

PARTE PRIMA

INTRODUZIONE AL DIRITTO DEL LAVORO

1. CARATTERI GENERALI

1. Il ruolo del diritto del lavoro, ieri e oggi

1.1. Strumento di *regolazione dei rapporti di produzione*, nei quali il lavoro umano è ancora fattore ineliminabile (mercato del lavoro, ma il lavoro non è merce)

1.2. Ambito di confronto e/o scontro fra politiche e ideologie:

- *liberistiche*: contano le leggi di mercato; è il mercato che stabilisce il livello di remunerazione della prestazione di lavoro; le condizioni di lavoro sono frutto di contrattazione fra le parti

- *solidaristiche e protezionistiche* del lavoro umano

- corsi e ricorsi storici: dallo Statuto dei lavoratori al Jobs Act

1.3. Fattore di equilibrio nei rapporti sociali: il ruolo di mediazione dei gruppi organizzati (associazioni sindacali)

Quale diritto del lavoro oggi?

2. Origini e funzione del diritto del lavoro

C'è sempre stato un lavoro prestato nell'interesse e sotto il comando altrui, ma: o era il lavoro servile, o il lavoro nella bottega artigiana nel sistema delle corporazioni medievali (per imparare il mestiere)

2.1. Il diritto del lavoro nasce come *reazione ai problemi sociali* derivanti dai primi processi di industrializzazione (concentrazione dei capitali; gli artigiani sono costretti a collaborare con il capitalista; urbanesimo e concentrazione di manodopera nelle grandi fabbriche) e *alla ideologia borghese-liberale* che ne era a fondamento (libertà economica con affrancamento dai vincoli di tipo feudale, regole del mercato)

2.1. Il diritto del lavoro si identifica in base all'*oggetto*: l'attività di lavoro dell'uomo diretta ad un risultato produttivo e dedotta in un contratto nel quale quella attività è messa a disposizione di un altro soggetto (all'origine, secondo lo schema della locazione di opere)

Rilevano perciò:

- la *implicazione della persona* (non solo l'"avere", ma prima di tutto l'"essere" nell'ambito del rapporto contrattuale)

- lo svolgimento del lavoro in un'*organizzazione diretta da altri* (alienità dei mezzi e del risultato produttivo)

- da ciò la necessità di ***particolare tutela del lavoratore***

2.2. Dunque, il diritto del lavoro nasce e si sviluppa come ***strumento di tutela del lavoratore subordinato, come soggetto debole nel rapporto***: in ciò sta la specialità del diritto del lavoro (tutela selezionata); restano fuori, in origine, il lavoro autonomo (organizzazione e risultato produttivo appartengono al lavoratore) e il lavoro prestato in base a rapporti associativi (comunanza di scopo)

La *funzione* del diritto del lavoro è dunque, in termini generali, quella della protezione di uno dei soggetti del contratto di lavoro subordinato: da ciò la distanza rispetto al diritto privato in generale, ispirato all'eguaglianza fra i contraenti; *il diritto del lavoro è tradizionalmente diritto "diseguale"*

2.3. Il diritto del contraente debole è pensato per un certo *tipo "sociale"* di lavoratore; in tempi più recenti si verifica talora uno scarto fra la normativa di tutela e la situazione concreta da tutelare: da un lato, ci può essere un lavoratore subordinato non necessariamente debole (es. dirigente); d'altro lato, ci può essere debolezza al di fuori del lavoro subordinato (es. collaboratori coordinati e continuativi; soci lavoratori di cooperativa)

Dal principio di corrispondenza fattispecie/effetti (se c'è lavoro subordinato c'è tutta la tutela) alla esigenza contrapposta di modulare gli effetti e le tutele a seconda delle varie situazioni; verso un diritto del lavoro più "eguale"?

2.4. *L'espansione del diritto del lavoro*

Una attività lavorativa può essere svolta sulla base di *diversi titoli giuridici* e di diversi fondamenti (contratto subordinato, parasubordinato, autonomo, associato; rapporto familiare, di cortesia; lavoro di cura, volontariato), con varietà delle forme di tutela.

Dal diritto del lavoro al diritto dei lavori?

Il lavoro subordinato resta l'archetipo

3. Gli strumenti tradizionali di tutela

3.1 Squilibrio fra domanda e offerta di lavoro; debolezza economica e contrattuale del lavoratore; "ingiustizia" dei comuni principi dell'autonomia privata; la posizione dello stato liberale (no a strumenti di "disturbo" delle regole del mercato, come l'associazionismo e lo sciopero; dapprima divieti penali, poi mitigati). I correttivi stanno nella introduzione di *limiti all'autonomia privata* quanto al contenuto del rapporto:

a) *norma inderogabile di legge* (ad es., si fissa un limite alla durata della prestazione di lavoro; tutela delle donne e dei fanciulli) con effetto *sostitutivo*: la clausola contrattuale difforme è sostituita automaticamente e sono invalidi gli atti dispositivi (il lavoratore come un incapace); nelle origini, alla base stanno esigenze di tutela anche dell'ordine pubblico (es. assicurazione obbligatoria per gli infortuni sul lavoro); si parla di legislazione sociale, di carattere pubblicistico

b) *norma collettiva* (nelle origini: il concordato di tariffa, per evitare la concorrenza fra lavoratori); anch'essa dovrebbe essere inderogabile con effetto sostitutivo (ma ci sono problemi, perché questi non sono caratteri dell'autonomia privata, ma della legge)

c) gli strumenti di *autotutela* (sciopero)

3.2 *La funzione anticoncorrenziale del diritto del lavoro:*

- per evitare la concorrenza fra lavoratori in situazioni di eccesso di offerta di lavoro (norma minima al di sotto della quale non si può scendere)

- per evitare la concorrenza fra imprese basata sui risparmi sul costo del lavoro (*dumping sociale*)

- oggi, nell'economia globalizzata servirebbe per limitare la concorrenza fra ordinamenti giuridici (fra quelli senza, o con poche, protezioni per il lavoro e quelli protettivi)

3.3. Il cammino tradizionale del diritto del lavoro. Il progressivo ampliamento della tutela: i principi costituzionali (poi il culmine con lo statuto dei lavoratori del 1970); rigidità del mercato del lavoro (che non funziona); si accentua la tutela *nel rapporto*

4. Il diritto del lavoro che cambia: tutele minori e/o diverse?

I vari *cambiamenti*:

- lo scenario socio-economico: rivoluzione tecnologica e informatica, terziarizzazione, poi crisi (prima crisi contingenti, poi crisi strutturali, ora grande crisi finanziaria globale: ci sono meno risorse da redistribuire)

- i soggetti (non più solo l'operaio di fabbrica; dispersione, diverse professionalità; il lavoratore che è anche consumatore e utente)

- la qualità e gli attori del conflitto (lo sciopero contro gli utenti, nei servizi pubblici)

- il livello degli interessi coinvolti: da quelli individuali e collettivi a quelli più generali: dalla dimensione microeconomica a quella macroeconomica (art. 41 Cost.: il "valore" dell'iniziativa economica; efficienza e produttività)

- emersione di istanze per la diversificazione degli interessi, tutela individualizzata, il lavoratore non più "incapace" da proteggere, istanza di libertà e di autonomia contrattuale

- dall'interesse pubblico a tutelare sempre e comunque il lavoro subordinato all'interesse alla razionalizzazione della tutela (contenimento, redistribuzione); dalla funzione protettiva del lavoratore alla funzione di diritto della produzione e del mercato

- istanze di *flessibilità* (in entrata, nella gestione del rapporto e in uscita, più liberismo); quale l'equilibrio tra flessibilità e tutela? la *flexicurity*: solo un ossimoro o un vero progetto di politica del diritto? dalla tutela nel rapporto alla tutela *nel mercato* (tutele per la disoccupazione, accesso all'occupazione, strumenti per la riqualificazione professionale)
- il mutamento di azione del sindacato: dalla tutela professionale allo scambio politico (concertazione, dialogo sociale; e ora?)
- i nuovi deboli (giovani, disabili, disoccupati)
- globalizzazione: interazione sistematica fra le varie economie; competizione senza confini; i diritti nazionali (nati per sottrarre il lavoro alla concorrenza) sono in concorrenza fra loro (delocalizzazione, *dumping sociale*); il rifiuto dei diritti sociali da parte dei paesi emergenti;
- la grande crisi finanziaria degli ultimi anni; crescita difficile; riforme strutturali (ma quali?)
- il Jobs Act: destrutturazione del diritto del lavoro o rilancio con strumenti diversi? crescita dell'occupazione e regolazione giuridica: un rapporto difficile

5. Partizioni

- dimensione *individuale* (il contratto), legge: è il diritto del rapporto di lavoro
- dimensione *collettiva*: è il diritto sindacale
- rilevanza diretta di *interessi pubblici*: è la previdenza sociale e il c.d. diritto amministrativo del lavoro
- il pubblico impiego: dalla separazione fra lavoro privato e lavoro pubblico (facente parte del diritto amministrativo) ai processi di osmosi, alla c.d. privatizzazione, più esattamente, contrattualizzazione introdotta dal d.lgs. n. 29/1993, ora Testo unico del pubblico impiego d.lgs. n. 165/01 e successive modifiche; la disciplina in parte è comune al lavoro privato, in parte speciale; recente tendenza verso una "ripubblicizzazione" del rapporto

6. Diritto del lavoro e scienze sociali

6.1. Il rapporto con l'*economia* (disciplina che studia la produzione, la distribuzione e il consumo della ricchezza)

- l'efficienza paretiana, il mercato che si autoregola e l'inefficienza della regola giuridica
- influsso reciproco fra norma giuridica e conseguenze economiche: un problema sempre aperto
- norma giuridica e valori

6.2. Il rapporto con la *sociologia*, scienza che studia i comportamenti umani come fatti: utilità della sociologia come strumento conoscitivo per le scelte circa le regole giuridiche; relazioni industriali: studio del comportamento dei soggetti collettivi

2. LE FONTI

1. Fonti sovranazionali

1.1. Fonti *internazionali*:

1.1.1. I trattati (producono effetti dopo la legge di ratifica da parte dei singoli Stati)

- Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo ONU del 1948: art. 23 (diritto al lavoro come scelta dell'impiego; diritto ad una remunerazione equa e sufficiente; diritto ad eguale retribuzione per eguale lavoro; diritto a fondare sindacati), art. 24 (diritto al riposo)
- Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (CEDU) del 1950 (divieto di lavoro forzato e diritto di costituire sindacati)

1.1.2. *L'OIL* o ILO (Organizzazione internazionale del lavoro): organismo operante in sede ONU con obiettivo la promozione delle condizioni di lavoro (difficoltà di armonizzazione fra i vari paesi membri). Composto da: Conferenza internazionale (organo legislativo), Consiglio di amministrazione (organo esecutivo e di proposta), Ufficio Internazionale del lavoro (organo di ricerca)

L'organo legislativo (la Conferenza internazionale) emana raccomandazioni e *convenzioni* (che devono essere ratificati dagli Stati; possibilità di ratifiche parziali e differite nel tempo). Per lo più si tratta di normativa di tutela già presente nel nostro ordinamento (es.: diritto di associazione e negoziazione collettiva, uguaglianza di retribuzione, discriminazione, rappresentanti dei lavoratori, età minima, sicurezza e salute dei lavoratori, lavoro a domicilio ecc.). La Dichiarazione del 1998 e i 4 diritti fondamentali (libertà di associazione e contrattazione collettiva; abolizione del lavoro forzato; abolizione del lavoro infantile; non discriminazione)

1.1.3. *Clausole sociali*: accordi internazionali che subordinano concessioni economiche o vantaggi commerciali all'osservanza di condizioni minime per i lavoratori

Dibattito all'interno del WTO (*World trade organization*, organizzazione con l'obiettivo di eliminare o ridurre le barriere tariffarie al commercio di beni e servizi) sulla possibilità di inserire clausole sociali negli accordi economici multilaterali: opposizioni varie (di chi ritiene che il WTO abbia obiettivi di liberalizzazione e degli stessi paesi emergenti, che tendono al protezionismo e rifiutano le clausole sociali); 1996 e dichiarazione degli stati membri del WTO per il rispetto dei diritti fondamentali dei lavoratori.

Torna la questione della funzione anticoncorrenziale delle norme sul lavoro

1.2. *Fonti comunitarie*

1.2.1. Fonti *primarie*: Trattato istitutivo della Comunità Economica Europea di Roma del 1957, Atto Unico Europeo del 1986, Trattato sull'Unione Europea di Maastricht del 1992 (Accordo sulle politiche sociali), Trattato di Amsterdam del 1997 (Trattato istitutivo della Comunità europea e Trattato sull'Unione Europea), Trattato di Nizza del 2000, Trattato per la Costituzione europea del 2004 (naufragato per il rifiuto di Francia e Olanda), Trattato di Lisbona del 2007 (Trattato dell'Unione Europea e Trattato per il funzionamento dell'Unione Europea, con allegata la Dichiarazione dei diritti fondamentali, con lo stesso valore giuridico del Trattato)

- *regolamenti* (direttamente applicabili)

1.2.2. Fonti *derivate*:

- *direttive* (del Consiglio su proposta della Commissione): vincolano gli stati membri quanto allo scopo, lasciando libertà nella scelta dei mezzi (attuazione della direttiva con provvedimento legislativo interno); talora sono immediatamente efficaci se sufficientemente precise quanto all'oggetto e ai soggetti obbligati (direttive *self executing*), ma in tal caso l'efficacia è solo verticale (cioè nei confronti degli stati) e non orizzontale (cioè nei rapporti fra privati); inadempimento degli stati (mancata attuazione nel termine prescritto) e rimedi (interpretazione comunitariamente orientata; in mancanza, risarcimento del danno); possibilità di applicare l'art. 117, comma 1, Cost. (la potestà legislativa è esercitata nel rispetto dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario) ai fini di una efficacia sempre diretta (ma la questione è discussa); possibilità di recepire la direttiva con contratto collettivo (problemi se il contratto non ha efficacia generalizzata)

1.3. Rapporti fra norme comunitarie e interne: le norme del trattato, dei regolamenti e delle direttive *self executing* prevalgono, nel senso che la norma nazionale difforme viene *disapplicata*

1.4. *I contenuti*

Le finalità originarie delle norme comunitarie (economiche) e i contenuti "lavoristici": libertà di circolazione dei lavoratori (art. 45 TFUE), cumulo dei periodi di lavoro a fini previdenziali (art. 48 TFUE), parità retributiva fra uomini e donne (art. 157 TFUE); la finalità è economica, cioè quella di *garantire le libertà economiche* (circolazione di merci, capitali, persone) e di evitare distorsioni nella concorrenza (*dumping sociale*, cioè aggressività concorrenziale in ragione del basso costo del lavoro);

- poi, si afferma in modo autonomo la politica sociale europea (art. 151 TFUE): tutela del lavoratore in quanto persona; art. 152 (ruolo delle parti sociali); art. 153: non c'è un "codice" di diritti, ma la previsione di obiettivi di politica del lavoro

- dalle direttive "regolative" (licenziamenti collettivi, trasferimento di azienda, lavoro a termine, part time, orario, diritti di informazione, insolvenza del datore) agli obiettivi di armonizzazione, alle direttive di *soft law*: si indicano orientamenti, obiettivi generali (MAC, cioè metodo aperto di

coordinamento verso obiettivi comuni, a carattere non coercitivo; Libro verde); la strategia per l'occupazione e i 4 pilastri (occupabilità, cioè formazione e capacità inserimento; adattabilità, cioè flessibilità; imprenditorialità, cioè incentivi; pari opportunità, con azioni a beneficio delle categorie svantaggiate)

- l'attuale situazione di incertezza sul diritto sociale europeo (allargamento a 28 stati e riduzione degli *standards* minimi); la Carta dei diritti fondamentali allegata al Trattato (art. 12, 15 e 16, 21, 23, 27, 29, 30, 31, 32, 34): efficacia diretta?

- la clausola di non regresso

- le regole per l'approvazione delle direttive: maggioranza qualificata (es: per salute, sicurezza, informazione, parità) o unanimità (es. sicurezza sociale, licenziamenti); le materie escluse dalla competenza comunitaria (es. sciopero e serrata, diritto di associazione, retribuzione: art. 153 5°c.); la consultazione delle parti sociali, possibile recezione di accordi collettivi europei nelle direttive

2. Fonti interne

a) La *Costituzione* e i suoi principi:

- generali: art. 1 (impegno sociale), 2 (i diritti inviolabili nelle formazioni sociali), 3, 1° e 2° comma (eguaglianza formale e sostanziale come principio di equità sociale, di garanzia del soddisfacimento dei bisogni essenziali e di eguaglianze delle opportunità), 4 (diritto al lavoro, impegno per lo Stato);

- specifici: art. da 35 a 40; art. 41, 46)

b) *Leggi statali* ordinarie e atti con valore di legge (decreti legge e decreti legislativi: uso e abuso); il fenomeno della legge "contrattata" (si acquisisce preventivamente il consenso delle parti sociali); la concertazione (tecnica politica di coinvolgimento delle parti sociali e di "scambio" con esse su temi sociali e di politica economica); i regolamenti (importanza crescente, a causa dell'estendersi dell'azione governativa)

c) *Leggi regionali* e nuovo art. 117 Cost. (prima la competenza era solo per la formazione professionale e i servizi per l'impiego). Ora:

- competenza esclusiva dello Stato per "ordinamento civile e livelli essenziali delle prestazioni (2°c., lettere l e m)

- competenza concorrente per "tutela e sicurezza del lavoro" (3°c.); la formula è ambigua (tutela del lavoro può essere espressione onnicomprensiva); meglio intendere, sia pure con una forzatura, tutela della sicurezza sul lavoro (dunque: salute e sicurezza, ma anche tutela sul mercato, strumenti per l'entrata e l'uscita "morbida", diritto amministrativo del lavoro)

d) *Usi normativi* (reiterazione, *opinio iuris*): art. 2078 c.c. (gli usi rilevano in mancanza di fonti legislative) prevalenza degli usi più favorevoli al lavoratore sulle norme solo dispositive); vari richiami (ferie, periodo di comportamento, preavviso di recesso ecc.).

Altra cosa sono gli *usi aziendali*: condotta generale e costante tenuta dal datore di lavoro nella gestione di certi profili dei rapporti; rilevano *ex art.* 1340 c.c. (clausole d'uso che si intendono inserite nel contratto individuale, salva diversa volontà); problema del rapporto fra gli usi aziendali e i contratti collettivi (questi possono modificare *in pejus* i primi?)

e) *Equità*: la giustizia del caso concreto, che rileva solo se mancano le altre fonti; si veda però ora l'arbitrato di equità (art. 31, comma 5 e comma 10 della legge n. 183/10), nel rispetto dei principi generali dell'ordinamento e dei principi regolatori della materia

f) Le fonti *improprie*:

- i contratti collettivi (che sono atti di autonomia, ma con caratteristiche di eteronomia): rinvio

- la giurisprudenza: pur in un sistema di diritto scritto, rilievo della funzione nomofilattica della Corte di Cassazione (che ora decide anche della violazione del contratto collettivo); rilevanza solo pratica del precedente.

3. Il rapporto tra le fonti: rinvio

PARTE SECONDA

IL DIRITTO SINDACALE

SEZ. I: LIBERTA' E RAPPRESENTANZA SINDACALE,

1. GENERALITA'

1. Nozione di diritto sindacale:

Complesso di norme di varia natura e origine che regolano i rapporti fra i gruppi professionali organizzati

- norme sovranazionali: Convenzioni OIL; in sede comunitaria la competenza è limitata (art. 153, 4°c. TFUE: esclusa per il diritto di associazione sindacale, ma la Carta dei diritti fondamentali (ora allegata al Trattato) riconosce il diritto di libera associazione anche sindacale e il diritto alla contrattazione collettiva

- norme nazionali specifiche (art. 39 e 40 Cost.; Statuto dei lavoratori); norme generali sulle associazioni non riconosciute

- norme "autonome" del cosiddetto ordinamento intersindacale (norme originarie, legate a prassi e metodi delle relazioni industriali; autonomia e criteri di collegamento con l'ordinamento statale)

2. L'interesse collettivo

2.1. Il fenomeno che viene regolato dal diritto sindacale: aggregazione di più soggetti intorno ad un *interesse collettivo*

- l'aggregazione: *organizzazione* (varie forme: associazione, organizzazione spontanea) e *attività* (autotutela: conflitto e contratto)

- interesse collettivo: è interesse *indivisibile* che esige il sacrificio degli interessi individuali, dunque è sintesi e non solo somma di interessi individuali;

- nesso originario con le relazioni di lavoro; poi la sfera si allarga (sfera politico-economica; concertazione)

2.2. Il contenuto di quel complesso di norme, sotto il profilo del carattere che le distingue: autorità, libertà; breve evoluzione storica: dalla repressione penale al controllo pubblico sul sindacato, al riconoscimento di libertà e poi di diritti

2. LA LIBERTA' SINDACALE

1. Nozione: *facoltà di coalizione e azione per la tutela di un interesse professionale collettivo*

I diversi profili della libertà sindacale

1.1. Libertà *da*: multidirezionalità

a) libertà nei confronti dello Stato (diritto soggettivo pubblico)

- libertà da interferenze nell'organizzazione interna (no a processi di assorbimento nelle strutture pubbliche, come nel periodo corporativo, dove i sindacati erano persone giuridiche di diritto pubblico)

- libertà da interferenze sui contenuti dell'azione sindacale (possibili tetti massimi alla contrattazione? C'è una riserva di contratto nella Costituzione o il legislatore può intervenire?)

b) libertà verso il datore di lavoro, nel rapporto

1.2. Libertà *di*: concerne l'azione; diversità di piani:

- a) profili *collettivi*: libertà di organizzazione (pluralismo) in ogni forma e in ogni ambito, ora anche in ambito aziendale
- b) profili *individuali*: libertà positiva e negativa (dissenso); illegittimità delle clausole di *closed shop*; tutela nella gestione del rapporto

2. La normativa

2.1. Convenzioni OIL n. 87 (verso lo Stato) e n. 98 (verso il datore di lavoro)

2.2. Art. 39, 1°c. Cost.

- rilevanza di ogni forma organizzativa (rapporto con l'art. 18 Cost.)
- rilevanza costituzionale del fine sindacale
- pluralismo sindacale, concorrenza; unità sindacale e separazione

2.3. Lo Statuto dei lavoratori

- a) art. 14: libertà del singolo di associarsi;
- b) art. 15 e 16: la tutela antidiscriminatoria (contro atti o patti; rilievo dell'intento soggettivo discriminatorio o solo oggettivo del pregiudizio)
- c) art. 17: genuinità e concorrenza (la sanzione non può però essere lo scioglimento del sindacato di comodo)

3. La titolarità della libertà sindacale

3.1. lavoratori subordinati: nessun problema

3.2. lavoratori parasubordinati: la libertà sindacale è un dato ormai acquisito (ci sono associazioni, c'è attività contrattuale)

3.3. lavoratori autonomi in senso proprio: dubbi sul riconoscimento della libertà sindacale (difficoltà ad individuare l'interesse collettivo); la legge n. 146/90 (sciopero nei pubblici servizi) ipotizza espressamente una "astensione dal lavoro" dei lavoratori autonomi (liberi professionisti, come gli avvocati), che può essere considerata in modo opposto, come riconoscimento o come affermazione di "distanza" rispetto ai subordinati)

3.4. i datori di lavoro:

- soluzione negativa: mancherebbe l'interesse collettivo (solo art. 18 Cost., non art. 39; l'art. 41 è a dimensione individuale)
- soluzione positiva: è nei fatti; c'è rilevanza di obiettivi uniformi (trattamenti uniformi per evitare concorrenza)

3.5. i pubblici dipendenti: dal divieto originario (si veda art. 2068 c.c.) al riconoscimento (legge quadro per il pubblico impiego del 1983, Testo Unico n. 165/2001. Eccezioni:

- personale civile di Pubblica sicurezza: l. n.121/81 (libertà sindacale, ma solo con sindacati autonomi)
- militari: no sciopero; solo organi elettivi di rappresentanza del personale (l. n. 382/78)

3. L'ORGANIZZAZIONE SINDACALE

1. Dal fenomeno sociale alla sua rilevanza giuridica

1.1. L'organizzazione come fenomeno sociale di aggregazione di soggetti legati fra loro dalla solidarietà professionale (interesse collettivo)

1.2. La *categoria*: è l'*ambito* di tale aggregazione (categoria *organizzativa e associativa*, cui poi si aggiunge la categoria *contrattuale*, che delimita l'ambito di applicazione del contratto collettivo)

Diverse accezioni di categoria:

- categoria in senso ontologico: la categoria esiste in natura (insieme di soggetti che svolgono la stessa attività)

- categoria come espressione di valutazione eteronoma e autoritativa (la categoria del periodo corporativo: art. 2070 c.c., è la categoria merceologica, conta il prodotto finale dell'attività dell'impresa)

- categoria come espressione di valutazione *autonoma* degli stessi interessati, che individuano l'interesse collettivo in base al quale aggregarsi: questa è la concezione adottata dal nostro ordinamento; *libertà di scelta, e dunque pluralismo sindacale*

Dal pluralismo: vantaggi (libertà); inconvenienti (possibilità di sovrapposizioni e conflitti; divisioni ideologiche); nei fatti: pluralismo ideologico ma sostanziale unità di azione (possibili strappi, di recente la contrattazione separata)

2. Le varie forme di organizzazione

2.1. *Tipologie di organizzazione sindacale*: sindacati per ramo d'industria (in base alla categoria merceologica); sindacati di mestiere (es., piloti, dirigenti); i primi sono di solito "confederali" (e dunque solidaristici; rilevanza di interessi più ampi); i secondi sono di solito "autonomi" (rilevanza di interessi più "corporativi")

2.1. Modelli organizzativi

2.1.1. per i lavoratori

- extraaziendale: *verticale* per categorie produttive o *orizzontale*, cioè intercategoriale (Confederazioni, vari livelli territoriali decentrati); strutture di rappresentanza per i lavoratori "atipici"; a livello europeo, la CES (Confederazione europea sindacati)

- aziendale: canale unico (forma rappresentativa del sindacato e forma rappresentativa del personale) o canale doppio (forme separate); nel nostro sistema prevale il canale unico;

varie forme: commissioni interne, sezioni sindacali aziendali, delegati, consigli di fabbrica, assemblea, rappresentanze sindacali aziendali e rappresentanze sindacali unitarie

2.1.2. per i datori di lavoro:

- per lo più organizzazione per settori produttivi (confindustria, confcommercio, confagricoltura, confservizi; articolazioni territoriali); per le pubbliche amministrazioni, l'Aran

2.1.3. Organismi misti e paritetici: gli enti bilaterali, con funzioni:

- di gestione del contratto collettivo e tutela dei lavoratori (es., in caso di sospensione del lavoro), collaborative in generale

- funzioni specifiche attribuite recentemente dalla legge: attività di intermediazione e somministrazione di lavoro, di certificazione dei contratti e degli atti dispositivi del lavoratore

3. Forme giuridiche di organizzazione sindacale

3.1. Il sistema corporativo: il sindacato come persona giuridica di diritto pubblico controllata dall'autorità governativa

3.2. Il modello dell'art. 39 Cost.:

- l'associazione sindacale registrata (libertà e ufficio pubblico) e il contratto collettivo *erga omnes*;

- le ragioni della non attuazione (controlli, problemi per l'accertamento del numero, collegamento con art. 40, opposizione Cisl, difficoltà tecniche per combinare pluralismo e unità negoziale);

- il peso della non attuazione

- in concreto: sistema sindacale di fatto paritetico fra le grandi confederazioni; di recente, difficoltà di rapporti, talora rottura dell'unità di azione)

3.3. La scelta **privatistica**: modello associativo delle associazioni non riconosciute (art. 36 ss. c.c.: accordi fra gli associati, rappresentanza in giudizio, fondo comune, obbligazioni e responsabilità); questo per la "vita vegetativa" del sindacato; ma per l'attività fondamentale e di rilevanza costituzionale non c'è alcuno "statuto"; problemi concernenti la "soggettività" dei sindacati come associazioni non riconosciute (a proposito delle divisioni dei beni in caso di scissione); la questione della democraticità del sindacato e i problemi per la tutela dei membri interni (immunità per il sindacato?)

3.4. forme “istituzionali”, nel senso che sono previste dalla legge (rappresentanze sindacali aziendali) o dalla contrattazione collettiva (rappresentanze sindacali unitarie)

4. RAPPRESENTANZA E RAPPRESENTATIVITA’

1. Nozioni

1.1. **Rappresentanza**: è un *rapporto giuridico*, sulla base delle norme civilistiche

- *volontaria*: il singolo, con l’iscrizione, conferisce all’associazione sindacale il potere di agire in nome e per conto suo.

E’ la tesi dominante in giurisprudenza, che spiega così gli effetti dell’azione del sindacato (contratto collettivo) sui rapporti individuali. Critica: il potere del sindacato (di contrattare con la controparte le condizioni di lavoro) non è derivato dal potere del singolo (che riguarda il singolo rapporto, non l’insieme dei rapporti), ma è *autonomo*

- *legale*: periodo corporativo; vicenda delle aziende a prevalente partecipazione statale; oggi: Agenzia per la rappresentanza negoziale della Pubblica Amministrazione (Aran), alla quale è assegnata la rappresentanza legale delle amministrazioni statali

1.2. **Rappresentatività**; nasce come rapporto di tipo “politico” e sociale e poi diventa un criterio di qualificazione normativa del soggetto sindacale: è l’idoneità del sindacato ad esprimere interessi più vasti di quelli degli iscritti, la capacità di aggregare consensi; è una rappresentanza presunta

2. La politica di sostegno del sindacato rappresentativo

Il legislatore, nella perdurante inattuazione dell’art. 39 Cost., preferisce interventi di sostegno al sindacato “storico”, cioè (maggiormente) rappresentativo. Strumenti di realizzazione di questa politica:

2.1. Partecipazione del sindacato a funzioni pubbliche (es. partecipazione ai consigli di amministrazione degli enti previdenziali, per la migliore realizzazione dell’interesse pubblico; rappresentanza in seno al CNEL)

2.1. Sostegno in azienda

- origine storica: le contestazioni operaie del ’68-’69 e la situazione di turbolenza nelle relazioni industriali (afferinarsi delle organizzazioni spontanee in polemica con il sindacato storico); il legislatore interviene per raffreddare la conflittualità

- scelta politica: si *rafforzano* con specifiche norme di favore quelle organizzazioni che, in quanto aggregano ampi interessi, costituiscono fattori di *equilibrio e stabilità*; scambio fra privilegio e stabilità (con un effetto indotto: tanto più incisivi sono i poteri attribuiti, tanto più cresce la rappresentatività); dunque, sostegno al *sindacato maggiormente rappresentativo*

2.3. Funzioni di *controllo sociale* e poi anche di *gestione* in situazioni di crisi dell’impresa (partecipazione al procedimento amministrativo di ammissione della Cassa integrazione, licenziamenti collettivi, trasferimenti d’azienda)

3. La politica di sostegno in azienda: l’art. 19 Statuto dei lavoratori e le r.s.a.

3.1. Si attribuiscono poteri e privilegi per lo svolgimento di attività sindacale *in azienda*

Costituzione delle *rappresentanze sindacali aziendali*:

- ad iniziativa dei lavoratori (senza vincoli particolari)

- “nell’ambito”, cioè in collegamento (accordo?) con determinati sindacati

3.2. *La formula originaria* e i due criteri: il sindacato aderente alle *confederazioni maggiormente rappresentative sul piano nazionale* e il sindacato *stipulante un contratto collettivo nazionale* o provinciale applicato nell’unità produttiva. La selezione esclude il livello di rappresentatività aziendale (sfasatura fra i criteri di rilevazione della maggiore rappresentatività (m.r.) e l’ambito di azione; ma la sfasatura è basata sulla scelta di privilegiare il sindacato solidaristico-confederale).

- i parametri della m.r.: pluricategorialità, diffusione territoriale, numero, attività sistematica di autotutela.

- questioni di costituzionalità (disparità) sempre respinte: Corte cost. n. 54/74 (difesa dello Statuto, differenza ragionevole, norma solo definitoria e non permissiva); Corte cost. n. 334/88 (carattere solidaristico della scelta normativa, niente r.s.a. per il sindacato dei quadri); Corte cost. n. 30/90 (si accoglie la tesi permissiva, ma è solo con la contrattazione che si può raggiungere la maggiore rappresentatività; no ad un acquisto dei diritti sindacali su base pattizia)

3.3. La crisi delle r.s.a.:

- crisi economica e necessità di una contrattazione non più solo acquisitiva, da cui il *dissenso*; diversificazione delle figure professionali e creazione di nuovi soggetti rappresentativi; nell'art. 19 c'è un fondamento associativo mescolato alla pretesa di rappresentare tutti i lavoratori dell'azienda (ma appunto molti non si sentono rappresentati);

- rottura del patto federativo nel 1984: si passa dall'unica r.s.a. ad una *pluralità di r.s.a.*, una per ognuna delle grandi sigle sindacali, con notevole difficoltà di gestione delle relazioni industriali;

- poi intervengono problemi economici sempre più pressanti (politica dei redditi, Protocollo Ciampi del luglio 1993); si impone una gestione condivisa della crisi, opportunità di adottare criteri più sicuri in tema di rappresentanze sindacali: dalla rappresentatività presunta a quella effettiva (meccanismo elettorale); accordo sulle rappresentanze aziendali unitarie (r.s.u., rinvio)

- le r.s.a. "torneranno di moda" a causa di situazioni di conflitto interne fra i sindacati (caso Fiat/Fiom)

3.4. Il referendum del 1995:

- non tocca l'iniziativa dei lavoratori

- si elimina la lettera *a* dell'art. 19 (non più sindacato m.r.)

