. 2103 c.c. si conviene che le modalità ed i limiti delle ipotesi di demansionamento saranno definiti per accordo tra le Parti.

In generale resta fermo il rispetto del principio giurisprudenziale della compatibilità professionale

Questo contratto addirittura recupera un orientamento giurisprudenziale.

Il potere di controllo del datore di lavoro

Il potere di controllo è un tema legato ai precedenti in quanto questo è funzionalmente connesso al potere direttivo, rappresentandone infatti il **corollario**: il potere direttivo non avrebbe significato se non accompagnato dal potere di controllo poiché il datore è a capo dell'organizzazione (è l'imprenditore che organizza i propri mezzi e il lavoro delle persone che svolgono attività lavorativa alle sue dipendenze) e innanzitutto regola e dirige le modalità con cui i dipendenti devono svolgere la loro prestazione, per poi anche verificare l'adempimento e il rispetto puntuale delle direttive impartite.

Il potere di controllo, se guardato dalla prospettiva contrattualistica e non "imprenditoriale", è però problematico. Il contratto di lavoro, infatti, è formato da due parti, ciascuna con le sue rispettive obbligazioni complesse che non si risolvono in un solo atto: entrambe le parti sono titolari di un rapporto obbligatorio complesso (il lavoratore non adempie esattamente con un solo atto, ma la sua prestazione richiede una serie di comportamenti e il rispetto di una serie di modalità e condizioni) e per questo tenute all'adempimento delle obbligazioni nate in forza del contratto. Entrambe le parti si aspettano l'**adempimento** e, secondo la prospettiva contrattualistica, una parte non potrebbe ingerirsi nella sfera dell'adempimento della controparte, ma dovrebbe attendere l'adempimento ed eventualmente agire successivamente in caso di inadempimento.

Ancora una volta il contratto di lavoro si pone in una posizione di **peculiarità** rispetto alla disciplina dei contratti di diritto privato: parlando di rapporto di lavoro, non è sempre facile ragionare in termini privatistici e contrattualistici.

Il **potere di controllo** viene quindi **riconosciuto al datore** di lavoro non solo e non in quanto controparte del rapporto di lavoro, ma **in quanto capo dell'organizzazione in cui l'attività lavorativa viene svolta**. Il contratto di lavoro infatti da un lato è un contratto individuale tra datore e lavoratore, ma dall'altro lato il datore di lavoro, oltre che controparte, è anche il capo di un'organizzazione complessa in cui l'attività lavorativa deve inserirsi.

Rimangono però aperte alcune questioni. Come e in che misura l'organizzazione entra nel contratto di lavoro? Fa parte della causa del contratto o qualifica l'oggetto delle obbligazioni delle parti? Perché il datore è titolare di una serie di prerogative che dipendono dal fatto che egli è a capo dell'organizzazione ma che poi si riflettono sullo stesso rapporto di lavoro?

Il potere di controllo è quindi uno degli istituti in cui si manifesta il contatto tra organizzazione complessa dell'attività lavorativa e contratto di lavoro tra lavoratore e datore di lavoro, pur restando la prima un ambito esterno che appartiene esclusivamente alla sfera di una delle parti, il datore.

Possiamo guardare al potere di controllo anche secondo un'altra prospettiva. Qualora il legislatore non riconosca né limiti il potere di controllo, pensando all'azienda come luogo fisico dove si svolge l'attività lavorativa, l'azienda stessa appartiene al datore che quindi può controllare ciò che accade all'interno di essa: in assenza di un intervento normativo in materia, il datore sarebbe comunque titolare di un potere di controllo anche solo per il fatto di essere "proprietario" di un certo immobile all'interno del quale si svolgono delle attività tra cui quelle lavorative.

La **disciplina legislativa del potere di controllo** risponde quindi allo stesso modo a **due esigenze**; essa:

1. riconosce esplicitamente l'esistenza di questo potere codificandolo e rendendolo parte dell'ordinamento;
2. limita lo stesso potere nel suo esercizio da parte del datore che ne è titolare.

Il potere di controllo, quindi, **risponde all'esigenza** per cui il datore di lavoro deve poter **monitorare** le attività che si svolgono in azienda, restando però la necessità di **tutelare la riservatezza e la dignità del lavoratore** che non può essere esposto a forme di controllo illimitate.

Per la prima volta il potere di controllo venne disciplinato con lo **Statuto dei Lavoratori** (l. 300/1970): esso disciplinava in particolare i diritti sindacali in azienda e con questa legge il legislatore aveva riconosciuto che alcuni diritti venissero esercitati fisicamente nei locali del datore di lavoro, introducendo in capo a quest'ultimo degli oneri non indifferenti (ore di permesso retribuito, spazio bacheca, luogo per le riunioni, etc.). La stessa legge che quindi aveva permesso al sindacato di entrare in azienda, ha riconosciuto e allo stesso tempo limitato il potere di controllo che fino al 1970 veniva esercitato senza limiti; il datore infatti, in quanto proprietario dei locali, non aveva limiti nell'esercizio del potere di controllo (ad esempio, poteva installare telecamere in ogni angolo).

Nel 1970, rompendo questa dinamica, il legislatore intervenne disciplinando il potere di controllo con una serie di disposizioni che si trovano nel **Titolo I** dello Statuto, agli **artt. 2-6**.

Da un lato quindi il legislatore confermò l'esistenza di questo diritto, allo stesso tempo limitandolo, al fine che il datore non ne abusasse e quindi al fine di tutelare e preservare la dignità e la personalità del lavoratore per evitare che fosse esposto a controlli occulti o permanenti, dal momento che questi coinvolgono la sua stessa persona nell'attività lavorativa.

È quindi opportuno chiedersi dove finisca la sfera sotto il controllo del datore di lavoro e dove inizi la sfera personale del lavoratore: questo confine è spesso labile nell'ambito dell'attività lavorativa, soprattutto con riferimento all'istituto del lavoro agile (*smart working*) e in generale quando la prestazione viene fornita fuori dai locali aziendali.

Si intersecano, dunque, specifiche esigenze:

- da un alto, consentire al datore di monitorare l'attività del lavoratore anche a favore della sicurezza dell'azienda e della sfera patrimoniale;
- dall'altro, proteggere la persona del lavoratore affinché non sia esposto ad un controllo pervasivo in violazione della sua sfera privata, cosa che avveniva nel 1970.

Se consideriamo che il Codice della *privacy* è entrato in vigore nella sua prima versione nel 2003, la prima disciplina circa la riservatezza venne introdotta dal diritto del lavoro ben prima, nonostante poi la prima riflessione in materia di *privacy* e di tutela dei dati personali sia arrivata decenni dopo.

Art. 4 - I controlli a distanza

La disciplina dei c.d. **controlli a distanza** è contenuta nell'**art. 4 SdL** che è stato radicalmente riformato nel 2015 dall'opera legislativa conosciuta come Jobs Act.

La **prima versione** dell'art. 4 è rimasta in vigore dal 1970 al 2015 e su di essa si è formata una riflessione in materia molto proficua e ancora attuale nonostante la successiva riforma del 2015:

"1. E' vietato l'uso di impianti audiovisivi e di altre apparecchiature per finalità di controllo a distanza dell'attività dei lavoratori.

2. Gli impianti e le apparecchiature di controllo che siano richiesti da esigenze organizzative e produttive ovvero dalla sicurezza del lavoro, ma dai quali derivi anche la possibilità di controllo a distanza dell'attività dei lavoratori, possono essere installati soltanto previo accordo con le rappresentanze sindacali aziendali, oppure, in mancanza di queste, con la commissione interna. In difetto di accordo, su istanza del datore di lavoro, provvede l'Ispettorato del lavoro, dettando, ove occorra, le modalità per l'uso di tali impianti.

3. Per gli impianti e le apparecchiature esistenti, che rispondano alle caratteristiche di cui al secondo comma del presente articolo, in mancanza di accordo con le rappresentanze sindacali aziendali o con la commissione interna, l'Ispettorato del lavoro provvede entro un anno dall'entrata in vigore

della presente legge, dettando all'occorrenza le prescrizioni per l'adeguamento e le modalità di uso degli impianti suddetti."

Al **comma 1** viene identificato un **divieto generale**. La norma impone un netto divieto: il datore infatti non poteva utilizzare impianti audiovisivi o altre apparecchiature (nel 1970 non c'erano apparecchi molto evoluti, al più venivano utilizzate le telecamere) al fine di controllare a distanza l'attività dei lavoratori. A contrario, quindi, la norma affermava che era sempre consentito il controllo sull'attività dei lavoratori svolto personalmente e senza l'ausilio di strumenti: il datore, o il superiore gerarchico per lui, poteva sempre verificare l'attività dei dipendenti di persona.

Il **controllo personale era sempre consentito**, al contrario di quello a distanza, in quanto l'esigenza del legislatore era quella di evitare controlli occulti o pervasivi di cui il lavoratore non fosse consapevole.

Al **comma 2** del vecchio art. 4 si individuano alcune **eccezioni** alla disciplina di cui al comma 1: esigenze organizzative o produttive o sicurezza del lavoro (condizioni sostanziali) potevano giustificare l'installazione di strumenti di controllo a distanza, purché (condizioni procedurali di legittimità) ci fosse un'autorizzazione ministeriale o un accordo con le rappresentanze sindacali aziendali.

La giurisprudenza è stata chiamata ad interpretare questa norma che aveva infatti suscitato, in quanto lacunosa, vari orientamenti: se la norma individuava infatti in modo secco un divieto e delle eccezioni subordinate ad alcune condizioni, essa si limitava però a disciplinare al comma 2 il profilo dell'installazione degli strumenti, **senza specificare** se i dati da questi raccolti poi potessero essere utilizzati per **finalità disciplinari**.

Ad esempio, Il datore installa legittimamente una telecamera per ragioni di sicurezza dei locali aziendali la quale registra Tizio che timbra il cartellino per poi andarsene, filmando quindi un grave inadempimento; ci si chiede quindi se il datore di lavoro possa contestare questa condotta a Tizio usando come prova il video registrato dalla telecamera. L'art. 4 co. 1, infatti, vieta l'utilizzo di apparecchiature per monitorare a distanza l'attività di lavorativa, anche non svolta dal lavoratore.

Un altro esempio: il datore installa illegittimamente una telecamera per ragioni di sicurezza e questa registra Tizio che ruba dall'azienda; la questione è uguale alla precedente, anche se la condotta di Tizio non è connessa all'adempimento dell'attività lavorativa (si tratta, infatti, di un illecito)

In materia dei c.d. **controlli difensivi**, la giurisprudenza riaffermò in un **primo orientamento** che i controlli sull'attività lavorativa a distanza erano sempre vietati se finalizzati a verificare l'adempimento o l'inadempimento del lavoratore; se invece gli strumenti installati legittimamente permettevano al datore di venire a conoscenza di **condotte illecite** tenute dal lavoratore, queste informazioni potevano essere utilizzate dal datore. Erano quindi **sempre legittimi**, in quanto non limitati dalla legge, i controlli finalizzati ad accertare condotte illecite.

Dunque, secondo la giurisprudenza, l'ambito di applicazione dell'art. 4 SdL **non** ricomprendeva l'installazione e l'utilizzo di sistemi necessari ad effettuare controlli a distanza ove finalizzati all'accertamento di condotte illecite dei lavoratori.

Questa eccezione veniva giustificata dal fatto che la giurisprudenza prendeva in considerazione non la condotta lavorativa tenuta dal lavoratore, che appunto rimaneva non monitorabile, bensì riconosceva come legittime quelle ipotesi in cui il datore monitorasse per sospetto e quindi reagisse a comportamenti illeciti che esulavano dall'adempimento o dall'inadempimento (ad esempio, furti dalla cassa, molestie ai colleghi, utilizzo dei dispositivi aziendali per compiere attività illecite, etc.).

Questo orientamento risultava **problematico** in quanto giustificava *ex post* il controllo datoriale solo a fronte della fondatezza dei sospetti nei confronti del prestatore di lavoro; infatti, solo laddove il controllo difensivo avesse consentito di accertare una condotta illecita, lo stesso poteva dirsi legittimo; altrimenti, il controllo avrebbe avuto ad oggetto la regolare attività lavorativa, al di fuori dei confini della legge, con palese elusione di questi ultimi.

Era quindi necessario rispondere alle situazioni non disciplinate dall'art. 4, mantenendo una coerenza logica anche all'interno dell'orientamento giurisprudenziale.

Nel **2015** il legislatore riscrisse la norma rispondendo ai problemi interpretativi rimasti aperti dalla disposizione precedente, colmando le lacune lasciate aperte dal vecchio art. 4. La **nuova norma** prevede un **unico comma** che afferma che:

*“Gli impianti audiovisivi e gli altri strumenti dai quali derivi anche la possibilità di controllo a distanza dell'attività dei lavoratori possono essere **impiegati esclusivamente per**:*

- 1) esigenze organizzative e produttive,*
- 2) per la sicurezza del lavoro,*
- 3) per la tutela del patrimonio aziendale.*

Possono essere installati previo accordo collettivo stipulato dai rappresentanti sindacali aziendali. In alternativa, nel caso di imprese con unità produttive ubicate in diverse province della stessa regione ovvero in più regioni, tale accordo può essere stipulato dalle associazioni sindacali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale. In mancanza di accordo, gli impianti e gli strumenti possono essere installati previa autorizzazione dall'Ispettorato nazionale del lavoro.

*Queste regole **non si applicano** agli strumenti utilizzati dal lavoratore per rendere la prestazione lavorativa e agli strumenti di registrazione degli accessi e delle presenze.”*

Innanzitutto osserviamo come nella prima parte della norma sia stata introdotta una terza serie di ragioni che giustifichi l'installazione e il monitoraggio, ossia la **tutela del patrimonio aziendale**.

Inoltre non viene sancita l'illegittimità dell'attività di controllo che si discosti dalle tre serie di ragioni suddette, anche se essa è comunque sempre subordinata al perseguimento di alcune ragioni: l'interpretazione maggioritaria della dottrina sostiene che il divieto sussiste implicitamente in forza delle condizioni che subordinano l'installazione degli strumenti a distanza.

La seconda parte del norma introduce ancora delle condizioni procedurali a cui l'attività di monitoraggio deve sottostare.

L'ultima parte significa che l'installazione di strumenti di controllo a distanza può avvenire senza l'accordo preventivo e senza la giustificazione ai sensi di una delle ragioni nel caso in cui abbia ad oggetto gli strumenti che permettono di rilevare la presenza del lavoratore in azienda e gli strumenti il lavoratore usa nella sua attività (quindi anche, ad esempio, GPS dell'auto aziendale, cellulare aziendale, computer aziendale, etc.). Questo rende il problema ancora più evidente se consideriamo che in alcune situazioni gli strumenti dati al lavoratore possono essere utilizzati anche per scopi personali.

Il legislatore del 2015 compì un passo ulteriore nel tentativo di colmare le lacune precedenti: venne aggiunta un'intera disciplina circa l'utilizzo delle **informazioni raccolte** dopo l'installazione degli strumenti di controllo a distanza legittimamente installati.

In particolare, è stato stabilito che *le informazioni raccolte sono **utilizzabili a tutti i fini connessi al rapporto di lavoro a condizione che sia data al lavoratore adeguata informazione*** delle modalità d'uso degli strumenti e di effettuazione dei controlli e **nel rispetto di quanto disposto dalla normativa sulla *privacy***. La disciplina della *privacy* è quindi collegata e richiamata da quella del rapporto di lavoro: il limite all'utilizzabilità dei dati acquisiti dal datore è proprio riconosciuto dal legislatore nell'ambito della normativa della *privacy*.

Circa la prima parte della disposizione (*“tutti i fini connessi”*), non si pone più l'esigenza di distinguere tra le attività che rappresentano un inadempimento contrattuale o degli illeciti esterni alla sfera dell'adempimento (ad esempio: installata legittimamente la telecamera che registra Tizio che entra al lavoro in ritardo, questi potrà essere sanzionato dal datore).

La dottrina ha cercato di arginare le conseguenze derivanti da un'interpretazione letterale della norma, nonostante il modo più efficace, e forse l'unico, per garantire la tutela della persona sia, più

che l'insieme delle condizioni sostanziali e procedurali delle prime due parti del nuovo art. 4, il riferimento alla tutela della *privacy*.

La giurisprudenza ad oggi si ancora comunque alla teoria dei controlli difensivi, in modo apparentemente inspiegabile alla luce della nuova disposizione dell'art. 4.

Art. 2 - Guardie giurate

All'**art. 2** SdL viene regolata la disciplina dell'utilizzo da parte del datore di lavoro di guardie giurate: *"Il datore di lavoro può impiegare le guardie particolari giurate soltanto per scopi di tutela del patrimonio aziendale."*

Le guardie giurate non possono contestare ai lavoratori azioni o fatti diversi da quelli che attengono alla tutela del patrimonio aziendale.

È fatto divieto al datore di lavoro di adibire alla vigilanza sull'attività lavorativa le guardie di cui al comma 1, le quali non possono accedere nei locali dove si svolge tale attività, durante lo svolgimento della stessa, se non eccezionalmente per specifiche e motivate esigenze attinenti ai propri compiti". Secondo l'ultimo comma comprendiamo come mai le guardie non siano posizionate dentro i locali aziendali o nei pressi dei lavoratori.

Art. 3 - Personale di vigilanza

"I nominativi e le mansioni specifiche del personale addetto alla vigilanza dell'attività lavorativa debbono essere comunicati ai lavoratori interessati." Il lavoratore deve essere informato circa la persona deputata al controllo, al fine di evitare i controlli occulti.

Art. 5 - Accertamenti sanitari

"Sono vietati accertamenti da parte del datore di lavoro sulla idoneità e sulla infermità per malattia o infortunio del lavoratore dipendente."

Il controllo delle assenze per infermità può essere effettuato soltanto attraverso i servizi ispettivi degli istituti previdenziali competenti, i quali sono tenuti a compierlo quando il datore di lavoro lo richieda.

Il datore di lavoro ha facoltà di far controllare la idoneità fisica del lavoratore da parte di enti pubblici ed istituti specializzati di diritto pubblico."

Il datore di lavoro non può verificare direttamente lo stato di salute del suo lavoratore, ai sensi del comma 1.

Art. 6 - Visite personali

Ci si chiede se il datore di lavoro possa esercitare fisicamente il suo potere di controllo sulla persona del lavoratore: le c.d. **visite personali** possono essere legittime se indispensabili a verificare che il lavoratore non abbia danneggiato il patrimonio aziendale.

"Le visite personali di controllo sul lavoratore sono vietate fuorché nei casi in cui siano indispensabili ai fini della tutela del patrimonio aziendale, in relazione alla qualità degli strumenti di lavoro o delle materie prime o dei prodotti."

In tali casi le visite personali potranno essere effettuate soltanto a condizione che:

- *siano eseguite all'uscita dei luoghi di lavoro,*
- *siano salvaguardate la dignità e la riservatezza del lavoratore,*
- *avvengano con l'applicazione di sistemi di selezione automatica riferiti alla collettività o a gruppi di lavoratori.*

Le ipotesi nelle quali possono essere disposte le visite personali e le relative modalità debbono essere concordate dal datore di lavoro con le rappresentanze sindacali aziendali. In difetto di accordo, su istanza del datore di lavoro, provvede l'Ispettorato del lavoro."

Come individuato al n. 3, il controllo deve essere effettuato a campione, senza che lo sappiano né il lavoratore né il datore: il datore, in caso di sospetto, dovrà rivolgersi alle forze dell'ordine secondo gli strumenti normalmente previsti dalla legge. Il datore, dunque, non può, ad esempio, controllare personalmente le tasche del lavoratore.

Artt. 1 e 8 - Divieto di indagini sulle opinioni

Ci si chiede se il datore possa controllare le opinioni politiche, religiose, le affiliazioni sindacali, l'orientamento sessuale, lo stato di salute dei lavoratori, etc.: l'art. 1 e l'art. 8 in combinato disposto permettono di rispondere a questa domanda.

L'**art. 1** riconosce espressamente la libertà di espressione anche dentro i locali aziendali, dove appunto i lavoratori, nei limiti previsti dalla legge, possono manifestare liberamente il loro pensiero: *"I lavoratori, senza distinzione di opinioni politiche, sindacali e di fede religiosa, hanno diritto, nei luoghi dove prestano la loro opera, di manifestare liberamente il proprio pensiero, nel rispetto dei principi della Costituzione e delle norme della presente legge."*

L'**art. 8** afferma che, nel momento dell'assunzione e successivamente durante il rapporto di lavoro, il datore non può effettuare indagini circa le opinioni dei lavoratori che siano svincolate dall'attitudine professionale del lavoratore stesso. Questa potrebbe essere la norma più disapplicata dell'ordinamento in quanto per il lavoratore è pressoché impossibile dimostrare che la mancata assunzione sia dipesa dalle sue opinioni dichiarate, ad esempio, in sede di assunzione. Si tratta di una norma rispetto alla quale l'onere della prova in capo al lavoratore è pressoché impossibile che quindi rimane, se violata, pressoché non sanzionata.