- si elimina parte della lettera *b*: resta la qualità di sindacato firmatario di contratto collettivo (in generale, dunque anche aziendale)

- il risultato: rovesciamento del rapporto fra associazione e contrattazione (ora viene prima quest'ultima); sdoganamento del livello aziendale di rappresentatività (non più la prospettiva solidaristica)

- problemi di costituzionalità: Corte cost. n. 244/96 ed *effettività* dell'attività di contrattazione come indice di rappresentatività (no firme "a rimorchio", no contratti che non siano di carattere generale; per i c.d. contratti gestionali si tende ad escludere: Cass. n. 19275/08);

- problemi di efficienza: la rsa si fonda su un contratto ad efficacia soggettivamente limitata; rilevanza del possibile potere di "accreditamento" del datore di lavoro (specie in aree di debolezza contrattuale del sindacato), che decide di contrattare solo con taluni sindacati, così che solo nell'ambito di questi si può costituire la rsa; il dilemma se contrattare o no (poi anche Corte cost. n. 345/96: il sindacato deve fare una valutazione costi/benefici nel decidere se firmare o no)

- il sistema regge finché i sindacati della lettera *b* rientrano anche nella lettera *a* (unità di azione sindacale); salta quando ci sono sindacati con rappresentatività storica che però non sono firmatari perché *non vogliono firmare* (caso Fiom-Fiat: il dissenso)

- la nuova questione di costituzionalità (sopravvenuta): deve pur sempre esserci la rappresentatività (ontologica? dal nuovo 19 in realtà non emerge); irrazionalità di un criterio che guarda non al rapporto fra sindacato e lavoratori, ma fra sindacato e datore di lavoro (contratto); ritorna il potere di accreditamento del datore di lavoro;

- Corte cost. n. 231/13: la questione è accolta (sentenza manipolativa, si riscrive la norma). L'art. 19 è incostituzionale nella parte in cui esclude dalla rsa il sindacato che abbia partecipato alle trattative anche se non sia firmatario

- Problemi: che cosa vuol dire partecipare alle trattative? Basta presentare una qualunque richiesta? Rischio di annacquamento del "privilegio" del titolo III St.; confine con la condotta antisindacale o discriminatoria del datore

4. La legislazione successiva: il sindacato comparativamente rappresentativo

4.1. Abolito per *referendum* il criterio della maggiore rappresentatività, anche il legislatore non lo usa più e lo sostituisce con quello del sindacato *comparativamente* più rappresentativo

- la maggiore rappresentatività era divenuta una rappresentatività *effettiva*: ora si vuole recuperare (a certi fini) una rappresentatività *comparata*, in un certo senso si vuole “pesare” la rappresentatività

4.2. Criterio più selettivo, che serve non tanto ad individuare una qualità dell’associazione sindacale, quanto un preciso soggetto ad esclusione di altri. Es., rilievo del contratto collettivo stipulato dal sindacato *comparativamente* più rappresentativo: occorre scegliere un solo contratto (ai fini della determinazione della retribuzione imponibile, o per integrare o modificare la legge in tema di part time ecc.): parlandosi di contratto, il riferimento è ad una rappresentatività nell’ambito della categoria

- grande incertezza circa i parametri di misurazione (ancora il numero e basta?), specialmente nel caso di accordi separati

- dalla formula “*dai* sindacati *comparativamente* più rappresentativi alla formula “*da* sindacati *comparativamente* più rappresentativi”: adattamento alla situazione di divisione sindacale e di contrattazione collettiva separata.

5. Le rappresentanze sindacali unitarie

5.1. Dalla crisi della rsa (e anche dalla pluralità di rsa) alla ricerca di forme rappresentative efficienti: il Protocollo del luglio 1993 (concertazione parti sociali/governo) che prevede la costituzione di rappresentanze sindacali unitarie

- *Accordo* del dicembre 1993: la nuova forma di rappresentanza è oggetto di accordo con le controparti datoriali (a differenza di prima, quando erano i sindacati dei lavoratori a qualificare unilateralmente come rsa le varie forme di organizzazione, come i consigli di fabbrica). Obiettivo: *decentramento* delle relazioni industriali e delle politiche retributive; da ciò la necessità di *controllo* delle forme organizzative decentrate, alle quali però si chiede una rappresentatività *effettiva*)

Dunque, un compromesso fra istanze di *democraticità* (elezione) e di *affidabilità* (controllo sindacale). Regole sulla composizione (mista: 2/3 elettiva, 1/3 di designazione sindacale), sull’iniziativa, sui poteri

- *Accordo* del 2011

5.2. *Testo Unico sulla rappresentanza* del gennaio 2014 (parte II)

a) definizione del rapporto fra rsa e rsu (nei fatti, dove c’è accordo fra i sindacati, si costituisce la rsu; dove c’è conflitto, ognuno va per la propria strada con la rsa)

b) disciplina delle r.s.u.:

- *iniziativa*: dei sindacati e non dei lavoratori

- *composizione*: interamente elettiva

- *compiti e prerogative*: le rsu subentrano alle rsa nei poteri di cui allo Statuto; hanno legittimazione a contrattare, insieme al sindacato esterno

- problemi in caso di *contrasto* interno (il cambiamento di appartenenza sindacale del membro di rsu ne determina la decadenza e la sostituzione)

- clausola di *salvaguardia* per evitare o limitare la coesistenza fra rsa e rsu: se un sindacato ha partecipato alle elezioni, nel suo ambito non si possono poi costituire rsa; la logica generale è quella della sostituzione (ma la clausola ha effetto solo obbligatorio)

5. I DIRITTI SINDACALI E LA LORO TUTELA

1. I diritti sindacali nello Statuto

1.1. Questioni generali

L'attribuzione dei diritti di cui al titolo III dello Statuto comporta una interferenza con l'attività produttiva e una compressione della sfera del datore di lavoro (comportamenti attivi e onerosi per il datore): in ragione di ciò, esiste un limite generale all'esercizio di quei diritti?

- generalizzazione del limite di cui all'art. 26 ("senza pregiudizio del normale svolgimento dell'attività aziendale"); ma questo è riferito all'attività di proselitismo e di colletta dei contributi
- rilevanza di limiti esterni: tutela della salute e dell'integrità fisica delle persone e dell'integrità degli impianti
- limiti di volta in volta previsti

1.2. I singoli diritti

1.2.1. **Assemblea** (art. 20)

- è istituto di democrazia diretta (origini)
- assemblea in orario di lavoro (limite di 10 ore annue), con conservazione della retribuzione; assemblea fuori orario (non c'è un limite, ma è quello di ragionevolezza, posto che vi sono costi per il datore)
- profilo *individuale*: il diritto di riunirsi è dei singoli; la partecipazione all'assemblea è titolo per la sospensione dell'obbligazione di lavoro (in orario) e per la ragionevole permanenza in azienda (fuori orario); profilo *collettivo*: la convocazione è delle rsa;
- assemblee generali e per gruppi
- partecipazione: di dirigenti sindacali esterni sembra di sì, del datore di lavoro no (salvo richiesta); presenza in assemblea e diritto di controllo del datore (profili delicati, possibile antisindacalità)
- la questione dell'impatto dell'assemblea su: sicurezza dell'ambiente di lavoro (le c.d. comandate di lavoratori); diritti degli utenti nel caso di pubblico servizio (applicazione analogica delle norme sullo sciopero nei servizi essenziali?)
- l'oggetto: materie di interesse sindacale e del lavoro (ampiezza)

1.2.2. **Referendum** (art. 21)

- è strumento di consultazione dei lavoratori, senza vincolo giuridico circa i risultati (salva espressa previsione); usato per l'approvazione delle piattaforme contrattuali
- convocazione unitaria; modalità di svolgimento

1.2.3. **Diritto di affissione e diritto ai locali** (art. 25 e 27)

- oggetto: è un diritto di godimento sulla cosa (la c.d. bacheca o il locale)
- poteri residui del datore? possibilità di rimuovere i comunicati affissi? di chiudere i locali?

1.2.4. **Tutela dei dirigenti della rsa**

- la definizione di dirigente manca, è lasciata all'autonomia della rsa; è necessaria la preventiva individuazione del dirigente? Sì, per l'applicazione dell'art. 22, no per le altre norme
- *trasferimento* (art. 22); nozione di trasferimento ("dall'unità produttiva"); il nulla osta è una vera e propria autorizzazione unilaterale; in mancanza di nulla osta, il trasferimento è nullo
- *permessi*, retribuiti e no (art. 23 e 24); si tratta di diritto potestativo, non c'è alcuna autorizzazione del datore; c'è possibilità che ragioni aziendali sopravvenute sospendano la fruizione del permesso?; le varie causali; modalità di computo: in concreto si stabilisce il c.d. monte ore, che viene poi ripartito fra i vari dirigenti

1.2.5. **Proselitismo e contributi sindacali** (art. 26)

- 1° comma e diritto al proselitismo; limite: il normale svolgimento dell'attività aziendale
- 2° comma, abrogato dal *referendum* del 1995, sul diritto delle associazioni sindacali (non quelle dell'art. 19, ma le associazioni in genere) a percepire la quota associativa con ritenuta sulla retribuzione; diversa qualificazione giuridica: cessione (di parte) del credito retributivo (art. 1260 c.c.: non occorre il consenso del debitore ceduto) o delegazione di pagamento (art. 1269 c.c.: il terzo non è obbligato ad accettare l'incarico); dopo il 1995 viene meno il diritto di origine legale, resta quello che normalmente deriva dai contratti collettivi; si ripropone la questione della diversa qualificazione (conseguenze: obbligo o no del datore, credito privilegiato o no ecc.); la soluzione più recente è nel senso della cessione del credito, ma la recente normativa ha esteso al lavoro

privato il limite alla cedibilità della retribuzione (solo 1/5 e per specifiche ragioni) stabilito per i dipendenti pubblici

1.2.6. *Campo di applicazione* (art. 35)

- ragione della limitazione
- nozione di unità produttiva

2. Altri diritti sindacali (contrattuali e legali)

2.1. Diritti contrattuali di informazione e di controllo sulle scelte economiche dell'impresa; diritti di consultazione e di esame congiunto (possibile costituzione di comitati misti); esperienze concrete (Modello Zanussi Elettrolux)

2.2. D.lgs. n.25/07, che introduce (per le imprese con più di 50 dipendenti) un obbligo legale di informazione e consultazione e demanda alla contrattazione collettiva la disciplina delle concrete modalità

2.3. La tematica della partecipazione (e qui ritornano le fonti legislative: d.lgs. n. 74/2002 di attuazione della direttiva comunitaria n. 94/45 sui Comitati aziendali europei nelle imprese di "dimensioni comunitarie", cioè almeno 1000 dipendenti negli stati membri; ora, d.lgs. n.113/2012; si prevede che la costituzione e la regolazione del CAE venga stabilita da un accordo fra a direzione aziendale e una delegazione sindacale o dei lavoratori)

3. La repressione della condotta antisindacale (art. 28 Statuto)

3.1. L'art. 28, contenuto nel Titolo IV, è norma di chiusura (ovviamente coesiste con gli altri strumenti giurisdizionali): serve per assicurare *effettività* concreta alla tutela della libertà e attività sindacale; tutela *inibitoria e ripristinatoria*; tutela di un interesse collettivo (lo si deduce dalla legittimazione ad agire in giudizio)

3.2. *Soggetto attivo* della condotta:

- il datore di lavoro o chi agisce per lui avendone i poteri
- non l'associazione sindacale dei datori di lavoro
- non altre associazioni sindacali (c'è il principio di concorrenza e per eventuali scorrettezze valgono gli strumenti ordinari)

3.3. Problema: se l'art. 28 sia norma:

- solo *processuale*: la condotta è già illegittima in virtù di altra norma, l'art. 28 serve solo a introdurre un particolare procedimento
- anche *sostanziale*: in virtù dell'art. 28 stesso diventa illegittima una condotta che altrimenti non lo sarebbe; carattere aperto della condotta, individuata tramite i beni protetti (l'interesse collettivo alla libertà e attività sindacale); le tipizzazioni normative (art. 7, l. n. 146/90 per la violazione dei diritti contrattuali e art. 47, l. n. 428/90 in caso di trasferimento d'azienda senza il rispetto delle procedure sindacali) non chiudono rispetto ad altre ipotesi;

3.4. *La fattispecie*

- "*comportamento*": atti giuridici e anche atti materiali, di fatto; atti positivi e anche omissivi (se coordinati con atti positivi discriminatori)
- "*diretto a*": rileva l'elemento intenzionale? tre possibili risposte: a) sì, se si guarda al dato letterale; difficoltà di prova; b) no, perché l'antisindacalità ha rilievo *oggettivo* (il procedimento dell'art. 28 non porta ad un rimedio di tipo risarcitorio, per cui si debba accertare la colpa, ma è inibitorio); c) dipende: se la condotta viola posizioni giuridiche già tutelate, non occorre; diversamente occorre provare l'intenzione del datore
- la giurisprudenza accoglie la tesi del rilievo oggettivo della condotta
- "*impedire o limitare l'attività sindacale o l'esercizio del diritto di sciopero*"; non ogni condotta che sia in qualche modo *contro* il sindacato rientra nella fattispecie (es.: la politica sindacale ben può essere criticata, anche duramente); l'antisindacalità sta nell'opporci *al conflitto*, non nell'opporci *nel conflitto*, cioè secondo la dialettica e il confronto

- applicazioni giurisprudenziali concrete e varie tipologie (violazione dei diritti legali e contrattuali, reazione allo sciopero, discriminazione nelle trattative con i sindacati; secondo alcuni, scelte economiche come messa in Cassa integrazione o licenziamenti collettivi ecc.)

3.5. Condotta antisindacale *plurioffensiva*; è sempre violato l'interesse collettivo, ma ciò può avvenire anche *attraverso* la violazione di un interesse individuale: es.: licenziamento per ragioni sindacali; qui si pone un problema di rapporto fra il procedimento ex art. 28 e la possibile azione individuale (ad es., di impugnazione del licenziamento): il conflitto eventuale fra giudicati è solo un conflitto pratico, ci possono essere anche due decisioni contrastanti, posto che si tratta di azioni diverse (diversità di soggetti, di domande e di *causa petendi*)

3.6. Il procedimento

- legittimazione *attiva*: organismi locali delle associazioni sindacali nazionali (si guarda al modello verticale: agisce il segretario provinciale della categoria); non sono legittimati altri soggetti sindacali, né le rsa, né le rsu, né tanto meno il singolo

- ricorso, assunzione di sommarie informazioni, brevità estrema del procedimento

- il *decreto* del tribunale: accertata la condotta antisindacale, si ordina la *cessazione del comportamento e la rimozione degli effetti*

- requisito della *attualità* della condotta, nel senso della attualità degli effetti; è possibile una condanna in futuro (a non ripetere il comportamento)?

- l'*impugnazione* del provvedimento del giudice davanti allo stesso tribunale; pur trattandosi di provvedimento sommario, esso può diventare cosa giudicata, se non c'è opposizione

SEZIONE II: IL CONTRATTO COLLETTIVO E LA CONTRATTAZIONE

1. Aspetti generali

1.1. Origine

Dalla trattativa individuale a quella collettiva: il gruppo stabilisce con il datore di lavoro condizioni di lavoro da valere per tutti, così da limitare la concorrenza fra lavoratori (il concordato di tariffa in azienda); poi c'è l'estensione ad ambiti più vasti (categoria) e il contratto serve anche a limitare la concorrenza fra datori di lavoro (per evitare che alcuni applichino prezzi più bassi per un minor costo del lavoro)

1.2. Funzioni

a) Funzione *normativa* (**parte normativa** del contratto collettivo)

- si predeterminano le condizioni di lavoro: non il *se*, ma il *come* del contratto individuale (di quello già in atto ma anche di quelli futuri); posizione di regole *generali e astratte*; espressione di autonomia privata (collettiva), ma la disciplina del singolo rapporto deriva da un fatto *esterno* al rapporto; c'è dunque un fenomeno di *eteronomia*: il contratto collettivo opera *dall'esterno* sul rapporto, non crea obbligazioni ma *regola direttamente* il rapporto individuale; non c'è incorporazione del contratto collettivo in quello individuale (riflessi sulla teoria dei c.d. diritti quesiti): la disciplina è quella di volta in volta posta dal contratto collettivo

- dunque, nei fatti, è *fonte*, ma lo è in senso *improprio* (da poco: ricorribilità in Cassazione per violazione e falsa applicazione dei contratti collettivi, che però non trasforma il contratto collettivo in vera fonte del diritto)

- differenza rispetto al contratto normativo, con il quale si stabiliscono le condizioni future dell'eventuale scambio; il contratto collettivo regola immediatamente

- differenza rispetto al contratto di adesione, nel quale c'è disparità contrattuale; nel contratto collettivo si presuppone la parità

b) Funzione di *gestione e amministrazione* del contratto collettivo (**parte obbligatoria**): si prevedono obbligazioni a carico delle parti stipulanti (normalmente delle associazioni sindacali, talora del singolo datore di lavoro)

- clausole per la costituzione di organismi con diverse finalità: es. enti bilaterali come le Casse edili per la mutualizzazione di obblighi retributivi o per realizzare la formazione ecc., organismi per la composizione di controversie nell'applicazione del contratto, come i collegi di conciliazione e arbitrato

- clausole di tregua sindacale (rinvio)

- clausole aventi ad oggetto obblighi di informazione o esame congiunto

- clausole "miste", come quelle di procedimentalizzazione dei poteri del datore (licenziamento, cassa integrazione): sono obbligatorie nei confronti delle associazioni sindacali dei lavoratori (possibile antisindacalità in caso di violazione) e normative nei confronti dei lavoratori (si parla anche di funzione "gestionale" dei rapporti di lavoro (gestione delle situazioni di crisi)

c) **Soggetti**: soggetto necessariamente collettivo solo dalla parte dei lavoratori

d) **Tipologie**

- contratto collettivo pre-corporativo: è contratto innominato con rilevanza del momento collettivo nella "unitaria determinazione": effetti solo obbligatori, non reali

- contratto collettivo corporativo: era fonte di diritto (anche se subordinata), munito di efficacia generalizzata per tutti gli appartenenti alla categoria e con carattere di inderogabilità (art. 2077 c.c.); nel 1944, la conservazione dei contratti corporativi salvo le successive modifiche; le norme del codice civile ovviamente si riferiscono al contratto collettivo corporativo: esse sono applicabili anche al contratto collettivo attuale solo se non strettamente legate alla natura di fonte del contratto corporativo (ma si veda l'applicazione giurisprudenziale dell'art. 2077 c.c., su cui *infra*)

- contratto collettivo *ex art. 39 Cost.* con efficacia generale (di inderogabilità non si parla): un progetto pluralistico in base al sistema proporzionale; il "peso" indiretto della non attuazione: la incostituzionalità di meccanismi che in modo diverso assicurino l'efficacia generalizzata

- la legge n. 741/59: delega al governo a emanare minimi di trattamento economico e normativo recependo i contratti collettivi (e accordi economici collettivi); problema di costituzionalità e salvataggio da parte della Corte cost.; legge di proroga e incostituzionalità; eccesso di delega per la parte obbligatoria)

- il contratto collettivo **di diritto comune**: non è tipico, ma neppure innominato (è quello del quale ci si dovrà ora occupare); il fondamento: la rappresentanza o l'adesione al gruppo; con riferimento alla funzione di base, quella normativa, l'*effettività* del contratto collettivo come "fonte" è legata a due profili: la sua efficacia *soggettiva* (*chi* è vincolato e la tensione verso l'*erga omnes*) e la sua efficacia *oggettiva* (*come* è vincolato e la tensione verso l'inderogabilità con sostituzione)

2. L'efficacia soggettiva (*chi* è vincolato)

2.1. Il criterio per l'individuazione dei soggetti vincolati dal contratto è quello del *consenso*, in linea di principio bilaterale; inapplicabilità dell'art. 2070 c.c.: il datore di lavoro non vincolato può scegliere anche il contratto collettivo c.d. innaturale (cioè di categoria merceologica diversa), salva l'applicazione dell'art. 36 Cost. per i minimi retributivi e salva l'inapplicabilità delle clausole sull'inquadramento

- Espressione tipica del consenso è l'*iscrizione* al sindacato stipulante; da ciò il principio base: il contratto collettivo è **efficace e vincolante nei confronti dei soggetti iscritti alle associazioni stipulanti** (anche se non sempre è necessaria l'iscrizione bilaterale: se il datore è iscritto, gli converrà applicare il contratto a tutti i lavoratori, per non avere doppia contabilità e per non rischiare discriminazioni)

- Questo principio, però, limita l'effettività del contratto collettivo: da ciò l'adozione di vari **strumenti per superarlo**, magari in parte, in vista di una efficacia quanto più ampia; a tale fine occorre distinguere fra due ipotesi:

a) **Contratto collettivo acquisitivo** (che introduce benefici e miglioramenti per i lavoratori): il consenso del lavoratore è scontato (è come il terzo beneficiario che si avvale del contratto a suo favore: art. 1411 c.c.), occorre vincolare il datore di lavoro

a1. **Rinvio**

- *esplicito*, cioè espresso nel contratto individuale; può essere un rinvio al singolo contratto collettivo in quel momento esistente (niente vincolo per quelli successivi), o alla fonte collettiva in quanto tale, alla linea contrattuale (vincolo anche per quelli successivi); nel secondo caso è possibile modificare la volontà in modo unilaterale? o serve il mutuo consenso?

- *implicito*, per fatti concludenti: applicazione costante del contratto collettivo (anche di una parte soltanto, purché significativa, dal che deriva appunto la presunzione di consenso per l'applicazione dell'intero contratto)

a2. *Meccanismi processuali*: la mancata contestazione in giudizio dell'inapplicabilità del contratto (criticabile, perché il contratto è fatto costitutivo della domanda)

a3. **L'art. 36 Cost.**

- utilizzazione dell'art. 2099 c.c., in base al quale, in caso di assenza della retribuzione, questa può essere stabilita dal giudice;

- il caso di assenza è equiparato a quello di nullità per contrasto con i principi dell'art. 36 Cost.

- al fine di stabilire la retribuzione di cui all'art. 36 il giudice utilizza come **parametri** i contratti collettivi (possibili adattamenti; ad es., il contratto industria viene ribassato per applicarlo all'impresa artigiana)

- i limiti di questo meccanismo: si ha riguardo solo ai minimi retributivi, occorre l'azione in giudizio, il contratto viene applicato solo nel singolo rapporto dedotto in giudizio

- la scelta del contratto da adottare come parametro: anche contratti aziendali? Anche i c.d. contratti pirata?

a5. **Incentivi al consenso del datore**

- fiscalizzazione degli oneri sociali; riduzioni contributive sul salario di produttività; art. 36 dello Statuto e capitolati di appalto: in tutti questi casi l'applicazione del contratto collettivo è un *onere* per ottenere il beneficio

- ora: l. n. 296/06, art. 1, comma 1175: documento di regolarità contributiva

- in questi casi c'è una clausola a favore del terzo (lavoratore) che possa vantare un diritto all'applicazione del contratto o tutto si risolve nel rapporto fra datore e autorità amministrativa (eventuale decadenza dal beneficio)?

b) **Contratto collettivo ablativo** (c'è una riduzione dei trattamenti): il consenso del datore di lavoro è scontato, occorre vincolare il lavoratore

b1. *Rinvio* nel contratto individuale (come sopra)

- adesione alla linea contrattuale: se si è sempre beneficiato della contrattazione, si deve accettare anche il contratto peggiorativo: problema: quando la linea contrattuale si rompe (cioè alcuni dei firmatari si dissociano) resta il rinvio?

b2. *Incentivi al consenso del lavoratore* (che non sia iscritto e che non abbia accettato la linea contrattuale): ad es. in caso di trasferimento d'azienda in crisi, il cambiamento delle condizioni contrattuali consente la conservazione dell'occupazione; in caso di somministrazione di lavoro il contratto collettivo prevede i casi nei quali si può ottenere un'occupazione

b3. Il dissenso del lavoratore; se non ci sono vincoli, è legittimo, ma: o il dissenziente riesce a stipulare condizioni migliori di quelle del contratto collettivo (magari costituendo un'altra unità contrattuale), o deve subire le conseguenze del rifiuto

c) **Il contratto collettivo con funzioni diverse**

Come si imposta il problema dell'efficacia soggettiva? Si può parlare di contratto *erga omnes* senza confrontarsi con l'art. 39 Cost. (che riguarderebbe solo i contratti collettivi normativi in senso proprio)? Opinioni diverse. Secondo alcuni l'art. 39 trasferisce ai sindacati registrati parte della funzione normativa, mentre nelle altre ipotesi il contratto collettivo è il tramite attraverso il quale si realizza la volontà del legislatore su specifiche materie

c1. *Contratto collettivo integrativo della legge*

In questi casi il contratto collettivo è un elemento della fattispecie legale e dunque ha necessariamente la stessa efficacia soggettiva della legge. Ad es.: la retribuzione imponibile a fini contributivi si determina con riferimento a quanto stabilito nei contratti collettivi stipulati dai

sindacati comparativamente più rappresentativi; le prestazioni indispensabili nello sciopero nei pubblici servizi si determinano sulla base di quanto stabilito dai contratti collettivi (con l'approvazione della Commissione di Garanzia)

c2. *Contratto collettivo con funzione derogatoria o gestionale*

- o si può parlare di procedimentalizzazione dei poteri del datore di lavoro (altrimenti liberi), il cui esercizio vincola tutti i lavoratori

- o il contratto collettivo non può essere imposto al lavoratore (vedi sopra)

d) **Art. 8 del d.l. n. 138/11** (convertito nella l. n. 148/11)

Si stabilisce che nell'ambito della "contrattazione collettiva di prossimità" (cioè decentrata) possono essere realizzate "specifiche intese" con efficacia nei confronti di tutti i lavoratori interessati, con effetti derogatori della legge e del contratto nazionale, a condizione che:

- siano sottoscritti da associazioni dei lavoratori comparativamente più rappresentative sul piano nazionale o territoriale ovvero dalle loro rappresentanze sindacali operanti in azienda (rsu e rsa)

- sia previsto un criterio maggioritario (questo riferimento può salvare la norma dalla incostituzionalità, visto che tale criterio sta nel 39 Cost.?)

- si può risolvere il problema del confronto con l'art. 39 Cost. dicendo che il contratto aziendale non c'entra con la norma costituzionale (riferita al contratto nazionale di categoria) e che comunque il contratto aziendale è necessariamente *erga omnes*? Dubbi seri (il concetto di categoria è molto ampio ed equivale ad ambito di applicazione del contratto; l'*erga omnes* necessario può valere per la regolazione dei poteri dell'imprenditore - che si esercitano appunto *erga omnes* - ma non per altre materie, come l'orario di lavoro)

3. L'efficacia oggettiva (il *come* del vincolo)

3.1. Una volta individuati i soggetti ai quali il contratto collettivo è applicabile, occorre vedere in che modo si applica, con quale effetto, nei confronti del contratto individuale. Due soluzioni:

- efficacia meramente **obbligatoria** (le parti del contratto individuale sono obbligate ad osservarlo): gli effetti del mancato rispetto del contratto collettivo si produrrebbero solo sul rapporto associativo, con improbabili conseguenze risarcitorie

- efficacia **reale o inderogabile**: il contratto collettivo regola, disciplina; la clausola difforme viene sostituita

- il problema: l'inderogabilità con sostituzione è caratteristica della norma di legge, non dell'autonomia privata; e tuttavia l'inderogabilità è essenziale al contratto collettivo, che altrimenti non realizzerebbe appieno la sua funzione; da ciò la ricerca di un solido fondamento per l'inderogabilità

3.2. Le varie teorie a spiegazione della inderogabilità:

- irrevocabilità del mandato collettivo ex art. 1726 c.c. (ma questo non spiega l'efficacia del contratto collettivo per chi entra nel sindacato successivamente; inoltre le singole coppie di rappresentati ben possono disvolere ciò che hanno voluto i mandanti); principio generale di prevalenza degli interessi collettivi sugli interessi individuali (ma basta?)

- dismissione di poteri: autolimitazione e preventivo assoggettamento alla volontà del gruppo (ma l'efficacia sembra meramente obbligatoria)

- teorie eteronome: il fondamento starebbe nell'art. 39 Cost. (ma è difficile arrivare all'inderogabilità)

- il potere originario del sindacato, che è distinto da quello del singolo: più che inderogabilità, vi sarebbe prevalenza

- la teoria giurisprudenziale: applicazione anche al contratto di diritto comune dell'art. 2077 c.c. (forzatura, perché quella norma presupponeva caratteristiche del contratto collettivo che quello corporativo possedeva ma che ora bisogna dimostrare)

- ora, però, c'è il supporto normativo: **l'art. 2113 c.c.** (come novellato nel 1973 e dunque riferito al contratto collettivo di diritto comune): si parla di diritti derivanti da disposizioni inderogabili anche del contratto collettivo (l'inderogabilità sembra presupposta).

Dunque, combinando l'applicazione giurisprudenziale dell'art. 2077 con l'art. 2113 la soluzione appare plausibile, almeno sul piano concreto.

3.3. Ancora l'art. 8 del d.l. n. 138/11: la contrattazione di prossimità può derogare, nelle materie indicate, alle norme di legge e di contratto nazionale. La questione di costituzionalità: è un generale sovvertimento del sistema delle fonti? Certo si tratta di un'area assai ampia di disciplina nella quale la legge viene superata. Questione di costituzionalità per violazione dell'art. 117 Cost. sulle competenze regionali (Corte cost. n. 221/12)

3.4. *L'operare dell'inderogabilità* del contratto collettivo su quello individuale

3.4.1. la vera inderogabilità è solo quella *in pejus*; la modifica *in melius* non è una deroga, perché opera in uno spazio lasciato libero (ciò ove la norma collettiva sia intesa come norma minima); in tal caso, però, la giurisprudenza opera l'assorbimento ad opera dei successivi miglioramenti collettivi (cioè il superminimo viene assorbito), salvo la prova che lo stesso sia fondato su ragioni personali (*intuitus personae*)

- se invece la norma collettiva è da considerare come norma standard, allora anche la modifica migliorativa è deroga; l'art. 2077 c.c. ammette solo la deroga migliorativa fondata sulle qualità personali del lavoratore; in tal caso il superminimo rimane e "galleggia" sui successivi miglioramenti collettivi

3.4.2. criteri per stabilire quando c'è miglioramento e quando c'è peggioramento:

- criterio del cumulo (si sceglie il meglio di ciascuna fonte);
- criterio del c.d. conglobamento: o una comparazione generale fra le due fonti o una comparazione fra istituti omogenei /es.: la retribuzione)
- clausole di inscindibilità (tutte le clausole sono legate fra loro e non possono essere applicate separatamente)

4. L'efficacia nel tempo del contratto collettivo

4.1. Contratto collettivo *a tempo determinato*:

4.1.1. Determinazione della durata: tradizionalmente la durata è triennale, per un periodo è stata quadriennale per la parte normativa e biennale per quella economica, ora è di nuovo triennale in generale

4.1.2. Situazione dopo la scadenza:

- inapplicabilità dell'art. 2074 c.c. e cessazione di efficacia alla scadenza (no alla tesi della incorporazione nel contratto individuale), salva la diversa volontà delle parti (proroga o rinnovo tacito salvo disdetta;

- clausola di ultrattività: Protocollo 1993 (indennità di vacanza contrattuale che viene erogata nelle more del rinnovo); accordo interconfederale del 2009 (previsione di una "copertura" che dovrà essere definita dai contratti collettivi in base all'IPCA: Indice prezzi consumo armonizzato europeo, con garanzia per il periodo di vacanza contrattuale)

4.1.3. La questione della possibile retroattività: soluzione tendenzialmente positiva, visto che è autonomia privata e non legge: in caso di benefici si ammette senza problemi (anche se il rapporto è cessato); in caso di peggioramenti si ammette ugualmente, salvo che non vi siano diritti quesiti in senso proprio, cioè già entrati nel patrimonio

4.2. Contratto collettivo *a tempo indeterminato*: è possibile il recesso unilaterale (per evitare la perpetuità del vincolo)? In caso negativo si dovrebbe ammettere la risoluzione solo per eccessiva onerosità (che rileva solo per il datore di lavoro, non per il lavoratore, stante l'efficacia precettiva dell'art. 36 Cost.)

5. L'interpretazione del contratto collettivo

5.1. Quali sono i criteri di interpretazione?

- criteri di interpretazione della legge (cioè, essenzialmente, il criterio oggettivo e letterale): non sono applicabili, perché il contratto collettivo non è fonte in senso proprio

- criteri di interpretazione contrattuale (art. 1362 c.c. e seg.): soprattutto ricerca della volontà delle parti; ma ha grande importanza anche il riferimento al testo convenuto. Dunque, utilizzo di quelle norme di interpretazione contrattuale che portano alla c.d. interpretazione oggettiva (art. 1363, interpretazione complessiva delle clausole e 1367 c.c., principio di conservazione del contratto); no al criterio dell'analogia

5.2. L'accertamento pregiudiziale sulla validità, efficacia e interpretazione dei contratti collettivi (art. 420-*bis* c.c.): decisione con sentenza ricorribile direttamente in Cassazione

5.3. Possibilità di ricorso in Cassazione per violazione e errata interpretazione dei contratti collettivi nazionali: prima la Cassazione poteva solo valutare se i criteri di interpretazione contrattuale erano stati applicati in modo corretto, ora essa può direttamente applicare quei criteri

6. La struttura della contrattazione collettiva

6.1. Il sistema contrattuale è articolato in più livelli:

- contratto **nazionale**: la funzione è di garantire la certezza dei trattamenti economici e normativi da valere per tutti, e di garantire il principio egualitario e da ciò la coesione della "classe" dei lavoratori

- contratto territoriale (regionale o provinciale): non è molto frequente

- contratto **aziendale**: la funzione è di stabilire trattamenti diversificati, adattati alla situazione della singola azienda; in origine strumento di redistribuzione del maggior provento della produttività; più avanti strumento di riduzione dei trattamenti con finalità di salvaguardia dell'occupazione

6.2. **Successione di contratti collettivi**: quale il rapporto?