"È fatto divieto al datore di lavoro, ai fini dell'assunzione, come nel corso dello svolgimento del rapporto di lavoro, di effettuare indagini, anche a mezzo di terzi, sulle opinioni politiche, religiose o sindacali del lavoratore, nonché su fatti non rilevanti ai fini della valutazione dell'attitudine professionale del lavoratore."

Il potere disciplinare del datore di lavoro

Il potere disciplinare è il più peculiare tra i poteri del datore di lavoro, nonché quello che più stride con la dimensione contrattuale del rapporto di lavoro; infatti, il contratto di lavoro è l'unico contratto a prestazioni corrispettive che prevede un siffatto potere in capo ad una delle parti; esso consiste nel **potere di irrogare delle sanzioni** (o pene private) **nei confronti della controparte contrattuale**.

Il suo stesso riconoscimento è stato ampiamente discusso dagli studiosi soprattutto con riguardo al profilo della sua **compatibilità con la dimensione contrattuale del rapporto di lavoro**. Detto profilo è stato poi risolto, come altri nodi problematici della disciplina del diritto del lavoro, basando il riconoscimento del potere di sanzionare disciplinarmente le condotte del lavoratore sulla **dimensione organizzativa** del datore di lavoro che non è un semplice creditore della prestazione di lavoro, ma è anche padrone della struttura organizzativa in cui l'attività lavorativa si inserisce e, per questo, egli è anche titolare di un **interesse specifico** allo svolgimento corretto delle attività lavorative, soprattutto alla luce dei molteplici soggetti impiegati i quali appunto giustificano la necessità del datore di intervenire in modo rapido e immediato a fronte di eventuali condotte del prestatore di lavoro stesso.

Obblighi del prestatore di lavoro

Innanzitutto, è necessario chiarire quali siano gli **obblighi che gravano sul lavoratore** e quindi i comportamenti attesi da lui, l'inadempimento dei quali giustifica l'esercizio del potere disciplinare da parte del datore; è pertanto necessario definire la **sfera di adempimento del prestatore di lavoro**.

L'attività del lavoratore, ossia la prestazione, non si esaurisce in un solo comportamento in quanto il contratto di lavoro non è ad esecuzione istantanea, bensì è di durata e quindi, per definizione, l'attività del lavoratore è prolungata nel tempo; siamo perciò dinanzi a un'**obbligazione complessa**. Il contenuto specifico della prestazione di lavoro è **eterodiretto**: il lavoratore è subordinato, in quanto eterodiretto, e cioè soggetto al potere direttivo del datore. Ai fini dell'esatto adempimento della prestazione del lavoratore, non si dovrà considerare quindi solo la prestazione astrattamente definita dal contratto di lavoro, ma anche quella puntualmente definita dal datore con le sue indicazioni e istruzioni che devono, per definizione, essere rispettate dal lavoratore.

Accanto a tali considerazioni fatte in riferimento al lavoratore come parte del rapporto di lavoro, sono centrali gli artt. 2104 e 2105 c.c., collocati dopo l'art. 2103 c.c. che disciplina il potere di modifica unilaterale delle mansioni (*ius variandi*): questi disciplinano 3 fondamentali obblighi del prestatore di lavoro.

- **Obbligo di diligenza, art. 2104 co. 1 c.c.:** "*Il prestatore di lavoro deve usare la diligenza richiesta dalla natura della prestazione dovuta, dall'interesse dell'impresa e da quello superiore della produzione nazionale.*"

L'ultimo sintagma è figlio dell'ideologia fascista che mirava al raggiungimento del superiore interesse della nazione, e per questo ignorabile.

Il resto della disposizione qualifica l'obbligo di diligenza del prestatore, il quale non può svolgere l'attività lavorativa con una generica diligenza, cioè quella "*del buon padre di famiglia*" che richiede in termini generici correttezza e buona fede. L'art. 2104 c.c. infatti specifica il **parametro della diligenza**: per adempiere al contratto di lavoro non è richiesta la generica diligenza del buon padre di famiglia, ma quella dipendente **dalla natura della prestazione dovuta**. Parimenti l'imprenditore assume alle proprie dipendenze un lavoratore che si qualifica per una certa professionalità e che adopererà la dovuta diligenza non predeterminabile in termini assoluti dalla legge ma comunque circoscrivibile.

Il riferimento all'**interesse dell'impresa** è stato discusso in quanto si è affermato che il prestatore di lavoro rimane controparte rispetto al datore di lavoro, ed è proprio quest'ultimo colui che persegue l'interesse dell'impresa: eventualmente tale interesse potrebbe essere veicolato dal datore nei confronti del lavoratore per il tramite delle istruzioni che ha il potere di impartire. In ogni caso non vi è un interesse autonomo del lavoratore riconducibile a quello dell'impresa, salvo che si abbandoni l'attuale maggioritaria prospettiva contrattualistica, per abbracciare una visione ormai superata che considera l'impresa come una comunità in cui i contratti individuali non vengono separatamente considerati ma in cui tutti concorrono al perseguimento degli obiettivi della stessa impresa.

In diverse disposizioni dell'ordinamento viene confermata la conflittualità delle parti e quindi la visione adottata dalla dottrina giuslavorista non è quella dell'impresa come comunità in cui gli interessi sono omogenei.

La diligenza, quindi, non dipende strettamente dall'interesse dell'impresa ma dalla natura della prestazione dovuta che dipenderà pertanto dal livello gerarchico del lavoratore, dalla prestazione da lui svolta, etc.

- **Obbligo di obbedienza, art. 2104 co. 2 c.c.** L'obbligo di obbedienza ripete, con riferimento alla posizione soggettiva del lavoratore, quanto previsto per la posizione soggettiva del datore di lavoro: se il datore è titolare del potere direttivo, specularmente il lavoratore è

titolare dell'obbligo di obbedienza. *"Deve inoltre osservare le disposizioni per l'esecuzione e per la disciplina del lavoro impartite dall'imprenditore e dai collaboratori di questo dai quali gerarchicamente dipende."* Il lavoratore è quindi eterodiretto e vincolato alle istruzioni che riceve per l'adempimento della prestazione, non è libero di determinare le modalità di svolgimento della propria prestazione.

- **Obbligo di fedeltà, art. 2105 c.c.:** *"Il prestatore di lavoro **non** deve trattare affari, per conto proprio o di terzi, in concorrenza con l'imprenditore, né (obbligo di riservatezza, ossia di non disclosure) divulgare notizie attinenti all'organizzazione e ai metodi di produzione dell'impresa, o farne uso in modo da poter recare ad essa pregiudizio."*

Per tutta la durata del rapporto di lavoro, il lavoratore ha uno specifico **obbligo di non fare variamente articolato**: non svolgere attività in concorrenza con quella svolta dal datore di lavoro, sia in prima persona che coadiuvando terzi; non divulgare o usare a proprio vantaggio informazioni attinenti all'organizzazione dell'impresa; non divulgare o usare a proprio vantaggio informazioni attinenti ai metodi di produzione appresi durante il rapporto di lavoro.

L'obbligo di fedeltà o di non concorrenza non va confuso con il **patto di non concorrenza** disciplinato dall'art. 2125 c.c.: quest'ultimo è un patto eventuale che può essere sottoscritto dalle parti in aggiunta al contratto di lavoro anche al momento della stipulazione del contratto di lavoro. Esso differisce dall'obbligo di fedeltà in quanto si riferisce ad un **arco temporale distinto da quello del rapporto di lavoro**: le parti si accordano affinché, per un tempo successivo alla cessazione del rapporto di lavoro, il lavoratore non svolga attività in concorrenza con l'ex datore di lavoro, sia per soggetti terzi, sia in proprio. Essendo questo patto particolarmente gravoso, l'art. 2125 c.c. prevede il rispetto di alcune condizioni a pena di nullità: esso deve essere stipulato per iscritto e a titolo oneroso (individuato un compenso adeguato a fronte di questo obbligo), deve individuare specificamente l'oggetto del patto, ossia le attività che non possono essere svolte dal lavoratore, deve avere una durata determinata e deve essere geograficamente circoscritto.

Finalità del potere disciplinare

Qualora il lavoratore venga meno a qualcuno dei suoi obblighi, realizzando un inadempimento o una condotta illecita, il datore, entro certi limiti, può reagire esercitando il **potere disciplinare ex art. 2106 c.c.**, collocato in modo da completare la disciplina degli obblighi del lavoratore. Detto potere è anche regolato più specificamente dall'art. 7 SdL che individua la specifica **procedura** che il datore deve seguire per poter esercitare detto potere.

Il potere disciplinare, considerato come esempio di pena privata, si colloca in una posizione di evidente **eccezionalità** rispetto alla disciplina dei contratti, essendo infatti il contratto di lavoro l'unico a prestazioni corrispettive che riconosce ad una delle parti detto potere di sanzionare la controparte con delle vere e proprie pene private.

Nell'ottica del codice civile e del diritto del lavoro, quindi, ciò dimostra come la **gerarchia** rimanga un tema di fondo ancora presente anche se anacronistico: per quanto si aprano sempre più le porte a concetti come impresa aperta, sostenibile, sociale in cui il lavoratore non soggiace così manifestamente al potere gerarchico del datore ma è più libero, comunque secondo la nostra percezione egli è soggetto a dei poteri ed è gerarchicamente subordinato rispetto al datore, nonostante i poteri di quest'ultimo siano limitati dalla legge.

Il rapporto gerarchico, e quindi il potere disciplinare, sono stati giustificati **collegando la dimensione contrattuale a quella dell'organizzazione, in via interpretativa**: il datore, secondo questa prospettiva, assume un rischio in quanto intraprende un'attività economica ed è colui che organizza

l'impresa essendone proprietario: per questo egli può reagire dinanzi a determinate condotte dei lavoratori.

Il riconoscimento del potere disciplinare si giustifica anche **in termini di ragionevolezza** per consentire al datore di procedere in modo rapido: in assenza di questo potere, infatti, a fronte di un inadempimento anche minimo, il datore dovrebbe procedere secondo le regole previste per l'inadempimento contrattuale dovendosi rivolgere al giudice (ad esempio, sospendendo la retribuzione a seguito di un'eccezione di inadempimento); tali regole però non rispondono all'esigenza del datore circa il corretto e ordinato funzionamento dell'impresa all'interno della propria organizzazione. Il datore, infatti, persegue una **finalità afflittiva e non riparatoria** tramite l'esercizio del potere disciplinare che gli permette di governare molteplici profili, dalla mancata diligenza nella prestazione lavorativa alla violazione di linee guida aziendali inerenti al vestiario da tenere.

Il potere disciplinare può essere anche visto come forma di tutela a favore del prestatore di lavoro. Il lavoratore, a fronte di un inadempimento anche minimo, viene infatti in qualche modo tutelato dal potere disciplinare esercitato dal datore, che infatti deve attenersi al rispetto del **principio di proporzionalità**: questi non potrà determinare il licenziamento o la sospensione della retribuzione se queste misure non risultano proporzionate alla condotta contestata al lavoratore.

Ci sono quindi varie ragioni che giustificano l'esercizio e la regolamentazione del potere disciplinare, il quale comunque non annulla le altre misure ordinarie previste dall'ordinamento per reagire all'inadempimento, il datore potrà quindi procedere anche, ad esempio, con l'azione di condanna al risarcimento del danno.

Questo potere quindi si affianca ad altre norme la cui *ratio* non è riparatoria ma che rispondono all'esigenza repressiva del datore di lavoro dinanzi a specifiche condotte (privato che sanziona il privato).

L'art. **2106 c.c.** è stato a lungo l'unica disposizione che ha regolato il potere disciplinare; esso, come detto, indica i presupposti sostanziali (o **requisiti oggettivi**) di esercizio del potere disciplinare che deve rispettare il principio di proporzionalità:

- sussistenza dell'inosservanza da parte del lavoratore, degli obblighi di diligenza, obbedienza e fedeltà (artt. 2104 e 2105 c.c.);
- imputabilità del fatto contestato al lavoratore.

La condotta deve essere oggettivamente sussistente (bisogna provare che si sia verificata) e il lavoratore deve essere imputabile per il fatto commesso (ad esempio, lavoratore in grado di conoscere le conseguenze delle sue azioni o omissioni in quanto capace di intendere e di volere); la condotta posta in essere dal lavoratore deve essere infatti illegittima, di inadempimento, alla luce degli artt. 2104 e 2105 c.c. e alla luce del contratto di lavoro e degli ordini o delle istruzioni che sono stati impartiti al lavoratore.

Il lavoratore deve poi potersi definire responsabile dell'azione o dell'omissione almeno per colpa o per dolo (**requisiti soggettivi**).

L'art. 2106 c.c. contiene un preciso riferimento alla **gravità dell'infrazione** che permette di codificare il **principio di proporzionalità**, cuore della norma: deve esserci proporzione tra azione (o omissione) del lavoratore e reazione del datore.

Dal 1970 il suddetto articolo è stato affiancato dall'art. **7 SdL** che **definisce la specifica procedura disciplinare di irrogazione della sanzione** che deve essere attuata dal datore prima di irrogare la sanzione stessa, al fine di consentire al lavoratore di difendersi. Questa procedura si applica a tutti i tipi di sanzioni (ad eccezione del richiamo verbale) e nei confronti di tutti i lavoratori, anche i Dirigenti.

Il legislatore ha voluto innanzitutto proceduralizzare il potere **al fine di limitarlo**, introducendo anche una sorta di contraddittorio tra le parti in modo da permettere l'incontro delle stesse e in modo da consentire al lavoratore di presentare le proprie difese; in ogni caso l'esercizio del potere disciplinare è legittimo solo qualora segua i passaggi procedurali previsti dalle norme.

L'art. 7 co. 1 impone una **norma di trasparenza, di preventiva conoscibilità delle condotte sanzionabili**: è necessario cioè che il datore proceda all'affissione in un luogo visibile a tutti i lavoratori del c.d. **codice disciplinare**, ossia l'elenco di tutte le condotte a cui segue, qualora queste siano tenute, una sanzione; il codice deve essere reso conoscibile con una specifica modalità, appunto l'affissione. Ad oggi questa modalità di pubblicazione non è stata estesa: la giurisprudenza, in modo rigoroso, ha ritenuto **costitutiva** la pubblicità del codice disciplinare solo tramite affissione, senza poter ritenere equivalenti anche la pubblicazione su siti *web* o la condivisione tramite posta elettronica, che sono modalità eventualmente aggiuntive alla fisica affissione.

Sussiste poi l'**obbligo di predeterminazione delle condotte sanzionabili e delle relative sanzioni**, quasi a rievocare il diritto penale.

1. Questo principio però pone un primo problema in quanto collide con il fatto che il datore non si trovi nella posizione di prevedere tutte le condotte illecite. La giurisprudenza ha quindi separato **due categorie di norme di comportamento**:
 - modalità di comportamento **che attengono allo svolgimento dell'attività lavorativa**: esse devono essere necessariamente predeterminate dal datore in modo preciso con riferimento alla natura e all'oggetto specifico dell'attività lavorativa svolta (ad esempio, modalità di espletamento dell'attività lavorativa);
 - modalità di comportamento **che la società si attende nel vivere civile**: il datore non è chiamato a predeterminarle in modo completo e puntuale e per questo la giurisprudenza è stata elastica nel punire anche condotte non previste espressamente dal codice disciplinare perché comunque normalmente esigibili (in caso di omissioni) o inesigibili (in caso di azioni)
2. Un secondo problema legato alla **tipizzazione** delle condotte sanzionabili sta nel fatto che quanto è stato predeterminato può non corrispondere ad un comportamento tenuto nella realtà: è pertanto possibile e necessario operare una sussunzione e i criteri con cui questa viene attuata discrezionalmente dal datore di lavoro potranno essere eventualmente vagliati dal giudice in caso di impugnazione della sanzione comminata.

Il **principio di trasparenza** (o conoscibilità, predeterminazione) implicito nel co. 1 dell'art. 7 SdL, quindi, incontra questi due ordini di problemi: il datore di lavoro non è in grado di tipizzare ogni condotta e ciò che accade nella realtà non sempre corrisponde letteralmente a quanto individuato nelle "norme di comportamento".

Il ruolo importante dei contratti collettivi

Va tenuto presente però che, ancora prima dell'entrata in vigore dello SdL, la **contrattazione collettiva**, dove applicabile, si è impegnata nel rendere meno arbitrario l'esercizio del potere disciplinare, affiancando poi il codice disciplinare: il contratto collettivo, diventando la principale fonte di determinazione del potere disciplinare sia dal punto di vista sostanziale che procedurale. Spesso, infatti, individua: il procedimento sanzionatorio, le condotte passibili di assoggettamento allo stesso, la graduazione dell'apparato sanzionatorio in funzione della gravità delle condotte.

Il contratto collettivo vincola le parti del rapporto di lavoro e dunque il datore che è tenuto al rispetto di dette norme e non potrà, ad esempio, irrogare una sanzione più grave di quelle previste dal contratto collettivo; allo stesso tempo il giudice, chiamato a pronunciarsi sulla legittimità di una sanzione disciplinare, non è vincolato dalla contrattazione collettiva, come la giurisprudenza ha determinato. Ad esempio, viene irrogata la sanzione del licenziamento prevista dal contratto

collettivo: se il lavoratore la impugna, il giudice potrà ritenere più adeguata e comminare un'altra sanzione qualora individui una violazione del principio di proporzionalità.

La procedura disciplinare

Per sanzionare il lavoratore, inoltre, il datore deve poi seguire una particolare **procedura disciplinare**, non potendo infatti agire automaticamente e di istinto. Questa logica, oltre che riconoscere una garanzia al lavoratore, segue lo spirito di raffreddamento degli animi essendo infatti il rapporto di lavoro prima di tutto un rapporto personale.

La *ratio* della procedura prevede che tra le parti non si instauri un vero contraddittorio, che eventualmente sorgerà dinanzi al giudice del lavoro, ma comunque un momento di **confronto tra le parti dinanzi ad un soggetto terzo ed imparziale**, non destinato a far emergere la verità sostanziale (non è un processo), in cui il datore di lavoro è sia pubblico ministero che parte lesa, e quindi accusa. Egli, quindi, muove l'accusa per poi decidere se irrogare o meno la sanzione.

In assenza dell'art. 7 SdL, tuttavia, il potere disciplinare sarebbe illimitato e immediato.

Prima fase - la contestazione del fatto: il datore è obbligato a comunicare al lavoratore per iscritto con la c.d. **lettera di contestazione disciplinare** i fatti che gli sono addebitati (non sarebbe legittima l'immediata sanzione e quindi questa lettera non è la lettera di sanzione), permettendo da un lato al datore di formulare i suoi capi d'accusa e dall'altro al lavoratore di conoscere gli addebiti che gli sono mossi.

Tale scritto deve rispettare il **principio di specificità, immutabilità e tempestività della contestazione**. Il datore è tenuto a descrivere i fatti che addebita con una precisione tale da permettere al lavoratore di comprendere esattamente le azioni o le omissioni che gli sono addebitate, ad esempio: specifiche circostanze materiali, di tempo e di luogo. Questa fase è essenziale sia per mettere il lavoratore nelle condizioni di conoscere ciò che gli è rimproverato potendo eventualmente rispondere, sia per valutare poi la sanzione e la sua legittimità che infatti si baseranno su quanto stabilito nella lettera di contestazione disciplinare, in forza del principio di **immutabilità**: i fatti non potranno infatti essere successivamente modificati. Anche in sede di giudizio il datore dovrà tenersi ai fatti così come contestati nella lettera disciplinare, a prescindere che nella realtà il lavoratore abbia compiuto anche altre condotte contestabili. Si esprime a tal riguardo la giurisprudenza: *"I fatti vanno individuati in modo preciso per consentire una difesa puntuale ed il fatto risultante dalla contestazione non può essere successivamente modificato."*

Secondo il principio di **tempestività** della contestazione disciplinare, che è stato elaborato dalla giurisprudenza e non codificato nell'art. 7 SdL, il datore, venuto a conoscenza di un comportamento illecito del lavoratore, deve agire tempestivamente senza poter contestare la condotta a distanza di tempo. L'inerzia del datore nell'esercizio del potere disciplinare dimostrerebbe infatti che quella condotta è irrilevante ai fini disciplinari: in caso di mancata contestazione tempestiva della condotta, infatti, apparentemente viene meno la rilevanza di detta condotta (la logica è simile all'istituto della prescrizione).

Non esiste un termine fisso entro cui effettuare la contestazione in quanto il datore di lavoro potrebbe impiegare del tempo per effettuare controlli e acquisire prove nei limiti posti dall'art. 4 SdL; si valuta comunque, secondo l'orientamento della giurisprudenza, il momento in cui il datore sarebbe potuto venire a conoscenza della condotta addebitabile.