6.2.1. Contratti collettivi di diversa natura (la ultrattività dei contratti corporativi fino alle successive modifiche, dapprima intese come quelle introdotte da contratti collettivi di eguale efficacia, poi anche quelle introdotte da contratti collettivi di diritto comune; rapporto fra contratti recepiti nei decreti legislativi *ex lege* n. 741/59 e contratti collettivi successivi: modificabilità in senso migliorativo, ma è discusso)

6.2.2. Contratti della stessa natura

a) dello **stesso livello**: successione temporale e sostituzione del vecchio con il nuovo contratto (non c'è incorporazione, ma solo salvezza dei diritti quesiti veri e propri, cioè già entrati nel patrimonio del lavoratore).

b) Contratti di **diverso livello**: è il problema della struttura della contrattazione (i diversi livelli: accordi interconfederali, contratti nazionali, contratti "territoriali", contratti aziendali):

- sistema centralizzato

- sistema di contrattazione articolata

c) La questione può essere risolta nell'ambito del sistema contrattuale (clausole di rinvio che distribuiscono le varie competenze), oppure si può creare il conflitto

Criteri generali di risoluzione del conflitto: art. 2077 c.c. (ma qui il rapporto è fra contratti collettivi); prevalenza dell'interesse collettivo più ampio e gerarchia fra associazioni (art. 19 vecchio testo); criterio di specialità; criterio cronologico; criterio della volontà delle parti

d) Attuale struttura della contrattazione (dal Protocollo del 1993 all'Accordo quadro del 2009, che è accordo separato); ora accordo interconfederale del 2011 e poi Testo Unico sulla rappresentanza (gennaio 2014)

- due livelli contrattuali (nazionale, alternativamente territoriale o aziendale, con durata sempre triennale); spinta verso la contrattazione di secondo livello; delimitazione di competenze per tale contrattazione fatta dai contratti nazionali (solitamente: rilievo della produttività, incentivi economici per la efficienza e qualità ecc.);

- - per il **contratto nazionale**: ammissione alle trattative per le federazioni delle organizzazioni sindacali firmatarie con rappresentatività di almeno il 5% come media fra il dato associativo e quello elettorale; ai contratti nazionali la definizione delle modalità di presentazione della piattaforma contrattuale e della costituzione della "delegazione trattante"; il contratto nazionale,

sottoscritto da organizzazioni sindacali che rappresentino almeno il 50% + 1 della rappresentanza, a maggioranza semplice, sarà “efficace ed esigibile”

- - per il *contratto aziendale*: efficacia generalizzata del contratto aziendale se stipulato dalla maggioranza dei componenti della rsu, o, in caso di rsa, se c’è la maggioranza delle deleghe, con successiva conferma con *referendum*;

- clausola di tregua solo per le associazioni sindacali e non per i singoli;

- clausola c.d. di uscita (derogatoria) per il secondo livello nei confronti del livello nazionale

6.3. L’interferenza del legislatore: art. 8 del d.l. n. 138/11, comma 2-bis: possibilità di deroga alle norme di legge (per le materie previste, che sono molte) e del contratto nazionale: per queste ultime c’è interferenza con la struttura contrattuale (violazione art. 39, comma 1?)

7. Rapporto tra fonti (riepilogo)

7.1. Rapporto fra legge e contrattazione individuale:

- inderogabilità *in pejus*, sostituzione automatica di tutte le clausole difformi

- possibilità di trattamenti migliorativi

7.2. Rapporto fra legge e contrattazione collettiva:

- inderogabilità *in pejus* e possibilità di trattamenti migliorativi (il contratto collettivo è norma minima)

- possibilità per il legislatore di introdurre “tetti” alla contrattazione collettiva

- possibilità per il contratto collettivo di derogare alla legge: casi specifici (es. deroga all’art. 2112 c.c. e alla conservazione dell’anzianità in caso di trasferimento d’azienda) e casi più ampi (anche se pur sempre individuati: art. 8, d.l. n. 138/11)

7.3. Rapporto fra contratto collettivo e individuale

- inderogabilità *in pejus* del contratto collettivo

- possibilità di modifiche migliorative (se generiche, riassorbibili; se *ad personam*, si conservano)

7.4. Rapporto fra contratti collettivi:

- se dello stesso livello: sostituzione

- se di livello diverso: ipotesi di autoregolazione del sistema (vedi T.U. sulla rappresentanza), altrimenti, conflitto (con i vari criteri di risoluzione del conflitto)

8. Rappresentanza e contrattazione collettiva nel pubblico impiego

8.1. Premessa

Anche i dipendenti pubblici godono dei diritti di libertà ed attività sindacale; art. 42 T.U. 165/2001 “nelle forme previste dallo St.lav.”

8.2. La rappresentanza sindacale

Art. 42 T.U.: costituzione di RSA e RSU (bipolarismo della rappresentanza) in ciascuna amministrazione con (di regola) più di 15 lavoratori

- RSA: *non ad iniziativa* dei lavoratori; da parte delle OO.SS. ammesse alle trattative: criteri legali (dato associativo e dato elettorale); attribuzione dei diritti di cui allo St.lav.

- RSU: elezioni; modalità composizione ed elezioni rimesse ad accordi collettivi (accordo quadro 7 agosto 1998); possono partecipare alle elezioni sia le OO.SS. ammesse alle trattative sia altre *associazioni* sindacali aderenti all’accordo sulle RSU; componenti delle RSU equiparati ai dirigenti RSA

- Non vero doppio canale di rappresentanza (clausola di dissolvenza nell’accordo 7 agosto 1998)

8.3. La contrattazione collettiva

8.3.1. Originario divieto di contrattazione collettiva: art. 2068 c.c., art. 97 Cost.; progressiva rimozione del divieto (contrattazione informale; legge quadro n. 93/83: recezione del contratto in dPR; materie riservate; sindacato maggiormente rappresentativo)

8.3.2. T.U. pubblico impiego: regole sul sistema contrattuale poste dal legislatore (diversità dal settore privato)

- Art. 40 T.U.: disciplina di soggetti, procedure, oggetto, (in parte) struttura; se violazione: artt. 1339 e 1418 c.c. nullità parziale e sostituzione automatica

- **Oggetto**: dopo riforma Brunetta (d.lgs. 150/09) notevole ridimensionamento: materie ammesse, escluse, ammesse nei limiti di legge. Necessaria è comunque la contrattazione sul trattamento economico

- Struttura della contrattazione (livello nazionale e integrativo); comparti e aree

- CCN di comparto; CCN quadro e Accordi su comparti e aree; contratto integrativo (rapporto tra c. di comparto e contratto integrativo)

- **I soggetti della contrattazione (livello nazionale)**

a) lato datoriale: Aran (art. 46 T.U.): rappresentante legale delle P.A. per la contrattazione nazionale, funzioni di assistenza per quella integrativa; i comitati di settore (istanze associative della P.A., potere di indirizzo sull'Aran)

b) parte sindacale: scelta non libera del datore di lavoro; sindacati ammessi alla trattativa: OO.SS. rappresentative ex art. 43 T.U.; rappresentatività non inferiore al 5% come media tra dato associativo e dato elettorale; confederazioni sindacali che associano almeno un'organizzazione sindacale rappresentativa

c) sottoscrizione contratto: le OO.SS. che aderiscono all'ipotesi devono rappresentare almeno il 51% del personale (media dato associativo-dato elettorale) o almeno il 60% (solo dato elettorale): *principio maggioritario*

- **Efficacia soggettiva del contratto**:

- non c'è una norma espressa, ma l'efficacia generale si desume:

- l'Aran è rappresentante legale

- art. 40, 4°c.: obbligo di adempiere e osservare

- parità di trattamento contrattuale (art. 45, 2°c.)

- rinvio nei contratti individuali

- questione di costituzionalità: Corte cost. n. 309/97 (l'efficacia generale deriva dal dovere di imparzialità e dal rinvio nel contratto individuale)

- **Durata del contratto**:

- fino al 2009, in coerenza col sistema privato (Protocollo 1993) 4 anni parte normativa, 2 anni parte economica.

- dal 2009 (riforma Brunetta, d.lgs. 150/09), art. 40, 3° c.: 3 anni (sia parte economica che normativa)

- **Inderogabilità**:

- non si applica l'art. 2077, escluso dal rinvio dell'art. 2, 2°c, T.U.

. tuttavia l'inderogabilità *in pejus* si deduce: dalla conformazione dei contratti individuali a quello collettivo, dalla garanzia di parità, dal vincolo di osservanza da parte della P.A.; la modifica *in melius* non sembra consentita

- **Il procedimento (art. 47)**:

- (non è più prevista la recezione in atto autoritativo): la contrattazione è fonte diretta sul rapporto (art. 2, 3°c.

- indirizzi deliberati dai comitati di settore (previa quantificazione degli oneri finanziari)

- trattativa fra l'Aran e le organizzazioni sindacali

- ipotesi di accordo e parere dei comitati di settore

- trasmissione alla Corte dei conti e certificazione

- sottoscrizione del contratto

- **Natura**:

- diversità rispetto al contratto collettivo privato (contemperamento con l'interesse pubblico)

- secondo alcuni contratto funzionalizzato (specie art. 40, c. 3 *bis*, su contratto integrativo funzionalizzato alla maggiore produttività)

SEZIONE III: IL CONFLITTO. LO SCIOPERO E LA SERRATA

A) Lo sciopero

1. Profili storici

- Sciopero e serrata sono entrambi strumenti di autotutela, ma solo lo sciopero assolve alla funzione di tutela di interessi collettivi; la serrata è la “risposta” allo sciopero e normalmente è legata ad interessi individuali
- Lo sciopero come espressione e strumento del conflitto sociale: dapprima in senso “classista” (quasi prerivoluzionario), poi nell’ambito della contrapposizione fra gruppi di interesse nella società liberale (il conflitto come strumento di progresso)
- La sequenza sciopero-delitto/ sciopero-libertà/ sciopero-diritto: corrisponde al diverso atteggiamento dello Stato nei confronti dei mezzi di lotta sindacale; è una sequenza di tipo logico, non cronologico
- La Costituzione: un diritto di sciopero ma non di serrata; sciopero e art. 3, 2°c. Cost. (sbilanciamento di valori); lo sciopero come strumento di emancipazione sociale dei lavoratori, ai quali sono dati due diversi canali, quello politico e quello “sociale”
- L’art. 40 e il rinvio alle leggi regolatrici; il nesso fra l’art. 40 e l’art. 39: lo sciopero per il contratto, effettività della libertà sindacale, diritto al conflitto
- il problema delle norme penali rimaste in vigore (rinvio): art. 330 e 333; art. 502 ss.

2. La definizione e i limiti

2.1. Lo sciopero come fenomeno sociale (astensione dal lavoro); distinzione con altre condotte di autotutela analoghe (ostruzionismo, sabotaggio, occupazione di azienda, blocco stradale ecc.)

2.2. Lo sciopero come *diritto*:

- verso lo Stato (no alla repressione penale), *diritto di libertà*
- verso il datore di lavoro (a non essere discriminato, a non essere considerato inadempiente); cioè *potere di sospendere il rapporto*;

2.3. La *titolarità* del diritto di sciopero (l’art. 40 non dice nulla):

- diritto del singolo, ma nell’ambito della tutela dell’interesse collettivo (proteste individuali non sono sciopero);
- diritto dell’associazione sindacale, che tutela l’interesse collettivo: rilievo collettivo nella decisione, con la proclamazione; autorizzazione o semplice indice della presenza dell’interesse collettivo? Contitolarità del diritto?
- la tesi prevalente è per la titolarità individuale (non facili problemi di controllo); le clausole di pace perciò vincolano solo il sindacato (a meno che non si ritenga che vincolino anche i singoli in virtù della rappresentanza)

2.4. *Le definizioni* (in assenza di una normativa di attuazione) e la creazione dei *limiti*

2.4.1. In origine, la (pre)definizione privatistica: sciopero come diritto potestativo del singolo; da ciò giurisprudenza e dottrina (funzione creatrice) hanno individuato:

- limiti soggettivi di titolarità: solo lavoratori subordinati, no autonomi (non c’è modificazione della sfera giuridica altrui, tipica del diritto potestativo)
- limiti oggettivi: la c.d. disponibilità della pretesa da parte del datore (che deve poter esser in grado di soddisfarla); da ciò conseguenze circa il fine, che deve essere necessariamente economico, di rivendicazione circa le condizioni di lavoro
- limiti quanto alle modalità: la necessaria proclamazione (a garanzia dell’interesse collettivo); il carattere di astensione totale e continuativa (altrimenti violazione delle regole contrattuali di correttezza e buona fede)

2.4.2. Allargamento della definizione:

- su un piano di fatto: lo sciopero si definisce in base al comportamento in sé (ma quando si parla di diritto si parla di dover essere, non di essere)

- su un piano giuridico: lo sciopero come diritto della personalità, o diritto assoluto della persona (ma questo non dice molto sul piano del rapporto di lavoro e sugli effetti)

3. La giurisprudenza costituzionale sullo sciopero:

- si occupa delle norme del codice penale su sciopero e serrata, che non si sono considerate implicitamente abrogate per effetto della caduta del regime corporativo e poi per l'avvento della Costituzione, ma sono state valutate, via via, dalla Corte, in considerazione degli scopi dello sciopero (contrattuale, politico, di coazione dell'autorità, di solidarietà o protesta: l'unica norma dichiarata incostituzionale è quella che perseguiva lo sciopero per fini contrattuali)

- la Corte, nel valutare la possibile contrarietà della norma penale all'art. 40, si occupa anche della definizione civilistica del diritto di sciopero, al fine di applicare alla norma penale la esimente data dall'esercizio del diritto; in questa direzione i limiti al diritto di sciopero di cui sopra vengono riconsiderati e ridotti, ma se ne individuano di nuovi

4. Variazioni sui limiti

4.1. limiti *soggettivi*: restano i limiti per militari (divieto), Pubblica sicurezza, controllori di volo; ma c'è ampliamento verso il lavoro autonomo (art. 506 c.p. e piccoli esercenti), parasubordinati e liberi professionisti (per questi ultimi è semplice astensione dal lavoro, non sciopero)

- limiti circa lo *scopo*: dallo sciopero economico a quello economico-politico (collegamento con art. 3, 2°c. Cost. e con gli interessi tutelati nel Titolo III Cost.), a quello di solidarietà (ma occorre un collegamento fra primi scioperanti e scioperanti per solidarietà), a quello politico puro purché non eversivo (Corte cost. n. 290/74, configurazione dello sciopero come diritto di libertà, non come diritto potestativo), a quello di protesta (no alla serrata di protesta)

- limiti *esterni*, derivanti dalla necessità di tutelare diritti o beni protetti dall'ordinamento in misura superiore o pari allo sciopero (si anticipa la legge n. 146/90)

- limiti sulle *modalità di esecuzione*: dalla teoria del danno ingiusto e della corrispettività dei sacrifici (sciopero illegittimo sul piano del contratto), alla rilevanza dei soli limiti esterni (ivi compresi quelli ricavabili dall'art. 41 Cost., che tutela non la produzione in sé, ma l'attitudine e la capacità di produrre); dalla responsabilità contrattuale a quella extra contrattuale

4. Problemi attuali (dir. comunitario) sul bilanciamento fra diritti sociali fondamentali come lo sciopero (ora riconosciuto con norma primaria: la Carta di Nizza inserita nel Trattato) e le libertà economiche garantite dall'ordinamento comunitario (libertà di prestazione di servizi, libertà di stabilimento); casi Viking e Laval: è legittima l'azione collettiva volta a imporre ad una impresa appaltatrice con sede in altro stato l'applicazione del contratto collettivo dell'appaltante o di condizioni di lavoro analoghe? La Corte di giustizia fa un bilanciamento forse rovesciando la prospettiva (le libertà economiche da salvaguardare), con questi criteri: l'azione sindacale deve avere un obiettivo legittimo compatibile con il Trattato, deve essere giustificata da ragioni di carattere generale e deve essere proporzionata. Dubbi su questa presa di posizione

- dalla liceità dello sciopero al rifiuto della prestazione offerta negli intervalli, in quanto prestazione parziale, che il creditore può non avere interesse a ricevere; problema della definizione della unità utile minima

5. Lo sciopero nei servizi pubblici essenziali

5.1. La terziarizzazione del conflitto: dal settore industriale manifatturiero a quello dei servizi:

- cambiano gli attori (la pubblica amministrazione; organizzazioni sindacali solitamente "corporative", che rifiutano il contratto degli altri)

- compare l'utente, come ostaggio e come danneggiato dallo sciopero

- *l'autoregolamentazione*: una forma di supplenza da parte delle organizzazioni sindacali, che si offrono di farsi carico del problema, assumendosi la responsabilità; ma l'efficacia dell'autoregolamentazione è solo interna al sindacato e le sanzioni per la violazione delle regole sostanzialmente non esistono

- ***L'intervento legislativo***: il modello della legge "secca" che pone condizioni e limiti; il modello più complesso nel quale lo Stato predispone la cornice per un intervento di normazione sociale (c'è la ricerca del consenso): al sindacato si conferiscono poteri di decisione su materie di interesse pubblico, anche se non si interviene sui soggetti collettivi ponendo condizioni di legittimazione

5.2. La legge n. 146/1990

5.2.1. ***Scopo***: il contemperamento fra i diritti della persona costituzionalmente garantiti e il diritto di sciopero (art. 1, 2°c.)

- individuazione dei beni e dei diritti della persona: elenco tassativo (più ampio però di quello ricavabile dalle sentenze della Corte costituzionale, che si riferiva solo alla vita e alla salute)

- individuazione dei servizi idonei a garantire quei beni: l'elenco è solo esemplificativo

- l'equilibrio sta nella individuazione delle *prestazioni indispensabili*, che sono oggetto di accordo fra organizzazioni sindacali e pubbliche amministrazioni (o imprese private esercenti i pubblici servizi); due ipotesi interpretative:

- - esistenza oggettiva delle prestazioni indispensabili, con controllo del giudice (poca certezza, svalutazione del ruolo della Commissione di garanzia, possibilità che accordi valutati idonei siano disapplicati dal giudice)

- - assenza di precetto legale: tutto è demandato all'accordo, con il controllo della Commissione e la garanzia finale della precettazione

5.2.3. Le regole

- il preavviso e la durata predeterminata (niente sciopero ad oltranza): art. 2, 5°c.

- l'obbligo di comunicazione scritta (anche con indicazione degli scopi dello sciopero; è propedeutico ai poteri della Commissione in vista di una conciliazione): art. 2, 1°c.

- la pubblicità (il problema dell'effetto annuncio) art. 2, 6°c.

- il principio di rarefazione degli scioperi (per evitare una sequenza di scioperi proclamati da sindacati diversi ma con riferimento allo stesso servizio e allo stesso bacino di utenza (art. 2, 2°c.)

- le procedure di raffreddamento (art. 2, 2°c.)

- le "comandate": la percentuale del servizio oltre la quale non si può andare (è fra i poteri della Commissione)(art. 2, 2°c.; art. 13, 1°c. lettera a)

- *la valutazione della Commissione* circa l'idoneità degli accordi: in caso negativo, la Commissione stabilisce la provvisoria regolamentazione, vincolante fino ad un accordo valutato idoneo (art. 13, lettera a)

- Estensione delle regole all'astensione dal lavoro dei lavoratori autonomi e liberi professionisti: art. 2-bis, si punta all'autoregolamentazione

5.2.4. Le sanzioni (art. 4)

- per i lavoratori: sanzioni solo conservative, deliberate dalla Commissione e applicate dal datore di lavoro

- per i sindacati dei lavoratori: sospensione dei permessi e delle trattenute per le quote associative, esclusione dalle trattative, sanzioni pecuniarie

- per le pubbliche amministrazioni e le imprese: sanzioni economiche per i dirigenti (in più c'è la sanzione per non aver applicato le sanzioni

- il ruolo della Commissione di garanzia (art. 13, lettera i): delibera le sanzioni; per i lavoratori subordinati prescrive al datore di lavoro di applicarle

5.2.5. ***La precettazione*** (art. 8): presupposti, soggetti legittimati, contenuto

5.3. Clausole di tregua sindacale

Le clausole di tregua sindacale (assolute non ammissibili; relative sì, cioè limitate al periodo coperto dal contratto e alle materie definite nel contratto); impegnano solo i sindacati o anche i singoli (tramite la rappresentanza)? Di recente: Testo Unico sulla rappresentanza del gennaio 2014: l'effetto vincolante è solo per le associazioni, non per i lavoratori

B) La serrata

1. E' lo strumento di autotutela del datore di lavoro specularmente allo sciopero: consiste nella chiusura della struttura e dell'attività produttiva senza pagamento della retribuzione. E' strumento assai poco utilizzato.

2. Qualificazione giuridica:

- storicamente accomunata allo sciopero quanto alla configurazione come illecito penale e, successivamente, come mera libertà

- nell'attuale ordinamento: liceità penale (art. 39, 41 Cost.), ma solo per la serrata per fini contrattuali (a differenza che per lo sciopero); illiceità civile: inadempimento dell'obbligo retributivo o, più esattamente, mora del creditore (rifiuto senza motivo legittimo)

- ipotesi di liceità anche civile: la c.d. serrata di ritorsione, cioè di reazione ad uno sciopero illegittimo (in violazione dei limiti esterni); il rifiuto delle prestazioni non utilizzabili in caso di sciopero articolato.

PARTE TERZA

IL RAPPORTO INDIVIDUALE DI LAVORO

SEZIONE PRIMA

1. IL LAVORO SUBORDINATO E LE ALTRE TIPOLOGIE CONTRATTUALI

1. Prestazione di lavoro e varietà di tipi contrattuali nei quali è dedotta una prestazione di lavoro, con necessità di individuare i criteri di distinzione:

a) contratti di scambio (contrapposizione di interessi finali): lavoro subordinato, lavoro autonomo, lavoro parasubordinato

b) contratti associativi (comunanza di interessi finali, possibile contrapposizione di interessi strumentali)

c) attività di lavoro senza corrispettivo, volontariato): necessità di individuare i criteri di distinzione

2. La contrapposizione più antica: lavoro subordinato (*locatio operarum*) e lavoro autonomo (*locatio operis*)

a) Il problema della subordinazione; conseguenze sul piano "culturale" (contrapposizione storica fra lavoro e impresa; ma ora ci sono elementi che la attenuano, come la socializzazione del rischio di impresa, la separazione fra proprietà e gestione, la partecipazione dei lavoratori alla gestione) e conseguenze pratiche (*quale disciplina applicare al rapporto*)

b) Il lavoro subordinato è quello nell'impresa: è il modello del codice (ma art. 2239 c.c. ed estensione al di fuori dell'impresa, con la verifica di compatibilità con la specialità del rapporto)

c) Il modello sociale di lavoratore subordinato (debolezza socio-economica) e modello legale (vincolo assunto liberamente, subordinazione solo tecnica e funzionale): possibile sfasatura. La corrispondenza fattispecie/effetti e le possibili storture (tutela garantita a chi può non averne bisogno anche se lavoratore subordinato; tutela esclusa per chi può averne bisogno anche se lavoratore autonomo); quali correttivi? La modulazione delle tutele?

d) Necessità di qualificazione (soprattutto nelle zone "grigie" di confine); chi qualifica? (il giudice); la fuga dal lavoro subordinato (per aggirare le tutele), simulazione e lavoro irregolare

3. La distinzione fra lavoro subordinato e lavoro autonomo

a) Criteri tradizionali:

- *oggetto* dell'obbligazione (di mezzi o di risultato): attività (subordinazione) e risultato (autonomia); ma può esserci rilievo del risultato anche nel lavoro subordinato (lavoro per obiettivi) e nel lavoro autonomo l'obbligazione essere di mezzi (es.: il libero professionista)
- *rischio*: nel lavoro subordinato il rischio è a carico del datore di lavoro (rischio esterno verso i terzi danneggiati, rischio della utilità della prestazione e rischio talora anche dell'esistenza della prestazione)
- *eterodirezione*: il lavoro subordinato è eterodiretto, nel senso che è il datore di lavoro a stabilire le modalità di esecuzione della prestazione; nel lavoro autonomo c'è autorganizzazione

b) **L'art. 2094 c.c.**

- *collaborazione*: è elemento non qualificante
- *dipendenza*: varie accezioni
- - accezione socio-economica (estranea alla norma, può esserne solo la *ratio*)
- - accezione "organizzativa": vi è dipendenza quando vi è inserimento in una organizzazione altrui, sulla quale il lavoratore non ha alcun potere di intervento e decisione e quando il prodotto del lavoro appartiene al datore di lavoro
- *direzione* del datore di lavoro: **il potere direttivo** come strumento per "governare" la prestazione secondo gli obiettivi dell'impresa; incidenza sulla fase di esecuzione, sul *come* lavorare, non sull'oggetto (che deve essere stabilito sulla base del consenso); necessità di istruzioni specifiche, puntuali e costanti nel corso del rapporto

c) *la critica*: **insufficienza definitiva**, nelle zone grigie, dell'art. 2094 c.c. e in particolare del criterio della eterodirezione, posto che ci sono: prestazioni di lavoro subordinato nelle quali le direttive si danno una volta per tutte (lavori semplici e ripetitivi); prestazioni di lavoro nelle quali il lavoratore gode di larga autonomia (es.: dirigenti) o ha una sua professionalità specifica (es.: tecnici)

d) **La giurisprudenza e il metodo c.d. tipologico**

Sembra affermare la sussistenza di una fattispecie unica e autosufficiente (basata sulla eterodirezione); in concreto, però, essa utilizza anche diversi **altri indici**, o elementi rivelatori della subordinazione dedotti dalla realtà concreta (c.d. metodo tipologico): si costruisce un "tipo" di lavoratore subordinato sulla base di tutti questi indici (il modello) e si giudica della esistenza o meno della subordinazione in base alla maggiore o minore approssimazione del caso concreto al modello, anche avuto riguardo alla possibile diversa rilevanza dei diversi indici nelle diverse fattispecie (es.: l'osservanza di un orario può essere assai significativa in certi contesti, in altri addirittura insignificante).

Spesso gli indici sono solo effetti giuridici: ma si può definire la fattispecie partendo dagli effetti che la legge collega alla fattispecie? Non è un rovesciamento del procedimento di qualificazione? Il dubbio è forte; bisogna però prendere atto della pragmaticità del metodo giurisprudenziale.

- indici essenziali: "interni" (potere direttivo più o meno intenso, disciplinare, di controllo) ed "esterni" (continuità della prestazione, inserimento)
- indici sussidiari: orario, pagamento della retribuzione, esclusività, volontà delle parti e qualificazione (la questione della qualificazione: spetta solo al giudice, ma se le parti hanno qualificato in un certo modo il rapporto, occorre una robusta prova contraria); neppure il legislatore ha un potere di qualificazione (Corte cost. n. 115/94) perché quando il rapporto in concreto è subordinato, non può essere evitata l'applicazione della normativa inderogabile.

e) Incidenza sulla questione dell'art. 2, comma 1 del d.lgs. n. 81/15: una distinzione fra eterorganizzazione e eterodirezione?

f) *L'art. 2094* e la formula datore di lavoro=utilizzatore della prestazione. La crisi di questa corrispondenza: il lavoro somministrato (rinvio)

3. Il lavoro parasubordinato in generale

a) *Origini e sviluppi*

- si affermano, nei fatti, rapporti di lavoro di carattere autonomo, nei quali tuttavia il collaboratore si trova in situazione di debolezza socio-economica (il caso della monocommittenza) e si trova ad essere in qualche modo inserito nell'organizzazione aziendale: questa situazione è il motivo dell'intervento del legislatore, ma non serve per definire la fattispecie
- a monte, un concetto ampio di subordinazione economica (personalità della prestazione, mancanza di contatto diretto con il mercato, esclusività o quasi del rapporto, reddito predeterminato mensilmente, inserimento funzionale nel ciclo dell'impresa, potere di coordinamento, presenza di condizioni generali di contratto e squilibrio contrattuale
- gli accordi economici collettivi per gli agenti e rappresentanti di commercio e la loro recezione nei decreti presidenziali *ex lege* n. 741/59 (con conseguente efficacia *erga omnes*)
- varietà di nozioni: fiscale (redditi assimilati a quelli da lavoro dipendente), previdenziale (che si rifà a quella fiscale (la Gestione separata presso l'Inps), "lavoristica"
- b) **L'art. 409 c.p.c.** e i requisiti ivi previsti (co.co.co.):
 - *continuità*: occorre un bisogno durevole del committente
 - - una prestazione di durata anche non predeterminata (o una durata apprezzabile)
 - - una serie di singole prestazioni collegate (es.: attività di consulenza)
 - *coordinazione*: inserimento nell'organizzazione, pur restando l'autonomia; la coordinazione è realizzata dal collaboratore stesso o dal committente? La tesi più diffusa è la seconda: intervento del committente nella fase esecutiva, un potere direttivo più attenuato; ma la coordinazione non può diventare eterodirezione (il criterio quantitativo è inaffidabile); varietà di forme di coordinazione (tempo, luogo, strumenti di lavoro, collegamento con altri lavoratori)
 - *prevalente personalità*: la prevalenza si misura rispetto ad altri elementi (capitale, organizzazione)
- c) *La disciplina*: normativa processuale, art. 2113 c.c., rivalutazione automatica dei crediti di lavoro, tutela contro gli infortuni, maternità, assegni familiari. Per il resto non è ammissibile l'interpretazione analogica

4. Il lavoro a progetto (art. da 61 a 69 d.lgs. n. 276/03)

a) *La finalità* antielusiva nei confronti di un diffuso abuso del co.co.co.

b) *Campo di applicazione* (art. 61, comma 3)

- il lavoro a progetto non riguarda: la pubblica amministrazione, gli agenti e rappresentanti di commercio, le attività con iscrizione obbligatoria ad albi, gli amministratori di società, i pensionati di vecchiaia, i lavori occasionali
- i co.co.co. in essere continuano fino alla scadenza, ma non oltre 1 anno (salvo accordi aziendali di transizione)

c) *La nozione di lavoro a progetto*

c1. La conservazione dei precedenti requisiti: questione discutibile

- la personalità resta invariata
- la continuità viene ridimensionata, nel senso che con il progetto il rapporto ha una sua durata determinata o determinabile (non più possibili contratti a tempo indeterminato; possibile un contratto quadro e poi tanti lavori a progetto?)
- la coordinazione viene anch'essa ridimensionata, nel senso che non si può più parlare di un potere di coordinamento del committente, posto che le "forme di coordinazione" sono stabilite nel contratto e dunque sulla base di una volontà comune; c'è un maggior rilievo dell'autonomia: art. 61: gestione autonoma in funzione del risultato e nel rispetto dell'organizzazione del committente

c2. La nozione di **progetto**

- Disciplina originaria: espressione ampia (progetto, programma, fase) e difficilmente identificabile; anche nel lavoro subordinato si lavora "per obiettivi" o "progetti"; accezione restrittiva (solo ideazione, quasi invenzione per un lavoro solo intellettuale; accezione più ampia (il riferimento è a qualsiasi attività, è necessaria solo una identificazione *a priori*; ma così la novità normativa si riduce di molto e la funzione antielusiva quasi viene meno); circolare ministeriale sui *call center* (n. 17 del 2006: la semplice risposta al telefono non è progetto, la telefonata promozionale sì)

- Modifiche della l. n. 92/2012 (art. 1, c. 23 ss.): restrizione dei requisiti
- - viene eliminato il riferimento a programmi e fasi, resta il progetto specifico che deve essere funzionalmente collegato al risultato e che è da considerarsi “elemento essenziale di validità” del contratto (art. 1, comma 24)
- - non può consistere nella riproposizione dell’oggetto sociale del committente (non si capisce perché)
- - il progetto non può comportare l’esecuzione di compiti meramente esecutivi e ripetitivi (individuabili dai contratti collettivi)

c3) Determinazione del progetto da parte del committente

- il ruolo del risultato: determina il contenuto dell’obbligazione (che sarebbe perciò obbligazione di risultato), o serve solo per definire l’ambito nel quale il collaboratore è tenuto a prestare (con diligenza) la sua attività? preferenza per la seconda ipotesi
- irrilevanza del fattore tempo, ma il progetto deve comunque concludersi (art. 67. 1°c.)
- la gestione autonoma da parte del collaboratore: maggiore rilevanza dell’autonomia, non c’è più il potere di coordinamento (art. 61 e 62, lettera d)

c4. **I profili sanzionatori** (art. 69)

Disciplina precedente

- 1° comma: due interpretazioni:
 - - presunzione solo relativa, suscettibile di prova contraria: il committente potrebbe cioè provare che il collaboratore ha svolto la prestazione in autonomia
 - - non c’è una conversione in senso proprio, c’è una sanzione (o una presunzione assoluta che se non c’è il progetto, c’è subordinazione); problemi di costituzionalità, ma si tratta della tesi più attendibile
- 2° comma: concerne il caso in cui vi sia il progetto, ma nella sostanza il rapporto è subordinato (è una ipotesi di simulazione)

Modifiche della legge n. 92/12:

- interpretazione autentica (e dunque retroattiva) dell’art. 69, c.1: la previsione del progetto specifico è requisito di validità del contratto, la cui mancanza determina la costituzione di un rapporto di lavoro subordinato a tempo indeterminato
- per il comma 2: presunzione relativa di subordinazione allorché l’attività dei lavoratori a progetto è svolta con modalità analoghe a quelli dei lavoratori subordinati in quell’impresa (esercizio di potere direttivo? ma allora c’è simulazione); c’è contraddizione con l’art. 63 che suppone una equiparabilità di mansioni
- art. 69-bis: il passaggio dalla posizione di titolare di partita IVA a collaboratore a progetto (in presenza di due fra questi elementi: durata di più di 8 mesi; reddito più dell’80%, presenza di postazione fissa), e, a seguire, alla posizione di lavoratore subordinato (problemi di costituzionalità?)

c5) *La disciplina*

- *la forma* (art. 62): il contratto è stipulato in forma scritta e deve contenere certi elementi
- *corrispettivo*: principio di proporzionalità oggettiva; la legge n. 92/12 ha confermato ed ha aggiunto il riferimento, come minimo da rispettare, alle disposizioni dei contratti collettivi con riguardo a mansioni comparabili (dalla proporzionalità alla sufficienza)
- tutela della *maternità, malattia e infortunio*: sospensione del rapporto senza proroga del termine (salvo il caso della gravidanza)
- tutela della *sicurezza* e contro gli *infortuni*
- *estinzione*; possibilità di un recesso con varie modalità, ivi compreso il preavviso; dopo la legge n. 92/12, per entrambe le parti c’è il recesso anticipato per giusta causa; il committente può anche recedere nel caso di profili di inidoneità professionale che rendano impossibile la realizzazione del progetto; il collaboratore può recedere *ad nutum* solo se ciò è previsto nel contratto
- *atti dispositivi*; invalidità di rinunzie e transazioni (art. 2113 c.c.)

d) **La fine del lavoro a progetto**

Art. 52 del d.lgs. n. 81/2015:

- le disposizioni sul lavoro a progetto sono abrogate e restano in vigore solo per i contratti in corso di svolgimento (e fino alla loro cessazione)

- resta salvo quanto disposto dall'art. 409 c.p.c.: quindi "risorgono" i co.co.co.

e) La stabilizzazione del lavoro autonomo e parasubordinato

Art. 54 del d.lgs. n. 81/2015: a decorrere dall'1.1.2016, la stipulazione di contratti di lavoro subordinato a tempo indeterminato con lavoratori prima autonomi o parasubordinati comporta l'estinzione degli eventuali illeciti amministrativi

5. Lavoro coordinato eterorganizzato (art. 2, d.lgs. n. 81/2015)

La norma stabilisce l'applicazione della disciplina del rapporto di lavoro subordinato ai rapporti di collaborazione che si concretino in prestazioni di lavoro esclusivamente personali, continuative e le cui modalità di esecuzione sono organizzate dal committente anche con riferimento ai tempi e al luogo della prestazione. Vari problemi.

5.1. Una prima alternativa:

- è una norma indirizzata a creare una nuova fattispecie (lavoro eterorganizzato) intermedia fra lavoro subordinato (eterodiretto) e lavoro autonomo (autorganizzato)

- o è norma volta solo ad estendere la disciplina del lavoro subordinato a rapporti che di per sé non lo sarebbero? (in questo secondo caso, problemi di costituzionalità, in ragione della indisponibilità del tipo).

Entrambe le tesi sono state sostenute. Resta il fatto che in concreto, la conseguenza è comunque quella dell'applicazione della disciplina del lavoro subordinato

5.2. E' norma volta a compensare l'abrogazione del lavoro a progetto? Cioè è norma antielusiva, visto che altrimenti il lavoro coordinato sarebbe strumento di elusione? Bisogna però tenere conto del fatto che le collaborazioni di cui all'art. 409 c.p.c. restano (e sono quasi prive di tutela), per cui è strano che ci sia un obiettivo antielusivo se poi si lascia il campo aperto al lavoro coordinato "semplice".

5.3. La norma sembra accogliere la distinzione fra:

- eterodirezione (potere direttivo, tipico del 2094 c.c.)

- eterorganizzazione (potere organizzativo), nelle sue dimensioni temporali e spaziali

Una traccia della distinzione in Corte Giustizia 4.12.2014 (caso degli orchestrali autonomi)

Ma è una distinzione reale? Potere direttivo e potere organizzativo non sono la stessa cosa? Forse che non serve alla definizione del 2094 c.c. anche la dimensione organizzativa?

Si può distinguere fra un profilo più individuale (direttive specifiche nel singolo rapporto) e uno più "collettivo" (organizzazione del complesso delle prestazioni), ma si tratta pur sempre di potere di *definire le modalità esecutive* (lo dice la norma stessa).

In fondo, all'insufficienza qualificatoria della eterodirezione (sia nei lavori ripetitivi, sia in quelli di alta qualificazione) si è sempre supplito con gli indici secondari, spesso legati al governo dei tempi di lavoro (e alla disponibilità del lavoratore, o imposta al lavoratore o rivendicata dallo stesso).

5.4. Si può sostenere che: l'art. 2 non incide sulla fattispecie del 2094 c.c., che non cambia la subordinazione, ma che la modula, in qualche modo legificando la c.d. subordinazione attenuata (dove l'eterodirezione non è così evidente).

Irrelevanza delle caratteristiche del contratto di partenza (che ovviamente è etichettato come autonomo, altrimenti non ci sarebbe problema): la collaborazione è elemento neutro (vale anche per il lavoro autonomo coordinato), si parla di prestazione di lavoro e non di opera, la collaborazione è esclusivamente (e non prevalentemente) personale, il riferimento al committente è ovvio ma non significativo.

5.5. Le eccezioni:

- professioni intellettuali con iscrizione all'albo

- amministratori di società

- ipotesi stabilite da accordi collettivi

Sono casi ai quali, se non ci fosse la norma di esclusione, non si applicherebbe la disciplina del lavoro subordinato (vuol dire che sono autonomi? O sono solo rapporti ambivalenti tali da richiedere una disciplina collettiva?)

5.6. Resta il rapporto di cui all'art. 409 c.p.c.; come prima? Senza alcuna tutela? Sembra di sì, ma la coordinazione non dovrebbe più essere oggetto di potere unilaterale del committente (se non ci sono problemi di distinzione con il caso dell'art. 2, d.lgs. n. 81/2015), ma oggetto necessario di accordo.

6. Lavoro accessorio

6.1. Evoluzione dell'istituto

- nel d.lgs. n. 276 riguarda una tipologia di rapporti riservati a soggetti a rischio di esclusione sociale; finalità di arginare il lavoro irregolare
- con la l. n. 133/2008 è generalizzato e qualificato solo dal tipo di attività svolta
- con la l. n. 92/12 non rilevano più le attività, ma solo il limite di reddito (5 mila euro annui)
- il sistema dei buoni orari (art. 72)
- non si chiarisce la natura autonoma o subordinata del rapporto: la sistemazione e la disciplina previdenziale (gestione separata Inps) portano all'autonomia; per altri il sistema dei buoni è mera modalità di pagamento cui accede una disciplina fiscale e previdenziale diversa da quella propria del lavoro autonomo o subordinato, mentre per gli altri profili la questione sarebbe da risolvere in base alla situazione di fatto.

6.2. Art. 48 e 49 d.lgs. n. 81/2015

- resta confermato solo il limite di reddito, elevato a 7.000 euro complessivi (e 2.000 per ogni singolo committente; 3.000 per i percettori di prestazioni previdenziali integrative del reddito)
- esclusione del lavoro accessorio nell'ambito degli appalti
- valore del buono: 10 euro, salvo futuro decreto ministeriale; acquisto dei buoni con modalità telematiche (i non imprenditori anche presso rivenditori autorizzati)

6.3. Grande sviluppo nella pratica di questo istituto. Il problema dei controlli:

- sul reddito: non sono previsti; e cosa succede se si superano i limiti?
- sulla effettività della prestazione (obbligo di comunicazione preventiva)

6.4. Se si rispettano i requisiti, ci sono o no le altre tutele?

7. Lavoro e rapporti associativi

7.1. *In generale*: nel rapporto associativo vi è comunanza di interessi finali

- art. 2247 c.c.: in società possono essere oggetto di conferimento beni o servizi, dunque anche attività lavorativa (art. 2263 per le società di persone), tranne che per le società di capitali, per le quali il lavoro può essere conferito solo come prestazione accessoria (ma ora art. 2346, comma 6)
- il conferimento costituisce adempimento del contratto sociale; inconfigurabilità di un rapporto di lavoro subordinato;
- criteri di distinzione: non è significativo quello della eterodirezione (anche nel rapporto associativo occorre "dirigere" le prestazioni), ma quello del **rischio**, che grava sul lavoratore-socio
- altro problema è quello del cumulo fra rapporto associativo e rapporto di lavoro subordinato:
- - i dipendenti che sono anche azionisti della società
- - gli amministratori di società: rapporto gestorio e rapporto di lavoro come direttore generale (cumulo escluso per l'amministratore unico; negli altri casi si guarda alla soggezione del direttore generale alle direttive del consiglio di amministrazione)

7.2. *Associazione in partecipazione* (art. 2549 ss. c.c.)

- apporto di lavoro e partecipazione agli utili dell'impresa: l'associato deve prestare lavoro nei limiti del valore (quota associativa) attribuito al suo apporto eseguendo le direttive
- elementi che aiutano la distinzione con il lavoro subordinato: il controllo dell'associato e il diritto al rendiconto, la partecipazione alle perdite (sia pure nel limite dell'apporto); elementi che la rendono difficile: possibile esclusione del controllo; direttive sul lavoro assimilabili al potere direttivo; esclusione dalla perdite e anche possibile garanzia di un guadagno minimo

- art. 2549 c.c., comma aggiunto dall'art. 1, comma 28, l. n. 92/12: trasformazione in rapporto di lavoro subordinato se gli associati sono più di tre "in una medesima attività"; concreta distruzione dell'istituto

- ora, la fine dell'istituto: art. 53 d.lgs. n. 81/2015, che esclude l'apporto di lavoro allorché l'associato sia una persona fisica

7.3. *Il lavoro in cooperativa* (legge n. 142/2001)

7.3.1. La situazione precedente: il rapporto è associativo; è possibile il cumulo con un contratto di lavoro subordinato solo se l'oggetto del contratto è estraneo all'attività della cooperativa (applicazioni distorte: per es., l'impiegato amministrativo di una cooperativa di facchini); applicazione di talune norme previdenziali, non dell'art. 36 Cost.

7.3.2. La legge n. 142/01: unicità di posizione (socio lavoratore) ma cumulo di rapporti; problemi di costituzionalità (art. 45 Cost. e tutela della cooperazione: perché imporre anche un rapporto di scambio?); cooperazione autentica e fenomeni di simulazione (difficoltà di accertare la simulazione, che va provata per lo più sul fronte del rapporto associativo)

- rapporto associativo e ulteriore rapporto di lavoro (subordinato, autonomo, parasubordinato o di altro tipo), con il quale il socio lavoratore contribuisce al raggiungimento degli scopi sociali: questo secondo rapporto è strumentale al primo? è un rapporto di lavoro speciale?

- comunanza di interessi

- contrapposizione di interessi: spettanza dei diritti sindacali, salva però la compatibilità con lo stato di socio lavoratore

- inscindibilità fra i due rapporti: se cessa il rapporto associativo (per recesso o esclusione) cessa anche quello di lavoro (art. 5, 2°c.)

- trattamenti retributivi non inferiori a quelli previsti dai contratti collettivi

7.4. *Impresa familiare* (art. 230-bis c.c.)

- salvezza di un diverso rapporto di lavoro subordinato

- particolare tipo di società (nei rapporti interni, in quelli esterni l'impresa familiare rimane impresa individuale)

7.5. *Rapporti associativi agricoli*

- riforma del 1964, regime di divisione degli utili, poi la conversione in contratti di affitto

- applicazione della tutela previdenziale e collettiva

8. Lavoro gratuito e volontariato

8.1. Il lavoro gratuito: viene esclusa la retribuzione dal contratto

- casi ammessi: il lavoro prestato nella famiglia (presunzione di gratuità in relazione al rapporto affettivo e al correlativo mantenimento; è presunzione relativa); il lavoro del convivente *more uxorio*; il lavoro nelle comunità religiose (non il lavoro esterno dei religiosi, che è oneroso)

- diversamente, il lavoro gratuito (nel senso di una obbligazione di lavorare gratuitamente) non è ammesso (si ricava *a fortiori* dall'art. 36 Cost.)

8.2. Il volontariato (legge n. 266/91)

- la prestazione è svolta in modo spontaneo, per fini di solidarietà

- la disciplina: rimborso spese, assicurazione infortuni, responsabilità civile verso terzi

9. Attività dei "senza lavoro"

Lavori socialmente utili (per opere e fornitura di servizi di pubblica utilità), tirocini formativi, piani per l'inserimento professionale dei giovani

- l'attività lavorativa è eterodiretta, ma non dà luogo ad un rapporto di lavoro subordinato:

- - manca la causa di scambio con una retribuzione erogata dal soggetto utilizzatore

- - erogazione di un trattamento di tipo assistenziale da parte dell'Inps o altri enti pubblici

- - lo svolgimento dell'attività è onere per la conservazione di un trattamento previdenziale o assistenziale o per realizzare una esperienza formativa

10. La certificazione dei rapporti di lavoro

a) - *Finalità* dell'istituto (art. 75 ss., d.lgs. n. 276/03): riduzione del contenzioso in materia di qualificazione del rapporto (legame originario con l'introduzione di nuove tipologie di contratti di lavoro; poi si parla solo di certificazione dei rapporti di lavoro in genere); ma il contenzioso non può essere eliminato perché non si può sottrarre al giudice la competenza in materia di qualificazione dei rapporti (la certificazione può essere impugnata: vedi *infra*)

- Ora la legge n. 183/10, all'art. 30, comma 4 (nuovo art. 79 del d.lgs. n. 276/03), si riferisce, più genericamente, alla finalità di "ridurre il contenzioso"; inoltre, la certificazione è prevista per i "contratti in cui sia dedotta, direttamente o indirettamente, una prestazione di lavoro" (es.: somministrazione di lavoro; appalto già da prima ex art. 84); art. 30, l. n. 183/10, comma 2: significato delle "valutazioni delle parti"; quando l'oggetto della certificazione sono le clausole contrattuali (es.: sull'orario, sul compenso del lavoratore a progetto), la certificazione produce una specie di cristallizzazione del contenuto del contratto, fino alla impugnazione in giudizio della certificazione (si veda *infra*); e se la clausola è nulla per contrasto con norma imperativa? Controllo della Commissione, ma in ogni caso impugnazione davanti al giudice;

- certificazione: *certum facere* (si tratta di un atto amministrativo), ma è una certezza che non può essere definitiva; distinguere fra l'atto da certificare e l'atto amministrativo di certificazione

b) carattere volontario della procedura di certificazione: solo sulla base della volontà di entrambe le parti (il datore può forzare il lavoratore a far certificare un contratto diverso da quello subordinato, ma sarà problema di volontà genuina); dalla richiesta sorge l'obbligo di procedere alla certificazione

c) Gli organi di certificazione (enti bilaterali, Direzione provinciale del lavoro, Province, università, consigli provinciali dei consulenti del lavoro)

d) procedure di certificazione (il codice di buone pratiche, i termini, la motivazione, l'indicazione degli effetti)

e) Quando la certificazione? Solo prima dell'instaurazione del vincolo o anche in corso di svolgimento? Si veda ora il nuovo comma 2 dell'art. 76 (art. 31, comma 17, l. n. 183/10), che ammette la certificazione in corso di rapporto.

f) l'efficacia della certificazione (art. 79):

- efficacia piena e vincolante (fino alla eventuale pronuncia del giudice) nei confronti delle parti e dei terzi interessati (enti previdenziali, fisco, altri soggetti possibili)

- rimedi contro la certificazione (art. 80):

- - nel caso di qualificazione erronea

- - nel caso di difformità tra il programma negoziale posto a base della certificazione e l'effettivo svolgimento del rapporto

- retroattività della pronuncia del giudice e possibili limiti fondati sull'affidamento delle parti

- altri casi di impugnazione: art. 80, 1°c. 2^parte, per vizi del consenso dell'atto di certificazione (è l'atto amministrativo? è il contratto certificato? è ciò che hanno dichiarato le parti in sede di certificazione?): art. 80, 5°c.: impugnazione davanti al giudice amministrativo per violazione del procedimento o eccesso di potere

g) Nuova competenza: validazione di accordi modificativi *in pejus* delle mansioni (nuovo art. 2103 c.c., comma 6); è una forma di c.d. derogabilità assistita (tale non è l'art. 81)

SEZIONE SECONDA

1. IL CONTRATTO DI LAVORO

1. Contratto e rapporto di lavoro

1.1. Il sistema del codice civile: non c'è una definizione del contratto (anche se è ricavabile dall'art. 2094 c.c.); si dà rilievo alla fase esecutiva, al rapporto svolto nell'organizzazione di impresa (Sezione III: Del rapporto di lavoro)

1.2. Rilievo dell'*organizzazione* e nesso con il contratto; gli interessi dell'organizzazione:

- o sono intesi come interessi partecipati (dal datore e dai lavoratori)
- o si dice che sono interessi "tipizzati" del datore di lavoro che determinano o integrano gli effetti del contratto (art. 1374 c.c.)
- la seconda prospettiva porta a registrare il passaggio dal contratto come atto fra soggetti eguali al riconoscimento, nel contratto, di *poteri* giuridici di una parte sull'altra

2. Il contratto come fonte del rapporto

2.1. Teoria *anticontrattualistica*; si basa su:

- svalutazione della volontà delle parti, forte etero-integrazione dei contenuti e degli effetti del contratto (in virtù dell'ampiezza e intensità delle norme inderogabili di legge e di contratto collettivo)
- prospettiva istituzionistica (l'impresa come ordinamento autonomo e come fonte di rapporti giuridici)

2.2. Teoria *contrattualistica*:

- i meccanismi di integrazione e quelli di svalutazione della volontà non possono comunque cancellare il rilievo essenziale della volontà (e dunque del contratto) per la costituzione del vincolo: il *se* del contratto è necessariamente determinato dalla volontà, anche se il *come* dipende spesso da fonti esterne
- recenti rivalutazioni della volontà, anche sotto il profilo della regolamentazione; il lavoratore non dovrebbe più essere considerato una sorta di incapace, da tutelare sempre, ma un soggetto in grado di gestire i propri interessi

3. La prestazione di fatto

3.1. L'occupazione di fatto è stata intesa come possibile fonte del rapporto di lavoro: da ciò deriverebbe una conferma della tesi anticontrattualistica. In realtà la norma richiamata (art. 2126 c.c.) ha un diverso significato. Distinzione fra:

- prestazione contro la volontà del datore di lavoro: ci sarà solo l'azione generale di arricchimento, non ci potrà mai essere costituzione del rapporto di lavoro
- prestazione resa in base ad un contratto accertato come invalido: questo è il caso dell'art. 2126 c.c.

3.2. Nel 2126 c'è il riferimento ad un contratto, anche se invalido: il problema è quello degli effetti che derivano dal contratto invalido (se fossero gli stessi effetti del contratto valido, allora si dovrebbe dire che basta una occupazione di fatto per far sorgere il rapporto)

a) 1° comma, prima parte: salvezza degli effetti prodotti nel periodo in cui il rapporto ha avuto esecuzione

- occorre anzitutto che vi sia stata una qualche esecuzione;
- c'è una deroga al diritto comune: si blocca la normale retroattività della invalidazione (dunque anche nel caso di nullità e non solo nel caso di annullamento, con riferimento a prestazioni già eseguite di un contratto di durata, come avviene anche in base ai principi generali)
- gli effetti che sono fatti salvi si riferiscono al passato; la norma ha valore retrospettivo, è una sanatoria di quel che è avvenuto; gli effetti fatti salvi sono gli stessi che si sarebbero prodotti se il contratto fosse stato valido
- non si producono effetti per il futuro, in particolare non sorge una obbligazione di lavoro per il futuro, perché condizionare il sorgere di una obbligazione al suo adempimento è come negare l'obbligazione (che impone invece un certo comportamento); dunque, quello del 2126 non è il vero rapporto di lavoro)
- rilievo per le vicende del rapporto, ma anche per i riflessi previdenziali (per il periodo di esecuzione avvenuta, il rapporto si considera come fosse stato un rapporto valido ai fini della tutela

previdenziale: infortuni sul lavoro, anzianità contributiva per la pensione ecc.; ma si veda l'art. 24 della l. n. 977/67, che sembra presupporre un principio generale contrario

b) 1° comma, seconda parte, l'eccezione:

b1) illiceità della causa: nel contratto di lavoro non può esserci causa illecita; la illiceità si riferisce al motivo

b2) illiceità dell'oggetto:

- attività contrarie ai principi generali e inderogabili dell'ordinamento (es., attività di spacciatore)
- attività lecite per alcuni e non per altri (es., guida senza patente, o attività varie senza la richiesta autorizzazione): è controversa l'applicabilità del 2126 c.c. (per la maggioranza si può applicare, cioè siamo fuori dalla eccezione)

c) Il 2° comma: garanzia, in ogni caso della retribuzione (più ampiamente, del trattamento) quando vi sia stata violazione di norme poste a tutela del lavoratore: la causa di invalidità, anche se dipende da illiceità, non può danneggiare il lavoratore (es.: lavoro del minore, violazione delle norme sulla sicurezza)

- il 2° comma è una eccezione della eccezione.

d) Applicazione dell'art. 2126 c.c. anche a singole clausole: es., al patto di rinuncia alle ferie: se il lavoratore lavora, avrà diritto alla normale retribuzione per ferie e in aggiunta quella corrispondente al lavoro prestato sulla base del patto nullo

e) Art. 2126 c.c. e garanzia del lavoratore: ha un effetto limitato appunto al passato, non garantisce la conservazione del rapporto "depurato" dal vizio, conservazione che si ha solo se c'è una esplicita norma di conversione (es.: carenza di forma scritta posta *ad substantiam*: il contratto è nullo con applicazione del 2126, a meno che non si stabilisca espressamente che si converte in un tipo diverso); riflessi previdenziali: si conservano gli effetti prodotti

4. I soggetti del contratto: il datore di lavoro

Varie configurazioni:

4.1. Soggetto singolo o società; rilevanza delle dimensioni (numero di lavoratori occupati)

4.2. Imprenditore o non imprenditore

- organizzazioni di tendenza: caratterizzate dallo scopo ideale che viene perseguito (normalmente sono non imprenditori, ma possono agire anche come imprenditori); una definizione nella legge n. 108/90; disciplina talora diversificata (es.: applicazione della sola tutela obbligatoria in caso di licenziamento illegittimo)

- gruppi di imprese (meccanismi di controllo, sistemi a catena, sistemi stellari con la capogruppo al centro; sistemi a rete); il problema: lavoratori impiegati alternativamente o cumulativamente, con comandi o distacchi):

- nei confronti dei lavoratori il gruppo non ha una sua soggettività, le singole società hanno autonomia

- però sono possibili meccanismi interpositori (vietati) o frammentazioni fittizie e fraudolente

- casi di contitolarità dei rapporti (uso promiscuo di personale, stessi immobili, stesso personale direttivo)

4.3. Ancora la questione dell'art. 2094 c.c. e la scissione fra titolare del rapporto e utilizzatore della prestazione: c'è una inderogabilità del soggetto?

5. Segue. Il lavoratore

5.1. Capacità

5.1.1. *Capacità giuridica*: attitudine ad essere parte di un rapporto giuridico

- fattori di limitazione della capacità: età, sesso, salute

- il problema dell'*età*: il rapporto fra capacità giuridica e di agire

- vecchio art. 3 c.c. (capacità in materia di lavoro): si affermava la coincidenza delle varie capacità (a 18 anni), ma poi si rinviava alle leggi speciali per la determinazione di una diversa età per la

capacità a prestare lavoro, così svuotando la regola; convenzioni OIL e poi la legge n. 977/67 hanno stabilito a 15 anni l'acquisto della capacità giuridica (o 14 per lavori leggeri e 16 per lavori faticosi)

- art. 2 c.c., 2°c.: si regola la capacità a prestare lavoro (capacità giuridica) in un norma intitolata alla capacità di agire; ancora una salvezza di leggi speciali che riguardano materia diversa da quella regolata dalla norma

- art. 3 l. n. 977/67 (come modificato nel 1999): l'età minima di ammissione al lavoro è quella in cui il minore ha concluso il periodo di istruzione obbligatoria, in ogni caso non inferiore a 15 anni; quindi si tratta di vedere quando si considera concluso il periodo di istruzione (16 anni, poi 18, ma con possibilità di stipulare, prima della conclusione del periodo, solo contratti formativi, come l'apprendistato; ora nuovamente 16 anni)

- violazione delle regole sulla capacità giuridica: sanzioni penali e art. 2126 c.c.

- altri limiti alla capacità giuridica speciale: limiti massimi di età (es. apprendistato: 24 anni o 29 anni, a seconda che si tratti di apprendistato del primo o del secondo tipo)

5.1.2. *Capacità di agire*

- art. 2 c.c.: si parla solo della capacità processuale (esercizio dei diritti e delle azioni), non di quella sostanziale (stipulazione del rapporto di lavoro)

- tesi della coincidenza delle due capacità (istanza di protezione e valorizzazione del minore; fondamento normativo è la salvezza delle leggi speciali): è smentita dalla lettera della legge (le leggi speciali non riguardano la capacità di agire) e non è detto che realizzi quell'obiettivo di protezione

- esercizio dei diritti: anche del diritto di recesso?

5.2. *Capacità naturale*: in un certo senso è un presupposto della capacità giuridica, è attitudine naturale a svolgere un certo lavoro (qualità, doti, attitudini, conoscenze, esperienze)

- il nesso fra la capacità naturale e perizia, e quindi diligenza (quella professionale, cioè quella richiesta dalla natura della prestazione: art. 2104 c.c): si può configurare inadempimento allorché il lavoratore non cura la propria formazione e il proprio aggiornamento così da conservare la "perizia"

- la rilevanza della incapacità naturale o idoneità sopravvenuta:

- - inidoneità totale: risoluzione di diritto

- - inidoneità parziale: art. 1464 e possibile recesso del datore se non vi è interesse alla prestazione parziale (è un recesso speciale o è il normale licenziamento?)

5.3. *L'inquadramento*

- non è uno *status*, dipende sempre dal contratto e dunque dalla volontà delle parti

- la distinzione fra le varie categorie professionali: art. 2095 c.c. (rinvio)

6. **L'oggetto del contratto**

6.1. *La prestazione di lavoro*: i requisiti dell'art.1346 c.c.

- possibilità (da intendersi come impossibilità per chiunque, se no è un problema di capacità); deve trattarsi di effettiva impossibilità, non di mera difficoltà; altra ipotesi è quella della impossibilità riconducibile all'organizzazione dell'impresa (il c.d. substrato della prestazione che può venir meno; es.: distruzione dello stabilimento);

- liceità: distinzione fra impossibilità e illiceità (quest'ultima, sembra da ritenere, non in caso di contrasto con una singola norma, ma con principi generali di ordine pubblico); liceità per alcuni soggetti, non per altri (es.: patente di guida)

- determinatezza o determinabilità della prestazione, cioè delle mansioni assegnate; no al lavoratore tutto-fare; rilievo dell'esecuzione del contratto: l'assegnazione di mansioni e il loro concreto svolgimento consente in ogni caso la determinazione

6.2. *La retribuzione*

- possibilità: ha senso parlarne solo per la retribuzione in natura

- liceità: lo stesso

- determinatezza o determinabilità: ruolo dell'art. 36 Cost. e funzione del giudice (art. 2099 c.c.)

7. Gli elementi essenziali del contratto

7.1. La volontà

- rilievo ridotto della volontà, a fronte della incidenza della normativa inderogabile
- volontà e timore reverenziale (non rileva); ma ci sono situazioni nelle quali c'è una sorte di presunzione di vizio del consenso (art. 2113 c.c., prescrizione che decorre solo dalla cessazione del rapporto); necessità, comunque, di una seria indagine sulla genuinità della volontà del lavoratore
- rilievo della simulazione, quasi mai assoluta, solitamente relativa (del tipo contrattuale, nella retribuzione ecc.): norme comuni
- rilievo della frode alla legge (intesa come rilevanza di uno specifico motivo illecito, pur nel rispetto della normativa; il problema delle conseguenze sanzionatorie: la sanzione della nullità (con applicazione del 2126 c.c.) è incongrua, perché al lavoratore interessa non la negazione di effetti al contratto in frode, ma la produzione di effetti diversi, con conservazione del rapporto
- sentenza produttiva degli effetti del contratto (art. 2932), "in sostituzione" della volontà delle parti (casi di assunzione obbligatoria, purché gli elementi del contratto siano predeterminati)

7.2. La forma

a) Principio generale della libertà di forma

b) I vincoli di forma (per la validità)

- riferiti all'intero contratto: forma solenne dell'atto pubblico per il contratto di arruolamento; forma scritta per il lavoro sportivo, per il contratto di inserimento, di apprendistato, di somministrazione; se manca la forma prevista, o c'è la norma di "conversione", oppure resta la nullità
- riferiti a singole clausole: il patto di prova, il termine, il patto di non concorrenza; qui l'assenza della forma prescritta determina una nullità parziale: art. 1419, 1° comma (tutto è travolto, se la clausola era da considerarsi essenziale) o 2° comma (il contratto si conserva se c'è la norma imperativa sostitutiva)
- vincoli di forma posti dalla contrattazione collettiva (art. 1352 c.c.); il più delle volte è forma per determinate comunicazioni

c) *L'informazione*

- il d.lgs. n. 152/97: le informazioni sulle modalità del rapporto da dare al lavoratore entro 30 giorni dall'assunzione; conseguenze sanzionatorie (intimazione della Dt I e sanzioni amministrative in caso di ottemperanza)

8. Gli elementi accidentali del contratto

8.1. Condizione:

- sospensiva: apponibile salvo che non vi sia un obbligo di assunzione (disabili)
- risolutiva: sembra apponibile salvo che si tratti di materia "vincolata" quanto ai meccanismi di estinzione; ma la clausola risolutiva è una forma di risoluzione consensuale (il caso del contratto Poste Italiane: la clausola risolutiva espressa al raggiungimento della massima anzianità contributiva utile)

8.2. *Modus*: non apponibile, non trattandosi di atto di liberalità

8.3. *Termine*: rinvio

9. Il patto di prova

9.1. *Natura*: combinazione fra termine e condizione; in realtà si tratta di un patto, di una clausola che può essere apposta al contratto di lavoro, provvista di una sua specifica disciplina; non è un contratto a sé stante

9.2. *Funzione*: consentire il reciproco esperimento fra le parti circa la convenienza del rapporto; in tal senso è previsto lo specifico obbligo di fare e consentire l'esperimento

9.3. Requisiti:

- forma scritta *ad substantiam*
- previsione specifica delle mansioni oggetto della prova

9.4. *Durata*: stabilita dalla contrattazione collettiva o dal contratto individuale; eventuale durata minima; la durata massima di 6 mesi è fissata solo nei confronti del datore di lavoro, che oltre i 6 mesi non può avvalersi della disciplina tipica del patto di prova (vedi subito oltre); computo del tempo: rileva solo il tempo effettivo di lavoro

9.5. *Disciplina*: recesso libero e senza preavviso né indennità sostitutiva del preavviso; è essenziale per salvaguardare la funzione dell'istituto; rilievo della durata minima, come limite a questo tipo di recesso

- ci sono obblighi di motivazione in relazione alla funzione del patto? Sembra di no, spetta al lavoratore dimostrare che il recesso non dipende dal mancato gradimento, ma da ragioni illecite (discriminatorie, di elusione degli obblighi di assunzione dei disabili)

- illegittimità del recesso: quali conseguenze?

- - si rifà la prova

- - diritto al risarcimento del danno (da perdita di occasione di lavoro)

- - si instaura un rapporto normale (senza prova) se le mansioni svolte sono diverse da quelle per le quali era prevista la prova

2. IL RAPPORTO DI LAVORO

1. Generalità

Il rapporto costituisce la fase esecutiva del contratto, di particolare e autonoma rilevanza nell'ambito di un contratto di durata com'è quello di lavoro. Due modi di intenderlo:

- complessità del rapporto di lavoro: questo si compone di una pluralità di posizioni giuridiche delle parti, attive e passive

- unitarietà del rapporto, con riferimento al rapporto fondamentale (Suppiej); il rapporto fondamentale come relazione "neutra", non costituito da una relazione fra una posizione attiva e una passiva, ma da un legame sottostante sul quale si innestano poi le varie posizioni giuridiche. Applicazione concreta per spiegare la maturazione dell'anzianità di servizio, la prosecuzione del rapporto anche in assenza di prestazione, la distinzione fra diritto alla qualifica e singoli crediti retributivi ecc.

2. L'obbligazione di lavoro

Per le caratteristiche dell'obbligazione, vedi sopra in tema di contratto

L'obbligazione di lavoro come obbligazione di attività, o di contegno, o di mezzi e non di risultato inteso come risultato ulteriore rispetto alla prestazione stessa: il lavoratore è tenuto solo a lavorare con diligenza e questo è anche il risultato atteso dal datore di lavoro creditore, senza che abbia rilievo il "valore" ulteriore della prestazione combinato con gli altri fattori produttivi

Obbligazione di lavoro e "messa a disposizione" (di energie lavorative): in linea di massima con la semplice messa a disposizione non vi è adempimento dell'obbligo di lavoro, che consiste in un "fare"

3. Le mansioni

3.1. Sono ciò che il lavoratore deve fare, i compiti, le "operazioni" da svolgere, in sostanza, l'oggetto del contratto; parlare di mansioni significa parlare di un elemento di *fatto*

3.2. L'erronea contrapposizione fra mansioni contrattuali e mansioni effettive (le mansioni contrattuali ben possono essere, anzi normalmente sono, le mansioni effettivamente svolte); la contrapposizione è, semmai, tra mansioni contrattuali fittizie (scritte nel contratto) e mansioni contrattuali effettive, cioè realmente volute, alle quali soltanto occorre guardare; se poi c'è discrepanza fra le mansioni effettivamente volute (cioè dovute) e quelle in concreto svolte, ciò dipenderà o da inadempimento del lavoratore o da una modifica delle mansioni dovute.