Prima di giungere alla seconda fase, che inizia dopo 5 giorni dalla contestazione, nel periodo intermedio il datore di lavoro, non potendo anticipare la sanzione, può attuare una **sospensione cautelare** del lavoratore dalla prestazione lavorativa: questo meccanismo, che non è previsto dalla legge, si genera nei **casi di addebito più gravi**, quando vi sia il rischio che il lavoratore inquina le

prove, ponga in essere comportamenti che disturbano l'organizzazione aziendale o continui con il comportamento illecito.

Nella pratica, infatti, la sospensione cautelare viene disposta:

- in caso di furti al patrimonio aziendale perpetrati dai lavoratori;
- in caso di comportamenti violenti o altri comportamenti che non rendano opportuno che il lavoratore permanga nell'ambiente lavorativo durante lo svolgersi del procedimento.

La sospensione cautelare è la sospensione unilaterale del lavoratore ma non comporta anche la sospensione della retribuzione, a meno che ciò non sia prevista nella contrattazione collettiva, in quanto il datore di lavoro rifiuta unilateralmente la prestazione del lavoratore.

Seconda fase - la difesa del lavoratore: trasmessa la lettera di contestazione, il lavoratore può presentare le proprie difese in forma scritta entro 5 giorni o, entro lo stesso termine, fornire le proprie ragioni oralmente, facendosi assistere da un rappresentante sindacale o da un avvocato. Questo lasso di tempo intercorre dunque tra la ricezione da parte del lavoratore della lettera di contestazione e l'irrogazione della sanzione.

Terza fase - l'irrogazione della sanzione: decorsi i 5 giorni, nel caso in cui non siano state presentate giustificazioni o il datore non le ritenga credibili, il datore può procedere all'irrogazione della sanzione disciplinare. In particolare, però, il datore deve prendere atto delle giustificazioni del lavoratore senza necessariamente tenerne conto, non essendo infatti un giudice.

Il **termine per l'irrogazione** della sanzione **non è previsto** dall'art. 7 SdL: la contrattazione collettiva è intervenuta in vari casi stabilendo un termine massimo entro il quale il datore deve comunicare l'irrogazione della sanzione, di solito di 10 o 20 giorni.

Anche una volta iniziato il procedimento l'adozione non è obbligatoria e dunque se il datore non procede con l'irrogazione della sanzione il **procedimento si intende archiviato**.

Le **sanzioni irrogabili** sono:

- **sanzioni con natura conservativa:** non interrompono il rapporto di lavoro e consistono nel rimprovero verbale, nella lettera scritta di rimprovero o nella censura, nella multa, nella sospensione dal lavoro (che comporta anche la sospensione retribuzione perché qui si ha una sanzione e non un rifiuto della prestazione unilaterale) o nella sospensione dalla retribuzione. La scelta tra queste dipende dall'applicazione del principio di proporzionalità;
- **sanzioni con natura espulsiva:** sono le uniche che possono comportare, se inflitte, un mutamento definitivo del rapporto (non sono ammessi mutamenti di mansioni o trasferimenti a scopi disciplinari) e vengono infatti comminate nei casi più gravi. Corrispondono al **licenziamento disciplinare**; in questo caso si ha licenziamento per giusta causa in quanto il comportamento del lavoratore non consente nemmeno la prosecuzione provvisoria del rapporto di lavoro. Il licenziamento per giustificato motivo soggettivo (art. 3 l. 604) può avvenire con effetto immediato ex art. 2119 c.c. e si ha infatti nei casi di notevole inadempimento delle obbligazioni.

I principi che quindi devono guidare l'esercizio del potere disciplinare sono: principio di conoscibilità e predeterminazione delle sanzioni, principio di tempestività della contestazione, principio di specificità, principio di immutabilità della contestazione e principio di proporzionalità.

Il lavoratore può **impugnare** le sanzioni per ragioni:

- **sostanziali:** in caso di insussistenza del fatto addebitato, esistenza circostanze attenuanti o sproporzione della sanzione, ad esempio: quando il fatto non è mai accaduto o quando il lavoratore non è quello che ha tenuto la condotta;
- **procedurali:** in caso di genericità od omessa affissione codice disciplinare, genericità dell'addebito o mancato rispetto dei termini di legge.

Vizi sostanziali o procedurali comportano un vizio di legittimità della sanzione.

Per i casi di eventuale illegittimità della sanzione disciplinare: l'adozione di provvedimenti disciplinari illegittimi implica la **responsabilità contrattuale del datore di lavoro**, il quale potrà essere chiamato a rispondere con l'azione di risarcimento danni sempre che il pregiudizio subito sia effettivo e che dello stesso sia fornita la prova in giudizio.

I diritti del prestatore di lavoro

Come sappiamo, l'oggetto del contratto di lavoro sinallagmatico è la prestazione lavorativa dovuta dal lavoratore a cui corrisponde la retribuzione a cui egli ha diritto da parte del datore.

La retribuzione e l'inquadramento

Nell'ordinamento italiano non esiste ad oggi una legge che stabilisca il salario minimo a cui hanno diritto i lavoratori.

L'art. **36 co. 1 Cost.** è l'unico parametro normativo nel nostro ordinamento che attiene alla retribuzione, e perciò, secondo un orientamento ormai consolidato, la giurisprudenza, in caso di conflitto, estende i minimi tabellari della contrattazione collettiva anche ai rapporti nei cui confronti i contratti collettivi non si applicano.

Tradizionalmente, quindi, spetta alla **contrattazione collettiva** la determinazione dei livelli della retribuzione; in particolare, la contrattazione collettiva prevede dei livelli di retribuzione che corrispondono al livello di inquadramento che spetta al lavoratore in funzione delle mansioni che questi in concreto svolge.

L'art. 36 Cost. stabilisce comunque dei **parametri fondamentali** per la determinazione della retribuzione:

- **principio della proporzionalità** della retribuzione: la retribuzione deve essere proporzionata alla quantità e alla qualità del lavoro svolto;
- **principio della sufficienza** della retribuzione: è necessario che la retribuzione garantisca al lavoratore (e alla sua famiglia) un'esistenza libera e dignitosa.

Al momento dell'assunzione, va specificato, il lavoratore viene infatti inquadrato nelle categorie legali e nei livelli di inquadramento previsti dalla contrattazione collettiva a seguito dell'assegnazione delle mansioni a cui sarà chiamato. Deve infatti esserci corrispondenza tra le mansioni concretamente svolte e l'inquadramento legale e contrattuale del prestatore di lavoro: i criteri per determinare l'appartenenza del lavoratore a ciascuna delle categorie legali sono stabiliti dalla contrattazione collettiva.

Prendendo in considerazione le c.d. **categorie legali** di cui all'art. 2095 c.c. (dirigenti, quadri, impiegati, operai), nel tempo la distinzione tra la categoria legale degli impiegati e la categoria legale degli operai ha perso di significato: si è sviluppato quindi un nuovo sistema di classificazione professionale secondo un inquadramento unico; è d'altra parte prevista un'articolazione degli inquadramenti del personale in livelli retributivi per operai e impiegati.

Tutela dell'integrità psico-fisica del lavoratore

Centrale a riguardo è l'art. **2097 c.c.**: *"L'imprenditore è tenuto ad adottare nell'esercizio dell'impresa le misure che, secondo la particolarità del lavoro, l'esperienza e la tecnica, sono necessarie a tutelare l'integrità fisica e la personalità morale dei prestatori di lavoro."*

Nel 2008 è stato introdotto il TU sulla salute e sicurezza sul lavoro (**Testo unico sulla sicurezza**) con il **d.lgs. 81/2008**: questa normativa, tutelando la persona del lavoratore, ha un vasto ambito di applicazione soggettiva; si ritiene lavoratore *"la persona che, indipendentemente dalla tipologia contrattuale, svolge una attività lavorativa nell'ambito dell'organizzazione di un datore di lavoro,"*

con o senza retribuzione, anche al solo fine di apprendere un mestiere". Nel Testo unico sulla sicurezza sono poi individuati i principi che devono guidare il datore nell'assolvimento del suo **obbligo di sicurezza** in base ad una programmazione della prevenzione: **prevenzione, eliminazione, riduzione dei rischi per la sicurezza alla fonte**. È poi prevista la **ripartizione** dei doveri di sicurezza che gravano *in primis* sul datore di lavoro, ma anche su tutti i soggetti che operano nell'impresa, a diversi livelli, compresi gli stessi lavoratori.

L'orario di lavoro

Centrale è l'**art. 36 co. 2 e 3 Cost.**:

"2. La durata massima della giornata lavorativa è stabilita dalla legge.

3. Il lavoratore ha diritto al riposo settimanale e a ferie annuali retribuite, e non può rinunziarvi."

In materia di orario di lavoro, è intervenuto il d.l. 66/2003 in attuazione di una direttiva europea: in particolare è stato specificato che costituisce orario di lavoro qualsiasi periodo in cui il lavoratore sia al lavoro, a disposizione del datore di lavoro e nell'esercizio della sua attività o delle sue funzioni. L'**orario normale** di lavoro è fissato in 40 ore settimanali, modificabile però in senso riduttivo dai contratti collettivi; la **durata massima** dell'orario di lavoro è quella fissata volta per volta dalla contrattazione collettiva e che non può comunque superare mediamente le 48 ore settimanali, comprese le ore di straordinario. Non viene stabilito un limite giornaliero di durata dell'orario di lavoro.

Circa il **lavoro straordinario**, la normativa lo individua come quello prestato oltre il normale orario di lavoro, cioè oltre la quarantesima ora ovvero oltre la minore durata stabilita dai contratti collettivi: per ogni ora di straordinario è prevista una **maggiorazione retributiva** e i limiti alla durata massima dello straordinario sono stabiliti dai contratti collettivi o, in assenza, solo previo accordo tra datore di lavoro e lavoratore per un periodo che comunque non superi le 250 ore annuali.

Circa il **riposo giornaliero**, la legge non stabilisce un limite giornaliero di durata dell'orario di lavoro, ma solo il diritto al riposo giornaliero del lavoratore che non può essere inferiore alle 11 ore di riposo consecutivo ogni 24 ore.

Circa le **pause giornaliere**, la contrattazione collettiva deve stabilire modalità e durata delle pause giornaliere se l'orario giornaliero è superiore a 6 ore. In assenza di previsione contrattuale, al lavoratore dovrà essere concessa una pausa tra l'inizio e la fine di ogni periodo giornaliero di lavoro di durata non inferiore a 10 minuti.

Circa il **riposo settimanale**, sono previste almeno 24 ore consecutive di riposo, di regola coincidenti con la domenica, ogni 7 giorni. Il riposo settimanale può essere fissato anche in giornata diversa dalla domenica e può essere attuato anche mediante turnazione in casi particolari.

Circa le **ferie annuali**, il lavoratore ha diritto ad un periodo annuale di ferie retribuite non inferiori a 4 settimane. Viene chiarito dalla legge in modo inequivocabile che questo periodo minimo di ferie non può essere sostituito dalla relativa "indennità per ferie non godute" salvo il caso di risoluzione del rapporto di lavoro.

La normativa disciplina poi il **lavoro notturno**: è definito periodo notturno quel periodo di almeno 7 ore consecutive comprendenti l'intervallo tra la mezzanotte e le cinque del mattino; di conseguenza è lavoratore notturno colui che svolge durante il periodo notturno almeno 3 ore del suo tempo di lavoro giornaliero.

Il lavoro notturno deve essere prestato solo da personale idoneo; i contratti collettivi di lavoro stabiliscono i requisiti dei lavoratori notturni e i casi di esclusione. È comunque vietato adibire al lavoro le donne, dalle ore 24.00 alle ore 6, nel periodo compreso tra l'accertamento dello stato di gravidanza ed il compimento di un anno di età del bambino. Non sono poi obbligati a prestare lavoro notturno:

- la lavoratrice madre con figlio di età inferiore a 3 anni o in alternativa il lavoratore padre con lei convivente;
- la lavoratrice o lavoratore che rappresentino l'unico genitore affidatario di un figlio convivente minore di 12 anni;
- la lavoratrice o il lavoratore con soggetto disabile a carico.

La malattia

La malattia è innanzitutto uno **stato di alterazione della salute** del lavoratore che non gli consente di lavorare poiché provoca una situazione di inidoneità (temporanea e non permanente) a svolgere l'attività lavorativa.

Centrali in questo senso sono precise disposizioni:

21. art. **32 Cost.**: *"La Repubblica tutela la salute come fondamentale diritto dell'individuo e interesse della collettività, e garantisce cure gratuite agli indigenti."*
22. Art. **38 co. 2 Cost.**: *"I lavoratori hanno diritto che siano preveduti ed assicurati mezzi adeguati alle loro esigenze di vita in caso di infortunio, malattia, invalidità e vecchiaia, disoccupazione involontaria."*
23. Art. **2110 c.c.**: questo dispone che il lavoratore che si assenta per malattia ha diritto alla **conservazione** del proprio **posto di lavoro** e alla corresponsione, quando previsto dalla legge o dalla contrattazione collettiva, della **retribuzione** o di un'**indennità**, altrimenti di una forma di previdenza o assistenza equivalente, purché l'assenza non superi il periodo stabilito dai contratti collettivi, definito **periodo di comporta**. Superato il periodo di comporta, il lavoratore può essere anche sanzionato con il licenziamento.

La maternità e la paternità

Le norme che disciplinano permessi e congedi a tutela della maternità e della paternità sono contenute nel **d.lgs. 151/2001**, cosiddetto **Testo Unico maternità/paternità**.

Il **congedo di maternità** è il periodo di astensione obbligatoria dal lavoro riconosciuto alla lavoratrice durante il periodo di gravidanza e puerperio, alla quale viene comunque riconosciuta un'indennità economica in sostituzione della retribuzione. Il diritto al congedo (e alla relativa indennità) spetta anche in caso di adozione o affidamento di minori.

In presenza di determinate condizioni che impediscano alla madre di beneficiare del congedo di maternità, il diritto all'astensione dal lavoro ed alla relativa indennità spettano al padre; si parla dunque di congedo di paternità.

Il congedo di maternità è caratterizzato da due momenti:

1. **prima del parto**: sono compresi i **2 mesi** precedenti la data presunta del parto e il giorno del parto ed anche i periodi di interdizione anticipata disposti dall'azienda sanitaria locale (per gravidanza a rischio) oppure dalla direzione territoriale del lavoro (per mansioni incompatibili);
2. **dopo il parto**: sono compresi i **3 mesi** successivi al parto e, in caso di parto avvenuto dopo la data presunta, i giorni compresi tra la data presunta e la data effettiva. Si contano anche i periodi di interdizione prorogata disposti dalla direzione territoriale del lavoro (per mansioni incompatibili con il puerperio).

In caso di parto anticipato rispetto alla data presunta (parto prematuro o precoce), ai 3 mesi dopo il parto si aggiungono i giorni non goduti prima del parto, anche qualora la somma dei 3 mesi di *post partum* e dei giorni compresi tra la data effettiva del parto e la data presunta del parto, superi il limite complessivo di cinque mesi;

Il **congedo di paternità** è riconosciuto dal momento in cui si verificano determinati eventi riguardanti la madre del bambino, a prescindere dal fatto che la stessa sia lavoratrice o non lavoratrice. Il congedo di paternità spetta infatti in caso di:

- morte o grave infermità della madre;
- abbandono del figlio da parte della madre;
- affidamento esclusivo del figlio al padre;
- rinuncia totale o parziale della madre lavoratrice al congedo di maternità alla stessa spettante in caso di adozione o affidamento di minori.

Il **congedo parentale** compete, in costanza di rapporto di lavoro, ai genitori naturali entro i primi 12 anni di vita del bambino per un periodo complessivo tra i due genitori non superiore a 10 mesi.

I genitori naturali possono usufruire dell'indennità per congedo parentale:

- entro i primi 6 anni di età del bambino per un periodo massimo complessivo (madre e/o padre) di 6 mesi con un importo pari al 30% della retribuzione media giornaliera calcolata considerando la retribuzione del mese precedente l'inizio del periodo indennizzabile;
- dai 6 anni e un giorno agli 8 anni di età del bambino, nel caso in cui i genitori non ne abbiano fruito nei primi 6 anni, o per la parte non fruita anche eccedente il periodo massimo complessivo di 6 mesi, il congedo verrà retribuito al 30% solo se il reddito individuale del genitore richiedente risulti inferiore a 2,5 volte l'importo annuo del trattamento minimo di pensione;
- dagli 8 anni e un giorno ai 12 anni di età del bambino il congedo non è mai indennizzato.

I genitori adottivi o affidatari possono usufruire dell'indennità per congedo parentale al 30% della retribuzione media giornaliera calcolata considerando la retribuzione del mese precedente l'inizio del periodo indennizzabile:

- entro i 6 anni dall'ingresso in famiglia del minore, indipendentemente dalle condizioni di reddito del richiedente, per un periodo di congedo complessivo di sei mesi tra i due genitori;
- dai 6 anni e un giorno agli 8 anni dall'ingresso in famiglia del bambino nel caso in cui i genitori non ne abbiano fruito nei primi 6 anni dall'ingresso in famiglia, o per la parte non fruita anche eccedente il periodo massimo complessivo di 6 mesi, il congedo verrà retribuito al 30% solo se il reddito individuale del genitore richiedente risulti inferiore a 2,5 volte l'importo annuo del trattamento minimo di pensione;
- dagli 8 anni e un giorno ai 12 anni dall'ingresso in famiglia del bambino il congedo non è mai indennizzato.

I licenziamenti individuali: evoluzione normativa della disciplina

La normativa dei licenziamenti individuali è stata oggetto di vari interventi normativi poco coordinati e che si sono susseguiti negli ultimi dieci anni a distanza ravvicinata, a discapito quindi della certezza del diritto, della chiarezza della normativa applicabile e dell'ambito di applicazione soggettivo.

La disciplina del licenziamento e quindi del recesso di una delle parti, il datore, concentra in sé gli interventi legislativi e i dibattiti politici, oltre che gli studi dottrinali, ed è molto rilevante nell'ambito del diritto del lavoro per varie ragioni. Il diritto al lavoro è innanzitutto riconosciuto dalla Costituzione agli artt. 1 e 4 Cost. come strumento essenziale per consentire la partecipazione del cittadino alla vita della società; d'altra parte, il lavoratore ha bisogno di lavorare anche solo per una questione di sostentamento economico (lavoro come veicolo di integrazione nella società e come strumento per la sopravvivenza).

Inoltre, in merito allo squilibrio contrattuale tra le parti, è necessario riconoscere come il recesso unilaterale del datore non sia equiparabile a quello esercitato dal lavoratore: il primo può, in genere, facilmente trovare una seconda persona che sostituisca la precedente; il lavoratore, invece, in caso

di licenziamento, nel giro di poco tempo si può trovare senza un ruolo all'interno della società, senza un mezzo di sostentamento, spesso anche faticando a trovare un nuovo impiego.

Finora sono state trattate varie norme che disciplinano il rapporto di lavoro e che spesso sono inderogabili, essendo infatti l'intervento del legislatore eteronomo e ineludibile per le parti del contratto di lavoro, le quali hanno poca discrezionalità circa la definizione delle condizioni del loro rapporto, al più potendo prevederne di migliorative. Se quindi questa è anche la funzione del diritto del lavoro, vanno altrettanto riconosciute le prerogative in capo al datore di lavoro che può così gestire i lavoratori e organizzare la propria attività di impresa.

Dall'altro lato, non avrebbe alcun significato riconoscere una serie di diritti in capo al lavoratore (orario di lavoro limitato, ferie pagate, maternità...) se poi il datore potesse in qualsiasi momento, esercitando un puro arbitrio e a propria piena discrezione, interrompere il rapporto di lavoro.

La disciplina del licenziamento permette di garantire l'effettività di tutto l'apparato del diritto del lavoro: il lavoratore è infatti in grado di esercitare i suoi diritti e i suoi poteri consapevole del fatto che il datore non potrà recedere dal contratto alla prima sua richiesta più "scomoda". La stessa funzione appare anche nell'ambito delle sanzioni previste in caso di illegittimità del licenziamento: si colloca questa materia nella prospettiva per cui essa garantisce l'efficacia del resto della disciplina del diritto del lavoro.

Per lungo tempo, fino agli anni '60, il licenziamento non fu sorretto da una regolamentazione, essendo infatti necessario che il datore si attenesse al mero rispetto del termine di preavviso.

Il legislatore è intervenuto più volte in materia di licenziamento e per questo è necessario comprendere i vari passaggi normativi perché le disposizioni introdotte nel tempo si sono aggiunte a quelle precedenti senza abrogarle, creando dunque una stratificazione normativa formata da regole sia del 1942 che, ad esempio, del 2019 (ultimo intervento normativo), con conseguenti problemi anche di *ratione temporis* (quale disciplina applicare in riferimento a quale arco temporale).

Artt. 2118 e 2019 c.c.

Nel codice civile vi sono due disposizioni ancora in vigore, nonostante il loro ambito di applicazione soggettivo sia molto ridotto, che trattano rispettivamente il recesso dal contratto a tempo indeterminato (recesso ordinario) ex art. **2118 c.c.** e il recesso per giusta causa (recesso straordinario) ex art. **2119 c.c.**: queste due norme riguardano sia il recesso del lavoratore che il recesso del datore di lavoro; nel codice civile, figlio del suo tempo, la posizione delle parti era quindi equiparata, senza distinzione tra le fattispecie odierne di dimissioni e licenziamento. In un'ottica puramente liberale, dove il contratto è inserito in una prospettiva puramente contrattuale, ciascuna delle parti infatti si troverebbe nella medesima posizione e per questo sarebbe in grado di esercitare il diritto di recesso alle stesse condizioni dell'altra.

- **Recesso del contratto a tempo indeterminato o recesso ordinario, art. 2118 c.c., co. 1:** *"Ciascuno dei contraenti può recedere dal contratto di lavoro a tempo indeterminato, dando il preavviso nel termine e nei modi stabiliti [dalle norme corporative], dagli usi o secondo equità."* L'unico requisito richiesto dalla norma è quindi il rispetto del termine di preavviso, consentendo all'altra parte un periodo di tempo necessario a riorganizzarsi (il datore riorganizza l'attività produttiva per sostituire il lavoratore che recede mentre il lavoratore cerca un altro impiego). Ad oggi il termine del **preavviso** è ancora una condizione necessaria e non è previsto nella sua durata dalle norme corporative bensì dai **contratti collettivi** che la individuano solitamente sulla base dell'anzianità di servizio e sull'inquadramento (più lunga sarà la prima, più esteso sarà il termine di preavviso necessario); **co. 2:** *"In mancanza di preavviso, il recedente è tenuto verso l'altra parte a un'indennità equivalente all'importo della retribuzione che sarebbe spettata per il*

periodo di preavviso.”: il datore, in caso di esercizio del diritto di recesso, può interrompere immediatamente il rapporto di lavoro corrispondendo però al lavoratore le mensilità che gli sarebbero state dovute nell’arco di tempo corrispondente al termine di preavviso; il lavoratore a sua volta, se recede con effetto immediato, si vedrà detrarre dalle competenze di fine rapporto quelle mensilità di retribuzioni che avrebbe percepito durante il periodo di preavviso. Rileva il tema circa l’efficacia reale o obbligatoria del preavviso: il datore può far cessare tutti gli effetti del rapporto di lavoro semplicemente pagando le retribuzioni corrispondenti (efficacia obbligatoria) oppure può solo sospendere l’attività lavorativa lasciando comunque che gli effetti del rapporto cessino alla scadenza del termine di preavviso (efficacia reale)? La differenza sta nel fatto che nel frattempo il lavoratore potrebbe maturare nuovi permessi, una nuova misura di TFR, e così via. Parte della giurisprudenza, secondo una corrente che è di fatto prevalsa, ritiene che il preavviso possa avere anche efficacia reale. Questa era dunque la disciplina del licenziamento prevista nel 1942, senza nessuna garanzia circa la forma scritta o la presenza di una motivazione o giustificazione (si parlava infatti di **recesso ad nutum** - con un semplice cenno dal capo). Accanto a questa disposizione nel 1942 ve ne era una seconda.

- **Recesso per giusta causa o recesso straordinario**, art. 2119 c.c.: *“Ciascuno dei contraenti può recedere dal contratto prima della scadenza del termine, se il contratto è a tempo determinato, o senza preavviso, se il contratto è a tempo indeterminato, qualora si verifichi una causa che non consenta la prosecuzione, anche provvisoria, del rapporto.”* Detta norma afferma che **entrambe le parti del rapporto di lavoro**, sia il lavoratore che il datore, possano interrompere con effetto immediato il rapporto di lavoro, senza rispettare il termine di preavviso, se si sia verificata una **causa** che **non consente** nemmeno provvisoriamente la **prosecuzione** del rapporto di lavoro stesso. Questa causa, detta appunto giusta causa, deve perciò essere un evento o un fatto che riveste **gravità** tale da rendere il rapporto non più proseguibile: l’unica condizione prevista per il recesso, di cui all’art. 2118 c.c., può quindi venir meno.

Rimaneva però ordinario il regime previsto dall’art. 2118 c.c. che infatti non prevedeva la necessaria giustificazione del recesso: la causa di giustificazione non era funzionale a supportare la legittimità del recesso, bensì a disapplicare il termine del recesso previsto dall’art. 2118 c.c.

Quindi secondo la disciplina del 1942, rimasta in vigore fino al 1966:

- equivalenza tra le parti;
- obbligo di preavviso ex art. 2118 c.c.;
- giusta causa che fa venire meno l’obbligo di preavviso ex art. 2119 c.c.

Legge 604/1966

Fino al 1966 si era perso il dibattito circa l’opportunità di vincolare la posizione del datore di lavoro nell’esercizio del diritto di recesso: con la **sent. n. 45/1965** la Corte costituzionale, investita della questione di legittimità costituzionale dell’art. 2118 c.c., confermò la legittimità della norma, invitando però il legislatore a intervenire in materia: astrattamente la libera rescindibilità dal contratto di lavoro non è incostituzionale ma allo stesso tempo, preso atto che le parti non sono equiparate nel rapporto di lavoro, l’intervento legislativo era necessario.

Venne quindi adottata la **L. 604/1966**: in questi anni il dibattito politico era particolarmente coinvolto nella materia dello scontro tra capitale e lavoro secondo la retorica del padrone contro il lavoratore. La portata pratica di detta legge era tuttavia limitata in quanto si applicava solo a certe imprese con dei requisiti dimensionali particolarmente elevati, ma comunque la sua **portata politica** fu rilevante: nel nostro ordinamento per la prima volta venne riconosciuto il **principio di necessaria giustificazione del licenziamento**, e non del diritto di recesso in generale, bensì del solo recesso

esercitato dal datore di lavoro. Progressivamente detto principio è andato applicandosi a tutti i rapporti di lavoro, non essendo più ristretto nel suo ambito di applicazione soggettivo.

Questo principio viene affermato all'**art. 1** di detta legge *"Nel rapporto di lavoro a tempo indeterminato (...), il licenziamento del prestatore di lavoro non può avvenire che per giusta causa ai sensi dell'articolo 2119cc o per giustificato motivo."* Circa il principio di necessaria giustificazione del licenziamento, l'**art. 1** afferma che esso deve essere giustificato alla luce di due condizioni sostanziali alternative:

- giusta causa: vi è un richiamo espresso all'**art. 2119 c.c.**, che non consente nemmeno la temporanea prosecuzione del rapporto di lavoro;
- giustificato motivo: è definito all'**art. 3** della stessa legge.

Un **requisito formale** viene poi previsto all'**art. 2**: *"L'imprenditore deve comunicare per iscritto il licenziamento al prestatore di lavoro."*

Il licenziamento intimato senza l'osservanza delle disposizioni di cui ai precedenti commi è inefficace".

Il datore quindi, per esercitare il suo diritto di recesso nei confronti del lavoratore, deve adottare un **atto scritto unilaterale recettizio** che produce i suoi effetti quando perviene nella sfera del destinatario: le giustificazioni devono quindi risultare nero su bianco ed eventualmente la decisione sarà poi vagliata dal giudice nel caso di controversia tra le parti. Il licenziamento intimato oralmente è inefficace e cioè non produce l'effetto di cessazione del rapporto di lavoro.

L'**art. 3** definisce il **giustificato motivo** di cui all'**art. 1** che consente il licenziamento ma **sempre nel rispetto del termine di preavviso**, al contrario della giusta causa: *"Il licenziamento per giustificato motivo con preavviso è determinato da un (1) notevole inadempimento degli obblighi contrattuali del prestatore di lavoro ovvero da (2) ragioni inerenti all'attività produttiva, all'organizzazione del lavoro e al regolare funzionamento di essa"*.

Il giustificato motivo si ha quindi in **due ipotesi**:

1. giustificato motivo **soggettivo** (o per ragioni disciplinari): il lavoratore deve risultare notevolmente inadempiente di uno o più dei suoi obblighi contrattuali previsti dal contratto di lavoro: viene coinvolta la sfera del lavoratore in forza di ragioni di carattere disciplinare;
2. giustificato motivo **oggettivo** (o per ragioni oggettive): devono sussistere delle specifiche motivazioni inerenti all'attività produttiva e all'organizzazione del lavoro: viene coinvolta la sfera organizzativa del datore di lavoro in forza di esigenze datoriali che prescindono dalla persona del lavoratore.

Circa il giustificato motivo soggettivo, appare sottile la sua differenza rispetto alla giusta causa, ferma la diversa previsione circa il termine di preavviso: dal punto di vista sistematico e sostanziale, la distinzione di queste due fattispecie ha richiesto uno sforzo interpretativo notevole.

La legge 604/1966 afferma poi la **nullità del licenziamento discriminatorio** ai sensi dell'**art. 4**: *"Il licenziamento determinato da ragioni di credo politico o fede religiosa, dall'appartenenza ad un sindacato e dalla partecipazione ad attività sindacali è nullo, indipendentemente dalla motivazione adottata"*. Le ragioni che generano un licenziamento discriminatorio sono state poi ampliate (razza, sesso, lingua, etc.).

Il licenziamento discriminatorio è quindi radicalmente nullo e non produce alcun effetto di interruzione del rapporto di lavoro. L'ordinamento ancora oggi sanziona questo istituto con la nullità radicale.

L'**art. 8** individua cosa accada qualora il licenziamento sia genericamente illegittimo e cioè non sorretto dalle condizioni previste dalla legge. *"Quando risulti accertato che non ricorrono gli estremi del licenziamento per giusta causa o giustificato motivo, (licenziamento ingiustificato o comunque non sorretto da ragioni disciplinari o oggettive) il datore di lavoro è tenuto (alternativamente):*

- *a riassumere il prestatore di lavoro entro il termine di tre giorni, o, in mancanza,*

- *a risarcire il danno versandogli un'indennità di importo individuato dal giudice e compreso fra un minimo di 2,5 ed un massimo di 6 mensilità dell'ultima retribuzione, avuto riguardo al numero dei dipendenti e alle dimensioni dell'impresa, all'anzianità di servizio del prestatore di lavoro, al comportamento e alle condizioni delle parti. [...]"*(viene quindi lasciato un margine di discrezionalità al giudice entro dei termini e dei criteri guida)

È lo **stesso datore di lavoro che sceglie** se riassumere il lavoratore con nuovo contratto, oppure pagare un'indennità economica determinata dal giudice: il datore era incentivato a pagare l'indennità, ma a fronte comunque di un licenziamento ingiustificato che aveva causato al lavoratore la perdita dell'impiego. Questo sia per ragioni strettamente logiche (non avrebbe senso riassumere un lavoratore che è appena stato licenziato e che ha generato spese legali in capo all'impresa, anche considerando che il rapporto di lavoro è innanzitutto personale e ormai il rapporto stesso tra lavoratore e datore si è spezzato, venendo meno la reciproca fiducia), sia per ragioni di carattere organizzativo (il lavoratore non faceva parte dell'organico durante la pendenza del giudizio e quindi nel corso dei mesi, o anche degli anni, l'assetto organizzativo può essere cambiato e impedire il ricollocamento del lavoratore al suo interno).

L'**art. 11** definisce quindi l'**ambito di applicazione soggettiva** della l. 604/1966: "*Le disposizioni della presente legge non si applicano ai datori di lavoro che occupano fino a 35 dipendenti*". La maggior parte del tessuto imprenditoriale italiano è formato da piccole e medie imprese iper-specializzate che quindi nei fatti riducono, e avevano ridotto all'epoca, l'ambito di applicazione della legge in modo molto ampio.

Se alle altre imprese si applicavano le norme di cui sopra del Codice civile (artt. 2118 e 2119 c.c.), d'altra parte per quelle di grandi dimensioni non vi erano difficoltà economiche che avrebbero pregiudicato il pagamento dell'indennità stabilita dal giudice.

Occorre precisare che anche se **nullo**, il licenziamento nel frattempo **ha prodotto i suoi risultati** prima dell'accertamento del giudice, il quale può pronunciare una sentenza caratterizzata da tre diverse sfumature:

1. il giudice accerta che il licenziamento è stato intimato in forma orale e quindi è inefficace: il datore di lavoro sarà condannato alla ri-prosecuzione del rapporto di lavoro, come se esso non fosse mai terminato, e quindi il lavoratore avrà diritto a tutte le retribuzioni maturate nelle more del giudizio e gli eventuali permessi, benefici, rivalutazioni, interessi, contributi previdenziali maturati in quel periodo;
2. il giudice accerta che il licenziamento è discriminatorio e quindi nullo: dal punto di vista sostanziale, ancora il rapporto si considera come mai cessato (vedi sopra);
3. il giudice accerta che il licenziamento è ingiustificato, non sorretto da una giusta causa o da un giustificato motivo, art. 8 l. 604/1966: il datore deciderà se riassumere il lavoratore, instaurando un nuovo rapporto di lavoro, o pagare un'indennità tra 2,5 e 6 mensilità; nel primo caso, nascendo un nuovo rapporto, il datore non sarà tenuto al pagamento delle mensilità maturate nelle more del giudizio e degli altri benefici.

Legge 300/1970

Quattro anni dopo l'entrata in vigore della l. 604/1966, venne adottato lo **Statuto dei Lavoratori** (l. 300/1970) che all'art. 18 disciplina l'istituto del licenziamento. L'**art. 18** è diventato simbolo di una certa visione del rapporto di lavoro che era coerente con il tempo dello Statuto; in particolare in esso vengono disciplinate le sanzioni che seguono ad un licenziamento illegittimo, senza modificare le condizioni di legittimità e senza aggiungere o trattare ulteriori requisiti. La l. 604/1966 rimane infatti la fonte del diritto punto di riferimento per i vari requisiti.

Secondo quindi la formulazione originaria dell'art. 18, il giudice, con la sentenza può:

- **dichiarare inefficace** il licenziamento perché intimato senza il rispetto della forma scritta ovvero
- **annullare** il licenziamento intimato senza giusta causa o giustificato motivo, ovvero
- **dichiararne la nullità** perché il licenziamento è discriminatorio.

L'art. 18 stabilisce poi che, qualsiasi sia la ragione di illegittimità del licenziamento, la conseguenza è sempre duplice: il diritto del lavoratore al **reintegro nel posto di lavoro** e il diritto a percepire il **risarcimento del danno** la cui misura è pari a tutte le mensilità di retribuzione non percepite dalla data del licenziamento alla data della reintegrazione, comunque non inferiore a 5 mensilità.

Se il lavoratore entro 30 giorni dal ricevimento dell'invito del datore di lavoro non riprenda servizio, il rapporto si intende risolto.

Il passaggio focale tra la l. 604/1966 e l'art. 18 SdL è dato dal fatto che questo apparato sanzionatorio **si applica sempre**, a prescindere che il licenziamento sia orale e quindi inefficace, oppure discriminatorio e quindi nullo, oppure ingiustificato: **non** si ha più l'opzione tra riassunzione e risarcimento da 2,5 a 6 mensilità, ma vi è l'unica possibilità della **reintegrazione** accompagnata dal **risarcimento** la cui misura è resa più elevata (soprattutto considerando il caso in cui le parti giungano in Cassazione) e che ricomprende anche rivalutazioni, contributi previdenziali, etc.

Il risarcimento è quindi totale in quanto il rapporto si ripristina dalla data dell'illegittimo licenziamento.

Si ha quindi un radicale cambio di paradigma: si passa da uno strumento normativo quale era l. **604/1966**, e in particolare l'art. 8, che prevedeva una **tutela obbligatoria**, all'art. 18 della l. **300/1970** che prevede invece una **tutela reale** la cui conseguenza è sempre la stessa: reintegrazione e risarcimento nella misura massima (ripristino del rapporto di lavoro illegittimamente cessato, a prescindere dalla ragione che renda illegittimo il licenziamento). Spetta al lavoratore optare eventualmente per la reintegrazione nel posto di lavoro o per il pagamento di 15 mensilità, le quali si aggiungono comunque alla misura già quantificata del risarcimento: in altre parole, fermo il risarcimento delle mensilità dal licenziamento illegittimo alla pronuncia della sentenza, il lavoratore può optare tra la sua reintegrazione o il pagamento di 15 mensilità di retribuzione. Si parla di tutela reale in quanto si ripristina la situazione *quo ante* in tutte le ipotesi di licenziamento illegittimo, sia esso nullo inefficace o ingiustificato. Questa disciplina si applica solo in relazione alle ipotesi di licenziamento ingiustificato; mentre i casi di licenziamento nullo o ingiustificato seguono uno scenario simile a fronte anche dell'applicazione della normativa civilistica (contratto nullo o inefficace non producono effetti).

Questo passaggio logico giuridico è pregnante di significato politico: la tutela del lavoratore, infatti, viene fortemente ampliata con l'art. 18 SdL. Il dibattito fu molto acceso: da un lato alcuni sostenevano che l'art. 18 SdL generasse un peso troppo oneroso in capo al datore di lavoro e quindi un disincentivo all'assunzione; dall'altro lato altri valutavano la norma di civiltà giuridica come necessaria al fine di proteggere la figura del lavoratore in modo pieno ed effettivo appunto tramite la reintegrazione del lavoratore (altrimenti il datore potrebbe "comprare" il licenziamento, calcolando i costi di un licenziamento illegittimo e realizzarlo).

Nel 1970 l'ambito di applicazione dell'art. 18 SdL era lo stesso dell'art. 8 l. 604/1966 e quindi per le imprese più piccole di 35 dipendenti rimaneva ancora vigente la disciplina del 1940: era solo necessario un termine di preavviso, peraltro monetizzabile se non rispettato. Le stesse persone che difendevano ampiamente l'art. 18 come corollario essenziale per la tutela dei lavoratori avevano accettato che alla loro maggioranza si applicasse la disciplina della libera recidibilità senza rispetto del termine di preavviso.

Legge 108/1990

È quindi intervenuta una **modifica** in materia ad opera della **L. 108 / 1990** che ha **ridisegnato i confini di applicazione di normative già esistenti** senza introdurre nuove previsioni di disciplina sostanziale o formale.

In particolare, l'art. 18 SdL non si applicava più solo alle imprese con più di 35 dipendenti ma nemmeno indistintamente a tutti i datori di lavoro bensì **ai datori di lavoro** che hanno alle proprie dipendenze **più di 15 lavoratori e agli imprenditori agricoli con più di 5 dipendenti**.

È stata poi introdotta anche una modifica dell'ambito di applicazione della L. 604/1966 che a sua volta non si applicava più solo alle imprese con più di 35 dipendenti, ma a **tutti i datori di lavoro**.

Quindi, a fronte della stratificazione normativa e sempre in forza della L. 604/1966, in capo al datore di lavoro risultano:

- obbligo di forma scritta, pena l'inefficacia del licenziamento (art. 2 L. 604/1966);
- obbligo di motivazione (per giusta causa o giustificato motivo) pena l'ingiustificazione del licenziamento (art. 1 L. 604/1966);
- divieto di licenziamento per ragioni discriminatorie pena la nullità del licenziamento (art. 4 L. 604/1966).

L'art. 2118 c.c., quindi, si applica in **casi residui**: nei confronti dei dirigenti, dei lavoratori con i requisiti pensionistici e dei lavoratori domestici, e nelle ipotesi di lavoro sportivo. I dirigenti sono esclusi dall'applicazione della L. 604/1966, come stabilito all'art. 10, in quanto sono tutelati in questo senso dalla contrattazione collettiva.

Il legislatore ha **escluso i dirigenti** dall'applicazione della L. 604/1966 perché questi, pur essendo lavoratori subordinati come individuato dall'art. 2094 c.c. (categorie legali), sono considerati come degli *alter ego* dei datori di lavoro in quanto all'apice dell'organizzazione aziendale: tra dirigenti e datori di lavoro deve quindi sussistere un particolare rapporto di fiducia, i secondi affidano ai primi delle funzioni che sono proprie degli stessi datori. Per via negoziale, cioè attraverso i principali contratti collettivi nazionali che si occupano del diritto di recesso esercitato nei confronti dei dirigenti, è stato comunque previsto che il licenziamento del dirigente debba essere giustificato o comunque accompagnato dal pagamento di una somma di denaro in caso di licenziamento ingiustificato.