3.3. Genericità delle mansioni e successiva individuazione da parte del datore di lavoro con l'esercizio del potere direttivo

4. Qualifiche e categorie

4.1. *Qualifica*: è l'insieme del trattamento giuridico spettante al lavoratore in base allo svolgimento di determinate mansioni; dunque si tratta di elemento di *diritto*

- è la contrattazione collettiva che stabilisce la qualifica, cioè il trattamento giuridico, cioè il valore della prestazione di lavoro (la contrattazione collettiva come il mercato delle qualifiche)

4.2. *Categoria*: è in sostanza un raggruppamento di qualifiche omogenee; anch'essa serve a definire il trattamento giuridico

4.3. Art. 2095 c.c. e distinzione in 4 categorie (operai, impiegati, quadri dirigenti); la distinzione, o meglio, i criteri di appartenenza alle singole categorie sono stabiliti dalle leggi speciali o dalla contrattazione collettiva; in particolare:

a) per *impiegati e operai*:

- la legge sull'impiego privato del 1924 (gli impiegati collaborano *all'impresa*, gli operai collaborano *nell'impresa* predisposta dai primi; criterio ormai inadeguato);

- *l'inquadramento unico* (da parte della contrattazione collettiva): divisione in livelli (retributivi) a prescindere dalla distinzione operai/impiegati; la classificazione è in base alle *declaratorie* (in relazione a: esperienza necessaria, autonomia, guida di altre posizioni, responsabilità) l'inquadramento unico produce effetti solo nell'ambito degli istituti regolati dallo stesso contratto che lo ha introdotto, non ad effetti diversi (ad es. se la legge pone differenze, queste restano, anche se talora è intervenuta la Corte cost. per eliminare le disparità, per es.: in tema di requisiti di accesso alla pensione di invalidità, o per la durata del comporto per malattia)

b) per i *quadri*, la legge n. 190 del 1985 ha posto una definizione, rinviando però ancora alla contrattazione per ulteriori specificazioni

c) per i *dirigenti* c'è solo il contratto collettivo: prima criteri soggettivi (attribuzione della categoria da parte del datore di lavoro), poi criteri oggettivi (importanza delle mansioni, autonomia, poteri decisionali ecc.); il dirigente *alter ego* e il dirigente "minore"

- difficoltà nell'individuazione di criteri costanti di diversificazione, a causa delle frequenti innovazioni organizzative e tecnologiche

5. Il mutamento di mansioni

Necessaria adattabilità della prestazione di lavoro e opportunità che le mansioni vengano modificate in corso di rapporto: la *flessibilità funzionale*, nello svolgimento del rapporto. Esigenze di tutela del lavoratore e della sua professionalità

5.1. Il problema della *fonte* del possibile mutamento: potere unilaterale (*ius variandi*) o necessità del consenso, varietà di soluzioni

5.2. **La regolamentazione precedente**: dal testo originario del codice all'art. 13 dello Statuto

5.2.1. Testo originario dell'art. 2103 c.c.: limiti allo *ius variandi*, libertà delle modifiche consensuali (possibili abusi)

5.2.2. Art. 13 St.:

- limiti alle modifiche tanto unilaterali quanto consensuali (comma 2 e nullità dei patti contrari)

- i tre gruppi di mansioni:

a) le mansioni di *assunzione*, necessariamente contrattuali; qui non c'è modifica; c'è un "diritto" ad essere adibito a quelle mansioni? In che senso?

b) le modifiche "*orizzontali*":

- a mansioni *equivalenti* alle ultime effettivamente svolte; equivalenza non retributiva, ma professionale (in senso statico, cioè con conservazione del bagaglio professionale, o in senso dinamico, in funzione di uno sviluppo, rotazione di mansioni);

- con garanzia di irriducibilità della retribuzione: in senso rigoroso o morbido, con distinzione fra voci retributive essenziali per la posizione professionale (aspettativa di carriera e di guadagno) e voci non essenziali, che, se legate alle peculiarità "estrinseche" delle mansioni precedenti, non dovrebbero essere conservate dopo la modifica

c) le modifiche “verticali”:

c1) mansioni *superiori*: diritto ad essere adibiti alle mansioni corrispondenti alla categoria superiore acquisita (con promozione); assegnazione a mansioni superiori, con diritto da subito al trattamento corrispondente (senza promozione), o con promozione automatica se l’assegnazione (prevista come provvisoria) si protrae per più di tre mesi (o il minor periodo stabilito dalla contrattazione); eccezione: caso di sostituzione di lavoratore assente con diritto alla conservazione del posto (modalità di computo dei tre mesi, possibilità di frodi)

- le procedure di promozione (autolimitazione da parte del datore): controlli del giudice sui profili solo formali e procedurali, sul merito solo se c’è una predeterminazione oggettiva di punteggi (e salvo la violazione dei principi di buona fede e correttezza)

c2) mansioni *inferiori*: la norma non ne parla, dunque:

- illegittimità di dequalificazione

- eccezioni espresse (accordo sindacale in sede di procedure di mobilità, lavoratrice madre, lavoratore divenuto inidoneo); eccezione in base ad un principio generale per cui l’interesse alla conservazione del posto prevale rispetto a quello alla tutela della professionalità.

5.2.3. La tutela giudiziaria: i danni alla professionalità

5.2.4. Incidenza dell’art. 8, l. 148/11: possibilità di deroghe nella contrattazione di prossimità; limiti costituzionali (art. 2 e dignità del lavoratore)

5.3. Le criticità della norma: il mutamento delle professionalità (rivoluzione tecnologica e informatica, svuotamento delle classificazioni); la “manutenzione” della giurisprudenza (un interesse esterno del lavoratore, la teoria del male minore).

5.4. **La nuova disciplina** (art. 1, comma 7, l. n. 183/2014 e art. 3, l. lgs. n. 81/2015)

5.4.1. La *legge delega*:

- revisione della disciplina delle mansioni

- ambito: processi di riorganizzazione, ristrutturazione, riconversione

- criteri: contemperamento fra interesse all’utile impiego e interessi del lavoratore (alla tutela del posto, della professionalità, delle condizioni di vita)

5.4.2 **Il nuovo art. 2103 c.c.** (“Prestazione di lavoro”)

5.4.2.1. Mansioni di assunzione: nulla cambia

5.4.2.2. Le modifiche delle mansioni: diversi meccanismi

- modifiche unilaterali

- modifiche consensuali individuali e collettive

- mobilità orizzontale e verticale sia ascendente che discendente (questa la novità maggiore)

5.4.2.3. Le varie tipologie di modifica (con riguardo alla “direzione”)

a) Mobilità *orizzontale*

- sparisce la tutela della professionalità (e la legge delega che sembra garantirla? c’è violazione?)

- la garanzia è quella del “livello o categoria legale di inquadramento” rispetto alle ultime effettivamente svolte

- il livello è garanzia retributiva, ma mescola professionalità diverse (spinta ai contratti collettivi a rivedere le classificazioni?)

- lo strano recupero della categoria legale (come rete di sicurezza? ma in che modo, stante l’incertezza della distinzione impiegati/operai, ormai obsoleta?); ci sono contratti collettivi che mantengono la distinzione fra categorie e dividono in livelli al loro interno, altri che prevedono solo livelli; il difficile recupero dei criteri della legge del 1924: valenza “sociale” di quei criteri (come “sociale” era la base della legge del 1924 e anche della legge sui quadri del 1985): una differenziazione per importanza sociale? Comunque la categoria legale è un limite esterno al mutamento.

b) Mansioni *superiori*

- necessità di adibizione a quelle corrispondenti all’inquadramento (non più alla categoria) superiore successivamente acquisito (comma 1); resta il problema della necessità o meno del consenso del

lavoratore (che può avere interesse a rifiutare una posizione lavorativa troppo impegnativa o di responsabilità)

- assegnazione (provvisoria) a mansioni superiori (senza inquadramento superiore): diritto da subito al trattamento corrispondente (come prima)

- assegnazione definitiva (promozione automatica): oltre il limite stabilito dai contratti collettivi o in mancanza dopo sei mesi continuativi (soluzione restrittiva, ma resta lo spazio per la rilevanza della frode); possibilità di rifiuto del lavoratore (riferita all'assegnazione a mansioni superiori o alla promozione automatica, cioè alla definitività?)

c) Mansioni inferiori

c1) Comma 2: *ius variandi in pejus*

Presupposti: modifica degli assetti organizzativi aziendali:

- rapporto con la legge delega: occorre una situazione di difficoltà economica o qualunque modifica è rilevante? Solo scelte generali che ricadono sul lavoratore o anche scelte mirate su di esso (per cui la modifica delle mansioni è già in sé una modifica dell'assetto aziendale)?

- ci sta anche la salvezza del posto di lavoro?

Limiti:

- di forma: comunicazione scritta a pena di nullità (comma 5)

- di contenuto: solo un livello inferiore di inquadramento, comunque garanzia della categoria

- sul piano retributivo: mantenimento della retribuzione, salvi gli elementi retributivi legati a particolari caratteristiche di svolgimento della prestazione (comma 5); ancora la distinzione fra elementi intrinseci ed estrinseci? C'è comunque uno scollamento fra l'inquadramento formale e le mansioni

- obbligo formativo, se necessario, ma senza la sanzione della nullità dell'atto di assegnazione (solo conseguenze risarcitorie: comma 3)

c2) Comma 4: *modifiche sul piano collettivo*

- si tratta di "ulteriori ipotesi": sacrificio della professionalità a beneficio dell'occupazione

- la contrattazione può stabilire se c'è un potere unilaterale o se occorre il consenso?

- quale contratto collettivo? Quello di cui all'art. 51, d.lgs. n. 81/15; e i contratti di prossimità di cui all'art. 8, d.l. n. 138/11? Sono abrogati? Forse no, perché nell'art. 8 c'è sì l'intesa di scopo, ma senza il limite del peggioramento di un solo livello nell'ambito della stessa categoria

- limiti: quelli del comma 2 (un livello inferiore, sempre nell'ambito della categoria) e 5

c3) Comma 6: un caso di derogabilità concordata a livello individuale, ma nelle sedi protette (ipotesi di c.d. derogabilità assistita)

- la sede: quelle dell'art. 2113 c.c., comma 4 o le commissioni di certificazione, con possibilità di ulteriore assistenza (rappresentante sindacale o avvocato)

- limiti: nessuno, si possono modificare le mansioni, il livello, la categoria, il trattamento (sembra un ritorno all'antico, con modifiche consensuali del tutto libere)

- presupposti: l'interesse alla conservazione dell'occupazione (legalizzazione della giurisprudenza), all'acquisizione di una diversa professionalità, al miglioramento delle condizioni di vita

5.4.2.4. Resta la nullità dei patti contrari, ma la norma è di molto svuotata di significato; l'inderogabilità è fortemente ridimensionata.

Conclusioni:

- cambia il bene tutelato (non più la professionalità, ma l'occupazione)

- cambia il modo della sua tutela: il bene diventa disponibile (anche se con specifiche garanzie)

5.5. Il mutamento di mansioni nel **pubblico impiego** (art.52, d.lgs. n. 165/01)

5.5.1 Inquadramento per aree funzionali (almeno 3): le progressioni da un'area all'altra avvengono per concorso pubblico (art. 97 Cost.), con possibile riserva di posti fino al 50% per i già dipendenti; nell'ambito delle aree, in base a criteri selettivi con attribuzione di fasce di merito

5.5.2. Adibizione a:

- mansioni di assunzione, ovvero

- a mansioni equivalenti nell'ambito dell'area di inquadramento (non più rinvio ai contratti collettivi)
- a mansioni corrispondenti alla qualifica superiore acquisite in base alle procedure selettive; non ha effetto l'assegnazione di fatto a mansioni diverse ai fini dell'inquadramento
- a mansioni (prevalenti) della qualifica immediatamente superiore solo in caso di: vacanza di posto in organico (fino a 6 mesi o 12 se le procedure sono state avviate); sostituzione di lavoratore assente con diritto alla conservazione del posto (non per ferie); al di fuori di questi casi l'assegnazione è nulla, ma il lavoratore ha comunque diritto al trattamento per l'attività svolta, e il dirigente che ha disposto l'assegnazione (con dolo o colpa grave) è responsabile personalmente.

6. Il trasferimento

- 6.1. La *fonte*: rientra nel potere direttivo; ci può essere però un patto di non trasferibilità
- 6.2. La *nozione*: spostamento da una unità produttiva ad un'altra, dunque non il mero mutamento del luogo; occorre dunque definire l'unità produttiva: articolazione interna dotata di autonomia produttiva o almeno funzionale (si realizza una specifica funzione dell'impresa), non necessariamente caratterizzata da unità di tipo spaziale (l'unità produttiva può essere caratterizzata dall'insieme di diverse articolazioni, come ad es. punti vendita, per cui uno spostamento interno è mutamento di luogo, ma non trasferimento in senso proprio)
- 6.3. I presupposti: le ragioni tecniche, organizzative e produttive; non necessità di una contestuale motivazione (o analogia con il licenziamento, che ora deve essere motivato contestualmente, in base alla legge n. 92/12?); prova in giudizio a carico del datore (in quanto titolare del potere)
- 6.4. La posizione del lavoratore di fronte al trasferimento; varie soluzioni:
- necessaria obbedienza (l'atto produce effetti fino al suo annullamento)
 - autotutela come eccezione di inadempimento o rifiuto per carenza di potere
 - la verifica a posteriori della legittimità del rifiuto
 - incidenza sul problema della nuova normativa (art. 32, comma 3, l. n. 183/10): ora necessità di impugnare il trasferimento

7. Modo e tempo della prestazione di lavoro

- 7.1. Il criterio della *diligenza*. Art. 2104 c.c., comma 1 e individuazione dei parametri di controllo dell'adempimento:
- natura della prestazione (rilevanza della capacità professionale)
 - interesse dell'impresa: è l'interesse all'organizzazione; prestazione "organizzabile"
 - interesse superiore della produzione nazionale: del tutto superato o c'è margine di applicabilità (diritto pubblico dell'economia)?
 - possibile rilevanza del *quantum* della prestazione e dunque del rendimento; rendimento medio e utilità della prestazione per il datore di lavoro (scarso rendimento come violazione dell'obbligo di una prestazione diligente o come fatto che incide sull'organizzazione del lavoro in senso oggettivo)

7.2. Il tempo della prestazione

Il diverso rilievo del tempo:

- tempo *esterno*: misurazione dell'obbligo, delimitazione rispetto al tempo libero o di non lavoro; rilevanza di interessi del lavoratore
- tempo *interno*: i ritmi dell'attività lavorativa e la distribuzione della quantità di lavoro; rilevanza di interessi del datore di lavoro

7.2.1. Breve evoluzione storica: dalle leggi di fine '800 al R.D.L n. 692/23, all'art. 2107 c.c. all'art. 36 Cost. al d.lgs n. 66/03 (in attuazione della direttiva CE 93/104; verso la riduzione del tempo di lavoro, poi soprattutto la *flessibilizzazione*, attraverso la contrattazione collettiva

7.2.2. Dalla regola della durata massima della giornata lavorativa (8 ore e 48 settimanali) a quella della durata normale settimanale (oltre la quale il lavoro è straordinario):

- durata normale settimanale: 40 ore; possibilità di riduzione e di orario multiperiodale in base alla contrattazione collettiva (art. 3); limite indiretto alla giornata lavorativa: la garanzia di 11 ore di riposo: quindi la durata del lavoro può arrivare a 13 ore;
- la durata massima complessiva dell'orario settimanale, compreso il lavoro straordinario, è stabilita dai contratti collettivi, con il limite di 48 ogni 7 giorni (art. 4): calcolo su una media riferita a un periodo di 4 mesi, elevabile a 6 e 12 dalla contrattazione collettiva.
- lavoro *straordinario*: definibile *a posteriori*; libertà della contrattazione collettiva, entro il limite del riposo giornaliero e entro il limite massimo settimanale; l'accordo individuale, in assenza di contratto collettivo applicabile, trova il limite delle 250 annuali; previsione di una maggiorazione retributiva

7.2.3. *I riposi*: sono limiti alla durata della prestazione e non diritti in senso proprio (conseguenze: il patto contrario è patto in deroga e dunque nullo, e non rinuncia ad un diritto, che è annullabile ex art. 2113 c.c.)

- giornaliero: almeno 11 ore
- settimanale: 24 ore consecutive ogni 7 giorni, di regola coincidenti con la domenica, ma nella media di un periodo di 14 giorni
- annuale (ferie): durata minima, consecutività, collocazione, divieto di monetizzazione, composizione di interessi

Il nuovo istituto (di solidarietà) della *cessione* a titolo gratuito di riposi e ferie già maturate ad altri dipendenti dello stesso datore di lavoro perché costoro possano assistere figli minori con gravi necessità di cure, alle condizioni e secondo le modalità stabilite dai contratti collettivi (art. 24, d.lgs. n. 151/2015)

8. L'obbligo di fedeltà

8.1. Art. 2105 c.c.: obbligazione negativa, distinta dalla obbligazione di lavoro

- il rapporto fra la rubrica e il contenuto della norma: non rileva la fedeltà nel suo significato etico, ma solo le condotte espressamente vietate; ma la giurisprudenza tende a dare rilievo a comportamenti da seguire e altri da evitare per garantire la fedeltà
- soluzione preferibile è quella che limita le condotte infedeli a quelle previste (altrimenti dovrebbe essere prevista una simile obbligazione anche a carico del datore di lavoro)

8.2. Le specifiche condotte negative:

- a) divieto di concorrenza (differenziale), rilevanza di atti preparatori; possibilità del patto di non concorrenza per il periodo successivo alla cessazione del rapporto: art. 2125 c.c.e i suoi limiti (di tempo, di luogo, di oggetto, di compenso);
 - b) divulgazione di notizie riservate (difesa dell'impresa e della sua posizione nel mercato);
 - c) uso pregiudizievole delle notizie
- applicazione della norma nelle organizzazioni di tendenza

9. Il potere disciplinare

9.1. L'origine è nei fatti, nella realtà aziendale: il potere di supremazia del datore di lavoro si ritiene debba essere munito di uno strumento sanzionatorio specifico (autotutela)

Problema: potere e contratto (che è relazione fra eguali); destinazione ad interessi oggettivi più ampi come criterio per garantire la non violazione del principio di eguaglianza; necessità di una norma che preveda il potere; non assimilabilità alla clausola penale, perché qui non viene forfettizzato un risarcimento

9.2. Funzione: organizzativa ed "esemplare" e punitiva:

- inadeguatezza delle normali sanzioni civili in caso di inadempimento (da un lato non soddisfano il requisito dell'immediatezza della reazione all'inadempimento, d'altro lato possono essere eccessive);
- assimilazione alla sanzione penale

- possibile concorso fra responsabilità disciplinare e civile (se l'infrazione ha causato un danno al datore di lavoro)

9.3. Esercizio libero del potere (salvo discriminazione, se in altri casi la condotta è tollerata); esercizio doveroso quando siano coinvolti interessi superiori (violazione da parte del lavoratore di norme sulla sicurezza; danno nei confronti di altri; violazione delle norme sullo sciopero nei servizi pubblici)

9.4. La regolamentazione

9.4.1. L'art. 2106 c.c.: fondamento del potere e principio di proporzionalità

9.4.3. L'art. 7 dello Statuto:

a) condizioni preliminari di esercizio:

- predeterminazione (grado di specificazione); assimilazione alla sanzione penale

- pubblicità "vincolata": affissione in luogo accessibile a tutti: non la conoscenza, ma la conoscibilità

- rinvio al contratto collettivo (se vincolante), altrimenti necessità di un codice disciplinare unilaterale

b) condizioni per il concreto esercizio: è una procedura endoaziendale (è giustizia "domestica"):

- contestazione dell'addebito (immediatezza, specificità, immutabilità)

- audizione a difesa (garanzia contraddittorio, termini)

- eventuale termine massimo per l'adozione della sanzione (nei contratti collettivi)

c) limiti alle sanzioni, rilevanza della recidiva; licenziamento: applicazione dell'art. 7 in base a Corte cost. n. 204/82; sospensione cautelare (non è una sanzione)

d) impugnazione extraaziendale e sospensione della sanzione

- impugnazione giudiziale; conseguenze della illegittimità dell'applicazione della sanzione (dichiarazione di nullità o conversione in altra sanzione)

f) Il potere disciplinare nel *pubblico impiego*

- rinvio all'art. 2106 c.c. (principio di proporzionalità) e disciplina autonoma (art. 55 e seg. del d.lgs. n. 165/01)

- strumento di pubblicità (pubblicazione nel sito istituzionale)

- il procedimento (si ricalca in sostanza) l'art. 7 St.; diversità dei soggetti titolari del procedimento a seconda della gravità della sanzione (dirigente, Ufficio per i procedimenti disciplinari); procedimento); termini per la contestazione e per la chiusura del procedimento;

- tipizzazione sanzioni: art. 55-*quater*

- l'esercizio del potere è obbligatorio (altrimenti responsabilità del dirigente)

- rapporti con il procedimento penale (autonomia, ma rilevanza della sentenza penale per la riapertura della procedura disciplinare, a fini di conferma o, all'opposto, di adeguamento)

10. Il potere direttivo (in generale, di gestione)

Significato e ampiezza del potere

Limiti:

10.1. Limiti interni (o funzionali): l'interesse dell'impresa o il rispetto della razionalità organizzativa (la tipizzazione delle esigenze aziendali: il giustificato motivo oggettivo)

10.2. **Limiti esterni:**

10.2.1. Principio di parità di trattamento, nel senso di obbligo di trattare in modo eguale a prescindere dalle ragioni di diversificazione: non c'è nel nostro ordinamento, resta la libertà di valorizzare esperienze, capacità ecc. per un trattamento diverso); il giudice non può sindacare queste diverse valutazioni, né quelle della contrattazione collettiva (che è la sede nella quale vi valutano e pesano le differenze)

10.2.1. **Divieto di discriminazione**, cioè di trattamenti diversificati in relazione ai singoli fattori di discriminazione previsti dalla legge

a) le previsioni normative

- art. 37 Cost. (donna e minori)

- art. 15 St. (e successive modificazioni)
 - discriminazioni per infezione da HIV (l. n. 135/90, art. 5)
 - discriminazioni per ragioni etniche o di cittadinanza (art. 43 e 44, d.lgs. n. 286/1998)
 - discriminazioni per ritorsione alla richiesta di tutela contro la discriminazione
 - b) discriminazione diretta e indiretta (il criterio è formalmente neutro, ma in concreto avvantaggia determinate persone o gruppi: art. 1, d.lgs. n. 198/06; giustificazione della discriminazione: art. 2, comma 3, d.lgs. n. 215/03); la prova anche statistica della discriminazione (ora limitata alle discriminazioni per sesso, art. 40); strumenti processuali di tipo inibitorio (sul modello dell'art. 28 St.);
 - c) la questione degli atti negoziali discriminatori e la rilevanza del motivo:
 - il motivo discriminatorio è un motivo illecito tipizzato (unicità e carattere determinante; non c'è nullità se c'è comunque una giustificazione)? O vi è una rilevanza oggettiva del comportamento discriminatorio?
 - d) Le azioni positive, per promuovere le pari opportunità: misure volte alla rimozione degli ostacoli dirette a favorire l'occupazione femminile e realizzare l'eguaglianza sostanziale fra uomo e donna
- ### 10.3. Garanzia dei *diritti fondamentali*
- #### 10.3.1. La libertà di opinione;
- art. 1 St. e la "localizzazione" della libertà di manifestazione del pensiero (limiti al diritto di critica),
 - art. 8 St.: divieto di indagini (ai fini dell'assunzione o nel corso di svolgimento del rapporto) sulle opinioni e su fatti non rilevanti ai fini dell'attitudine professionale (e i controlli su ciò che fa il lavoratore in malattia?);
 - la tutela della *privacy*: il datore di lavoro normalmente "tratta" dati personali del lavoratore (anche dati sensibili); non occorre la notifica al Garante se il trattamento dei dati personali è imposto per legge; per i dati sensibili (stato di salute, vita sessuale, convinzioni personali ecc.) ci sono provvedimenti di autorizzazione generale del Garante, in materia di permessi sindacali o per festività religiose, per i controlli sull'idoneità fisica e sulla malattia
- #### 10.3.2. **Vigilanza e controllo**: il problema della sussistenza di un potere di controllo (non è previsto, è solo la facoltà di controllo che spetta a ogni creditore; ma si tratta di valutare le conseguenze dell'eventuale rifiuto del lavoratore)
- ##### 10.3.2.1. art. 2 St.: guardie giurate e utilizzo solo per scopi di tutela del patrimonio aziendale
- ##### 10.3.2.2. art. 3: personale di vigilanza; si ammette il controllo, ma si esclude quello occulto, salvo, ma è discusso, quello "difensivo", cioè indirizzato alla repressione di illeciti di altro genere (es., furti); la stranezza: un controllo è lecito o no *a posteriori*, a seconda di ciò che consente di scoprire
- ##### 10.3.2.3. art. 4 St.: la questione dei controlli a distanza, dal vecchio al nuovo testo
- testo precedente e problemi interpretativi (i controlli preterintenzionali, l'autorizzazione delle rsa o, in mancanza, dell'Ispettorato del lavoro; i controlli difensivi; le questioni del controllo sugli strumenti di lavoro)
 - legge delega: revisione della disciplina tenendo conto dell'evoluzione tecnologica
 - nuovo art. 4 (art. 23, d.lgs. n. 151/15)
- a) il divieto di strumenti per il solo controllo a distanza non è più espresso, ma lo si ricava lo stesso, perché l'installazione è ammessa solo per esigenze produttive e organizzative, con i limiti a garanzia dei lavoratori
 - b) la procedura di autorizzazione di rsa e rsu; è snellita nel caso di impresa presente in varie province o regioni (accordo con le associazioni nazionali); la DTL non è più competente sulle modalità di installazione;
 - c) la distinzione fra apparecchiature di controllo da un lato, strumenti di lavoro (computer, tablet, smartphone) o di registrazione degli accessi o delle presenze: per i primi occorre la procedura, per gli altri no; problema: sempre no? Oppure no solo nel caso di normale funzionalità dello strumento e sì invece quando sono inseriti nello strumento di lavoro sistemi operativi di controllo (es., sistema

GPS in un tablet)? Le (vecchie) questioni sulla posta elettronica (c'è l'art. 15 Cost., ma qui non c'è una corrispondenza "chiusa" e il datore ha l'accesso; verifica circa le navigazioni su Internet)

d) In caso di controlli leciti (in base a commi 1 e 2), le informazioni ricavate sono utilizzabili a tutti i fini connessi al rapporto di lavoro (es. a fini disciplinari), a condizione: che sia data adeguata informazione sulle modalità d'uso degli strumenti e sull'effettuazione dei controlli;

e) la legittimità dei controlli difensivi: il problema sembra superato, nel senso che sono ammessi (se con l'accordo del comma 1 o se su strumenti di lavoro ai sensi del comma 2) ma occorre la preventiva informazione: si può dire che il nuovo art. 4 rafforza la tutela del lavoratore?

10.3.2.4. Visite personali di controllo e sistemi di selezione automatica (art. 6 St.)

10.3.2.5. Visite sulla idoneità (art. 5 St.) (indagini sulla sieropositività: l. n. 135/90 e Corte cost. n. 218/94 che le ha ammesse in caso di necessità per il tipo di mansioni);

- controlli di malattia: solo tramite il Servizio Sanitario (medici pubblici); previsione di fasce orarie di reperibilità (10-12; 17-19)

11. L'obbligo di sicurezza e la tutela della persona

11.1. L'ambiente di lavoro e i suoi rischi (contesto materiale, ritmi e carichi produttivi): il datore di lavoro ha il potere direttivo-organizzativo, ma porta anche la responsabilità; la prevenzione e la tutela riparatoria

11.2. Art. 2087 c.c., a tutela dell'integrità fisica e della personalità morale: norma aperta, in virtù del rinvio a esperienza, tecnica e particolarità del lavoro

- il problema del livello di sicurezza (la massima possibile o una sicurezza media? In genere si parla di misure generalmente acquisite e applicate nel settore; Corte cost., n. 312/96); ma c'è la previsione di misure "necessarie" (quindi può esserci la necessità di misure ulteriori rispetto a quelle "medie")

- dal 2087 c.c. una responsabilità particolarmente estesa, quasi una responsabilità oggettiva (*culpa in eligendo*, cattiva scelta dei collaboratori; il limite è il rischio elettivo, cioè deliberatamente scelto dal lavoratore); ma la questione è delicata, perché la responsabilità per mancata prevenzione è anche penale (reati di pericolo; la tecnica penale ingiunzionale: ordine di adeguamento, se no, sanzione penale)

11.3. La legislazione in materia di sicurezza. Ora il T.U. d.lgs. n. 81/2008 e procedimentalizzazione dell'obbligo di sicurezza:

11.3.1. Art. 9 St. e le rappresentanze dei lavoratori

11.3.2. T.U. n. 81/08

- ambito di applicazione: lavoratori in genere presenti nell'ambiente di lavoro, a prescindere dalla tipologia contrattuale; datore di lavoro (chi ha la responsabilità dell'organizzazione e i poteri di spesa: dunque, possibile pluralità di datori di lavoro), possibilità di delega, tranne che per il documento di valutazione dei rischi e la designazione del responsabile del servizio di protezione e prevenzione dei rischi

- il documento di valutazione dei rischi (art. 28)(anche negli appalti), da aggiornarsi periodicamente

- servizio di protezione e prevenzione (art. 31), istituito con dipendenti professionalmente competenti

- medico competente (art. 23), che può essere anche dipendente, per tutto ciò che attiene alla salute dei lavoratori

- rappresentante dei lavoratori per la sicurezza (art. 47)

- l'obbligo di sicurezza del lavoratore (art. 20); il diritto del lavoratore all'informazione

11.3.3. Il fenomeno del *mobbing*: serie di comportamenti vessatori o di emarginazione (m. verticale o orizzontale); non sembra essere una fattispecie autonoma di illecito (possono esserci anche atti leciti, ma reiterati, come ad es. i controlli di malattia); occorre comunque un evento lesivo della salute o della personalità e il nesso eziologico fra il comportamento e le conseguenze dannose; diritto al risarcimento dei danni, anche non patrimoniali

12. La retribuzione

12.1. Corrispettivo della prestazione di lavoro in un rapporto di scambio; principale obbligo del datore. Ma rileva anche nell'ambito della politica economica (possibile controllo sui meccanismi automatici di aumenti)

12.2. Principio di *corrispettività*: applicazione "attenuata" in alcune ipotesi di sospensione. Ha infatti anche funzione "sociale" (art. 3 e 36 Cost.). Non sempre però ciò che il lavoratore sospeso riceve è retribuzione, bensì prestazione previdenziale. E' infatti retribuzione solo ciò che al prestatore è dovuto dal datore di lavoro (es. no assegno per il nucleo familiare).

12.3. Art. 36 Cost. (norma immediatamente precettiva): principio di *sufficienza* e principio di *proporzionalità*. Il primo serve ad attribuire "di fatto" efficacia *erga omnes* ai contratti collettivi, in base alla giurisprudenza sui minimi retributivi, la quale garantisce anche una sostanziale unità retributiva in tutto il paese. Il principio di proporzionalità è riferito alla quantità (durata o risultato della prestazione) ed alla qualità (mansioni, valore, difficoltà del lavoro): è ancora la contrattazione collettiva ad articolare la retribuzione in funzione di questi parametri. Si pone il problema della sindacabilità giudiziale di questa parte del contratto collettivo, ma comunque dall'art. 36 non si può dedurre un diritto ad eguale retribuzione a parità di mansioni. Possibile frizione fra proporzionalità e sufficienza; sufficienza e prestazioni previdenziali (assegno per il nucleo familiare)

12.4. Art. 2099 c.c.: rinvio ad altre fonti. Importantissimo ruolo del contratto collettivo (di categoria e di secondo livello). Contrattazione individuale per trattamenti migliorativi.

12.5. Complessità del sistema delle fonti, e complessità della struttura della retribuzione: retribuzione "base" e trattamenti accessori previsti da diverse fonti (es. vari tipi di indennità). La retribuzione legata alla produttività (si veda recente accordo interconfederale, con richiesta di detassazione e decontribuzione)

12.6. Distinzione con altre erogazioni del datore di lavoro (liberalità, rimborsi spese; posizione particolare delle mance, che sono erogate dai clienti)

12.7. Problema dell'onnicomprendività della retribuzione (se la legge o la contrattazione collettiva parlano *tout court* di retribuzione, bisogna farvi rientrare tutte le voci previste dalle varie fonti e percepite dal lavoratore?). Secondo la giurisprudenza se la legge non si pronuncia sul punto, non c'è onnicomprendività e dunque spetta alla contrattazione collettiva modulare la base di computo di ciascun istituto (per es., in caso di maggiorazioni per lavoro straordinario, o di retribuzione per il periodo di ferie)

12.8. Forme della retribuzione: a tempo (forma consueta; è anche indice di subordinazione) e a cottimo (di solito non puro; problema di rispetto dell'art. 36 Cost.; obbligatorio nel lavoro a domicilio o se il lavoratore è vincolato ad un certo ritmo produttivo; vietato nell'apprendistato); altre tipologie di compensi variabili: a provvigione, legati alla produttività (individuale o collettiva).