I **lavoratori che hanno raggiunto i requisiti pensionistici** vengono esclusi in quanto avrebbero già una fonte di reddito sicura anche se licenziati; i **lavoratori domestici** sono a loro volta esclusi in forza del rapporto di fiducia che deve intercorrere tra il datore e il lavoratore impiegato nella dimora del primo, per cui questi non sarà tenuto a giustificare il licenziamento, essendo infatti sufficiente anche un'antipatia.

I **datori di lavoro con meno di 15 dipendenti** ricevono a loro volta l'applicazione dell'art. 8 L. 604/1966. L'apparato delle condizioni di legittimità del licenziamento diventa quindi universale, mentre quello sanzionatorio cambia: l'art. 8 L. 604/1966 (tutela obbligatoria) si applica ai datori con meno di 15 dipendenti; l'art. 18 SdL (tutela reale) si applica ai datori con più di 15 dipendenti.

Caldo rimane però il dibattito tra la disparità di trattamento tra queste due categorie di datori di lavoro (più di 15 dipendenti v. meno di 15 dipendenti): i secondi infatti possono recedere con un licenziamento illegittimo sapendo di potersi limitare a pagare una somma di denaro ben più ridotta (scelta del datore di lavoro se riassumere il lavoratore o se pagare un'indennità tra 2,5 e 6 mensilità di retribuzione) rispetto a quella dovuta dai primi (obbligo di reintegrazione e risarcimento del danno pieno e quindi almeno 20 mensilità o anche molto di più, a seconda della data della sentenza definitiva).

Legge 92/2012 (c.d. Riforma Fornero)

Questo quadro è rimasto vigente fino al 2012 con la **riforma Fornero (l. 92/2012)** che ha modificato l'art. 18 SdL, rompendo per la prima volta il principio dell'obbligatorietà della reintegrazione e quindi della necessaria tutela reale. Nelle ipotesi più gravi di licenziamento illegittimo la reintegrazione rimaneva la conseguenza sanzionatoria da applicare, ma vi era comunque un insieme di situazioni in cui il datore era tenuto solo al pagamento di un'indennità economica: in questo senso sono previsti quattro scenari di difficile interpretazione.

D.lgs. 23/2015 (*Jobs Act*)

Nel 2015 si ha una nuova riforma in materia, attuata tramite il più ampio intervento normativo del **Jobs Act** con il **d.lgs. 23/2015**: anch'esso, come la riforma Fornero, non tratta le condizioni di legittimità del licenziamento che rimangono quelle della l. 604/1966

Il Jobs Act si limita a disciplinare le conseguenze del mancato rispetto delle norme sul licenziamento, introducendo un nuovo regime applicabile solo ai lavoratori assunti dopo l'entrata in vigore dello stesso decreto n. 23/2015 (7 marzo 2015).

Le condizioni di legittimità del licenziamento individuale

Condizioni sostanziali di legittimità (sono quelle che devono essere effettivamente presenti per giustificare il licenziamento)	Necessaria giustificazione: - Giusta causa (2119 cc) - Giustificato motivo soggettivo (art. 3, l. 604/66, I parte) - Giustificato motivo oggettivo (art. 3, l. 604/66, II parte)
Condizioni formali di legittimità	Obbligo della forma scritta e obbligo di esplicitazione della motivazione in forma scritta (art. 2, l. 604/66): non si deve comunicare per iscritto al lavoratore soltanto l'atto di recesso, ma anche la ragione che sottende alla ragione di licenziare (ragione che potrà essere eventualmente sottoposta al sindacato del giudice)
Condizioni procedurali di legittimità	PER IL LICENZIAMENTO DISCIPLINARE (giusta causa o motivo soggettivo): la procedura disciplinare è prevista all'art. 7 SdL

Le condizioni sostanziali di legittimità

Nel rapporto di lavoro a tempo indeterminato, il licenziamento del prestatore di lavoro può avvenire **solo per giusta causa**, ai sensi dell'art. 2119 c.c., **o per giustificato motivo**; la differenza tra le due condizioni sta nel fatto che se il licenziamento avviene per giusta causa non vi è obbligo di preavviso (è in tronco e a effetto immediato sempre però nel rispetto della procedura disciplinare); mentre, se il licenziamento avviene per giustificato motivo, il datore è tenuto al rispetto del periodo di preavviso o almeno al pagamento della retribuzione che sarebbe spettata al lavoratore nel periodo di preavviso stesso.

Il licenziamento per ragioni disciplinari

Nel **licenziamento per ragioni disciplinari** individuiamo la macro categoria così denominata dalla dottrina e non dalla legge in cui si riconducono il licenziamento **per giusta causa e per giustificato motivo soggettivo** (art. 3 l. 604/1966), quindi le ipotesi in cui il licenziamento sia la conseguenza di un comportamento del lavoratore.

Posto che la differenza tra le due condizioni di legittimità è innanzitutto il preavviso, per **GIUSTA CAUSA** si intende la causa che non consenta la prosecuzione, anche provvisoria, del rapporto ex art. 2119 c.c., espressamente richiamato dalla l. 604/1966. La giurisprudenza, chiamata in più occasioni a distinguere tra giusta causa e giustificato motivo soggettivo, secondo un orientamento ormai pacifico, individua **non una differenza qualitativa, bensì quantitativa**, tra le due condizioni: il licenziamento per giusta causa è infatti più grave di quello per giustificato motivo soggettivo e quindi del notevole inadempimento. Il licenziamento per giusta causa può essere disposto infatti dal datore di lavoro quando il lavoratore realizza comportamenti disciplinarmente rilevanti così gravi da non consentire anche in via provvisoria la prosecuzione del rapporto di lavoro.

La giusta causa si sostanzia in un inadempimento, condotta o fatto talmente grave che qualsiasi altra sanzione diversa dal licenziamento in tronco risulti insufficiente a tutelare l'interesse del datore di lavoro. Questa condizione di legittimità viene ricondotta a **lesioni irrimediabili del rapporto fiduciario tra le parti** (furto di beni aziendali, violenza sul posto di lavoro, vendita di info riservate ad un concorrente, manomissione di dati sensibili o del sistema informatico aziendale), che comunque vengono valutate nella loro gravità in relazione al contesto aziendale, al ruolo ricoperto dal lavoratore nell'azienda e al suo atteggiamento psicologico (dolo, negligenza...): il rapporto di lavoro è infatti un rapporto personale in cui la persona del lavoratore, essendo direttamente coinvolta, non è irrilevante per il datore.

La giurisprudenza, con cautela, fa rientrare nella nozione di giusta causa anche delle condotte che non sono immediatamente inerenti alla sfera del contratto e dell'adempimento, ma che invece attengono alla **sfera privata del lavoratore**, purché siano idonee a riflettersi nell'ambiente di lavoro e a far venir meno la fiducia che impronta in sé il rapporto. Alcuni esempi, autista di autobus che fuori dall'orario di lavoro fa abuso di alcool e sostanze stupefacenti, pur essendo puntuale a ogni turno; maestro di scuola media che riceve un avviso di garanzia per pedofilia; impiegato di banca condannato per falsificazione di banconote e riciclaggio di denaro: tutte queste condotte, anche se svolte fuori dall'orario di lavoro e senza l'uso dei mezzi aziendali, fanno venir meno il rapporto fiduciario; non sarebbe questo il caso dell'architetto che fa abuso di alcol e stupefacenti ma che svolge professionalmente il suo lavoro senza mettere in pericolo altri.

La giusta causa, pertanto, rappresenta nei fatti il licenziamento disciplinare per eccellenza; tale da troncare immediatamente il rapporto di lavoro senza neppure il rispetto, da parte del datore di lavoro, del periodo di preavviso.

I **contratti collettivi** elencano normalmente le ipotesi ed i fatti ritenuti tali da costituire giusta causa di licenziamento.

Per **GIUSTIFICATO MOTIVO SOGGETTIVO** si intende poi il notevole inadempimento degli obblighi contrattuali del prestatore di lavoro ex art. 3 l. 604/1966. Il licenziamento per giustificato motivo soggettivo avviene dunque quando il lavoratore realizza comportamenti disciplinarmente rilevanti, ma non di tale gravità da comportare il licenziamento per giusta causa, e cioè senza preavviso. Il rapporto di lavoro infatti può anche perdurare durante il periodo di preavviso. Anche il giustificato motivo soggettivo, pertanto, rientra nell'ambito dei licenziamenti di tipo disciplinare, costituendo pur sempre una sanzione a comportamenti ritenuti tali da incidere in modo insanabile sul regolare proseguimento del rapporto di lavoro, seppur con una differenza "quantitativa" rispetto alla giusta causa. Vengono fatte rientrare nell'ambito del giustificato motivo soggettivo anche le figure dello scarso rendimento e/o del comportamento negligente del dipendente (ad esempio: ritardi continui,

atteggiamento indisponente del lavoratore nei confronti del datore). Le condizioni di legittimità ricondotte in questa fattispecie si riconducono alla **sfera contrattuale**, parlando infatti lo stesso art. 3 l. 604/1966 di “*notevole inadempimento*”.

I **contratti collettivi** elencano normalmente le ipotesi ed i fatti ritenuti tali da costituire giustificato motivo soggettivo di licenziamento. Una specifica: le tipizzazioni dei CCNL nei due suddetti casi non vincolano la valutazione del giudice e non esauriscono le possibili condotte passibili di licenziamento per giusta causa o giustificato motivo soggettivo: il giudice è infatti vincolato solo alla legge e dovrà valutare il caso concreto e le varie circostanze, il contesto, l'elemento soggettivo, il ruolo ricoperto, sempre al fine di applicare una sanzione corretta.

La contrattazione collettiva quindi effettua, tramite le parti sociali, una valutazione generale *ex ante* a prescindere dal caso concreto; essa vincola in parte il datore di lavoro pur non riassumendo tutte le condotte umane che possono verificarsi nella realtà.

Dunque, la giusta causa e il giustificato motivo soggettivo sono riconducibili alla macro categoria delle ragioni di carattere disciplinare in quanto danno origine a licenziamenti che vengono intimati in conseguenza di una condotta del prestatore di lavoro, condotta di gravità tale da integrare i requisiti della giusta causa o del giustificato motivo soggettivo e in ogni caso tale da giustificare il licenziamento.

Il licenziamento per giustificato motivo oggettivo

Per **giustificato motivo oggettivo** si intende l'insieme delle ragioni inerenti all'attività produttiva, all'organizzazione del lavoro e al regolare funzionamento di essa, secondo la definizione prevista alla seconda parte dell'art. 3 l. 604/1966.

Il termine “oggettivo” indica che detta ipotesi di giustificazione del licenziamento non dipende dalla persona del lavoratore: il licenziamento non dipende infatti da una condotta o da un inadempimento o da un fatto illecito commissivo od omissivo del lavoratore, bensì da una ragione riconducibile esclusivamente alla sfera del datore di lavoro.

La giurisprudenza ha elaborato vari parametri più precisi a partire da questa vaga definizione.

Il legislatore nella nozione ha voluto includere delle ipotesi e delle ragioni che attengono all'organizzazione del datore: ancora una volta l'organizzazione del datore influisce sul rapporto di lavoro e la dimensione individuale del contratto si scontra con la dimensione complessa e collettiva dell'organizzazione, ossia la dimensione aziendale del datore di lavoro che non è solo controparte del contratto di lavoro ma anche imprenditore.

Il datore, quindi, può avere delle ragioni carattere organizzativo economico e produttivo tali da giustificare il licenziamento che quindi avverrà per giustificato motivo oggettivo.

Siamo dinanzi ad una clausola particolarmente generale e per quanto sia possibile ricondursi astrattamente a infinite ipotesi e scenari, è comunque necessario accertare in modo preciso che da ultimo il licenziamento sia effettivamente giustificato e cioè che dietro la scelta di licenziare non vi sia una decisione arbitraria o ritrosiva o discriminatoria del datore. La giurisprudenza si è prodigata in questo, pronunciandosi più volte sul giustificato motivo oggettivo ed elaborando così nel tempo vari orientamenti oggi consolidati.

In particolare, la giurisprudenza è partita da un'osservazione, ossia una scelta di politica interpretativa, discutibile: è stato affermato che il licenziamento deve rappresentare l'*extrema ratio* per cui il datore non deve avere alternativa al licenziamento e cioè quest'ultimo è quindi giustificato se la ragione a fronte della quale il datore procede con il licenziamento del lavoratore è tale da non lasciare al datore stesso alcuna ipotesi alternativa.

A fronte di questa premessa che le corti hanno più o meno espressamente indicato nelle pronunce, la giurisprudenza ha elaborato 3 passaggi logici alla luce dei quali si può affermare che il giustificato motivo oggettivo sussista e che esso rappresenti una legittima giustificazione del licenziamento:

1. accertamento della **sussistenza** della ragione obiettiva adottata dal datore di lavoro e che deve essere esplicitata: le motivazioni possono essere diverse e il giudice non può sindacare le stesse ragioni, ma deve verificare la loro sussistenza. Alcuni esempi: il datore, dopo aver prodotto scarpe e abiti, vuole specializzarsi nel *business* delle sole scarpe perché più conveniente; il datore vuole aumentare i ricavi e i profitti tagliando al massimo i costi e concentrando così le attività in meno lavoratori: un filone corposo della giurisprudenza ha però a lungo sostenuto che la mera riduzione dei costi finalizzata all'aumento dei profitti non fosse un giustificato motivo oggettivo, bensì che fosse necessaria la crisi economica del datore in modo da giustificare il licenziamento. La corte di Cassazione a Sezioni Unite ha accolto un orientamento opposto, dando rilievo all'esigenza economico-produttiva del datore di aumentare i profitti senza la necessità di rilevare la contingente crisi economica. La ragione adottata va accertata non in astratto, bensì in concreto, cioè in riferimento a quel singolo lavoratore in quello specifico contesto imprenditoriale: nel merito, le corti hanno affermato appunto che il giudice non ha il compito di sindacare la bontà datoriale, non potendo sostituirsi all'imprenditore, bensì ha il dovere di accertare le ragioni come esistenti, reali e dimostrate. Il datore, quindi, dovrà dimostrare di avere effettivamente ridistribuito le mansioni per il *business* scelto oppure di aver realmente tagliato i costi e aumentato i profitti;
2. verifica del **nesso di causalità** tra l'esigenza aziendale adottata e il licenziamento intimato a quello specifico lavoratore: spetta al datore l'onere di provare detto nesso causale. Ad esempio: non sarà giustificato il licenziamento del lavoratore che si occupava dell'*accounting* dell'azienda nel caso in cui l'esigenza adottata per il suo licenziamento fosse quella di sviluppare solo il *business* delle scarpe;
3. verifica dell'assolvimento del c.d. **obbligo di repêchage** (ripescaggio): questo passaggio ulteriore richiesto dalla giurisprudenza per la legittimità del licenziamento fa molto discutere la dottrina; sul datore grava infatti interamente l'onere di dimostrare che nell'ambito della propria organizzazione non vi fossero, al momento del licenziamento, posizioni vacanti o disponibili a cui il lavoratore licenziando potesse essere utilmente adibito. Ad esempio: il datore deve verificare, prima di intimare il licenziamento, che nella compagine aziendale non vi siano in concreto altre posizioni a cui il lavoratore può essere utilmente adibito. L'onere della prova è particolarmente gravoso sul datore, soprattutto considerando che innanzitutto non è chiaro quale sia il confine entro cui è necessario dimostrare l'assolvimento all'obbligo di ripescaggio: i datori delle grandi società o dei grandi gruppi aziendali con sedi anche all'estero che sono disciplinate da normative estere, infatti, potenzialmente sarebbero costretti a dimostrare che in tutto il loro complesso aziendale non vi sono posti vacanti occupabili.

In questo contesto rileva l'art. **2103 c.c.** che disciplina l'esercizio dello *ius variandi* e quindi, dalla prospettiva del datore, le mansioni che il datore può esigere dal lavoratore e a cui il lavoratore può essere adibito dallo stesso datore tramite l'esercizio del suo potere unilaterale. Letta al contrario, la norma permette di comprendere i presupposti e i confini dell'obbligo di *repêchage* in quanto delinea tutte le mansioni astrattamente esigibili dal datore prima di licenziare il lavoratore: in astratto; quindi, l'art. 2103 c.c. definisce l'area del debito del prestatore e cioè l'insieme delle mansioni esigibili da parte del creditore della prestazione, il datore. Prima di essere licenziato, quindi, il lavoratore potrebbe anche essere incaricato a mansioni inferiori. È quindi centrale anche il passaggio dal vecchio art. 2103 c.c. (qualsiasi atto o patto contrario era nullo e così anche il patto di demansionamento, ad eccezione che questo consentisse di evitare il licenziamento, come indicato dalla giurisprudenza) al nuovo art. 2103 c.c., post 2015 (il

lavoratore può essere tenuto a compiere anche mansioni molto diverse da quelle svolte indicate dalla contrattazione collettiva, sia di livello superiore, che di livello inferiore se questo sia funzionale ad evitare il licenziamento. NB: le mansioni indicate come equivalenti dalla contrattazione collettiva possono essere le più disparate in quanto l'obiettivo della contrattazione non era quello di individuare mansioni affini, bensì quello di indicare compiti e prestazioni sottoposte ad un trattamento economico simile).

A fronte della nuova disposizione, quindi, le corti hanno concluso che l'assolvimento dell'obbligo di *repêchage* si estende anche nel senso di dimostrare la mancanza di posti vacanti e di mansioni di livello inferiore. Questo orientamento della giurisprudenza trova puntuale riferimento testuale nel art. **2103 co.2 c.c.** che afferma infatti come il datore possa adibire il lavoratore a mansioni di inquadramento inferiore per ragioni riconducibili ad esigenze organizzative ed economiche, che sono appunto le stesse adducibili all'esigenza di licenziamento.

Dunque: se il rapporto lavorativo prosegue senza frizioni, sappiamo che l'art. 2103 c.c. consente al datore di pretendere dal lavoratore delle mansioni diverse da quelle previste dal contratto di lavoro (secondo le previsioni della contrattazione collettiva): se il datore realizza una riorganizzazione aziendale, lo fa in modo insindacabile in qualità di imprenditore. La conseguenza di questa decisione comporta che le mansioni svolte da Tizio, ad esempio, non siano più oggettivamente necessarie (nessun rilievo circa la puntualità, la bravura e la professionalità del lavoratore stesso, che infatti sarebbero motivi di carattere soggettivo). Provata la sussistenza reale della motivazione e il nesso causale, è necessario che il datore verifichi non solo l'inutilità delle mansioni precedentemente svolte dal lavoratore licenziando, ma anche che non possano essere svolte le varie mansioni esigibili ex art. 2103 c.c., comprese quelle di livello inferiore, assolvendo così l'obbligo di *repêchage* (se queste mansioni potevano essere pretese dal datore nell'esercizio del suo potere unilaterale dello *ius variandi* per ragioni organizzative, queste stesse mansioni possono essere pretese dal datore per evitare il licenziamento del lavoratore).

Esistono comunque ampi margini di incertezza in quanto in materia di giustificato motivo oggettivo del licenziamento, la giurisprudenza si è mostrata molto oscillante e a volte controversa.

PROBLEMI APERTI: se il datore licenzia legittimamente una persona che si occupa di *accounting*, dopo quanto potrà riassumerne un'altra senza che il licenziamento precedente possa essere impugnato? Quali esatte mansioni devono essere proposte al lavoratore per assolvere all'obbligo di *repêchage* viste le diverse mansioni possibili ed esigibili dalla contrattazione collettiva? Com'è possibile concretamente fornire la prova negativa (non avere posizioni vacanti) in giudizio?

Fino a poco tempo fa, infatti, i giudici chiedevano una cooperazione al lavoratore nell'assolvimento dell'onere della prova, indicando quelle che secondo lui potevano essere le mansioni a cui essere adibito evitando il licenziamento. L'onere della prova in capo al datore era così circoscritto alle sole mansioni indicate dal lavoratore. La giurisprudenza ha poi mutato questo orientamento individuando l'onere della prova come interamente gravante sul datore, senza riconoscere alcun dovere di cooperazione al lavoratore.

Le condizioni di legittimità formali e procedurali

Sussistono poi delle condizioni di legittimità **formali** e **procedurali**:

- obbligo di forma scritta;
- obbligo di illustrare le motivazioni del licenziamento in forma scritta;
- rispetto della procedura disciplinare ai sensi dell'art. 7 SdL nel caso di licenziamento per giusta causa o per giustificato motivo soggettivo (il licenziamento per giusta causa e il licenziamento per giustificato motivo soggettivo devono essere necessariamente preceduti dal **procedimento**

disciplinare e in particolare dalla preventiva comunicazione della contestazione disciplinare, al fine di consentire al dipendente una adeguata difesa dagli addebiti formulati dal datore di lavoro).

Le conseguenze sanzionatorie in caso di illegittimità del licenziamento individuale

Prima del **07.03.2015** (*Jobs Act*), la disciplina applicabile prevedeva che, in caso di licenziamento illegittimo:

- il datore con meno di 15 dipendenti vedeva l'applicazione dell'art. 8 l. 604/1966:
 - se il licenziamento è ingiustificato (assenza di giusta causa o di giustificato motivo oggettivo o soggettivo), a scelta del datore di lavoro può essere disposta la riassunzione o il pagamento dell'indennità compresa tra 2,5 e 6 mensilità (stabilita dal giudice secondo parametri individuati dall'art. 8);
 - se il licenziamento è inefficace (privo di forma scritta): la conseguenza è la stessa;
 - se il licenziamento è nullo e improduttivo di qualsiasi effetto giuridico (discriminatorio): stessa conseguenza precedente.
- il datore con più di 15 dipendenti vedeva l'applicazione dell'art. 18 SdL post-riforma Fornero (l. 92/2012)

Legge 92/2012 (Riforma Fornero)

Il passaggio dal vecchio al nuovo art. 18 SdL ha un chiaro significato sotteso nell'individuare diverse ipotesi, ossia diverse possibili conseguenze sanzionatorie, ciascuna con riferimento a diverse ipotesi di licenziamento illegittimo. L'aspetto innovativo principale sta nell'aver previsto, per la prima volta dall'introduzione dell'art. 18 SdL nel 1970, che **la reintegrazione non fosse sempre l'unica opzione percorribile**: alla base della reintegrazione si trova un significato molto più profondo.

Da un lato chi sostiene che la reintegrazione sia l'unica sanzione veramente efficace, ritiene che la reintegrazione sia appunto l'unico strumento deterrente per il datore affinché questi non abusi del suo potere di licenziamento; solo la possibilità di reintegrazione rappresenta infatti una tutela dei diritti in generale del lavoratore. Sostituendo la reintegrazione con un'indennità puramente economica anche se sostanziosa, in qualche modo, come la dottrina sostiene, viene quindi consentito al datore di "acquistare" il licenziamento.

Dall'altro lato, chi sostiene che la reintegrazione non sia l'unico mezzo percorribile per riparare ad un licenziamento illegittimo, ritiene che la misura del risarcimento operi a sua volta come deterrente; inoltre emerge come negli altri paesi europei la reintegrazione sia solo un'eccezione rispetto al risarcimento che opera come regola. Non si può poi aggravare oltremodo la posizione del datore che è già nella posizione di dover pagare un'ingente somma di denaro. Secondo una valutazione extra giuridica, anche la prevedibilità dei costi del licenziamento è per il datore di lavoro un interesse da tutelare: sapere preventivamente quanto il licenziamento verrebbe a costare, infatti, opera per il datore come un incentivo alle assunzioni. Ridurre il costo del licenziamento e renderlo più agevole, prevedendo appunto una alternativa alla reintegrazione, può quindi incentivare il datore ad aumentare l'occupazione nella sua impresa.

Il legislatore ha quindi introdotto un primo squarcio a questo dibattito con il nuovo art 18SdL, non abrogandolo ma prevedendo delle sanzioni alternative alla reintegrazione.

Il nuovo **art. 18 SdL** articola diversi regimi sanzionatori, dal più grave al meno grave, in funzione del vizio che inficia il licenziamento. È possibile suddividere i regimi sanzionatori in 4 possibili scenari:

1. Primo scenario

Esso applica quanto previsto dal vecchio art. 18 con riferimento soltanto ad alcune ipotesi.

co. 1: *“Il giudice, con la sentenza con la quale dichiara la nullità del licenziamento perché **1. discriminatorio ai sensi dell'articolo 3 della legge 11 maggio 1990, n. 108, ovvero 2. intimato in concomitanza col matrimonio ai sensi dell'articolo 35 del codice delle pari opportunità tra uomo e donna, di cui al decreto legislativo 11 aprile 2006, n. 198, o 3. in violazione dei divieti di licenziamento di cui all'articolo 54, commi 1, 6, 7 e 9, del testo unico delle disposizioni legislative in materia di tutela e sostegno della maternità e della paternità, di cui al decreto legislativo 26 marzo 2001, n. 151, e successive modificazioni, ovvero 4. perché riconducibile ad altri casi di nullità previsti dalla legge o 5. determinato da un motivo illecito determinante ai sensi dell'articolo 1345 del codice civile, ordina al datore di lavoro, imprenditore o non imprenditore, la reintegrazione del lavoratore nel posto di lavoro, indipendentemente dal motivo formalmente addotto e quale che sia il numero dei dipendenti occupati dal datore di lavoro. La presente disposizione si applica anche ai dirigenti. (...) Il regime di cui al presente articolo si applica anche al licenziamento dichiarato inefficace perché intimato in forma orale”.***

Co. 2 *“Il giudice, con la sentenza di cui al primo comma, condanna altresì il datore di lavoro al risarcimento del danno subito dal lavoratore per il licenziamento di cui sia stata accertata la nullità, stabilendo a tal fine un'indennità commisurata all'ultima retribuzione globale di fatto maturata dal giorno del licenziamento sino a quello dell'effettiva reintegrazione, dedotto quanto percepito, nel periodo di estromissione, per lo svolgimento di altre attività lavorative. In ogni caso la misura del risarcimento non potrà essere inferiore a cinque mensilità della retribuzione globale di fatto. Il datore di lavoro è condannato inoltre, per il medesimo periodo, al versamento dei contributi previdenziali e assistenziali”.*

Al **co. 1** emergono **6 situazioni** che giustificano l'adozione di questo **primo regime sanzionatorio**, che prevede la **tutela reintegratoria** a cui si aggiunge il risarcimento totale, che si applica indipendentemente dal numero di dipendenti e anche ai dirigenti.

Questa prima forma complessiva di reazione al licenziamento illegittimo è la c.d. **tutela reintegratoria forte** e si applica in precisi casi:

1. **licenziamento discriminatorio;**
2. **licenziamento intimato in concomitanza col matrimonio:** si fa riferimento alla legge introdotta negli anni '60 a tutela delle donne, la quale vieta per un certo periodo di tempo di licenziare i lavoratori poco prima e poco dopo del matrimonio -> la ratio è la tutela soprattutto della donna a cui potrebbe essere intimato il licenziamento per prevenire eventuali figli successivi al matrimonio (cosa molto frequente negli anni '60)
3. **licenziamento della lavoratrice madre:** il legislatore ha radicalmente vietato, salvi i casi di giusta causa e di cessazione dell'azienda, il licenziamento nel c.d. periodo protetto, cioè dalla data in cui la lavoratrice annuncia la gravidanza fino al compimento del primo anno di età del bambino -> la ratio è la tutela della donna che potrebbe essere licenziata in modo da evitare congedi parentali, permessi di maternità, etc.
4. **licenziamento riconducibile ad altri casi di nullità previsti dalla legge:** questa previsione di chiusura indica come il legislatore abbia voluto ricomprendere anche altre ipotesi contenute nell'ordinamento e non previste espressamente dall'art 18; in particolare nell'ordinamento ci sono delle ipotesi a cui possiamo riferirci in questi termini in cui l'esigenza è quella di tutelare il lavoratore (es. trasferimento d'azienda non è un giustificato motivo di licenziamento)
5. **licenziamento determinato da un motivo illecito determinante ai sensi dell'articolo 1345 c.c.:** individua l'ipotesi del *licenziamento ritorsivo* per cui, dopo aver esercitato legittimamente un proprio diritto, il lavoratore si vede intimato il licenziamento (es. Tizio fa causa al datore per una bassa retribuzione, vince la causa e poco dopo viene licenziato)
6. **licenziamento intimato in forma orale.**

In queste ipotesi, anche se il datore ha meno di 15 dipendenti e anche ai dirigenti, si applica la tutela reintegratoria piena, massima, forte che consiste alternativamente, a scelta del lavoratore, tra:

- reintegrazione nel posto di lavoro e risarcimento pari alle mensilità di retribuzione maturate dal giorno del licenziamento sino a quello dell'effettiva reintegrazione (minimo di 5 mensilità di retribuzione);
- 15 mensilità di retribuzione e risarcimento pari alle mensilità di retribuzione maturate dal giorno del licenziamento sino a quello dell'effettiva reintegrazione (minimo di 5 mensilità di retribuzione)

All'ammontare del risarcimento viene tolto il c.d. **aliunde perceptum**, ossia quanto percepito, nel periodo di estromissione, per lo svolgimento di altre attività lavorative presso altri datori di lavoro.

2. Secondo scenario

La seconda forma di reazione prevista per il licenziamento illegittimo è la **tutela reintegratoria debole**, così definita perché il risarcimento non è totale ma ha un tetto massimo di 12 mensilità di retribuzione. Questa viene disciplinata all'art. **18 co. 4 e co. 7 SdL**.

Co. 4 *“Il giudice, nelle ipotesi in cui accerta che non ricorrono gli estremi del giustificato motivo soggettivo o della giusta causa addotti dal datore di lavoro, per insussistenza del fatto contestato ovvero perché il fatto rientra tra le condotte punibili con una sanzione conservativa sulla base delle previsioni dei contratti collettivi ovvero dei codici disciplinari applicabili, annulla il licenziamento e condanna il datore di lavoro alla reintegrazione nel posto di lavoro di cui al primo comma e al pagamento di un'indennità risarcitoria commisurata all'ultima retribuzione globale di fatto dal giorno del licenziamento sino a quello dell'effettiva reintegrazione, dedotto quanto il lavoratore ha percepito, nel periodo di estromissione, per lo svolgimento di altre attività lavorative, nonché quanto avrebbe potuto percepire dedicandosi con diligenza alla ricerca di una nuova occupazione. In ogni caso la misura dell'indennità risarcitoria non può essere superiore a dodici mensilità della retribuzione globale di fatto”.*

In ogni caso il lavoratore ha diritto a vedere ripristinato il rapporto di lavoro illegittimamente cessato, cioè da cui il datore era unilateralmente receduto in modo illegittimo.

La tutela reintegratoria debole prevede:

- reintegrazione nel posto di lavoro (alternativamente come sopra il lavoratore potrà preferire l'opzione del pagamento di 15 mensilità di retribuzione);
- risarcimento nella misura massima di 12 mensilità di retribuzione: l'indennità economica pari alle retribuzioni dalla data del licenziamento alla data della reintegrazione ha un tetto di 12 mesi, anche qualora la sentenza venga pronunciata oltre i 12 mesi, aspetto che appunto permette di identificare questa tutela risarcitoria come debole. Il legislatore ha quindi operato una scelta di politica del diritto individuando delle ipotesi meno gravi di licenziamento illegittimo, limitando il costo del datore che abbia proceduto ad un siffatto licenziamento illegittimo;
- all'ammontare di questo risarcimento del danno viene sottratto il c.d. **Aliunde perceptum** (cioè quanto il lavoratore ha percepito, nel periodo di estromissione, per lo svolgimento di altre attività lavorative);
- a questo ammontare viene altresì sottratto il c.d. **Aliunde percipiendum** (cioè quanto il lavoratore avrebbe potuto percepire dedicandosi con diligenza alla ricerca di una nuova occupazione; questo ammontare è frutto di una valutazione putativa del giudice caso per caso: si considerano quindi l'area geografica in cui si trova il lavoratore, la sua età, l'esperienza pregressa, la qualifica professionale...). Il significato di questa clausola corrisponde ad un incentivo per il lavoratore a trovare un'altra occupazione a seguito del licenziamento, senza attendere la sentenza passivamente.

Per comprendere **quando** si applichi questa tutela, è necessario basarsi sul co.4: innanzitutto il licenziamento deve essere **ingiustificato**, ma specificamente alla luce di due ipotesi:

- a) ingiustificato per **insussistenza del fatto** contestato. Si è aperto un forte dibattito sull'interpretazione della nozione di **fatto** e di **fatto contestato**: ci si è chiesti se con il termine fatto, così come indicato dal co. 4, si debba fare riferimento al fatto materiale, storicamente accaduto o non accaduto oppure al fatto giuridico, cioè alla rilevanza della condotta per l'ordinamento giuridico. Ad esempio, il lavoratore viene licenziato perché ha rubato dalla cassa (fatto materiale che sussiste o meno e comunque anche dal punto di vista giuridico il fatto è rilevante) oppure il lavoratore viene licenziato perché ha indossato un maglione rosso: il fatto materiale è accaduto e quindi sussiste ma il licenziamento non è legittimo perché non corrisponde ad un giustificato motivo soggettivo né ad una giusta causa. Dinanzi a questo licenziamento illegittimo, si applica questo regime sanzionatorio previsto dal co. 4 a fronte dell'insussistenza del fatto oppure il regime della tutela meramente economica e non la tutela obbligatoria debole perché il fatto sussiste?

Ci si chiede se quindi sia sufficiente che il fatto materiale sussista: così il datore potrebbe salvaguardarsi dalla forma di tutela reintegratoria debole in caso di licenziamento illegittimo, per il solo fatto di aver contestato una condotta che è realmente verificata dal punto di vista storico e fattuale. È pertanto necessario che il fatto abbia rilevanza disciplinare e giuridica per l'ordinamento: a non dover sussistere è il fatto giuridico e non quello materiale.

Anche aderendo a questa impostazione accolta dalla giurisprudenza, il problema risulta l'individuazione del discrimine tra fatto giuridico e fatto non giuridico e quindi sul sintagma del "fatto contestato".

Ad esempio: ingresso in ritardo alle 8:05 a cui segue il licenziamento; esso è legittimo? Il ritardo comunque è una forma di inadempimento e il fatto giuridico dunque sussiste, ma non è un notevole inadempimento e quindi il licenziamento è illegittimo; ma è sufficiente quel minimo ritardo, e cioè la sussistenza appena oltre il limite del fatto giuridico, a giustificare l'esclusione del co. 4? Il datore potrebbe così procedere consapevolmente ad un licenziamento illegittimo ma con la certezza di non dover reintegrare il lavoratore.

Detti problemi interpretativi sull'espressione "insussistenza di fatto contestato" hanno portato il legislatore del Jobs Act a riformulare diversamente una disposizione in materia analoga.

Dopo diverse oscillazioni, i giudici hanno affermato la necessità di non dover valutare esclusivamente il fatto materiale bensì il fatto che deve avere anche una rilevanza giuridica e quindi disciplinare; inoltre, il **fatto giuridico** deve avere una sua **dimensione** e non può essere semplicemente un fatto disciplinarmente rilevante imputabile al lavoratore e di dimensioni trascurabili. Conseguente problema è quindi individuare un discrimine rispetto alla dimensione trascurabile o meno del fatto giuridico imputabile: la giurisprudenza ha assunto una posizione tale, secondo alcuni, da ricomprendere sotto la nozione di "sussistenza di fatto contestato" tutte le ipotesi di illegittimità per giusta causa o per giustificato motivo soggettivo.

- b) ingiustificato perché **non rientra tra le condotte punibili con una sanzione conservativa** sulla base delle previsioni dei contratti collettivi ovvero dei codici disciplinari applicabili: la contrattazione collettiva infatti tipizza una serie di condotte sanzionabili e le rispettive sanzioni più o meno gravi, le quali non vincolano il giudice ma il datore di lavoro -> se il datore punisce con il licenziamento una condotta che non è sanzionabile alla luce della contrattazione collettiva o del codice disciplinare, il licenziamento è illegittimo e il lavoratore ha diritto alla tutela reintegratoria debole.

A queste due ipotesi che prevedono una forma di tutela a favore del lavoratore in caso di licenziamento illegittimo per motivi disciplinari, si aggiunge una **terza situazione** in cui il licenziamento non è disciplinare:

co. 7 *“Il giudice applica la medesima disciplina di cui al quarto comma del presente articolo nell'ipotesi in cui accerti il difetto di giustificazione del licenziamento intimato (...) per motivo oggettivo consistente nell'inidoneità fisica o psichica del lavoratore, ovvero che il licenziamento è stato intimato in violazione dell'articolo 2110, secondo comma, del codice civile. Può altresì applicare la predetta disciplina (cioè la tutela reintegratoria debole) nell'ipotesi in cui accerti la **manifesta insussistenza del fatto** posto a base del licenziamento per giustificato motivo oggettivo; nelle altre ipotesi in cui accerta che non ricorrono gli estremi del predetto giustificato motivo, il giudice applica la disciplina di cui al quinto”.*

Per varie ragioni è sorto in merito un dibattito molto forte:

- non si parla di insussistenza di una causa di giustificazione, bensì di **insussistenza** del fatto che costituisce giustificato motivo oggettivo; come sappiamo, per rintracciare il giustificato motivo oggettivo è necessario compiere tre passaggi (verifica della sussistenza della ragione organizzativa adottata dal datore, accertamento del nesso causale tra ragione organizzativa e licenziamento, verifica dell'assolvimento dell'obbligo di ripescaggio). A fronte quindi di queste valutazioni, ci si chiede cosa possa configurare la manifesta insussistenza del fatto, se la sola ipotesi estrema dell'assenza della ragione organizzativa dichiarata (ad esempio, dico di voler acquistare un macchinario ma poi non lo acquisto) oppure anche l'eventuale assenza del nesso di causalità oppure anche il mancato assolvimento dell'obbligo di ripescaggio;
- l'aggettivo **manifesta** è poi particolarmente ambiguo: potrebbe indicare la facilità di dimostrare l'insussistenza del fatto ma che implicazioni comporta? Se infatti l'insussistenza del fatto è accertata, ci si chiede cosa comporti o cosa determini la manifesta insussistenza, dal momento che essa una volta accertata è accertata, poco importa se sia manifesta o meno, soprattutto se consideriamo anche la mancanza di un riferimento soggettivo: manifesta agli occhi di chi? Del giudice, delle parti o di un terzo? Il problema rimane aperto
- il fatto che il giudice **“può” applicare** la disciplina di cui al c4 lascia aperto il campo degli eventuali criteri guida che dovrebbero limitare la discrezionalità del giudice e che non vengono specificati dalla norma.

Il legislatore quindi da un lato ha tentato di ridurre il più possibile l'ambito di applicazione della tutela reintegratoria, lasciandola solo nei casi più estremi e quindi ritenendola come eccezione, dall'altro però aprendo molti problemi interpretativi della nuova disciplina.

Sull'ultimo punto riguardante l'espressione “può applicare”, la Corte costituzionale ha dichiarato l'illegittimità dell'art 18 SdL nella **sentenza n. 58/2021**, nella parte in cui “prevede che il giudice, quando accerti la manifesta insussistenza del fatto posto a base del licenziamento per giustificato motivo oggettivo, “può altresì applicare” - invece che **“applica altresì”** - la disciplina di cui al medesimo art. 18, quarto comma”.

Secondo alcuni l'espressione “può applicare” non sottendeva una mera discrezionalità del giudice, ma un suo vero e proprio arbitrio vista l'assenza di qualsiasi indicazione o linea guida. Proprio per questo, limitando la discrezionalità del giudice, la corte ha individuato il significato del termine “può” come un sinonimo di “deve”.

3. Terzo scenario

Nel caso poi in cui la tutela reintegratoria debole non si applichi, vi è un'alternativa costruita come tale, che cioè completa ciò che non rientra nell'ipotesi di tutela reintegratoria debole, come individuiamo al co. 5 dell'art. 18 SdL.

Co. 5 *“Il giudice, nelle altre ipotesi in cui accerta che non ricorrono gli estremi del giustificato motivo soggettivo o della giusta causa adottati dal datore di lavoro, dichiara risolto il rapporto di lavoro con effetto dalla data del licenziamento e condanna il datore di lavoro al pagamento di un'indennità risarcitoria onnicomprensiva determinata tra un minimo di dodici e un massimo di ventiquattro*

mensilità dell'ultima retribuzione globale di fatto, in relazione all'anzianità del lavoratore e tenuto conto del numero dei dipendenti occupati, delle dimensioni dell'attività economica, del comportamento e delle condizioni delle parti, con onere di specifica motivazione a tale riguardo".

Alla luce di questa ipotesi, il rapporto di lavoro si conclude, è risolto e rimane tale con effetto dalla data del licenziamento il quale, per quanto illegittimo, rimane efficace e idoneo a produrre i suoi propri effetti, cioè la cessazione del rapporto di lavoro. Si parla quindi di **tutela risarcitoria forte** al fine di distinguerla sia dalla tutela reintegratoria, dal momento che in questo caso la reintegrazione non è affatto prevista, sia dalla tutela risarcitoria prevista per gli errori formali e procedurali che comporta un risarcimento del danno ancora più basso.

Questa tutela consiste quindi in un risarcimento compreso tra le 12 e le 24 mensilità, individuata nel suo ammontare dal giudice alla luce dei parametri individuati dal co. 5: non vi è l'alternativa del pagamento delle 15 mensilità in quanto la reintegrazione non è prevista, e pertanto nemmeno la sua alternativa.