13. Il trattamento di fine rapporto (TFR)

3.1. E' attribuzione che spetta alla cessazione del rapporto; originariamente premio di fedeltà, a carattere di liberalità; poi obbligatorio per gli impiegati (per contratto collettivo e l. sull'impiego privato del 1924), non dovuto in caso di cessazione per colpa.

3.2. L'indennità di anzianità del codice civile: estesa a tutti i lav. a tempo indeterminato; esclusa se dimissioni volontarie o licenziamento per giusta causa (v. però Corte cost. n. 75/85: illegittime le esclusioni, per la natura retributiva del trattamento). Legge n. 604/66: è dovuta in tutti i casi di cessazione: natura retributiva, accanto alla funzione previdenziale. Criteri di calcolo: ultima retribuzione moltiplicata per il numero di anni di servizio: non riflette l'evoluzione del rapporto, dà luogo ad abusi (superliquidazioni negli enti pubblici economici) ed a tentativi di elusione (frazionamenti fittizi del rapporto); incrementa l'inflazione

3.3. Il *trattamento di fine rapporto* (TFR)

3.3.1. modifiche al c.c. realizzate con la l. 297/82: nuovo sistema di calcolo, che riflette fedelmente l'evoluzione retributiva del rapporto. Accantonamento (contabile, non reale) di circa una mensilità

per ogni anno di lavoro, soggetta ad un meccanismo di rivalutazione. Di fatto fonte di autofinanziamento per le imprese. La retribuzione annua presa a base per il calcolo è definita dall'art. 2120, 2° comma, c.c. (criterio della "dipendenza" dal rapporto di lavoro; criterio della non occasionalità). Non è nozione inderogabile (sì a previsioni diverse della contrattazione collettiva); è inderogabile il divisore (13,5).

3.3.2. Ha *funzione previdenziale*, ancor più dopo le ultime riforme: d.lgs. 124/93: il TFR può finanziare le forme pensionistiche complementari; d.lgs. 252/05 e l. 296/06: scelta del lavoratore se destinare il TFR che maturerà dopo il 1°/1/07 ai fondi pensione o "lasciarlo" al datore di lavoro (con meccanismo di silenzio-assenso entro sei mesi a favore della prima opzione). Nelle aziende con più di 50 dipendenti comunque il datore di lavoro deve versare le quote annuali in un Fondo gestito dall'INPS → il TFR tende a divenire una prestazione previdenziale.

3.3.3. Problema del momento di maturazione del diritto: due tesi: 1) maturazione pro quota nel corso del rapporto, cessazione è solo condizione di esigibilità; 2) maturazione alla cessazione del rapporto (importanti conseguenze in caso di trasferimento d'azienda). E' comunque problema semplificato se le quote sono versate all'INPS.

3.3.4. Le anticipazioni: una sola volta nel corso del rapporto; lavoratore con almeno 8 anni di anzianità; 70% del "maturato" fino a quel momento. Causali: a) spese sanitarie per terapie o interventi straordinari riconosciuti dalle strutture pubbliche; b) acquisto prima casa per sé o per i figli; c) spese per fruire dei congedi parentali (d.lgs. 151/01) o formativi (l. 53/00). No anticipazione se azienda in crisi *ex lege* su CIGS. Le richieste vanno soddisfatte annualmente entro i limiti del 10% degli aventi titolo e del 4% del n° totale dei dipendenti. Problema dell'eccesso di richieste: opportuno un intervento del contratto collettivo per definire criteri di priorità (es. criterio cronologico o maggiore rilevanza della causale).

3.3.5. Possibilità, in via sperimentale fino al 2018, di trasferire mensilmente in busta paga la quota maturanda di Tfr, compresa quella eventualmente destinata alla previdenza complementare (art. 1, comma 26, l. n. 190/2014); la tassazione però è quella ordinaria (sfavorevole rispetto a quella del Tfr, da ciò il poco successo della norma); dal punto di vista teorico, torna la rilevanza prevalente della natura retributiva (rispetto a quella previdenziale) e la distinzione fra retribuzione differita e corrente diventa più fluida)

3.3.6. Ambito di applicazione della disciplina del TFR: è generale, vale anche per il pubblico impiego per gli assunti dopo il 1996, attraverso la mediazione della contrattazione collettiva.

Se il datore di lavoro è insolvente, interviene il Fondo di Garanzia costituito presso l'INPS, a cui vanno i contributi posti integralmente a carico dei datori di lavoro.

14. La sospensione del rapporto

14.1. L'espressione (di uso comune) non è corretta: in realtà quel che si sospende è l'obbligazione di lavorare, *per fatto del lavoratore*, e correlativamente, ma non sempre, quella di retribuire; gli altri obblighi restano fermi (es., l'obbligo di fedeltà), a meno che non siano legati strettamente alla prestazione di lavoro.

a) Diversità del fondamento della sospensione dell'obbligazione di lavoro.

- situazioni di impossibilità (es., carcerazione, o infortunio e malattia grave)

- situazioni di inesigibilità (malattia non grave)

- esercizio di diritti (sciopero, permessi sindacali, aspettative)

- situazioni fisiologiche (es, le ferie) che però delimitano l'obbligo più che sospenderlo

b) Effetti della sospensione:

- conservazione della retribuzione o di parte di essa, ma occorre che sia prevista (dalla legge o dalla contrattazione), altrimenti vale la regola della corrispettività

- decorrenza dell'anzianità di servizio (permane il c.d. rapporto fondamentale); può essere esclusa dalla fonte che ha previsto l'ipotesi di sospensione

14.2. Art. 2110 c.c.

14.2.1. *Infortunio e malattia*

- nozioni (stato patologico che fa venir meno la normale capacità lavorativa; prestazione impossibile o inesigibile, comunque incompatibile con la salvaguardia della salute del lavoratore)
- conservazione del diritto alla retribuzione, salvo l'intervento di una prestazione previdenziale (i primi 3 giorni di carenza assicurativa, poi obbligo retributivo; obbligo stabilito dai contratti collettivi di integrare la prestazione previdenziale fino al 100% della retribuzione)
- conservazione del rapporto per il periodo, c.d. di comportamento, stabilito dalla contrattazione collettiva (casi rari di comportamento secco, cioè per unico episodio morboso; di solito il comportamento è per sommatoria, in un arco di tempo corrispondente alla durata del contratto collettivo); la conservazione del rapporto significa che è inibito il licenziamento (per la sanzione di un eventuale licenziamento, si rinvia)
- regole per la comunicazione e la certificazione della malattia, e per il controllo (fasce orarie di reperibilità)

14.2.2. *Maternità, paternità*

- congedi di maternità obbligatori: periodi di astensione dal lavoro per 2 mesi prima del parto e 3 dopo, oppure, su domanda della lavoratrice, 1 prima e 4 dopo;
- congedo di paternità, obbligatorio per 3 mesi dopo il parto in caso di decesso della madre o abbandono del bambino; e per 1 giorno negli altri casi; facoltativo per 2 giorni;
- congedi parentali: facoltativi per entrambi i genitori, continuativi o frazionati, per 6 mesi nei primi 8 anni di vita del bambino, nel limite complessivo di 10 mesi (se è rimasto un solo genitore, questo ha diritto a 10 mesi)
- riposo giornaliero di 2 ore nel primo anno di vita
- congedi per la malattia del figlio (fino a 3 anni)

4.2.3. *Servizio militare*

Disposizioni obsolete

14.2.4. Altre ipotesi

- aspettative e permessi per funzioni pubbliche o sindacali (non c'è diritto alla retribuzione, ma decorre l'anzianità di servizio;
- permessi per motivi di studio (art. 10 St.)
- congedi formativi
- congedi per ragioni familiari (assistenza di familiari affetti da handicap)

14.3. La sospensione per fatto del datore di lavoro (impossibilità o difficoltà a far lavorare):

- l'impossibilità libera il datore di lavoro dall'obbligo retributivo, non la mera difficoltà
- intervento della Cassa integrazione sulla base della verifica delle c.d. cause integrabili: la sospensione viene legittimata dal provvedimento amministrativo di autorizzazione

15. Il trasferimento d'azienda

15.1. Rapporto fra la disciplina *generale* (art. 2558: interesse alla circolazione dell'azienda, conservazione del valore di avviamento) e *speciale* (art. 2112: tutela inderogabile del lavoratore, principio di inscindibilità fra lavoratore e azienda)

Art. 2112 c.c. (nelle varie versioni: testo originario del codice; art. 47, l. n.428/90; d.lgs. n. 18/01; l. n. 30/03; d.lgs n. 276/03)

15.2. *La disciplina*

- *continuità del rapporto* come effetto necessario; il trasferimento non è giustificato motivo di licenziamento; spazi possibili per la cessazione del rapporto in vista del trasferimento; possibilità di recesso del lavoratore solo dopo il trasferimento, con gli effetti della giusta causa, in caso di sostanziale modifica della posizione; si esclude che il lavoratore possa impedire il passaggio per rimanere alle dipendenze del cedente
- *conservazione dei diritti*, di fonte legale e di fonte collettiva; i problemi per la fonte collettiva: garanzia fino alla scadenza del contratto collettivo, ma possibilità della sostituzione del trattamento collettivo ad opera del cessionario con trattamento di pari livello contrattuale (significato e limiti della norma)

- *garanzia della responsabilità solidale* fra cedente e cessionario: verso una forma di responsabilità oggettiva; applicabilità anche ai rapporti cessati prima del trasferimento?; esclusione della solidarietà del cedente per il Tfr

- *controllo sociale*: le procedure di informazione e consultazione di cui all'art. 47, l. n. 428/90

15.2. *L'ambito di applicazione*:

- i problemi circa l'estensione dell'art. 2112 ai trasferimenti non volontari e non basati su un rapporto contrattuale diretto (soluzione tendenzialmente negativa in passato, ora positiva); i trasferimenti per provvedimento della pubblica autorità (concessioni amministrative);

- la successione di appalti (art. 29, 3° comma, d.lgs. n. 276/03)

15.3. *Trasferimento d'azienda ed esternalizzazioni*

Dalla vicenda "normale" del trasferimento d'azienda ai nuovi problemi delle esternalizzazioni, specie di parti di azienda; emersione di un interesse del datore di lavoro non all'unità del complesso aziendale, ma alla sua frammentazione

- esternalizzazione lecita e virtuosa (esigenze di specializzazione, esigenze di convenienza economica)

- esternalizzazione fraudolenta (per evitare i licenziamenti collettivi); confini con le interposizioni vietate: il 2112 cambia funzione, perché consente l'espulsione di parti di azienda in modo automatico, senza il consenso dei lavoratori ceduti; da ciò l'importanza di stabilire, oggi, quando c'è un trasferimento di azienda o di parte di azienda (con passaggio necessario) e quando no (con necessità, allora, di acquisire il consenso dei lavoratori).

15.4. *La nozione di azienda ai fini del 2112*

- nozione *codicistica* (commercialistica): art. 2555 (complesso di beni organizzati)

- nozione *comunitaria* (entità economica che conserva la propria identità nel trasferimento); dalla mera successione di attività al rilievo dei mezzi organizzati (direttiva n.98/50)

- nozione "lavoristica": d.lgs. n.18/01: trasferimento della titolarità di un'attività economica organizzata; rilevanza della nozione di imprenditore e dunque dell'organizzazione (anche se è possibile che l'organizzazione sia "leggera" e spesso basata sui soli rapporti di lavoro)

15.5. *La nozione di ramo d'azienda*

- D.lgs. n. 18/01: articolazione funzionalmente autonoma: una piccola impresa (autonomia gestionale, produttiva, amministrativa) o semplice funzione interna? Il requisito della preesistenza e della conservazione di identità; necessità di prosecuzione dell'attività o semplice idoneità a proseguire?

- L. n. 30/03 e d.lgs. n. 276/03: l'autonomia funzionale è identificata dalle parti al momento del trasferimento. C'è libertà assoluta o è necessario che il ramo abbia comunque requisiti oggettivamente misurabili? Problemi circa i confini con la somministrazione irregolare

3. LA CESSAZIONE DEL RAPPORTO DI LAVORO

1. Le cause di cessazione del rapporto di lavoro in generale

1.1. *Estinzione del rapporto* (scadenza del termine, recesso dal contratto a tempo indeterminato) e *risoluzione del contratto* (difetto funzionale della causa del contratto: inadempimento, impossibilità): ove l'esecuzione sia iniziata, le cause di risoluzione del contratto operano come cause di cessazione del rapporto

1.2. *Classificazione* delle cause estintive (i criteri talora si intrecciano):

a) volontà delle parti (recesso, estinzione consensuale);

b) cause previste dalla legge (cause di risoluzione legale), che però vengono fatte valere, di norma, non giudizialmente, ma tramite recesso unilaterale);

- inadempimento, tramite recesso;

- eccessiva onerosità: non rileva, basta l'art. 36 Cost. per adeguare il valore della retribuzione;

- impossibilità: a prestare lavoro (totale o parziale, art. 2110 c.c.; inidoneità sopravvenuta); a fare lavorare (rilevanza del c.d. substrato della prestazione: riguarda l'impresa, distinzione con la mera difficoltà)

2. Il recesso e il preavviso

2.1. *Il recesso* (licenziamento o dimissioni): a) strumento per garantire la temporaneità del vincolo obbligatorio (recesso con preavviso), solo nell'ambito del contratto a tempo indeterminato; b) strumento per reagire al difetto funzionale della causa (recesso per giusta causa, in tronco), anche nell'ambito del contratto a tempo determinato

2.1. *Il preavviso* di recesso

- Funzione: differimento degli effetti del recesso, a garanzia del destinatario; si può rinunciare al preavviso? per accordo sì; problema per una rinuncia unilaterale

- Efficacia del preavviso: efficacia reale (il preavviso è elemento della fattispecie recesso, il rapporto cessa alla scadenza del preavviso) o efficacia solo obbligatoria (il preavviso è oggetto di obbligazione: il rapporto cessa subito, anche se sorge l'obbligo di risarcire, nella misura forfettizzata dalla legge), che è la tesi ormai prevalente; l'indennità sostitutiva: rilievo dell'accettazione senza riserve di tale indennità

- Durata: vedi art. 2118 c.c.; diversificazione della durata in base al contratto collettivo; possibile patto individuale aggiunto per una durata del preavviso di dimissioni più lungo (con necessaria previsione di un corrispettivo)

3. Il licenziamento in generale

3.1. Il sistema del codice (art. 2118 e 2119 c.c.) e quello attuale (l. n. 604/66 e successive modifiche)

3.2. La distinzione fra licenziamento individuale e collettivo: le precedenti difficoltà e la legge n. 223/91

3.3. Le limitazioni convenzionali e poi quelle legali

3.4. Il licenziamento è negozio unilaterale recettizio (deve essere portato a conoscenza del destinatario; applicazione delle regole comuni sugli atti recettizi); la comunicazione deve essere diretta al lavoratore e specifica (non basta la corresponsione del trattamento di fine rapporto)

4. La forma del licenziamento

Forma in senso proprio e procedimento

4.1. Forma in senso proprio: atto scritto; vecchio problema della distinzione fra licenziamento orale e dimissioni (ma prima l'art. 4, commi 17-23 della l. n. 92/12 ha stabilito meccanismi di controllo delle dimissioni, con convalida presso la DTL o apposita sottoscrizione; ora l'art. 26 del d.lgs. n. 151/15 prevede modalità telematiche su appositi moduli); necessità della *motivazione contestuale* dei motivi: art. 1, c.37 l. n. 92/12: specificità e immutabilità

4.2. Forma come *procedimento* (non più art. 2. l. n. 604/66): licenziamento disciplinare con rispetto dell'art. 7, l. n. 300/70; procedura di conciliazione preventiva in caso di giustificato motivo oggettivo (per gli assunti prima del marzo 2015; per i nuovi assunti da quella data, abrogazione della norma)

- le conseguenze della violazione dell'art. 2: prima della l. n. 92/12, inefficacia in ogni caso (e non la sanzione per l'ingiustificatezza); permanenza del rapporto, diritto al risarcimento (criteri di valutazione e deducibilità dell'*aliunde perceptum*); poi, regime indennitario (rinvio)

4.3. Il licenziamento disciplinare

- il problema dell'applicabilità dell'art. 7 statuto (rinvio: vale per i commi 2 e 3, non 1, perché le ipotesi nelle quali si può intimare il licenziamento sono già predeterminate per legge)

- conseguenze del lic. disciplinare in violazione dell'art. 7: dapprima nullità, oppure mera illegittimità che si traduce in mancanza di giustificazione (perché il motivo disciplinare non è stato fatto valere correttamente); ma con il nuovo art. 18 (e con il d.lgs. n. 23/2105), è un caso sanzionato in modo molto ridotto (i principi di trasparenza e contraddittorio vengono perciò svalutati)

4.4. La *ripetizione* del licenziamento: nel caso in cui sia applicabile la tutela reale (e il rapporto possa perciò essere ricostituito), il datore di lavoro può avere interesse a intimare un secondo licenziamento per il caso in cui il primo sia dichiarato invalido. Però:

- se il primo licenziamento è viziato nella forma, non ci sono problemi per la reiterazione, con effetto però *ex nunc*

- se il primo licenziamento è viziato nella sostanza, il secondo licenziamento può essere intimato per un fatto diverso (per quello di prima il potere di licenziare si è consumato)

5. La revoca del licenziamento

- una volta era considerata una mera proposta di ripristino del rapporto soggetta ad accettazione (e senza esclusione del risarcimento per il passato)

Ora (art. 18, comma 10 St.; art. 5, d.lgs. n. 23/15) può essere fatta entro 15 giorni dalla comunicazione dell'impugnazione del licenziamento, con ripristino del rapporto senza soluzione di continuità e con diritto alla retribuzione del periodo precedente alla revoca; in caso di revoca intempestiva, valgono ancora le regole generali

6. I presupposti del licenziamento

6.1. L'art. 1, l. n. 604/66: nel contratto a tempo indeterminato, il licenziamento non può avvenire che per giusta causa (in tronco) ex art. 2119 c.c. o per giustificato motivo (con preavviso) ai sensi dell'art. 3. Dunque:

- la giusta causa da clausola di esonero dal preavviso diventa presupposto di legittimità del licenziamento

- il giustificato motivo sostituisce il recesso libero

6.2. **La giusta causa:** causa che non consente la prosecuzione neppure provvisoria del rapporto (anomalia). Riconducibili alla giusta causa:

- l'inadempimento particolarmente grave degli obblighi contrattuali, fondamentali e integrativi, legali e contrattuali (possibile conversione o riqualificazione da giusta causa a giustificato motivo se l'inadempimento è meno grave); criteri di valutazione: importanza delle mansioni, grado di colpa, tipo di inserimento, precedenti, danno; rilevanza delle tipizzazioni della contrattazione collettiva: il giudice ne tiene conto, non è vincolato (art. 30, l. n. 184/2010)

- altri comportamenti del lavoratore, estranei al rapporto, che tuttavia incidano sulla fiducia (anche nei futuri adempimenti: art. 1564 c.c. sulla somministrazione): è l'opinione della giurisprudenza (anche se spesso si arriva a ciò dilatando gli obblighi generali di buona fede e/o preparatori); necessità, comunque, di una valutazione "oggettiva" della fiducia, altrimenti è arbitrio;

- situazioni di impossibilità sopravvenuta della prestazione di lavoro: in realtà queste situazioni vengono ricomprese nel giustificato motivo oggettivo.

6.3. **Giustificato motivo soggettivo:** notevole inadempimento degli obblighi contrattuali (art. 3, l. n. 604):

- di obblighi fondamentali e integrativi;

- criteri di valutazione.: come sopra (mansioni, grado di colpa, tipo di inserimento, precedenti, danno);

6.4. **Giustificato motivo oggettivo** (art. 3, l. n. 604)

a) bilanciamento fra la libertà di organizzazione dell'impresa e la tutela dell'occupazione

- le sopravvenienze che rendono non più conveniente per l'impresa il rapporto di lavoro: problemi economici generali (di sostenibilità, ma anche di sviluppo), o situazioni del lavoratore

b) la formula complessa dell'art. 3, l. n. 604/66

- unificazione: licenziamento nell'interesse dell'impresa

- considerazione disgiunta, quanto meno in due gruppi:

- - ragioni dell'attività e dell'organizzazione (scelta del datore)

- - ragioni circa il regolare funzionamento dell'organizzazione (attinenza alla persona del lavoratore)

c) criteri di distinzione con il licenziamento collettivo: ragioni non inerenti la persona (collettivo) o inerenti la persona (individuale)

6.4.1. *Ragioni oggettive inerenti però la persona* considerata oggettivamente, non per la sua concreta utilizzabilità nell'organizzazione in ragione della professionalità, ma per particolari "vicende" che la riguardano, che determinano in sostanza impossibilità della prestazione e che si riflettono sul regolare funzionamento dell'organizzazione:

a) Malattia (e organizzazione)

- eccessiva morbilità (assenze frequenti, tali da incidere sull'organizzazione): prima era riconosciuta come ragione oggettiva di licenziamento, ora non più; ma Cass. 4.9.14, n. 18678 sembra recuperare l'eccessiva morbilità sotto il profilo dello scarso rendimento

- periodo di compenso: ragione autonoma di giustificazione (occorre provare le assenze, con i certificati medici; preavviso sempre; tempestività)

b) Sopravvenuta inidoneità, che comporti impossibilità parziale:

regola civilistica ex art. 1464 c.c. (recesso se non c'è interesse apprezzabile all'adempimento parziale) e regola speciale del giustificato motivo oggettivo, che comporta: il preavviso e l'onere di ricollocazione (ampiezza delle mansioni; spostamento anche a mansioni inferiori)

c) Impossibilità per provvedimento dell'autorità

Es.: ritiro della patente per l'autista, o del porto d'armi per la guardia giurata

E' un caso di g.m.o.; resta da vedere se opera anche l'onere di ricollocazione (giurisprudenza contraria)

- Carcerazione preventiva (per fatti estranei)

E' un caso di g.m.o., ma non c'è alcun automatismo

d) Scarso rendimento

Se non c'è negligenza nello scarso rendimento:

- o c'è rischio di impresa (a carico del datore)

- o è g.m.o., riguardante il regolare funzionamento dell'organizzazione

Possibile duplice rilevanza, soggettiva o oggettiva (rilevanza sul piano processuale, possibile domanda subordinata)

6.4.2. *Ragioni oggettive derivanti da una scelta del datore di lavoro*

a) Alla base c'è sempre una scelta che comporta una qualche *riorganizzazione*. Difficoltà di individuare un criterio per la legittimità del licenziamento. Il rischio: che il licenziamento si autogiustifichi e che sia illegittimo solo il licenziamento discriminatorio o quello per motivo illecito (mera arbitrarietà)

- ragioni economiche negative (crisi): sì al g.m.o., ma occorre dimostrare il nesso causale (quindi possono essere non sufficienti); soppressione di posto e di attività;

- scelta puramente di riorganizzazione, anche in assenza di una situazione di sofferenza economica: il licenziamento c.d. speculativo (si licenzia un anziano per assumere un giovane a basso costo), il licenziamento tecnologico

b) La giurisprudenza utilizza quasi tutti quei criteri, fornendo risultati non sempre omogenei.

Prevede però talune condizioni:

b1) *Effettività* e genuinità delle scelte, serietà (no discriminazione), ma insindacabilità nel merito e nella opportunità (al più si può sindacare l'opportunità che, data una certa scelta, si licenzi un certo lavoratore)

b2) *Attualità* vista al momento del licenziamento, non rilevano possibili situazioni future

b3) *Stabilità* della scelta, in senso relativo (no ad assunzioni di poco successive)

b4) *Nesso causale* fra la scelta e la posizione del singolo licenziato (e delle sue caratteristiche professionali); problema della scelta fra diversi lavoratori tutti licenziabili in caso di situazioni omogenee: utilizzazione dei criteri di scelte per i licenziamenti collettivi?

c) L'onere di ricollocazione (c.d. *repechage*) posto dalla giurisprudenza

Problema:

- è un requisito autonomo, a valle della scelta e del g.m.o. (sarebbe un requisito creato dalla giurisprudenza)?

- o è insito nella nozione di g.m.o.: il licenziamento è legittimo solo se l'intera organizzazione non può fare altro che sacrificare il lavoratore (lic. *extrema ratio*)?
 - limiti: no a vere e proprie modifiche organizzative (quindi l'onere opera a organigramma invariato); è necessario che il lavoratore alleghi in giudizio le posizioni che avrebbe potuto ricoprire
- 6.5. L'onere della prova della sussistenza di giusta causa e di giustificato motivo è a carico del datore di lavoro: il lavoratore deve provare solo il rapporto e la sua cessazione

7. I divieti di licenziamento

- delle lavoratrici per causa di matrimonio (l. n. 7/63, ora art. 35 d.lgs. n. 198/06);
- delle lavoratrici madri (L. del 1952, poi n. 1204/71, ora art. 54 d.lgs. n. 151/01, dall'inizio della gravidanza fino al compimento di un anno di età del bambino; esteso ai padri che usufruiscono del congedo di paternità in caso di morte, grave infermità della madre o abbandono.

Il divieto non scatta in caso di colpa grave della lavoratrice costituente giusta causa o di cessazione dell'attività dell'azienda, o di mancato superamento del patto di prova.

La sanzione è la nullità

8. L'impugnazione del licenziamento

8.1. Scopo: rendere nota la volontà di contestare il licenziamento e acquisire certezza in ordine alla contestazione (in realtà la certezza si acquisisce solo con l'impugnazione giudiziale: vedi rapporto con quest'ultima)

8.2. Atto recettizio: deve giungere a conoscenza del datore; in realtà basta che nel termine sia stata fatta la consegna all'ufficio postale

8.3. Le decadenze (art. 32, commi 1 e 2 della l. n. 183/10):

a) impugnazione stragiudiziale entro 60 giorni; la decadenza non è rilevabile d'ufficio; decorrenza del termine

b) poi, evitata quella decadenza, entro i 180 giorni successivi (all'impugnazione) va depositato il ricorso al giudice o va comunicata la richiesta di tentativo di conciliazione

- Decadenza e possibili altre azioni di risarcimento

- Ambito di applicazione: tutti i casi di invalidità del licenziamento (prima: generale nell'ambito della l. n. 604/66, salvo che per il licenziamento orale; problema dei casi di licenziamento illegittimo al di fuori di tale legge: tendenza espansiva)

- Disponibilità del diritto di impugnazione (non si applica l'art. 2113 c.c.)

9. Le sanzioni del licenziamento illegittimo

Evoluzione storica

a) Gli accordi interconfederali (1952 e 1965): in caso di licenziamento ingiustificato è disposto il "ripristino" del rapporto, ma il datore può scegliere di pagare una indennità

b) Per la violazione dei divieti di licenziamento: nullità

c) La legge n. 604/66: licenziamento inefficace, nullo e ingiustificato (principio della necessaria giustificazione del licenziamento; si tratta in un certo senso della legificazione degli accordi interconfederali);

- la sanzione espressa è solo per quest'ultimo (art. 8), per le altre ipotesi di illegittimità si applica il diritto comune (ripristino del rapporto, risarcimento del danno);

- campo di applicazione limitato (oltre i 35 dipendenti; esclusione di taluni soggetti, come i dirigenti);

- al di fuori del campo di applicazione, resta il recesso *ad nutum*

d) Statuto dei lavoratori (art. 18): unificazione delle tre ipotesi di illegittimità considerate nella l. n. 604/66; le altre ipotesi di illegittimità rimangono autonome (diritto comune) o c'è efficacia espansiva dell'art. 18? Diverso campo di applicazione dell'art. 18: unità produttiva

e) La legge n. 108/90 e la generalizzazione della tutela obbligatoria come tutela di base; il recesso *ad nutum* diventa del tutto residuale

f) La coesistenza delle tutele:

- tutele “parallele” (ognuna nel suo ambito di applicazione)
- c’è una tutela “generale” e una subordinata”? la questione emerge in relazione all’onere della prova circa l’applicazione delle tutele (chi deve provare la sussistenza del requisito numerico?)

9.1. **Tutela obbligatoria** (art. 8, l. n. 604/66)

a) *L’alternativa fra riassunzione e risarcimento*

- è prospettata come obbligazione alternativa (due sono le prestazioni dedotte, la scelta spetta al datore debitore, dopo di che si ha la concentrazione dell’obbligazione); ma viene respinta la normale conseguenza per cui in caso di impossibilità della prestazione “principale”, anche per fatto del lavoratore creditore (o comunque per fatto non imputabile al datore), l’obbligazione relativa si estingue e non è dovuta l’indennità;
- è necessario un adattamento alla *ratio* della normativa, che intende tutelare il lavoratore, e perciò si deve escludere che la riassunzione possa essere imposta al lavoratore, pena la perdita dell’indennità
- dunque: la norma attribuisce la scelta al datore, a tutela degli interessi dell’organizzazione (altrimenti avrebbe stabilito la invalidità del licenziamento)
- se il datore sceglie l’indennità, tutto finisce lì; se il datore sceglie la riassunzione, occorre il consenso del lavoratore (è un nuovo contratto), altrimenti spetta l’indennità (che non è la sanzione per l’inadempimento dell’obbligo di riassunzione, ma è da collegare alla illegittimità del licenziamento, nel senso di illiceità)

b) *La riassunzione*

La riassunzione è una proposta contrattuale per la costituzione di un nuovo rapporto.

- nulla è dovuto per il periodo intermedio
- la proposta: sembra debba essere non peggiorativa delle precedenti condizioni (quindi mansioni eguali o equivalenti); problema circa la conservazione dell’anzianità (la soluzione sembra negativa, anche se in questo modo il datore può trarre vantaggio dal licenziamento illegittimo); la forma è libera
- il termine di 3 giorni: è termine non perentorio (riassunzione tardiva con effetti retroattivi), salvo che non sia mezzo per dilazionare l’adempimento dell’obbligo

c) *L’indennità risarcitoria*

- determinazione: ultima retribuzione globale di fatto
- criteri di graduazione
- onnicomprensività del risarcimento forfetizzato; è ammissibile la richiesta solo di danni ulteriori (per licenziamento ingiurioso, per pregiudizi alla salute, danno morale, esistenziale ecc.)
- contribuzione previdenziale: non è dovuta né nel periodo tra il licenziamento e la sentenza (non c’è il rapporto), né sulla indennità, stante il suo carattere risarcitorio (nella forfetizzazione si può ritenere compreso il danno previdenziale).

9.2. **Tutela reale** (art. 18, l. n. 300/70)

9.2.1. *Il regime originario* (art. 18, come modificato dalla l. n. 108/90): la reintegrazione nel posto di lavoro

a) Il significato di politica legislativa della reintegrazione: il licenziamento è inidoneo a produrre l’estinzione del rapporto e il lavoratore ha il diritto di ritornare sul suo posto di lavoro; si ha dunque *vera* stabilità quando c’è una disciplina che subordini la legittimità ed efficacia del licenziamento a circostanze obiettive e verificabili, con possibilità per il giudice, in caso di insussistenza di tali circostanze, di rimuovere gli effetti del licenziamento garantendo la rimessione in pristino; rilevanza ai fini dell’applicazione della prescrizione.