Questa tutela si applica (**quando?**) in tutte le ipotesi che non rientrano in quelle previste per la tutela reintegratoria debole: nelle "**altre**" ipotesi in cui il giudice accerta che non ricorrono gli estremi del giustificato motivo soggettivo o della giusta causa o del giustificato motivo oggettivo adottati dal datore di lavoro: è quindi necessario comprendere a fondo cosa significhi manifesta insussistenza o ancora cosa indichi il fatto insussistente o comunque è necessario trovare una soluzione ai problemi interpretativi di cui sopra in quanto, nonostante il licenziamento sia illegittimo e rimanga tale, la disciplina di tutela applicabile sarà diversa e produrrà effetti molto diversi. In questo secondo caso, infatti, il licenziamento rimane efficace e obbligherà al più il datore a pagare un'indennità risarcitoria.

4. Quarto scenario

La **tutela risarcitori debole** è l'ultimo scenario ed è previsto dal **co. 6**:

"Nell'ipotesi in cui il licenziamento sia dichiarato inefficace per violazione del requisito di motivazione di cui all'articolo 2, comma 2, della legge 15 luglio 1966, n. 604, e successive modificazioni, della procedura di cui all'articolo 7 della presente legge, o della procedura di cui all'art 7 L.604, e successive modificazioni, si applica il regime di cui al quinto comma, ma con attribuzione al lavoratore di un'indennità risarcitoria onnicomprensiva determinata, in relazione alla gravità della violazione formale o procedurale commessa dal datore di lavoro, tra un minimo di sei e un massimo di dodici mensilità dell'ultima retribuzione globale di fatto, con onere di specifica motivazione a tale riguardo, a meno che il giudice, sulla base della domanda del lavoratore, accerti che vi è anche un difetto di giustificazione del licenziamento, nel qual caso applica, in luogo di quelle previste dal presente comma, le tutele di cui ai commi quarto, quinto o settimo".

Questa forma di tutela si appresta nei casi in cui il datore abbia commesso qualche errore formale o procedurale:

- **Violazione del requisito di motivazione del licenziamento** (art. 2, L. 604/66). Ad esempio: lavoratore non era in grado di capire il motivo del suo licenziamento perché la lettera non era chiara
- **Violazione della procedura disciplinare** ai sensi dell'art. 7 SdL. Ad esempio: il datore non fa trascorrere i 5gg per permettere al lavoratore di difendersi e applica subito la sanzione.

Ulteriore esempio: Il principio di tempestività della sanzione disciplinare deve essere rispettato altrimenti si ritiene pacificamente che quel motivo non fosse rilevante agli occhi del datore: la tardività della contestazione si riflette sulla sostanza dal momento che la stessa circostanza per cui la contestazione è tardiva implica che la stessa condotta è irrilevante dal punto di vista disciplinare e quindi qualsiasi sanzione sarebbe sproporzionata. C'è quindi una connessione tra **tempestività** della reazione e principio di proporzionalità e quindi tra un profilo apparentemente formale

(tardività) e una ragione di carattere sostanziale (**proporzionalità**). La giurisprudenza ha ritenuto dunque che nell'ipotesi in cui la contestazione sia tardiva, non si applichi la tutela risarcitoria debole bensì, a seconda dei casi, la tutela risarcitoria forte o la tutela reintegratoria debole in quanto non si è dinanzi ad un vizio solo formale ma ad un'ipotesi di mancata giustificazione del licenziamento. Non rientra fra queste ipotesi il caso in cui manchi la forma scritta che infatti rende necessaria una tutela reintegratoria forte, altrimenti saremmo di fronte ad un errore procedurale che cela al suo interno un errore di carattere sostanziale.

La disciplina dei licenziamenti nel Jobs Act

La disciplina del Jobs Act è stata poi modificata con il c.d. Decreto dignità del 2018 (d.l. 87/2018), anche se non in termini sostanziali; la riforma ha risentito della pronuncia della Corte costituzionale n. 194/2018 che ha smentito il cuore di questa disciplina, ossia il principio della prevedibilità *ex ante* dei costi del licenziamento.

È necessario innanzitutto analizzare il rapporto di causa effetto che sussiste tra le disposizioni dell'art. 18 SdL e i suoi problemi interpretativi e applicativi, e la nuova formulazione della disciplina dei licenziamenti del Jobs Act: il legislatore si è posto infatti in dialogo diretto con dottrina e giurisprudenza che si erano interrogate sull'interpretazione dell'art. 18 stesso.

Il vecchio art. 18 SdL nel periodo pre Jobs Act prevedeva diverse sanzioni in funzioni della gravità del vizio del licenziamento (la reintegrazione non era l'unico scenario possibile ma era divenuta una delle possibilità):

- tutela reintegratoria forte che si applica nei casi più gravi in cui il vizio che inficia il licenziamento tocca il cuore della disciplina della tutela del lavoratore (ad esempio, licenziamento ritorsivo, intimato in forma orale e discriminatorio);
- tutela reintegratoria debole o attenuata che si applica in 3 casi diversi: insussistenza del fatto contestato disciplinarmente (dottrina e giurisprudenza si sono interrogate sul significato di "fatto"), sussistenza del fatto ma perseguibilità dello stesso con una sanzione conservativa, manifesta insussistenza del fatto posto alla base del licenziamento per giustificato motivo oggettivo (anche qui dottrina e giurisprudenza si sono interrogate sul significato di "fatto" e in particolare se questo sia una ragione organizzativa e ricomprenda anche l'obbligo di *repêchage* e il nesso di causalità tra modifica organizzativa e posizione del lavoratore che viene licenziato);
- tutela indennitaria forte che esclude la reintegrazione e permette che il licenziamento, seppur illegittimo, produca i suoi effetti.

Le diverse situazioni in cui devono essere applicate la seconda o la terza forma di tutela non sono sempre distinte nettamente anche se l'una esclude l'altra: infatti, l'ambito di applicazione della terza è costruita per differenza rispetto a quello della seconda (dove non si applica la seconda, si applica la terza).

Uno dei decreti che compongono la macro riforma definita del Jobs Act è il **d.lgs. 23/2015**, adottato a soli tre anni dalla riforma sostanziale dell'art 18SdL (prima formulazione del 1970 e poi modifica con la riforma Fornero attuata con la L.92/2012).

Se il legislatore del 2012 aveva voluto per la prima volta intaccare, ma non eliminare, i principi della necessaria reintegrazione e della stabilità del rapporto di lavoro secondo cui ad ogni licenziamento illegittimo seguiva sempre la reintegrazione, il legislatore del Jobs Act del 2015 invece cambiò approccio, volendo perseguire due obiettivi principali:

- **ridurre i costi del licenziamento illegittimo** a partire dal costo del risarcimento e dell'eventuale reintegrazione (perché il licenziamento legittimo non ha dei costi, al più quello del preavviso, essendo infatti il TFR una parte della retribuzione del lavoratore accantonata durante l'impiego)
- **rendere i costi prevedibili e predeterminabili**, al fine di mettere il datore nelle condizioni di poter calcolare ex ante il costo del licenziamento; questo avrebbe dovuto comportare un incentivo alle assunzioni e agli investimenti per nuove iniziative economiche alla luce di un sistema normativo più chiaro, conoscibile e meno costoso.

Il **principio della certezza del diritto** è infatti un principio, oltre che di civiltà per ogni sistema giuridico, anche garantito dalla Costituzione: la domanda è se effettivamente il principio della certezza del diritto significhi esatta conoscibilità dei costi.

Una parte degli studiosi si è subito scagliata contro questa riforma, additata come assolutamente pro datoriale e limitatrice delle tutele del lavoratore ai minimi termini: infatti questo sistema, permettendo al datore di lavoro di sapere ex ante in modo netto quali sarebbero stati i costi, avrebbe riconosciuto anche più facilità e incentivo per il datore stesso a licenziare illegittimamente, infrangendo anche altri diritti dei lavoratori (se il datore sa che in ogni momento può liberarsi del lavoratore, può finire per violare altri suoi diritti e quindi la tutela non risulta piena).

Altra parte della dottrina, alla pari del legislatore, identificava invece il sistema precedente come eccessivamente complesso e quindi da semplificare.

Il Jobs Act quindi, pur intaccando la disciplina della reintegrazione, non modificò il testo dell'art. 18SdL; venne però introdotta una **disciplina applicabile ai soli lavoratori assunti dopo la data di entrata in vigore del decreto**, 7.3.2015. Se prima bisognava verificare il numero dei dipendenti per l'applicazione della disciplina corretta, ora è anche necessario fare riferimento alla data di assunzione, introducendo un'ulteriore complessità nel sistema.

Vi sono state poi alcune modifiche apportate dal d.l. n. 87/2018 (noto come decreto Dignità) convertito con modificazioni in Legge n. 96/2018, modifica dovuta all'intervento della Corte Costituzionale con sentenza n. 194/2018.

Circa l'ambito di applicazione soggettiva, la disciplina del Jobs Act si applica ai lavoratori che rivestono la qualifica di operai, impiegati o quadri, assunti con contratto di lavoro subordinato a tempo indeterminato a decorrere dalla data di entrata in vigore del decreto (**7 marzo 2015**). La riforma quindi non si applica ai dirigenti, salva l'ipotesi già prevista dal vecchio art 18SdL del licenziamento discriminatorio, nullo o orale. La disciplina si applica poi anche nei casi, successivi all'entrata in vigore del decreto, di conversione del contratto a tempo determinato o di apprendistato in un contratto a tempo indeterminato.

Le conseguenze del licenziamento illegittimo per i datori di lavoro con più di 15 dipendenti

Nel Jobs Act venne mantenuta la previsione di regimi di tutela diversi a seconda dei vari casi di licenziamento illegittimo.

1. Nei casi di licenziamento discriminatorio, nullo o intimato in forma orale, continua ad essere applicata la disciplina della **tutela reintegratoria forte** come nell'art 18 del 2012: è prevista la reintegrazione (o in alternativa il pagamento delle 15 mensilità a scelta del lavoratore) a cui si aggiunge il risarcimento nella misura minima di 5 mensilità di retribuzione ma comunque pari alle mensilità dalla data del licenziamento alla reintegrazione, dedotto l'*aliunde perceptum* (cioè quanto percepito nel periodo di estromissione per lo svolgimento di altre attività lavorative). C'è quindi piena conformità tra la previsione dell'art 18 e la disciplina del Jobs Act.

Ciò che cambia è la formulazione dei 3 suddetti casi a cui questa forma di tutela si applica: il legislatore ha infatti voluto semplificare il dettato normativo dell'art 18, tipizzando:

- licenziamento discriminatorio;

- licenziamento riconducibile agli altri casi di nullità espressamente previsti dalla legge (inclusi il licenziamento della lavoratrice madre, il licenziamento ritorsivo e il licenziamento in concomitanza con il matrimonio ed escluso ad es. il licenziamento in caso di fusione dell'azienda e tutti quegli altri casi *borderline* in cui il legislatore si limita ad affermare che quelle circostanze non sono giustificazioni per il licenziamento, senza dichiarare però che in quelle situazioni il licenziamento è nullo o vietato): il legislatore qui ha utilizzato un'unica clausola per comprendere ciò che era stato indicato espressamente all'art. 18 co.1 e per escludere le altre ipotesi in cui la nullità non è espressamente comminata dalla legge. L'uso dell'avverbio espressamente non è quindi casuale. Si ha quindi già un primo passaggio tra l'art. 18 co. 1 SdL al Jobs Act: il secondo risulta più preciso circa l'individuazione delle circostanze a cui si applica la tutela reintegratoria piena, circostanze che, essendo identificate in modo specifico, sono più ristrette e non ammettono ipotesi "grigie", salvo eventuali conclusioni opposte della giurisprudenza;
- licenziamento orale.

2. Nei casi di licenziamento ingiustificato, il legislatore del 2015 ha ragionato in termini di regola—eccezione, individuando il regime da applicare di regola: il regime sanzionatorio che si applica normalmente come regola è quello della **tutela meramente indennitaria**, meramente economica: *"1) nei casi in cui risulta accertato che non ricorrono gli estremi del licenziamento per giustificato motivo oggettivo o per giustificato motivo soggettivo o per giusta causa, il giudice dichiara estinto il rapporto di lavoro alla data del licenziamento"*.

- In tutte le ipotesi in cui il licenziamento è privo di giustificazione, il rapporto di lavoro cessa alla data del licenziamento e quindi, ancorché illegittimo, è produttivo di effetti, efficace; circa la conseguenza sanzionatoria, nella prima formulazione del Jobs Act era stato previsto il pagamento di un risarcimento del danno pari a due mensilità di retribuzione per ogni anno di anzianità di servizio, tra un minimo di 4 e un massimo di 24 mensilità (NB: se un lavoratore ha 20 anni di anzianità di servizio, il risarcimento comunque non supera le 24 mensilità).
- La versione originaria della disciplina prevedeva l'esatta predeterminazione della misura del risarcimento del danno senza alcuna discrezionalità in capo al giudice per la definizione del *quantum*: il giudice era chiamato solo a verificare l'illegittimità del licenziamento e quindi l'insussistenza della giusta causa / giustificato motivo soggettivo / giustificato motivo oggettivo, dovendo poi solo adottare una sentenza che confermasse e riconoscesse lo scioglimento del rapporto di lavoro, e che condannasse il datore al pagamento del risarcimento già predeterminabile dal datore senza margini di discrezionalità.
- L'art. 18 SdL prevedeva invece che qualsiasi vizio del licenziamento, dal vizio meramente formale al licenziamento discriminatorio, comportasse l'applicazione della reintegrazione e del risarcimento. Il cambiamento è quindi evidente.

Questo punto è stato molto dibattuto: da un lato i sostenitori della riforma ritenevano necessario mettere i datori nella posizione di poter conoscere *ex ante* i costi del licenziamento illegittimo, aumentando così la loro capacità organizzativa e gli interventi di iniziativa economica (infatti la riforma era stata adottata parallelamente ad un'altra normativa che riconosceva alcuni sgravi fiscali a favore dei datori che assumessero nuovi lavoratori).

Dall'altro lato gli oppositori della riforma ritenevano escluso in questo modo qualsiasi margine di discrezionalità del giudice, che si ritrovava ad essere mera bocca della legge; la disciplina perdeva poi qualsiasi funzione deterrente che prevenisse il datore al licenziamento illegittimo.

Nel 2018, con il **d.l. 194/2018**, i parametri sono stati modificati, aumentandoli nel minimo e nel massimo a 6 e 36 mensilità, senza però mutare la misura del risarcimento (sempre due mensilità per ogni anno di anzianità di servizio), che è rimasta predeterminabile dal datore.

Con la **sentenza n. 194/2018**, è stato compiuto un passo rivoluzionario. La Corte costituzionale in più occasioni si era pronunciata sulla reintegrazione in caso di licenziamento illegittimo, stabilendo che la tutela reale (cioè la misura della reintegrazione stessa) non fosse costituzionalmente prevista e che quindi la tutela del lavoratore in caso di licenziamento illegittimo potesse anche essere meramente indennitaria ed economica.

In detta pronuncia la corte, circa questo sistema previsto dal Jobs Act, ha sanzionato il principio di predeterminazione della misura del danno, stabilendo, con una sentenza di accoglimento, che spetta al giudice stabilire la misura esatta del licenziamento nel minimo di 6 e nel massimo di 36: predeterminare rigidamente *ex ante* l'ammontare del risarcimento del danno viola i principi di eguaglianza e ragionevolezza in quanto impedisce al giudice di valutare la gravità del licenziamento illegittimo in funzione del caso concreto: il principio di eguaglianza risulta violato in quanto vengono trattati in modo simile casi diversi o viceversa (ad esempio, caso 1 licenziamento particolarmente grave ma non discriminatorio; caso 2 mancato rispetto dell'obbligo di repêchage: stessa misura di tutela, il risarcimento).

Nell'aprile del 2021 la Corte si è poi pronunciata sull'art. 18 co. 7 SdL come scritto dal legislatore del 2012: la corte ha infatti riconosciuto il termine "può" presente nell'articolo come sinonimo di "deve" al fine di limitare l'arbitrio riconosciuto in capo al giudice. Su questa sentenza, in rapporto alla suddetta 194/2018, è stata sollevata l'osservazione per cui nel 2018 la corte ha riconosciuto la necessità di ripristinare un margine di incertezza nella misura del licenziamento per consentire al giudice di recuperare parte della sua discrezionalità, mentre nel 2021 il ragionamento è stato opposto, riconoscendo appunto come eccessiva la discrezionalità del giudice. Questa contraddizione si può spiegare in quanto nel caso del 2021 la scelta del giudice non era vincolata da alcun parametro individuato dalla legge e quindi risultava troppo arbitraria; al contrario nella pronuncia del 2018 la Corte costituzionale stessa ha individuato in via interpretativa i parametri per stabilire la misura del risarcimento, parametri che sono gli stessi previsti dall'art. 18, ossia il comportamento delle parti, la dimensione aziendale, il numero dei dipendenti, etc.

Se quindi questa è la regola, in tutte le situazioni in cui il licenziamento manchi di giusta causa, di giustificato motivo soggettivo o di giustificato motivo oggettivo, il rapporto di lavoro si intende risolto e cessato alla data del licenziamento, fermo il diritto al risarcimento del lavoratore, pari ad un ammontare di minimo 6 e massimo 36 mensilità individuate nel caso concreto dal giudice.

3. Circa i casi di manifesta insussistenza del fatto o di manifesta insussistenza del fatto posto alla base del licenziamento per giustificato motivo oggettivo che erano previsti dall'art. 18, ne troviamo un'appendice nella terza tipologia di tutela prevista dal Jobs Act nell'ipotesi di **licenziamento illegittimo per insussistenza del fatto materiale contestato al lavoratore**.

*"Esclusivamente nelle ipotesi di licenziamento per giustificato motivo soggettivo o per giusta causa in cui sia direttamente dimostrata in giudizio l'insussistenza del **fatto materiale contestato al lavoratore**, rispetto alla quale resta estranea ogni valutazione circa la sproporzione del licenziamento"*, si applica la reintegrazione nel posto di lavoro aggiunta al risarcimento nel massimo di 12 mensilità di retribuzione, sottratti *aliunde perceptum* e *aliunde percipiendum*.

Questa forma risulta analoga alla **tutela reintegratoria debole** dell'art 18, nonostante non appaia più l'ipotesi del fatto contestato, bensì quella di "diretta dimostrazione in giudizio dell'insussistenza del fatto materiale contestato al lavoratore". Il legislatore non è chiaro nell'uso del termine "*diretta dimostrazione*": il legislatore del 2015 ha tentato di avallare l'interpretazione per cui la reintegrazione si applica in casi estremi in cui il fatto da intendersi come fatto materiale, e cioè come

accadimento storico, non si è verificato (ad esempio: licenzio Tizio per furto dalla cassa ma quel giorno Tizio non era in servizio).

Nella valutazione circa l'applicazione o meno della tutela reintegratoria, deve rimanere estranea ogni valutazione circa la sproporzione dell'eventuale inadempimento posto alla base del licenziamento dal momento che la norma parla di "fatto materiale" e non di fatto giuridico.

Ad esempio: vengo licenziato per un ritardo di 5 minuti e il licenziamento è illegittimo per mancanza di giusta causa: si tratta comunque di inadempimento perseguibile con una sanzione conservativa come una multa; poiché il fatto sussiste anche se il licenziamento è ingiustificato, l'inadempimento è bagatellare ma comunque il legislatore ritiene che la valutazione operata dal giudice *ex post* non debba contemplare la misura della sproporzione.

La giurisprudenza ha però ignorato questa indicazione del legislatore, ritenendo che comunque il fatto debba intendersi come giuridico nonostante la qualifica di "materiale" presente nella norma: non sarebbe infatti accettabile, secondo le corti, che un licenziamento sia giustificato da un fatto che non rappresenti neppure un minimo inadempimento. Seppur restringendo le ipotesi di applicazione della tutela reintegratoria, quindi, la giurisprudenza non ha però accolto la scelta del legislatore.

Confrontando ancora l'art. 18 SdL con la riforma del Jobs Act, **viene meno l'ipotesi di licenziamento per motivo oggettivo**: manca la manifesta insussistenza del fatto posto alla base del licenziamento e ciò significa che il licenziamento intimato per ragioni oggettive, ancorché illegittimo, verrà **sempre e solo sanzionato con il risarcimento economico**. Il dibattito quindi si è aperto ulteriormente in quanto il datore potrebbe intimare solo licenziamenti per motivi oggettivi, non dovendo al lavoratore altro che il risarcimento.

Nel caso in cui i vizi del licenziamento siano solo formali o procedurali, in parte come nell'art. 18 SdL, è previsto un risarcimento compreso tra 2 e 12 mensilità di retribuzione, che invece nell'art. 18 SdL erano da 6 a 12 mensilità.