Il problema della coercibilità dell’ordine di reintegrazione (soluzione tendenzialmente negativa)

b) La condanna al risarcimento del danno dal licenziamento fino alla effettiva reintegrazione:

- il parametro è la retribuzione perduta; però 5 mensilità vanno corrisposte comunque (funzione sanzionatoria in senso stretto, non risarcitoria)

- si tratta di un danno, e dunque si applicano i relativi criteri (possibilità di prova di danni ulteriori; possibilità di detrazione di *aliunde perceptum* e di *aliunde percipiendum*);
- la “monetizzazione” della reintegrazione: indennità sostitutiva della reintegrazione (pari a 15 mensilità) a scelta del lavoratore;
- c) la riunificazione delle tre distinte (nella l. n. 604) tipologie, con unica conseguenza sanzionatoria
- d) l’efficacia espansiva dell’art. 18: ipotesi espresse (licenziamento collettivo); forzatura interpretativa per il licenziamento in violazione dell’art. 7 (si considera come se fosse ingiustificato); dubbi sulle altre ipotesi (nullità per maternità o matrimonio): sembra preferibile applicare il diritto comune (permanenza del rapporto e risarcimento danni)
- e) Il campo di applicazione delle diverse tutele
 - e1) area della tutela obbligatoria: da 1 a 15 dipendenti, nell’intera organizzazione o nella singola unità produttiva autonoma o, in ogni caso fino a 60 dipendenti in tutte le unità produttive autonome con non più di 15:
 - licenziamento ingiustificato: art. 8 l. 604/66
 - licenziamento discriminatorio: sempre art. 18 (in base alla l. n. 108/90)
 - licenziamento inefficace: diritto comune
 - e2) area della tutela reale: nelle unità produttive autonome (o nel comune) con più di 15 dipendenti; sempre oltre i 60 dipendenti (ad eccezione delle organizzazioni di tendenza, per le quali vige la tutela obbligatoria)
 - e3) esclusioni soggettive (da ogni tutela): dirigenti, lavoratori con diritto alla pensione
- f) Il problema della “necessità” o meno della stabilità reale:
 - c’è un vincolo costituzionale? in base agli articoli 2 e 4 Cost.:? La risposta deve essere negativa: Corte cost. n. 46/00, che ha dichiarato ammissibile il *referendum* abrogativo dell’intero art. 18, escludendo vincoli costituzionali, anche in presenza della tutela obbligatoria (vista come tutela residua);
 - c’è un vincolo sopranazionale? no: art. 30 della Carta di Nizza (annessa al Trattato) prevede solo il diritto ad una tutela contro il licenziamento ingiustificato, conformemente alla legislazione dei singoli stati membri; non si precisano il tipo né l’intensità della tutela
- g) I grossi problemi dell’art. 18 (norma “pesante” per i datori di lavoro):
 - la lunghezza del processo (una sentenza di reintegrazione può arrivare dopo molto tempo, con obblighi risarcitori molto alti)
 - la situazione occupazionale locale, che può condizionare l’ammontare del risarcimento (se il lavoratore trova una nuova occupazione, il risarcimento si riduce anche di molto, altrimenti no)

9.3. La riforma della l. n. 92/12

9.3.1. Principi generali

- resta l’apparato della legge n. 604/66 (si perpetua una differenziazione non facilmente giustificabile)
- cambia la rubrica dell’art. 18 (tutela in caso di licenziamento illegittimo)
- dall’unica conseguenza sanzionatoria si passa a 4 livelli diversi di tutela; i primi due sono ancora di tutela reale (piena e attenuata), gli altri due introducono una tutela solo indennitaria (forte e debole), perché il licenziamento estingue il rapporto anche se illegittimo
- la illegittimità del licenziamento viene ora “pesata” e i 4 livelli sanzionatori sono diversificati a seconda dello spessore della illegittimità (rileva la “colpa” del datore di lavoro)
- le violazioni sostanziali sono sanzionate più pesantemente di quelle formali/procedimentali (salvo licenziamento orale); ingiustificatezza “qualificata” o no
- nuova centralità dell’art. 18, nel quale confluiscono tutte le forme di illegittimità (o quasi), specie con riguardo alla nullità
- introduzione di un rito speciale, sommario e rapido

9.3.2. I 4 livelli sanzionatori

- a) tutela reale classica (o piena):
 - ordine di reintegrazione;

- risarcimento del danno: ultima retribuzione globale di fatto; minimo 5 mensilità; detrazione solo *aliunde perceptum*; contributi previdenziali con interessi e sanzioni sulla retribuzione “virtuale”; indennità sostitutiva della reintegrazione (termine di 30 giorni per l’opzione, con diversa decorrenza: dall’invito o dalla comunicazione del deposito della sentenza, a seconda di quale dei due fatti si verifichi prima; cessazione del rapporto con la scelta e non con il pagamento); risarcibilità di danni ulteriori

b) tutela reale attenuata:

- ordine di reintegrazione

- risarcimento del danno, senza garanzia del minimo e con un tetto massimo di 12 mensilità (la norma stabilisce che questo risarcimento “copra” fino alla effettiva reintegrazione; ma si può dire che dopo la sentenza c’è mora e dunque risarcimento corre ancora? Diversamente, passati 12 mesi il datore di lavoro è libero e non è certo incentivato ad adempiere all’ordine di reintegrazione); detrazione anche di *aliunde percipiendum*); regime contributivo più leggero (niente sanzioni, si tiene conto di eventuali altre retribuzioni)

c) tutela indennitaria forte:

- il licenziamento estingue il rapporto;

- indennità risarcitoria forfettaria da 12 a 24 mensilità (in base a certi criteri); non spettano altri danni

d) tutela indennitaria debole

- come prima, ma l’indennità è da 6 a 12 mensilità

Questione generale: quale la decorrenza della prescrizione, visto che la tutela reale non è più assicurata?

9.3.3. *I diversi tipi di illegittimità* (non tutte le illegittimità sono eguali)

Restano le vecchie qualificazioni del vizio (nullità, annullabilità, inefficacia), ma non sempre c’è coerenza nelle conseguenze sanzionatorie (ciò vale soprattutto per l’inefficacia)

a) primo livello: licenziamento discriminatorio (quale nozione? oggettiva –con prova statistica- o soggettiva? occorre la unicità del motivo? Confronto con la costante giurisprudenza che ritiene irrilevante la discriminazione se c’è comunque una giustificazione); licenziamento per motivo illecito in base all’art. 1345 c.c. (motivo unico e determinante); licenziamento in concomitanza col matrimonio; licenziamento della lavoratrice madre o lavoratore padre; licenziamento nullo per altre ragioni previste dalla legge; licenziamento orale; in tutti questi casi si prescinde dalle dimensioni dell’organizzazione

b) secondo livello: annullamento per ingiustificatezza “qualificata”:

- licenziamento per giustificato motivo soggettivo o giusta causa, comma 4 (disciplinare; e la giusta causa? Resta uguale, cioè anche per ragioni non legate all’inadempimento, o diventa per intero soggettiva?) per insussistenza del fatto contestato (fatto materiale? fatto giuridico? Inadempimento? caso di sproporzione della sanzione? Sembra corretto considerare: la condotta materiale, la sua rilevanza disciplinare, il nesso di causa, forse l’imputabilità al lavoratore, ma non la proporzionalità) o per deviazione rispetto alle previsioni del contratto collettivo (che prevede solo sanzione conservativa; spesso la norma collettiva non è precisa: in quel caso è inutilizzabile? interpretazione analogica? estensiva?);

- licenziamento per ragioni oggettive (comma 7) per manifesta insussistenza del fatto posto a base del licenziamento (qui è più difficile isolare un fatto, spesso si tratta di valutazione anche future; c’è discrezionalità del giudice? dalla formula della legge sembra di sì, ma c’è sospetto di incostituzionalità); licenziamento per inidoneità fisica o psichica o violazione art. 2110 c.c.

c) terzo livello: licenziamento ingiustificato nelle “altre ipotesi” (non comprese nel 2° livello)

d) quarto livello: licenziamento “inefficace” per violazioni procedurali (che vengono degradate, anche se sono in gioco diritti importanti); qui si introduce una disparità con il licenziamento inefficace in area della l. n. 604/66 (lì resta il diritto comune? Incostituzionalità?)

e) Il licenziamento discriminatorio o disciplinare “nascosto”: ultimi periodi dei commi 6 e 7

9.4. Il Jobs Act: legge di delega n. 183/2014 e d.lgs. n. 23/2015

9.4.1. La legge di delega all'art. 1, comma 7, lettera c) stabilisce che il decreto delegato obbedisca al seguente criterio direttivo:

“previsione, per le nuove assunzioni, del contratto a tempo indeterminato a tutele crescenti in relazione all'anzianità di servizio, escludendo per i licenziamenti economici la possibilità della reintegrazione del lavoratore nel posto di lavoro, prevedendo un indennizzo economico certo e crescente con l'anzianità di servizio e limitando il diritto alla reintegrazione ai licenziamenti nulli e discriminatori e a specifiche fattispecie di licenziamento disciplinare ingiustificato, nonché prevedendo termini certi per l'impugnazione del licenziamento”.

9.4.2. Considerazioni generali:

a) Il contratto a tempo indeterminato a tutele crescenti: in realtà altro non è se non il normale contratto a tempo indeterminato, con questa particolare disciplina circa le conseguenze del licenziamento illegittimo. Si introduce una nuova disciplina per i nuovi assunti (dal 7.3.2015); la disciplina dell'art. 18 St. rimarrà in vigore fino a che sarà completato il ricambio occupazionale, salvo nuovi interventi (art. 1

b) Resta in vigore la tutela obbligatoria (quindi permane la vecchia disparità, anche se la stessa viene attenuata perché si è ridotta la tutela reale), ma viene rivista, con eliminazione dell'alternativa riassunzione/indennità

c) Viene ridotto ulteriormente lo spazio per la tutela reale, ora relegata alla lesione di diritti fondamentali (discriminazione, nullità); nel caso di licenziamenti per ragioni economiche, la tutela reale è esclusa

d) Il licenziamento illegittimo è quasi sempre valido, cioè estingue il rapporto; c'è solo un costo aggiuntivo e) La tutela economica è rigida, legata all'anzianità (non c'è più discrezionalità del giudice)

Quale valutazione? Forte flessibilizzazione in uscita, accompagnata dallo sgravio fiscale e contributivo: il contratto a tempo indeterminato è incentivato.

Problemi di costituzionalità? Problemi di compatibilità con la disciplina europea? Se la sanzione per il licenziamento illegittimo è troppo blanda, viene messo in discussione il principio di giustificazione e la sua efficienza.

9.4.3. Il campo di applicazione (art. 1)

a) soggetto: tutti i lavoratori assunti dopo il 7.3.2015, ad eccezione dei dirigenti

b) ampliamento per il casi:

- di conversione di contratti a termine precedenti (caso di trasformazione consensuale, anche se non c'era bisogno di dirlo; caso di conversione sanzionatoria, ma allora solo se il vizio che determina la conversione è venuto in essere dopo l'entrata in vigore del decreto, perché negli altri casi la conversione retroagisce, il rapporto è come se fosse stato da sempre a tempo indeterminato, ma allora ci sarebbe eccesso di delega)

- di sfioramento della soglia dei 15 dipendenti: anche ai vecchi assunti (ai quali si applicava la l. n. 604/66) si applica la nuova disciplina; sospetto forte di incostituzionalità per eccesso di delega

9.4.4. La *tutela reale piena* è prevista (senza limitazioni quanto al numero di dipendenti) per:

- licenziamento nullo perché discriminatorio ai sensi dell'art. 15 St. (sta fuori la discriminazione per infezione da HIV e quella per ragioni etniche, ma si possono ritenere ricomprese)

- altri casi di nullità espressamente previsti dalla legge: sono compresi quelli della lavoratrice per matrimonio, per maternità e paternità; non c'è più il motivo illecito; problema: solo casi espressi o tutti i casi di contrasto (nullità virtuale)?

- licenziamento inefficace perché orale

- sopravvenuta disabilità fisica o psichica (c'è un miglioramento rispetto all'art. 18): o è riconducibile alla discriminazione per ragioni di salute, o c'è eccesso di delega

Contenuto della tutela: ordine di reintegrazione, condanna al risarcimento con minimo di 5 mensilità, parametro dato dalla retribuzione utile ai fini del Tfr (rapporata a una mensilità, cioè divisa per 12), detrazione dell'*aliunde perceptum*, versamento dei contributi previdenziali, indennità

sostitutiva della reintegrazione (il rapporto cessa non con il pagamento dell'indennità, ma con l'esercizio dell'opzione; nulla cambia quanto ai termini)

9.4.5. La *tutela reale attenuata* è prevista per:

- caso di licenziamento per ragioni soggettive (disciplinare) nel quale “sia direttamente dimostrata in causa l'insussistenza del fatto materiale contestato”: c'è una restrizione rispetto all'art. 18 con il riferimento al fatto materiale, però questo non impedisce che si debba trattare pur sempre di fatto disciplinarmente rilevante, che occorra il nesso causale, e forse che ci sia la imputabilità
- la prova in giudizio: a carico di chi? Del datore no, perché è una circostanza contraria al suo interesse, dunque dovrebbe far carico al lavoratore, che deve dimostrare l'ingiustificatezza “qualificata” (difficoltà di prova negativa, problemi di costituzionalità)
- non si fa più riferimento al caso della violazione dell'art. 2110 c.c. (superamento del comports): è una nullità (tutela reale piena) o una forma di ingiustificatezza (tutela indennitaria)?

Contenuto della tutela: sostanzialmente come nell'art. 18, con qualche variante:

- la retribuzione parametro è quella utile per il Tfr
- il riferimento al tetto di 12 mensilità vale fino alla sentenza, dopo c'è mora
- detrazione dell'*aliunde percipiendum* con accettazione di una offerta congrua
- pagamento contributi senza sanzioni per omissione

9.4.6. La *tutela indennitaria forte* è prevista per:

- licenziamento per ragioni soggettive ove non sia provata la insussistenza del fatto materiale
- tutti i casi di licenziamento per ragioni oggettive

Contenuto della tutela:

- rapporto estinto validamente (in virtù del licenziamento, non della pronuncia del giudice)
- condanna ad una indennità non imponibile previdenziale pari a due mensilità per ogni anno di anzianità, da 4 a 24 mensilità

9.4.7. La *tutela indennitaria debole* è prevista:

- per violazione del requisito di motivazione (anche se è inesistente?)
- violazione della procedura disciplinare

Contenuto della tutela:

- rapporto estinto
- condanna a una indennità non imponibile pari a una mensilità per ogni anno di servizio, da 2 a 12
- salvezza di una domanda del lavoratore di altra tutela (licenziamento illegittimo per ragioni procedurali ma anche ingiustificato)

9.4.8. C'è qualche rimedio alla monetizzazione? Specie per un licenziamento per ragioni oggettive, che potrebbe essere lo strumento per “coprire” altre ragioni?

9.5.8. L'offerta di conciliazione

- eliminata la procedura di conciliazione preventiva (nel caso di licenziamento per giustificato motivo oggettivo) per i nuovi assunti
- nuova procedura per tutti i casi di licenziamento: offerta del datore di lavoro in una delle sedi protette (art. 2113 c.c., Commissioni di certificazione), entro i termini di impugnazione stragiudiziale del licenziamento, di un importo esente da imposte e da contribuzione previdenziale (forte incentivo, coinvolgimento di interessi pubblici, necessità di una copertura finanziaria della norma), pari a una mensilità per ogni anno di servizio (non meno di 2 e non più di 18), mediante consegna di assegno circolare, con rinuncia del lavoratore all'impugnazione giudiziale

9.5.9. La nuova tutela obbligatoria:

- non c'è più l'alternativa fra riassunzione e indennità, ma solo l'indennità, e questa è dimezzata

10. I licenziamenti collettivi

10.1. *Breve evoluzione storica*

- gli accordi interconfederali degli anni 50 e 60 e il controllo sindacale preventivo circa scelte economiche di carattere generale sulle dimensioni dell'impresa: limiti di tipo procedurale, salva la

previsioni di criteri di scelta (contenuto “normativo”, recezione nei decreti delegati ex lege n. 741/59

- la materia dei licenziamenti collettivi è estranea alla legge n. 604/66 (art. 11) e continua ad essere regolata dagli accordi interconfederali

- direttiva CE 75/129 e mancata attuazione (condanna dell'Italia): definizione (licenziamenti non legati alla persona), regole di informazione, coinvolgimento della autorità pubblica, ricerca di misure alternative

10.2. *La l. n. 223/91*

La disciplina interessa tutti i datori di lavoro anche non imprenditori (in origine no)

a) L'idea di fondo:

- quando c'è un progetto più o meno ampio di riduzione o riorganizzazione, occorre attivare una forma di controllo sociale preventivo affidato alle organizzazioni sindacali e poi alla pubblica autorità, in vista della massima trasparenza possibile della gestione della crisi;

b) Le due ipotesi:

- messa in mobilità (per le imprese che sono passate attraverso la GIG e non possono, al termine di questa, reimpiegare tutti i lavoratori; al limite, la questione può riguardare un solo lavoratore); qui occorre risalire alle cause integrabili per individuare il presupposto sostanziale

- la vera e propria riduzione di personale (art. 24:, per le imprese con più di 15 dipendenti che non hanno chiesto la Cig o non sono state ammesse);

c) La definizione:

- riduzione o trasformazione di attività o lavoro

- almeno 5 licenziamenti in ciascuna unità produttiva o in più unità produttive (conta l'intenzione del datore, poi il numero può essere diverso)

- nell'ambito della provincia

- nell'arco di 120 giorni:

- dunque, una “contiguità” temporale e spaziale, un progetto unitario (prevenzione di possibili frodi); la differenza con il giustificato motivo oggettivo: nel momento in cui c'è la legge che definisce, la differenza si attenua, e si riduce in sostanza al limite numerico (maggior allarme sociale)

d) *La procedura* è comune (art. 4); interpretazione rigorosa della giurisprudenza, forse per ovviare alla non sindacabilità delle scelte economiche

- obbligo di informazione alle organizzazioni sindacali: motivi, numero, collocazione, professionalità; adempimento secondo buona fede e correttezza (trasparenza); il problema della possibile sanatoria (art. 1, c. 45 l. n. 92/12: sembra ammessa solo se le parti abbiano consapevolezza del vizio di informazione, non per vizi nascosti)

- possibile esame congiunto: accordo (con effetto di dimezzamento del contributo all'INPS); effetti dell'accordo

- possibile fase amministrativa alla DTL

- in esito: possibilità di collocare in mobilità (cioè di licenziare)

- la comunicazione finale (ora non più necessariamente contestuale)

e) Il significato del controllo sindacale e il possibile controllo di merito; interessi collettivi e interessi individuali; l'accordo sindacale è sempre inoppugnabile?

f) I criteri di scelta (conflitto fra lavoratori)

- l'ambito di riferimento per la scelta

- i criteri contrattuali (procedimentalizzazione del potere)

- i criteri legali subordinati, in concorso fra loro (esigenze organizzative, carichi di famiglia, anzianità)

g) Le sanzioni

- carenza di forma scritta: 1°c. art. 18

- violazione delle regole procedurali: primo livello indennitario

- violazione criteri di scelta: secondo livello di tutela reale per i vecchi assunti, primo livello indennitario per i nuovi assunti (le regole procedurali sono svilite)

4. STRUMENTI DI GESTIONE FLESSIBILE DEL RAPPORTO DI LAVORO

1. Il lavoro a tempo determinato

1.1. La storia del contratto a termine

- art. 2097 (atto scritto o specialità del rapporto); problemi: contratto a termine come prova lunga, speranza di rinnovo del lavoratore (perciò alto rendimento, ma possibili sfruttamento), niente diritto all'indennità di anzianità; opportunità di intervento restrittivo, pur in un sistema di libera recedibilità dal rapporto a tempo indeterminato
- legge n. 230/62: scelta netta di sfavore per l'apposizione del termine (forma scritta, solo casi tassativi in relazione alla temporaneità dell'occasione di lavoro), limiti alla proroga e ai rinnovi, sanzione della conversione, applicazione rigida (es. nel caso di sfioramento del termine)
- ampliamento dei casi consentiti: le punte stagionali
- la parziale delegificazione (art. 23, l. n. 56/87): i contratti collettivi possono prevedere nuovi casi di lavoro a termine (anche in base a requisiti soggettivi come l'età, sostituzione di lavoratori in ferie, assenteismo anomalo)
- art. 8, l. n. 223/91: contratti di 12 mesi per lavoratori in mobilità (norma ancora vigente)
- l. n. 196/97: modifiche sulla proroga, casi di lavoro svolto oltre il termine e periodi "cuscinetto"

1.2. La normativa europea

Direttiva n. 99/70 (che recepisce un accordo collettivo europeo):

- il contratto a tempo indeterminato è la "forma comune" dei rapporti di lavoro; il termine solo in casi oggettivi (anche la data certa); ma il primo contratto è sostanzialmente libero
- lotta agli abusi, cioè alle reiterazioni dei contratti a termine
- garanzia di parità di trattamento e di formazione
- Corte cost. n. 41/00: inammissibilità di un referendum abrogativo della disciplina sul termine con fini di liberalizzazione, perché si sarebbe prodotto un vuoto normativo, mentre il nostro ordinamento poteva dirsi anticipatamente conformato

1.3. *Il d.lgs. n. 368/2001* (e successive modifiche fino al Jobs Act: l. n. 247/07, l. n. 133/08, l. n. 92/12, l. n. 99/13): il contratto a termine come strumento di flessibilità e anche di incentivo all'occupazione (precaria); attuazione della direttiva comunitaria (ma era necessaria?)

- con la l. n. 247/07 art. 1, comma 01, il contratto a tempo indeterminato è la "regola"; con la l. n. 92 è "la forma comune di rapporto di lavoro"; la questione non è solo teorica, ma può incidere sui meccanismi sanzionatori (vedi oltre)

- I presupposti per la apposizione del termine; al posto dei casi tassativi, una norma generale elastica: "ragioni di carattere tecnico, produttivo, organizzativo o sostitutivo, anche se riferibili alla ordinaria attività del datore di lavoro"; indeterminazione, da cui margine di discrezionalità per il giudice (effetto non voluto), salvo il limite della insindacabilità delle scelte imprenditoriali; specificità; nesso causale fra le ragioni aziendali e il singolo contratto; temporaneità delle ragioni; l'onere della prova della sussistenza delle ragioni aziendali a carico del datore di lavoro

- Le sanzioni nel caso di insussistenza delle ragioni aziendali: nullità parziale (art. 1419, 2° comma (conservazione del contratto, depurato dal vizio), sussistenza di un rapporto a tempo indeterminato fin dall'inizio, con ogni conseguenza sul piano economico (retribuzione, purché ci sia l'offerta della prestazione), poi l'indennità da 2,5 a 12 mensilità (art. 32, comma 5, l. n. 183/2010)

1.4. La successiva liberalizzazione:

- la causale non è necessaria nel caso del primo rapporto a tempo determinato, di durata non superiore a 12 mesi comprensivo di proroga, per qualunque mansione (l. n. 92/2012); possibilità che la contrattazione collettiva, anche aziendale, escluda la causale
- il d.l. n. 34, convertito in l. n. 78/14 (primo intervento del Jobs Act)

1.5. *Il Jobs Act: d.lgs. n. 81/2015, art. 19 ss.*

Il contratto a tempo indeterminato resta la forma comune di rapporto di lavoro (questa affermazione è ora all'inizio del decreto e dunque riguarda tutte le tipologie contrattuali), ma ora c'è grande flessibilità.

1.5.1. Non ci sono più presupposti di tipo qualitativo: il contratto a termine è acausale (art. 19); per questo aspetto c'è fungibilità fra contratto a termine e a tempo indeterminato

I limiti sono quantitativi

a) limiti quantitativi “*interni*” al singolo rapporto (o a una pluralità di rapporti), di carattere temporale:

- 36 mesi per il singolo contratto (art. 19, c. 1)

- i 36 mesi sono comprensivi di un massimo di 5 proroghe, con il consenso del lavoratore; a prescindere dal numero di contratti: art. 21, c.1; non c'è più il vincolo delle mansioni equivalenti)

- continuazione oltre la scadenza, fermi restando i limiti massimi di durata (art. 23): maggiorazione della retribuzione (20% fino a 10 giorni, 40% in caso di superamento); se si continua oltre 30 giorni per un contratto inferiore a 6 mesi, o 50 giorni per un contratto di durata superiore, c'è la trasformazione in contratto a tempo indeterminato dalla scadenza di tali termini

- **successione** di contratti (qui c'è la possibilità di abusi, si veda direttiva):

- - intervalli necessari fra un contratto e l'altro (10 o 20 giorni, a seconda della durata del contratto): in caso di violazione c'è trasformazione (art. 21, c. 2)

- - indipendentemente dagli intervalli (e dunque anche se sono stati rispettati), c'è comunque il limite di 36 mesi (art. 19, c. 2), contando anche i periodi di “missione” nell'ambito di una somministrazione a tempo determinato; ciò vale per mansioni di pari livello e categoria legale

- possibilità di una diversa disposizione del contratto collettivo, con previsione di limiti più elevati: forte sospetto di contrasto con la direttiva europea

- possibilità, in ogni caso, di un ulteriore contratto per non più di 12 mesi davanti alla Direzione territoriale del lavoro

b) limiti quantitativi “*esterni*” (art. 23):

- rispetto di una certa percentuale sugli occupati (è tutelato un interesse collettivo al controllo sull'occupazione precaria; gli interessi individuali possono essere in conflitto: quando si supera la percentuale, qual è l'interesse individuale meritevole di tutela? Quello dell'ultimo arrivato o quello del primo?)

- prima (nel d.lgs. n. 368/01) i limiti quantitativi erano appunto demandati alla contrattazione collettiva e coesistevano con quelli qualitativi

- ora: si introduce il limite percentuale del 20%; (rispetto ai contratti a tempo indeterminato in forza al 1° gennaio dell'anno di assunzione); le esenzioni (art. 23, comma 2: avvio di nuove attività, attività stagionali, lavoro artistico, sostituzione di lavoratori assenti, ultracinquantenni; contratti di ricerca)

- possibilità di diversa statuizione da parte del contratto collettivo (qualunque contratto art. 51): si può anche escludere la percentuale? dubbi, ma quale il limite non valicabile?

- la sanzione per il superamento : non la conversione, ma una sanzione amministrativa

1.5.2. ***I divieti***

- ipotesi fraudolente, che diventano contrarie alla legge: casi di precedente Cig o licenziamenti collettivi e successivi contratti a termine per le stesse mansioni

- ipotesi di sanzione: in caso di mancata valutazione dei rischi

- sostituzione di lavoratori in sciopero (c.d. crumiraggio esterno); problemi di costituzionalità?

- la sanzione: conversione in contratto a tempo indeterminato

1.5.3. ***La forma***

- forma scritta *ad substantiam*

- il rilievo “indiretto”:

- - o riguarda l'atto (a forma vincolata) che può non essere il contratto ma un atto diverso (ma pur sempre bilaterale, non una semplice proposta del datore non sottoscritta dal lavoratore, né la semplice richiesta di avviamento al lavoro)

- - o riguarda la determinazione della durata, che si può fare in modo indiretto, in relazione alle caratteristiche delle ragioni invocate (termine *certus an, incertus quando*: es. nel caso di sostituzione per maternità); in ogni caso deve esserci certezza nella individuazione del termine

- necessaria anteriorità (o almeno con testualità) dell'atto scritto rispetto all'inizio dell'attività lavorativa; entro 5 giorni vi è solo la consegna dell'atto scritto al lavoratore

- sanzioni in caso di assenza di forma scritta: si parla di inefficacia, in sostanza il contratto si trasforma a tempo indeterminato

1.5.4. *Impugnazione del termine illegittimo* (art. 28): si considera azione di nullità e non di impugnazione di un licenziamento (che non c'è, salvo che il datore non manifesti chiaramente una volontà di comunque non proseguire il rapporto)

- ora l'art. 32, comma 3, lettera a, e comma 4, lettere a e b: prevede, per tale azione di nullità, la necessaria impugnazione secondo le nuove regole in materia di licenziamento (120 giorni per evitare la decadenza, poi azione in giudizio entro 180 giorni)

- per il periodo pregresso: indennità risarcitoria onnicomprensiva

1.5.5. *Diritto di precedenza* (art. 24)

- il diritto di precedenza, per il lavoratore (con almeno 6 mesi) nelle assunzioni a tempo indeterminato entro i successivi 12 mesi

- diritto di precedenza nei casi di attività stagionali (non c'è più un generale diritto di precedenza nelle assunzioni a termine, salvo che per le lavoratrici in congedo di maternità)

- modalità dell'esercizio del diritto (c. 4)

1.5.6. *Non discriminazione e formazione* (art. 25 e 26)

- non discriminazione in base al principio di proporzionalità (con lavoratori comparabili)

- formazione: la durata limitata disincentiva la formazione

1.5.7. *Computo* dei lavoratori a termine (art. 27): ai fini dell'applicazione di qualunque disciplina legata al numero di dipendenti, si tiene conto del numero medio mensile di lavoratori a tempo determinato impiegati negli ultimi due anni

1.5.8. *Esclusioni* (art. 29): contratti di 12 mesi con lavoratori in mobilità, lavoro agricolo, dirigenti, turismo e pubblici esercizi (per contratti di meno di 3 giorni)

1.5.9. *Pubblico impiego*: le conseguenze della illegittimità del termine non sono mai quelle della costituzione di un rapporto a tempo indeterminato (vincolo costituzionale del concorso pubblico); l'art. 36 d.lgs. n. 165/01 (come riscritto dall'art. 49 della l. n. 133/08) e la sanzione risarcitoria (non censurata dalla Corte di Giustizia, a condizione che vi siano garanzie effettive ed equivalenti di tutela per il lavoratore)

2. I fenomeni interpositori e la somministrazione di lavoro

2.1. Generalità

L'acquisizione di forza lavoro si realizza:

- o con la stipulazione del contratto di lavoro, direttamente o tramite la mediazione di un terzo soggetto (sistema del collocamento, pubblico e privato)

- o con l'utilizzo di prestazione di lavoro fornita da un terzo, che resta titolare del rapporto: questa è *l'interposizione*, nella quale il terzo (soggetto privato) non si limita a favorire l'assunzione (mediazione), ma prosegue la sua attività "mediatoria" nel corso dell'esecuzione del rapporto

Rilevanza della tematica dell'interposizione:

- nella realtà sociale: è fuga da responsabilità ed occasione di sfruttamento (il c.d. caporalato)

- nella sistemazione giuridica: c'è la scissione fra soggetto titolare del rapporto e soggetto utilizzatore; collegamento con il concetto di subordinazione: art. 2094 c.c.

2.2. Evoluzione normativa

a) Art. 2127: divieto di interposizione nel cottimo e conseguenze sul piano solo della responsabilità

b) Legge n. 1369/60: lotta al decentramento non genuino per finalità di risparmio di costi ed esonero da responsabilità: la illiceità sta nella scissione fra titolarità e utilizzazione, e l'eliminazione della illiceità ricompone la scissione (ritorno all'art. 2094)

- divieto di mere prestazioni di lavoro (distinzione con appalto vero)
- le presunzioni di illiceità
- le sanzioni: civili (imputazione del rapporto all'utilizzatore) e penali
- l'appalto lecito all'interno delle aziende e la garanzia della parità di trattamento

c) Le istanze di un allentamento della rigidità della legge: il fenomeno interpositorio può assolvere in certi casi ad una funzione socioeconomica positiva, di tipo imprenditoriale; si afferma un decentramento "virtuoso" perché legato alla fornitura di servizi specializzati (specializzazione e diversificazione della produzione; imprese di servizi che prestano un misto di manodopera e know how: es., imprese fornitrici di software)

d) Lo scenario europeo e l'introduzione del lavoro interinale o temporaneo; i punti cruciali:

- l'agenzia, soggetto interposto (serietà, affidabilità, controlli, licenze);
- l'oggetto (individuazione delle mansioni; specificità e specializzazione)
- le garanzie

d) Legge n. 196/97: il divieto della l: del 1960 viene superato a certe condizioni:

- se c'è l'autorizzazione ministeriale, a certe condizioni
- per esigenze temporanee e per ragioni di specializzazione
- garanzie varie per il lavoratore
- previsione di due contratti separati, collegati fra loro
- i vantaggi per l'utilizzatore: non titolarità del rapporto e non computo dei dipendenti

e) D.lgs. n. 276/2003: la somministrazione di lavoro

f) D.lgs. n. 81/2015

2.3. **La disciplina attuale:** d.lgs. n. 81/2015

2.3.1. *Soggetti:* agenzie del lavoro (autorizzazione ministeriale, requisiti; gratuità nei confronti dei lavoratori): i requisiti ulteriori (rispetto alle agenzie del lavoro in genere) di cui all'art. 5, commi 2 e 3, in funzione dell'affidabilità finanziaria

2.3.2. *I contratti*

a) *Il contratto di somministrazione* (fra agenzia e utilizzatore)

a1) in genere è un contratto commerciale (l'utilizzatore è imprenditore), ma non necessariamente. La definizione del contratto (art. 30): è contratto con il quale l'agenzia di somministrazione mette a disposizione di un utilizzatore uno o più lavoratori suoi dipendenti i quali, per la durata della somministrazione, svolgono la propria attività nell'interesse e sotto la direzione e il controllo dell'utilizzatore

a2) Due ipotesi: prima del d.lgs. n. 81/2015, somministrazione a tempo indeterminato (c.d. *staff leasing*) in ipotesi predeterminate; somministrazione a tempo determinato in presenza di ragioni tecniche, produttive, organizzative e sostitutive (carattere temporaneo?), poi parziale liberalizzazione nei limiti di 12 mesi

- art. 31, d.lgs. n. 81/15: totale liberalizzazione quanto ai motivi, è diventato contratto acausale; il limite è solo quantitativo:

- - somministrazione a tempo indeterminato: non più del 20% (salvo diversa previsione del contratto collettivo) dei lavoratori a tempo indeterminato in forza presso l'utilizzatore al 1° gennaio dell'anno di stipula

- - somministrazione a termine: il limite quantitativo è stabilito dai contratti collettivi (con le eccezioni di cui al c. 3)

a3) La forma (art. 33)

- forma scritta *ad substantiam*: in mancanza i lavoratori sono considerati a tutti gli effetti alle dipendenze dell'utilizzatore (art. 38, c. 1)

- elementi: estremi dell'autorizzazione, numero lavoratori, presenza di eventuali rischi, indicazione di data e durata, mansioni, luogo, trattamento economico e normativo

a4) I divieti: simili a quelli per il contratto a termine

b) *Il contratto di lavoro* (fra agenzia e lavoratore)

E' quello "normale", con la specialità di cui all'art. 30 circa le modalità di esecuzione della prestazione

b1) contratto a tempo indeterminato: sempre quando la somministrazione è a tempo indeterminato; periodo di disponibilità (e indennità di disponibilità), che non dovrebbe ritenersi un vero rapporto di lavoro

b2) contratto a termine (con applicazione delle relative norme, ad eccezione di tutte quelle che concernono i limiti: tetto massimo, limiti alla reiterazione, limiti quantitativi); possibilità di proroga, con il consenso del lavoratore

b3) il lavoratore somministrato non è computato fra i dipendenti dell'utilizzatore (questo il principale vantaggio, oltre alla mancata ricerca del personale)

c) *Il collegamento fra i due contratti*

- non sembra necessario, perché si può stipulare il contratto di somministrazione senza che ci sia ancora quello di lavoro, e può esserci contratto di lavoro senza che ci sia ancora somministrazione (specie dopo che l'attività di somministrazione dell'agenzia non è più necessariamente attività esclusiva, per cui un lavoratore può svolgere altra attività lavorativa)

- però un collegamento indubbiamente c'è: si parla anche di rapporto trilatero

Come si spiega il collegamento:

- è una finzione normativa, in realtà l'agenzia agisce come rappresentante del lavoratore e il vero datore di lavoro è l'utilizzatore (legame con il 2094 c.c.)

- è la legge che stabilisce la relazione fra i due contratti, in sostanza trasferendo le tutele per il lavoratore nel contratto di somministrazione, altrimenti libero: questo riguarda la forma, la parità di trattamento, la responsabilità, la sicurezza ecc.)

- fenomeno di disaggregazione normativa delle varie posizioni giuridiche facenti capo alle parti:

- - all'utilizzatore compete il potere direttivo e di controllo (art. 30, c. 1), lo *ius variandi* (art. 35, c. 5: ci sono solo obblighi di comunicazione del suo esercizio sanzionati da responsabilità circa le conseguenze dell'esercizio del potere), la responsabilità civile verso i terzi (art. 35, c. 7: collegamento con l'attività svolta per l'utilizzatore), l'obbligo di sicurezza (art. 35, c. 4, con obblighi di comunicazioni dell'agenzia)

- - all'agenzia compete il potere disciplinare (art. 35, comma 6) e se non lo esercita è inadempiente al contratto di somministrazione, obblighi amministrativi vari

- - ad entrambi fanno capo: l'obbligo retributivo, art. 35, c. 2 (parità di trattamento con i dipendenti dell'utilizzatore; prima il lavoratore deve chiedere all'agenzia e solo in caso di inadempimento di questa è possibile la richiesta all'utilizzatore); alla fine, però, l'onere economico (retribuzione, contributi) grava ovviamente sull'utilizzatore (oltre al compenso per l'agenzia)

d) Altre regole: norme sui diritti sindacali, norme previdenziali

e) *Illegittimità e sanzioni*

- nullità in caso di mancanza di forma scritta: il rapporto è con l'utilizzatore

- somministrazione irregolare (art. 38, casi di cui al comma 2): azione del lavoratore (niente litisconsorzio necessario; e allora il rapporto trilatero?) per chiedere la costituzione di un rapporto di lavoro alle dipendenze dell'utilizzatore fin dall'inizio della somministrazione (a tempo indeterminato sempre?); i pagamenti effettuati dal somministratore liberano l'utilizzatore; gli atti compiuti dal somministratore sono imputati all'utilizzatore.

- sanzioni penali (art. 18, d.lgs. n. 276/2003) e amministrative (art. 40, d.lgs. n. 81/2015)

f) Impugnazione e decadenza

3. L'appalto

3.1. *Appalto e fenomeni interpositori*: possibile interferenza, nel senso che anche mediante l'appalto l'imprenditore può acquisire attività lavorativa (dei lavoratori dipendenti dall'appaltatore) che viene

da lui utilizzata (non a caso la l. n. 1369/60 parlava, per vietarlo, di “appalto di mere prestazioni di lavoro”); il problema è quello di distinguere fra due ipotesi:

a) appalto *genuino* (art. 1655 c.c.: l'appaltatore come vero imprenditore che compie un'opera o un servizio con organizzazione di mezzi e assunzione di rischio); ovviamente questa è una fattispecie del tutto lecita, per la quale comunque erano previste specifiche tutele per i lavoratori dipendenti dall'appaltatore:

- nella l. n. 1369/60 anche in caso di appalto genuino all'interno delle aziende era prevista la responsabilità solidale dell'appaltante avente ad oggetto un trattamento non inferiore a quello spettante ai dipendenti dell'appaltante stesso (principio di parità di trattamento e di decentramento a costi invariati);

- l'art. 1676 c.c.: azione diretta dei dipendenti dell'appaltatore nei confronti del committente avente ad oggetto ciò che è dovuto dall'appaltatore ai propri dipendenti e fino a concorrenza del debito residuo del committente al momento della domanda

b) appalto *non genuino*, nel quale l'appaltatore non è un vero imprenditore, non organizza e non si accolla rischi; in questi casi, l'appaltatore in realtà “somministra” lavoro, ma lo fa senza possedere i requisiti per farlo legittimamente (non è, cioè, una agenzia del lavoro regolarmente iscritta all'albo, quindi si tratta di somministrazione irregolare)

c) *Il d.lgs. n. 276/03*:

c1. prevede che siano stabiliti criteri (in via amministrativa, “codici di buone pratiche e indici presuntivi”) per stabilire la differenza fra l'appalto genuino e quello che non è genuino e che si risolve in una somministrazione irregolare (art. 84, comma 2)

c2. in (apparente) contraddizione, nell'art. 29, comma 1, anziché fornire una traccia rigorosa per quella distinzione, da un lato non fa che ripetere la definizione di appalto data dal codice dall'altro lato introduce una “variante” più morbida per il requisito dell'organizzazione di mezzi: non serve un'organizzazione completa, di capitali, attrezzature, macchinari, beni immateriali, ma basta l'organizzazione dei lavoratori (cioè l'esercizio del potere direttivo); tuttavia, questo vale “in relazione alle esigenze dell'opera e del servizio”, cioè per i cosiddetti appalti *labor intensive*, nei quali conta essenzialmente la prestazione lavorativa e non altri fattori produttivi (es., attività informatiche svolte sui p.c. del committente)

c3. abroga la l. n. 1369/60 e dunque anche la tutela in caso di appalti all'interno delle aziende e sostituisce quella tutela con quella dell'art. 29, comma 2:

- responsabilità solidale del committente avente ad oggetto il trattamento dovuto dall'appaltatore ai lavoratori suoi dipendenti (non più parità di trattamento), oltre al versamento dei contributi previdenziali; con la l. n. 92/12 i contratti collettivi nazionali stipulati da associazioni comparativamente più rappresentative possono individuare metodi e procedure di controllo e di verifica della regolarità complessiva degli appalti;

- limite di due anni per farla valere

- estensione della responsabilità anche ai subappaltatori: in questo modo si colpisce la catena dei vari subappalti; mentre prima la tutela operava solo nell'ambito dei singoli passaggi (cioè dei singoli appalti, nei quali l'appaltatore è a sua volta appaltante verso il subappaltatore e così via), ora c'è un collegamento diretto, sul piano della responsabilità, fra il primo committente e i successivi appaltatori e subappaltatori; però con la l. n. 92/12 si è stabilito che: vi è litisconsorzio necessario con appaltatore e subappaltatori; che il committente può eccepire il beneficio della preventiva escussione del patrimonio dell'appaltatore e degli eventuali subappaltatori

- rimane la tutela residuale dell'art. 1676 c.c., passato il biennio e nei limiti previsti dalla norma

d) Norma sanzionatoria (art. 29, comma 3bis) come per la somministrazione irregolare

4. Il distacco

4.1. Istituto nato nel pubblico impiego (comando, distacco presso altra amministrazione); nel lavoro privato si è così identificato il fenomeno da parte della giurisprudenza: il lavoratore viene spostato presso altro datore di lavoro, che ne dirigerà la prestazione, per un tempo limitato e per la

realizzazione di un interesse del distaccante (frequente uso nell'ambito delle società collegate: ad es., distacco di un lavoratore presso altra società del gruppo per ricevere o impartire formazione); anche qui c'è il rischio di un fenomeno interpositorio

4.2. D.lgs. n. 276/03, art. 30

a) Requisiti di legittimità (perché non si configuri una somministrazione irregolare, posto che il distaccante non è certo iscritto all'albo delle agenzie del lavoro):

- interesse del distaccante, di tipo organizzativo o anche economico (che non si risolva però in un mero risparmio di costi, perché questo è l'obiettivo essenziale della somministrazione irregolare)

- temporaneità, intesa peraltro in modo assai ampio dalla giurisprudenza

- per un distacco a oltre 50 Km., si richiedono esigenze di carattere tecnico, organizzativo e produttivo; norma difficilmente comprensibile, perché non è chiaro in che cosa queste esigenze si differenzino rispetto all'interesse che deve sussistere anche fino a 50 Km.

b) norma sanzionatoria (art. 30, comma 4bis), come per la somministrazione irregolare

c) Distacco e rete di impresa (art. 30, comma 4-ter): ove sia stipulato un contratto di rete d'impresa (ai sensi della l. n. 33/09: contratto plurilaterale con comunione di scopo) l'interesse al distacco sorge automaticamente in forza dell'operare della rete. In questo caso è ammessa la codatorialità dei dipendenti ingaggiati con regole stabilite attraverso il contratto di rete: ci sono limiti all'autonomia privata? Le parti del contratto di rete sono libere di stabilire la distribuzione degli obblighi a carico del datore di lavoro? E i rischi per la tutela dei lavoratori? (casi di imprese che si rendono insolventi)

5. Il lavoro a tempo parziale:

- tipologia flessibile incentivata dalle normativa comunitaria

- strumento per combattere la disoccupazione

- tipologia che tiene conto anche delle esigenze del datore di lavoro

5.1. Evoluzione normativa: dall'art. 5 del d.l. n. 726/84 al d.lgs. n. 61/2000 (attuativo della direttiva 97/81/CE), al d.lgs. n. 81/2015 (artt. 4-12)

5.2. L'alternativa, per il datore di lavoro, tra assunzione a tempo pieno (ex d.lgs. n. 66/2003) e a tempo parziale (a orario ridotto)

- il venir meno delle definizioni (lavoro a tempo parziale orizzontale, verticale e misto)

5.3. La forma e il contenuto necessario del contratto: la puntuale indicazione della durata e della collocazione temporale della prestazione

- Le sanzioni per la violazione delle regole di forma

5.4. Gli strumenti di flessibilizzazione del rapporto e il problema del consenso del lavoratore

5.4.1. Il lavoro supplementare (previsto o meno dal contratto collettivo applicato)

5.4.2. Il lavoro straordinario (rinvio al d.lgs. n. 66/2003)

5.4.3. Le clausole elastiche (previste o meno dal contratto collettivo applicato)

- le modifiche rispetto alla disciplina previgente (viene meno la distinzione tra clausole elastiche e clausole flessibili)

- Il diritto di ripensamento

5.5. Il trattamento del *part-timer*:

- il principio di non discriminazione

- il computo dei lavoratori a tempo parziale

5.6 La trasformazione del rapporto da tempo pieno e tempo parziale e viceversa

6. Il lavoro intermittente (detto anche a chiamata, *job on call*)

- modalità flessibile estremamente precaria

6.1. Evoluzione normativa: dal d.lgs. n. 276/2003 al d.lgs. n. 81/2015

6.2. La definizione:

- il lavoratore "si mette a disposizione"

- la discontinuità o intermittenza delle prestazioni

6.3. Le due versioni del contratto:

- a) con obbligo di risposta alla chiamata;
- b) senza obbligo di risposta: in questo caso l'indennità di disponibilità e il rifiuto di rispondere alla chiamata

6.4. Le ipotesi di legittima stipulazione del contratto:

- a) a fronte delle esigenze individuate dai contratti collettivi
- b) in base a criteri anagrafici (ipotesi discriminatoria?)

6.5. Ulteriori condizioni di utilizzabilità del contratto:

- i limiti massimi di impiego e la sanzione per il loro superamento
- i divieti

6.6. La disciplina del rapporto:

- la forma ed il contenuto del contratto
- gli obblighi di comunicazione
- il trattamento ed il computo del lavoratore intermittente

7. L'apprendistato

- contratto con finalità formativa (a causa mista)
 - contratto a tempo indeterminato, con un periodo iniziale di formazione
- 7.1. Il recesso: soggetto alle regole comuni durante il periodo formativo; libero alla scadenza del periodo formativo
- 7.2. Gli incentivi di carattere economico e normativo:
- gli "sconti" sui contributi
 - il possibile doppio sottoinquadramento
 - la non computabilità
- 7.3. Il sistema delle fonti: la disciplina legale del rapporto contrattuale e il rinvio alla normativa regionale per la disciplina dei profili formativi. Il rinvio alla contrattazione collettiva
- 7.4. Le tre sotto-tipologie di apprendistato
- 7.5. Le violazioni:
- l'inadempimento degli obblighi formativi e le sanzioni previste
 - la "conversione" (sanzione non prevista)
 - le sanzioni per le violazioni degli altri obblighi datoriali

5. L'ACCESSO ALL'OCCUPAZIONE

1. Il collocamento ordinario

- Definizione di collocamento.

Sinonimi: mediazione, intermediazione. Distinzione tra intermediazione e interposizione

- E' materia nella quale sono implicati interessi pubblici (equa distribuzione occasioni di lavoro, non sfruttamento condizioni di bisogno dei lavoratori, non discriminazioni); a lungo gestione esclusiva da parte dello Stato o altri soggetti pubblici (es. sindacati riconosciuti nel periodo corporativo).

- Caduta ordinamento corporativo → 1. 29 aprile 1949, n. 264 (oggi abrogata)

Principio ispiratore: *monopolio pubblico del collocamento*, riserva uffici pubblici (UPLMO, articolazioni nel territorio del Ministero del Lavoro).

In negativo: *divieto della mediazione privata* (è reato); art. 2098 c.c.: annullabilità contratto lavoro su iniziativa P.M. (di fatto norma mai applicata).

Obbligo di iscrizione dei lavoratori (muniti di libretto di lavoro) nelle liste di collocamento

Obbligo per le imprese di rivolgersi agli uffici per l'avviamento

Regola della *richiesta numerica* (generalizzata dallo Statuto dei lavoratori), con indicazione della qualifica professionale richiesta. Avviamento da parte degli uffici secondo criteri di equità (ma senza adeguato controllo circa l'effettivo possesso da parte del lavoratore della qualifica dichiarata).

In via residuale: richiesta nominativa; assunzione diretta; passaggio diretto da un'impresa all'altra con nulla osta dell'ufficio.

- *Difetti del sistema*: 1) il datore non può scegliere il lavoratore da assumere; 2) gli uffici operano in modo burocratico ed inefficiente; 3) frequenti elusioni e violazioni delle regole; 4) le sanzioni non sono applicate; 5) ulteriori rigidità derivano dal collocamento obbligatorio.

→ il legislatore introduce progressive modifiche (prima di dettaglio, poi più corpose), quali:

a) prima ampliamento casi di richiesta nominativa; b) poi (l. 223/91) richiesta nominativa come regola generale; c) poi (l. 608/96) assunzione diretta come regola generale.

Situazione paradossale: restano in funzione uffici che si limitano a registrare assunzioni già avvenute. I lavoratori e le imprese ricorrono ad altri canali.

- Occorrono ulteriori interventi per passare:

- da una logica meramente burocratica del collocamento ad una logica di politica attiva del lavoro (orientamento, formazione, professionale);
- dalla vecchia concezione del collocamento alla nuova concezione dei servizi per l'impiego
- dalla tutela del lavoratore solo nel rapporto di lavoro ad una sua tutela anche nel mercato del lavoro (v. Strategia europea per l'occupazione: va promossa l'occupabilità).

- Riforma più radicale è sollecitata anche dalla Corte di Giustizia delle Comunità Europee con la sentenza *Job Center* dell'11 dicembre 1997: la legge italiana del 1949 viola la libertà di concorrenza sancita dal Trattato, attribuisce agli uffici pubblici (che sono inefficienti!) una posizione dominante.

→ D.lgs. 23 dicembre 1997, n. 469 (attuazione l. 15 marzo 1997, n. 59 sul decentramento amministrativo). Due importanti novità:

1) *Trasferimento funzioni di collocamento dallo Stato alle regioni* (già competenti per formazione professionale), le quali hanno poi trasferito molte competenze alle province, nei cui ambito operano i Centri per l'Impiego. Il sistema verrà poi consolidato dal nuovo art. 117 Cost.

2) *Legalizzazione della mediazione privata* (art. 10), in base ad autorizzazione amministrativa, se imprese in possesso di particolari requisiti → abolizione monopolio pubblico.

- Di fatto: non vengono costituite molte imprese di mediazione, non migliora l'efficienza del sistema pubblico → Ulteriori interventi del legislatore

D.lgs. 181/00 (modificato dal d.lgs. 297/00): detta i principi fondamentali in materia di collocamento (poi specificati dalle regioni); definisce la nozione di stato di disoccupazione; conferma la regola dell'assunzione diretta, abolisce liste di coll. e libretto di lavoro

- Ulteriori riforme poi realizzate con il d.lgs. 10 settembre 2003, n. 276, che modifica di nuovo le regole sul collocamento privato.

a) Agenzie per il lavoro: possono svolgere attività di intermediazione se autorizzate e iscritte nell'Albo istituito presso il Ministero del lavoro, articolato in più sezioni (somministrazione; intermediazione; ricerca e selezione del personale; supporto alla ricollocazione del personale). Devono possedere particolari requisiti (giuridici e finanziari). Non è più richiesto l'oggetto sociale esclusivo. Autorizzazione dapprima provvisoria (2 anni) poi definitiva. Anche le Regioni possono autorizzare lo svolgimento di tali attività se svolte solo nell'ambito del loro territorio.

b) Altri soggetti ammessi a svolgere attività di collocamento: 1) se autorizzati: Comuni, Camere di commercio, Scuole secondarie; 2) senza autorizzazione: Università, associazioni sindacali comparativamente più rappresentative; associazioni riconosciute che si occupano di assistenza delle attività imprenditoriali, del lavoro o delle disabilità; enti bilaterali; Fondazione (o altro soggetto giuridico) costituita dall'Ordine nazionale dei consulenti del lavoro.

Regole sull'attività delle Agenzie per il lavoro: 1) divieto di percepire compensi dai lavoratori (con le eccezioni consentite dalla contrattazione collettiva per le professionalità più elevate o per specifici servizi); 2) divieto di indagini sulle opinioni dei lavoratori e di trattare dati dei medesimi relativi alle caratteristiche personali, a meno che esse non incidano sullo svolgimento dell'attività e siano per essa requisito essenziale e determinante; 3) obbligo di mettere "in rete" (la nuova Borsa

continua nazionale del lavoro) le informazioni su domande e offerte di lavoro (ma tale nuovo sistema non è ancora operativo).

2. Il collocamento obbligatorio

- E' destinato a particolari categorie di soggetti, con difficoltà a trovare occupazione (disabili) o meritevoli di essere aiutati nel reperimento di questa per motivi diversi (es. parenti delle vittime della guerra o del terrorismo).

- La normativa in materia dà applicazione ad alcuni principi costituzionali (art. 3, comma 2; art. 4; art 38, comma 3), ma per certi aspetti crea un potenziale conflitto con altri principi (art. 41).

In materia si scontrano interessi contrapposti: a) del disabile, per il quale il lavoro è fattore di inclusione sociale, soprattutto se si tratta di occupazione effettiva, cioè di inserimento in un posto adeguato alle sue capacità professionali; b) delle imprese, che si assoggettano "malvolentieri" all'assunzione dei disabili, ritenuti meno produttivi.

- Normativa di carattere generale oggi in vigore: l. 12 marzo 1999, n. 68.

Competenti a gestire il C.O: le Province tramite i Centri per l'Impiego.

Soggetti protetti: invalidi civili (anche disabili psichici, come già stabilito da Corte cost. n. 50/90), invalidi del lavoro, altre categorie di soggetti non disabili.

Le imprese (ma anche i datori di lavoro pubblici) sono obbligate ad assumere in porzione al numero di dipendenti in organico (7% di disabili per le imprese con più di 50 dipendenti; 2 disabili le imprese che occupano da 36 a 50 dipendenti; 1 disabile le imprese che occupano da 15 a 35 dipendenti; nessuno al di sotto dei 15 dipendenti).

- Per le imprese con più di 35 dipendenti l'obbligo di assunzione sorge ogniqualvolta via sia una scoperta, indipendentemente dal fatto che l'impresa abbia bisogno o voglia procedere a nuove assunzioni. La regola non opera per alcuni tipi di organizzazioni di tendenza (come partiti e sindacati). Parte della dottrina dubita della legittimità costituzionale di tale regola, che crea irragionevole disparità di trattamento tra diversi tipi di organizzazioni di tendenza (in specie a danno di quelle religiose) e contrasta con la libertà di iniziativa economica delle imprese, cui è imposto l'accrescimento non voluto dell'organico (in controtendenza rispetto alla normativa sui licenziamenti collettivi e individuali per g.m. oggettivo).

- Il procedimento (per i disabili):

1) Le Commissioni presso le USL accertano lo stato di disabilità, compiendo una diagnosi funzionale.

2) I disabili accertati si iscrivono in appositi elenchi presso i Centri per l'Impiego.

3) Le imprese devono inviare annualmente ai Centri per l'Impiego la denuncia numerica (con i dati sull'organico); se vi è scoperta, devono effettuare la richiesta di avviamento (di regola numerica, solo in parte nominativa) entro 60 giorni. In mancanza: sanzione amministrativa. Non vi è mai avviamento d'ufficio.

4) Il Centro per l'Impiego avvia il disabile adatto, in applicazione del principio del collocamento mirato (il lavoratore "giusto" al posto "giusto").

- La legge prevede da stipulazione di convenzioni tra imprese e Centri per l'Impiego per modulare l'esecuzione degli obblighi di assunzione.

- La normativa impone alle aziende un obbligo a contrarre. In caso di inadempimento il lavoratore può ottenere il risarcimento del danno. Difficilmente potrà esserci l'esecuzione forzata in forma specifica dell'obbligo a contrarre (*ex art. 2932 c.c.*), non tanto per ragioni legate ad una pretesa infungibilità delle prestazioni (che è invero la prestazione del consenso contrattuale, sicuramente fungibile), né per ragioni legate alla mancanza di una precedente manifestazione, ad opera delle parti, della volontà di concludere il contratto (che è invero individuabile nella richiesta di avviamento per l'impresa e nell'iscrizione nelle liste per il lavoratore), ma per ragioni legate all'indeterminatezza dell'oggetto del contratto, e cioè delle mansioni, che di solito non sono invero specificate nella richiesta di avviamento.

- Il rapporto di lavoro con il disabile è tendenzialmente regolato in modo uguale a quello degli altri dipendenti (art. 10 l. 68/99). Le differenze più significative riguardano la fase dell'assunzione, per l'obbligo del datore di lavoro di assegnare al disabile mansioni compatibili con la sua ridotta capacità lavorativa; lo svolgimento del rapporto, per l'ipotesi in cui si verifichi un aggravamento delle condizioni del disabile (nel qual caso l'azienda deve "attuare i possibili adattamenti dell'organizzazione di lavoro"); la cessazione del rapporto, soggetta a regole particolari, che contemplano espressamente, tra l'altro, un obbligo di assegnare al disabile, prima e in alternativa al recesso, mansioni compatibili diverse dalle originarie, anche peggiorative.

6. LA TUTELA DEI DIRITTI

1. Rinunzie e transazioni

a) Distinzione fra:

- inderogabilità: è attribuito della norma (momento genetico: il diritto non può non sorgere, l'autonomia individuale non lo può escludere, pena la nullità);

- indisponibilità: è attribuito del diritto derivante dalla norma (momento funzionale: il diritto già sorto non può essere oggetto di disposizione, cioè dismissione)

b) Ma anche collegamento, perché non servirebbe stabilire imperativamente la tutela del lavoratore se poi gli si lasciasse totale libertà di disporre di quella tutela. Dunque, nel nostro ordinamento vi sono limiti alla disponibilità dei diritti da parte del lavoratore

c) L'art. 2113 c.c.: riferimento a due sole tipologie di atti dispositivi, qualificati come invalidi

c1) La duplice *ratio*: oggettiva (rilevanza dei diritti, in quanto derivanti da norme inderogabili di legge o contratto collettivo) e soggettiva (il lavoratore come soggetto incapace di disporre dei propri diritti; speciale incapacità, presunzione di vizio del consenso per la situazione di soggezione nel corso del rapporto)

c2) Invalidità nel senso di annullabilità: rinunzie e transazioni devono essere impugnate entro 6 mesi dalla cessazione del rapporto se fatte in corso di svolgimento dello stesso (fondamento soggettivo), o dalla data dell'atto se successiva alla cessazione (fondamento oggettivo, perché il lavoratore ha recuperato la sua libertà).

L'impugnazione è solo del lavoratore: dunque da un lato egli è considerato incapace (invalidità degli atti dispositivi), dall'altro è solo lui che decide se impugnare, ricostituendo per intero la situazione precedente (mentre il datore di lavoro è vincolato alla transazione).

La tesi per cui il 2113 riguarderebbe solo i diritti secondari, cioè derivanti dalla violazione dei diritti primari e aventi contenuto risarcitorio: critica (es.: diritto ai riposi: la "disposizione" di quel diritto è in realtà una violazione della norma, sanzionata con la nullità e non con l'annullabilità del 2113)

c3) Ambito di applicazione del 2113: lavoro parasubordinato

c4) Impugnazione *ex* 2113 e necessità di una successiva azione di annullamento; possibile autonoma azione di annullamento per vizi della volontà

c5) Le quietanze a saldo: occorre che abbiano contenuto dispositivo (problema di interpretazione della volontà)

c6) Inoppugnabilità delle conciliazioni (atti transattivi alla presenza di un terzo soggetto) sottoscritte in sede giudiziale, sindacale, amministrativa o contenute nel lodo arbitrale. La presenza del terzo fa supporre che la situazione di soggezione sia neutralizzata (questo presupporrebbe che il terzo fosse sempre parte attiva della conciliazione e svolgesse funzioni di controllo; in realtà questo non succede quasi mai)

2. La prescrizione dei diritti del lavoratore

a) Sono imprescrittibili solo i diritti assolutamente indisponibili (es.: diritti essenziali della persona); i diritti del lavoratore sono indisponibili solo relativamente (art. 2113 c.c.); per di più vi è espresso richiamo alla prescrizione

b) Riepilogo sui tipi di prescrizione

- prescrizione estintiva (il diritto si estingue):
 - - breve (5 anni): per il trattamento di fine rapporto (art. 2948, n. 5) e per la retribuzione corrente purché sia da pagare periodicamente (n. 4); quindi no per una retribuzione dovuta *una tantum* (es.: lavoro straordinario non fisso)
 - - ordinaria (10 anni) per tutti gli altri diritti, come il diritto al risarcimento del danno e come quello alla qualifica superiore (ma il contenuto economico di questo diritto, cioè le differenze retributive, sono assoggettate alla prescrizione breve); l'anzianità è un fatto e non è soggetta a prescrizione (ed è accertabile senza limiti di tempo, ad esempio, per la domanda di pagamento degli scatti di anzianità, soggetti alla prescrizione breve)
- prescrizione presuntiva (si presume l'adempimento, il pagamento); è presunzione relativa, con prova contraria limitata (solo la confessione del datore di lavoro o il giuramento); inammissibilità di una eccezione di prescrizione presuntiva se il datore di lavoro, in via principale, contesta il fondamento del diritto
- c) Il problema della decorrenza della prescrizione (la regola generale è che il termine decorre da quando il diritto può essere fatto valere)
 - Corte cost. n. 63 del giugno 1966 (e dunque prima della l. n. 604): è incostituzionale la normativa che consente il decorso della prescrizione in corso di rapporto e non dalla fine di esso (soggezione del lavoratore, timore del licenziamento in caso di esercizio dei diritti, incapacità, parallelo con il 2113)
 - poi si precisa che quella situazione di soggezione non c'è quando il lavoratore è adeguatamente tutelato nei confronti del licenziamento illegittimo; e si specifica che adeguata tutela è solo quella che deriva dall'art. 18 St. lav., non dalla l. n. 604/66 (Cassazione costante)
 - come si pone il problema dopo la l. n. 92/12 e per i nuovi assunti dopo il d.lgs. n. 23/15? Visto che il tipo di tutela (reale o indennitaria) non è individuabile *a priori*, ma dipende da come sarà intimato un eventuale licenziamento? Soluzione ancora non assestata; preferibile ritenere che il nuovo 18 non garantisca il lavoratore in modo tale da farlo ritenere indenne dal timore del licenziamento. Ma il problema è grosso ed è l'altra faccia della medaglia della attenuazione delle tutele in caso di licenziamento illegittimo

CONCLUSIONI

Funzione e caratteri del diritto del lavoro

- Nasce per rimediare agli squilibri economici e contrattuali nelle relazioni di lavoro
- Dunque, è un *diritto diseguale*, che garantisce protezione alla parte debole del rapporto
- La rilevanza dei *principi costituzionali*:
 - x la dignità del lavoro
 - x l'eguaglianza sostanziale
 - x la promozione degli interessi collettivi e dei gruppi professionali
 - x la giustificazione del conflitto
 - x la regolamentazione di specifici aspetti del rapporto (unico fra i rapporti privati)
 - x la garanzia economica e i suoi limiti
 - x l'apertura verso la collaborazione
- La linea protettiva: la forza della legge e la rilevanza dell'autonomia collettiva

- La funzione anticoncorrenziale e gli attriti con le scienze economiche (che puntano all'efficienza, ma con poco controllo sulla distribuzione): il mercato del lavoro è un mercato particolare perché il lavoro non è merce
- La concorrenza globale e poi la crisi: c'è una rivincita dell'economia?

Una sintesi in base a talune parole chiave

1. Rappresentatività

- Si radica sulla rappresentanza degli interessi professionali collettivi, ma la trascende; è criterio di espressione del consenso ed è parametro per la politica di sostegno di quegli interessi
- La scommessa dello Statuto: la rappresentatività "storica", di livello nazionale e il suo ruolo nell'ordinamento
- Le torsioni della rappresentatività: la crisi di consensi, i conflitti interni, la necessità di una misurazione
- Il peso delle divisioni sindacali; la loro legittimazione istituzionale (Corte cost. n. 231/13 e la garanzia del dissenso), ma l'importanza del loro superamento
- La ricomposizione attorno a regole condivise di misurazione della rappresentatività (Testo Unico sulla rappresentanza 2014)
- Rappresentanza e contrattazione collettiva

2. Inderogabilità

- Profilo identitario della materia (e modello per il diritto civile: le nullità di protezione)
- Tecnica regolativa nel rapporto tra fonti, che però si lega alla rilevanza e alla gerarchia dei valori espressi nelle norme
- Il paradigma classico: la prevalenza della legge sull'autonomia privata
- Le **pressioni riduttive** sempre più forti: verso le norme semimperative, cioè norme che possono essere derogate, a certe condizioni
 - a) **Le deroghe tramite l'autonomia collettiva**: la flessibilità controllata:
 - x selezione degli agenti contrattuali
 - x selezione degli oggetti
 - x legittimazione, comunque, ad opera della legge, della possibilità di deroga
 - x da singoli casi (nel secolo scorso, la previsione di nuove ipotesi di termine legittimo; l'azzeramento dell'anzianità per facilitare la circolazione delle aziende ecc.) a meccanismi più ampi: l'art. 8, d.l. n. 138/11 (la quantità diventa qualità, vacilla l'equilibrio generale delle fonti; il limite di garanzia: la responsabilità dell'organizzazione sindacale)
 - x Il Jobs Act e l'ampliamento della derogabilità tramite l'autonomia collettiva (nel lavoro a termine: incidenza sul limite percentuale, ma anche sul tetto dei 36 mesi; nel lavoro eterorganizzato quanto a tempi e luoghi di lavoro, con possibilità di escludere l'applicazione della disciplina del lavoro subordinato; nella disciplina del mutamento *in pejus* di mansioni, con possibilità di introdurre nuovi casi di *ius variandi*)
 - b) **Le deroghe da parte dell'autonomia individuale**
 - x Sono escluse in via di principio (il rapporto tra fonti sarebbe sconvolto)
 - x Ma ora ci sono delle aperture (Jobs Act): la derogabilità assistita, cioè il patto in deroga deve essere sottoscritto nelle c.d. sedi protette; i casi: modifica *in pejus* delle mansioni

3. Precarietà / stabilità

- La coppia allude ai riflessi, alle percezioni che certe modalità di svolgimento del lavoro determinano nella sfera di interessi (personali, familiari, sociali, esistenziali) di chi lavora
 - a) Profilo *temporale*: il consueto dualismo fra contratto a tempo indeterminato e contratto a termine
 - x il rapporto regola/eccezione; la “forma comune”
 - x la ampia liberalizzazione del contratto a termine (ma i limiti residui escludono che vi sia fungibilità)
 - x il gioco delle convenienze per il datore di lavoro
 - b) Profilo riguardante il *grado di resistenza* rispetto alla possibilità di estinzione del vincolo
 - x la forte stabilità “interna” del contratto a termine (nell’ambito della sua durata)
 - x la rilevante instabilità del contratto a tempo indeterminato, conseguente alla nuova disciplina sanzionatoria del licenziamento illegittimo
- La *varietà tipologica*: anche qui il contratto a tempo indeterminato è “forma comune”
 - x di per sé sarebbe una ricchezza (diversità di interessi, anche del lavoratore)
 - x in concreto la varietà tipologica è stata utilizzata come strumento di fuga dalla tipologia di base (dal lavoro subordinato verso il lavoro autonomo, parasubordinato, associato ecc.) in funzione di flessibilizzazione (e dunque di precarietà)
 - x ora vi sono scelte di semplificazione (abolizione lavoro a progetto, associazione in partecipazione con apporto di lavoro)
 - x ma restano aree libere: il lavoro accessorio, con la sua massima flessibilità
- Forse la coppia precarietà / stabilità può essere sostituita da quella *lavoro non qualificato / lavoro qualificato*; nel secondo ha senso il recupero dell’autonomia individuale; ma è solo una prospettiva, perché sarebbe difficile immaginare criteri distintivi di definizione

4. Poteri

- Il diritto diseguale (protettivo) non elimina affatto i poteri; il problema è sempre quello: quali limiti? La linea che separa la soggezione al potere dalla libertà e parità contrattuale è una linea mobile, che è variata nel tempo
- Dallo Statuto dei lavoratori in poi: una progressiva limitazione (normativa, ma anche giurisprudenziale)
- Il Jobs Act: ridisegna indubbiamente un nuovo equilibrio, a vantaggio del datore di lavoro; è *flexicurity*? E’ vero che il legislatore si ritrae dalla tutela nel rapporto (argine ai poteri) e si espande con la tutela nel mercato?
- I poteri toccati:
- x lo *ius variandi*: ora è anche *in pejus*; gestione dell’organizzazione, conformazione della prestazione
 - x il c.d. potere di controllo: qualche dubbio sull’effettivo aggravamento
 - x il potere di licenziare: qui la modifica è particolarmente penetrante; se la tutela reale contro il licenziamento illegittimo è la preconditione per l’esercizio degli altri diritti, gli equilibri sono stati spostati in modo significativo; una sdrammatizzazione? Forse, ma allora occorre una più solida tutela nel mercato (ma è tutela che costa)