Offerta di conciliazione:

il legislatore ha voluto prevedere uno strumento per ridurre il rischio di contenzioso tra le parti ed eliminare almeno in parte il rischio che il lavoratore licenziato facesse causa al suo vecchio datore: ferma restando la possibilità delle parti di addivenire ad ogni altra modalità di conciliazione prevista dalla legge ex art. 1975 c.c., il datore di lavoro può offrire al lavoratore, entro i termini di impugnazione stragiudiziale del licenziamento (entro 180gg dalla data del licenziamento), in una delle sedi c.d. protette, un'offerta di conciliazione, ossia un importo che non costituisce reddito imponibile ai fini dell'IRPEF -quindi esentasse- e non assoggettato a contribuzione previdenziale - quindi un importo netto a favore del lavoratore-, di ammontare pari a una mensilità della retribuzione per ogni anno di servizio, in misura comunque non inferiore a 3 e non superiore a 27 mensilità, mediante consegna al lavoratore di un assegno circolare.

Viene così consentito che le somme corrisposte dal datore al lavoratore a fronte dell'impegno assunto dal lavoratore stesso a non impugnare il licenziamento e cioè a non fare causa al suo datore, siano somme a cui non si applica alcuna ritenuta fiscale e alcuna ritenuta contributiva. Anche in questo caso la misura del licenziamento viene stabilita dal legislatore in misura dimezzata rispetto al risarcimento del danno originariamente previsto (una mensilità per ogni anno di anzianità di servizio).

Anche psicologicamente questo strumento risulta efficace: per deflazionare il contenzioso è efficace consegnare in mano al lavoratore tramite assegno una somma netta che è pari alla metà di quella che eventualmente egli potrebbe ottenere a seguito di un giudizio se ne risultasse vincitore.

L'accordo deve essere sottoscritto nelle c.d. sedi protette, terze e imparziali rispetto alle parti del rapporto di lavoro (commissioni sindacali o commissioni di conciliazione), per garantire che il lavoratore sia opportunamente informato.

Le conseguenze del licenziamento illegittimo per i datori di lavoro con meno di 15 dipendenti

1. Nel caso in cui il **licenziamento discriminatorio, orale o riconducibile agli alti casi di nullità espressamente previsti dalla legge** sia stato intimato da un datore con meno di 15 dipendenti, si applica la **tutela reintegratoria forte**, analogamente al caso in cui il licenziamento sia intimato da un datore di lavoro con più di 15 dipendenti.

Quindi a prescindere che vi siano più o meno di 15 dipendenti, a prescindere dal fatto che il lavoratore sia dirigente, quadro, impiegato o operaio, la conseguenza sanzionatoria è sempre la più forte e il licenziamento è nullo.

2. Se il **licenziamento è ingiustificato** e non discriminatorio, esso rimane efficace e il rapporto si intende cessato alla data del licenziamento; il datore può essere condannato al pagamento da 3 a 6 mensilità di retribuzione, le quali diventano tra 1 e 6 nel caso di **vizi formali o procedurali**, secondo una **tutela meramente indennitaria**.

La disciplina applicabile prima del 7.3.2015 in caso di impresa con meno di 15 dipendenti è invece quella definita dall'art 8 L.604.

I licenziamenti collettivi

Se il licenziamento viene intimato ad un insieme di lavoratori, si parla di licenziamento collettivo.

Il legislatore con la l. 223/1991, recependo una direttiva europea, ha voluto costruire un sistema di tutela diverso rispetto a quello del licenziamento individuale: innanzitutto non è necessario che il datore giustifichi ex ante le ragioni del licenziamento collettivo e quindi che adduca motivazioni a sostegno della sua decisione, motivazioni che quindi non dovranno essere vagliate dal giudice in caso di controversia.

Prima di procedere al licenziamento è però richiesto che il datore esperisca una procedura di informazione e consultazione con i rappresentanti sindacali, la quale coinvolge anche il Ministero del lavoro soprattutto in caso di numeri rilevanti di lavoratori interessati dal licenziamento: questa procedura è prevista per consentire ai lavoratori, per il tramite dei propri rappresentanti, di confrontarsi con il datore prima del licenziamento, al fine di adottare misure che evitino il licenziamento stesso o che riducano almeno il numero dei licenziati, oppure ancora, se il licenziamento è inevitabile, al fine di stabilire in modo trasparente, in accordo con i rappresentanti sindacali, dei criteri per individuare i lavoratori da licenziare. Ciò per evitare che alla base del licenziamento collettivo vi sia la volontà di allontanare dipendenti sgraditi che il datore comunque avrebbe voluto licenziare.

NB: il licenziamento per ragioni disciplinari esula dall'ambito di applicazione del licenziamento collettivo in quanto ogni lavoratore, se la condotta è stata tenuta da più di uno e quindi è imputabile a più lavoratori, sarà responsabile del proprio inadempimento.

La legge, quindi, prevede delle ipotesi di carattere economico, produttivo od organizzativo rispetto alle quali, anziché procedere ad un numero elevato di licenziamenti individuali, il datore adotta un'unica procedura di licenziamento collettivo che prevede necessariamente il coinvolgimento di rappresentanti sindacali.

Il riferimento normativo è dato dalla **l. 223/1991** che per prima ha regolato i licenziamenti collettivi nel nostro ordinamento, prevedendo l'applicazione della disciplina in due situazioni disciplinate dalla stessa legge in due norme:

- **Art. 4 l. 223/1991**; si applica alle imprese ammesse al trattamento straordinario di integrazione salariale (cassa integrazione guadagni), qualora non siano in grado di garantire il reimpiego a tutti i lavoratori sospesi e di non poter ricorrere a misure alternative. Il trattamento straordinario di integrazione salariale comprende tutte quelle misure ricondotte alla cassa integrazione guadagni: essa, dal punto di vista giuridico, è uno strumento di grande flessibilità a favore del datore, il quale ha il potere di sospendere i rapporti di lavoro con alcuni o tutti i dipendenti per porre in essere le misure finalizzate al superamento della crisi aziendale o dell'eventuale ristrutturazione organizzativa che egli vuole compiere. In questo periodo è lo stato che si fa carico del pagamento degli stipendi, anche se non nella misura intera. Queste operazioni si dovrebbero concludere con la reintegrazione dei rapporti lavorativi. Può però accadere che il datore, esaurita l'ipotesi di questa sospensione durante la quale i lavoratori hanno beneficiato della cassa integrazione guadagni, riconosca che la reintegrazione dei lavoratori non sia possibile. Questa è dunque la prima ipotesi di applicazione del licenziamento collettivo.
- **Art. 24 l. 223/1991**; in questo secondo caso la disciplina del licenziamento collettivo si applica alle imprese che occupano più di 15 dipendenti, compresi i dirigenti, e che, in conseguenza di una riduzione o trasformazione di attività o di lavoro, intendano effettuare almeno 5 licenziamenti, nell'arco di 120 giorni, in ciascuna unità produttiva, o in più unità produttive nell'ambito del territorio di una stessa provincia. Se saranno solo 3 i lavoratori licenziati, il datore non dovrà passare per la procedura di informazione e conciliazione con i rappresentanti sindacali prevista dal licenziamento collettivo, bensì opererà 3 licenziamenti individuali per giustificato motivo oggettivo. In questo caso, a differenza di quanto previsto dall'art. 4, il datore di lavoro procede direttamente al licenziamento. Questa ipotesi spiega anche che per addivenire alla decisione di procedere ad un licenziamento collettivo, il datore non deve preventivamente avvalersi degli ammortizzatori sociali come la cassa integrazione guadagni. Bensì, in ragione della situazione economico produttiva dell'impresa, il datore deve decidere se adoperare strumenti come quello della cassa integrazione per poi reintegrare i lavoratori, oppure se procedere direttamente al licenziamento, a seconda di una previsione della situazione futura dell'impresa.

Dunque, la disciplina dei licenziamenti collettivi risponde ad una logica completamente diversa da quella dei licenziamenti individuali, per varie ragioni: con riferimento alla seconda, l'ordinamento deve infatti tutelare la posizione del singolo lavoratore destinatario del licenziamento e al contempo assicurare sia la libertà di iniziativa economica del datore, che può anche manifestarsi nel licenziamento per motivo oggettivo, sia l'interesse del datore stesso a ricevere una prestazione esatta e resa con la dovuta diligenza ex art. 2104 c.c. In questo contesto, quindi, va sempre garantito il principio di necessaria giustificazione del licenziamento: il datore, nell'esercizio del diritto di recesso, affinché esso sia legittimo, deve provare una giustificazione che si iscriva nelle ipotesi previste dalla legge, giusta causa o giustificato motivo.

Nella logica dei licenziamenti collettivi, invece, non si pone il problema dell'inadempimento o dell'esatto adempimento in quanto detti licenziamenti per definizione non possono che essere giustificati da esigenze di carattere organizzativo.

Nell'ipotesi in cui una medesima esigenza di carattere organizzativo o produttivo o di crisi economica investa una pluralità di lavoratori rendendo necessario procedere al licenziamento di più persone, inoltre, gli interessi coinvolti sono anche diversi e ulteriori rispetto a quelli delle parti del contratto di lavoro. Innanzitutto, viene valorizzato l'interesse del datore a organizzare come meglio ritiene la propria attività economica, il cui esercizio è garantito dall'art. 41 Cost., e che si può

manifestare anche nella necessità di ridurre l'organico dell'impresa. Con riferimento poi ai licenziamenti che coinvolgono molti lavoratori, il licenziamento incide sulla comunità locale, sul sistema economico produttivo del territorio, sulle istituzioni e sulla società nel suo complesso: l'operazione quindi non si riflette solo sul piano obbligatorio tra le parti. Per questo il legislatore ha da sempre trattato l'ipotesi del licenziamento collettivo con una disciplina separata da quella prevista per il licenziamento individuale giustificato da motivi oggettivi.

Questa disciplina si caratterizza innanzitutto per il coinvolgimento dei rappresentanti dei lavoratori in una fase che precede il licenziamento, allo scopo di conseguire alternativamente uno dei 3 obiettivi di cui sopra (evitare il licenziamento, ridurre i lavoratori da licenziare, stabilire i criteri per individuare i lavoratori da licenziare).

La l. 223/1991, in ricezione di una direttiva europea, prevede la disciplina dei licenziamenti collettivi in due ipotesi (vedi sopra artt. 4 e 24).

La procedura

Il **procedimento** previsto per il licenziamento collettivo si apre con una **comunicazione scritta** che il datore deve trasmettere ai rappresentanti sindacali aziendali individuati ai sensi dell'art 19 SdL (RSA o RSU), nonché alle rispettive associazioni di categoria. Qualora nell'impresa non siano state costituite delle RSA, la comunicazione deve essere indirizzata alle associazioni di categoria aderenti alle confederazioni maggiormente rappresentative sul piano nazionale. Contemporaneamente la comunicazione deve essere trasmessa all'Ufficio regionale del lavoro o, se l'impresa è localizzata in più regioni, direttamente al Ministero del lavoro.

La legge specifica in modo puntuale anche il **contenuto** di detta comunicazione; l'elenco di questi elementi sono richiesti a pena di **illegittimità** della comunicazione: se il datore di lavoro dovesse tacere alcuni aspetti o dovesse trasmettere una comunicazione parziale, gli errori e le incompletezze inficerebbero l'intera procedura e quindi la stessa legittimità del licenziamento.

- **motivi che determinano la situazione di eccedenza:** cioè il perché il datore ritenga di non poter riassorbire i lavoratori preventivamente collocati in cassa integrazione o di dover licenziare almeno 5 lavoratori in meno di 120 giorni.

Paradossalmente alcuni hanno sostenuto che sia più semplice, nel nostro ordinamento, licenziare 500 lavoratori che uno solo: il significato di fondo di questa affermazione coglie un punto di verità. Se infatti il datore intima un licenziamento individuale, egli deve procedere alla giustificazione e il lavoratore può impugnarlo ricorrendo al giudice del lavoro che verifica quindi l'effettiva esistenza della ragione addotta dal datore. Nel caso invece del licenziamento collettivo, il controllo sulle ragioni sostanziali che giustificano il licenziamento non è demandato al giudice, non è un controllo ex post e puntuale svolto dal giudice in caso di controversia, bensì è un controllo ex ante effettuato dai rappresentanti coinvolti nella procedura di informazione e consultazione.

I ruoli di giudici e di rappresentanti sindacali sono diversi e sono anche diversi gli strumenti che questi possono adottare (il giudice può infatti richiedere delle prove ed effettuare la trattazione della causa, venendo a conoscenza di più elementi, al contrario dei rappresentanti sindacali).

Nel caso di controversia all'esito di una procedura di licenziamento collettivo, poi, il giudice non procede alla verifica delle ragioni sottese al licenziamento, bensì alla verifica del puntuale rispetto della procedura di informazione e consultazione. L'ordinamento, quindi, ritiene che questa fase di controllo, che si esplicita nella successiva fase di esame congiunto, sia l'esatto e l'unico momento in cui il datore è tenuto ad esplicitare e giustificare il licenziamento.

- **motivi tecnici, organizzativi o produttivi, per i quali si ritiene di non poter adottare misure idonee a porre rimedio alla predetta situazione ed evitare, in tutto o in parte, il licenziamento**

collettivo: il datore deve esplicitare in modo puntuale il perché ritenga di non poter adottare delle misure diverse dal licenziamento collettivo (ad esempio, ricollocare i lavoratori o modificare la struttura aziendale: obbligo di *repêchage*).

- **numero, collocazione aziendale e profili professionali del personale eccedente, nonché del personale abitualmente impiegato:** il datore non può identificare i lavoratori da licenziare perché non è questa la logica del licenziamento collettivo. Ad esempio, nel caso in cui non ci sia più bisogno di 10 lavoratori che si occupavano di *marketing*, il datore non può identificare gli esatti lavoratori da licenziare; o ancora nel caso in cui sia necessario ridurre l'organico nelle sue varie aree, il datore non può scegliere i lavoratori.

Questo è previsto in quanto devono essere garantite la trasparenza e la non arbitrarietà delle decisioni aziendali che infatti potrebbero celare ragioni ulteriori o personali. Il datore, quindi, deve solo esplicitare i criteri per l'identificazione dei dipendenti che potrebbero essere licenziati (ad esempio, 10 lavoratori di marketing, 5 di magazzino e 3 di reparto vendite per le ragioni x e y).

- **tempi di attuazione del programma di riduzione del personale:** la riduzione del personale, se risulta necessaria, deve avvenire in tempi congrui individuati dal datore
- **eventuali misure programmate** per fronteggiare le conseguenze sul piano sociale dell'attuazione del programma di riduzione del personale, tramite il calcolo di tutte le attribuzioni patrimoniali diverse da quelle già previste dalla legislazione vigente e dalla contrattazione collettiva; queste misure non sono sempre possibili o programmabili; contano in questi termini ad es. le somme utilizzate come incentivo all'esodo al fine sostenere per un certo periodo i lavoratori che verranno licenziati o ancora le somme finalizzate a coprire corsi di formazione per una futura occupazione

I rappresentanti sindacali, dalla data di ricevimento della comunicazione, hanno **7 giorni** per chiedere l'apertura della **fase di esame congiunto**. Può anche accadere che i rappresentanti non ne facciano richiesta e quindi che il datore proceda direttamente al licenziamento.

Questa fase non è disciplinata dalla legge: la normativa si limita a stabilire che le parti (rappresentanti sindacali e datore di lavoro) hanno 45 giorni per addivenire ad un accordo, valutando insieme le circostanze e le ragioni del licenziamento e le eventuali misure alternative al licenziamento o di sostegno ai lavoratori.

Lo scopo previsto per questo accordo, che l'ordinamento auspica venga raggiunto, è quello di evitare innanzitutto i possibili licenziamenti (la legge infatti prevede esplicitamente che le parti possano derogare all'art. 2103 c.c. per il tramite di questo accordo, ad es prevedendo il demansionamento al fine di salvare l'occupazione).

Per il tramite di questo accordo l'ordinamento si auspica anche che le parti stesse individuino i criteri in forza dei quali scegliere i lavoratori da licenziare; la legge non può obbligare le parti a stipulare un accordo ma incentiva il più possibile le parti in questo senso con lo scopo di assicurare che questa operazione di scelta avvenga in modo trasparente e che i criteri siano anche condivisi con i rappresentanti dei lavoratori.

Una volta stabiliti questi criteri nell'accordo, il datore dovrà rispettarli e sarà lui stesso a procedere al licenziamento in quanto l'accordo non ha la funzione di interrompere i rapporti di lavoro, bensì solo di identificare i parametri per scegliere i lavoratori stessi da licenziare. Dopo quindi la stipulazione dell'accordo, il datore procederà alla specifica scelta dei lavoratori da licenziare che riceveranno personalmente la lettera di licenziamento dal datore di lavoro stesso.

In una seconda ipotesi, in luogo del licenziamento, le parti potrebbero riconoscere come sufficienti delle misure alternative al licenziamento e di sostegno ai lavoratori.

Non si può poi riconoscere ai rappresentanti sindacali un **potere di veto** sulle scelte del datore di lavoro che sarà libero nella sua ultima scelta anche in caso di eventuali scioperi o proteste; il datore, infatti, è solo obbligato a offrire comunicazione della sua scelta e a sedersi con loro per almeno 45gg. Se rispettate queste condizioni genuinamente, anche nel caso in cui l'accordo non sia raggiunto, comunque il datore non può essere privato del suo diritto di recesso.

Nel caso di mancato raggiungimento dell'accordo, il Ministero del lavoro, cui deve essere data comunicazione scritta dell'eventuale risultato negativo della fase di informazione e consultazione, potrebbe chiedere che le parti si riuniscano nuovamente, anche eventualmente offrendo loro delle proposte per la realizzazione di un accordo.

Nel caso di esito negativo anche di questa procedura, secondo un terzo scenario, il datore procederà ai licenziamenti dovendo rispettare i **criteri legali** stabiliti dalla legge, i quali infatti si applicano, con funzione sussidiaria, SOLO in mancanza dell'accordo. Detti criteri, che devono essere considerati cumulativamente e che non prevalgono l'uno sull'altro, sono:

- carichi di famiglia,
- anzianità,
- esigenze tecnico - produttive ed organizzative (ad esempio: esigenze oggettive per cui se ho bisogno di meno impiegati nella parte di marketing, non posso licenziare i lavoratori del magazzino).

Conclusa questa procedura, il datore procederà alla **comunicazione del licenziamento**, ciascuna indirizzata ad ogni lavoratore individuale; è questo l'atto unilaterale recettizio che produce l'effetto di determinare la cessazione del rapporto di lavoro.

Entro 7 giorni dalla comunicazione dei recessi, l'elenco dei lavoratori licenziati, con l'indicazione per ciascun soggetto del nominativo, del luogo di residenza, della qualifica, del livello di inquadramento, dell'età, del carico di famiglia, nonché con puntuale indicazione delle modalità con le quali sono stati applicati i criteri di scelta, deve essere comunicato per iscritto all'Ufficio regionale del lavoro o al Ministero del lavoro, alla Commissione regionale per l'impiego e alle associazioni di categoria.

Nel caso di **illegittimità del licenziamento collettivo**, è necessario distinguere le ipotesi, sulla base della data di assunzione dei lavoratori licenziati, in cui si applica l'art. 18 della **Legge Fornero** da quelle in cui si applica il Jobs Act. Nel primo caso:

- qualora il licenziamento sia intimato senza l'osservanza della forma scritta: reintegrazione e risarcimento in misura piena (tutela reintegratoria forte);
- in caso di violazione dei criteri di scelta: i soggetti che non erano destinatari del licenziamento proprio per l'adozione di criteri illegittimi, hanno diritto alla tutela reintegratoria debole (reintegrazione e risarcimento massimo 12 mensilità);
- in caso di violazione delle regole disposte circa la comunicazione: tutela risarcitoria forte (risarcimento tra 12 e 24 mensilità).

Nel caso in cui, *ratione temporis*, si applichi il **Jobs Act**, cioè per lavoratori assunti dopo il 7.3.2015:

- se il licenziamento è intimato senza l'osservanza della forma scritta: reintegrazione e risarcimento del danno nella misura massima;
- sia in caso di violazione delle procedure sia in caso di violazione dei criteri di scelta: risarcimento tra minimo 6 e massimo 36 mensilità di retribuzione (questa è la tutela ordinaria in applicazione del Jobs Act).

Con riferimento al fatto che trovano applicazione questi due sistemi sanzionatori diversi, è necessario puntualizzare il caso in cui due lavoratori, assunti in momenti diversi, vengano licenziati nello stesso momento secondo una modalità che viola però i criteri di scelta: l'uno, a cui si applica la riforma Fornero, avrà diritto alla reintegrazione, mentre l'altro, a cui si applica il Jobs Act, avrà solo diritto al risarcimento. Questo punto è stato sollevato dinanzi alla corte EDU che però si è dichiarata incompetente sulla materia, ad oggi il problema è ancora aperto.