

Università Ca' Foscari di Venezia
Dottorato in Diritto Europeo dei contratti Civili, Commerciali e del Lavoro

Tesi di Dottorato

Il ruolo dell'autonomia individuale nel rapporto di lavoro

Dott.ssa Alice Bussolaro

Mat. 955915
27 ° ciclo

Ch.mo Professore
Gaetano Zilio Grandi
Università Ca' Foscari di Venezia

Ch.mo Professore
Pierre De Gioia Carabellese
Heriott Watt University of Edinburgh

Alla mia famiglia

Indice

Introduzione

Capitolo I

L'autonomia individuale tra diritto civile e diritto del lavoro

1. L'autonomia individuale nella ricostruzione della dottrina civilistica
2. L'autonomia individuale nella dottrina lavoristica

Capitolo II

L'inderogabilità della norma e lo spazio per l'autonomia

1. La tutela dei diritti del lavoratore tra libertà e autonomia
2. Brevi cenni sulla tutela dei diritti nella dimensione collettiva e la rilevanza del rapporto tra autonomia collettiva e autonomia individuale
3. Il ruolo dell'Unione Europea nel mutamento delle politiche del lavoro: il tentativo di aprire le maglie ad una nuova era dell'autonomia

Capitolo III

Gli spazi di deroga e di disponibilità dei diritti

1. Oltre l'inderogabilità delle norme: gli spazi della deroga della scelta individuale, i patti di demansionamento
2. La disciplina delle rinunzie e transazioni
3. Part-time e full-time

Capitolo IV

Uno spunto comparativo: lo spazio della norma e della contrattazione collettiva nel contratto individuale di *Common law*

1. Premessa
2. *Contract, implied terms e Statement*
3. Il contratto collettivo nel sistema di *common law*: *expressed incorporation* e *implied incorporation*
4. Lo *Status* di *Shareholders Employee*: la novità introdotta del sistema britannico con il *Growth Infrastructure act 2013*

Capitolo V

Il contratto di lavoro: il continuo mutamento degli spazi di autonomia individuale e autonomia collettiva

1. La pervasività della regolazione normativa del lavoro e l'impostazione tradizionale nell'ordinamento italiano
2. Le tipologie contrattuali a disposizione delle imprese: il ventaglio di strumenti concessi alle parti

e l'inarrestabile tendenza alle riforme dei governi degli ultimi decenni

3. L'autonomia collettiva nel sistema delle relazioni industriali dopo l'art. 8, il riparto di "spazio" tra autonomia individuale e autonomia collettiva

4. Il ruolo delle Commissioni di certificazione: derogabilità assistita e qualificazione contrattuale, divergenze tra espressione dell'autonomia e effettivo atteggiarsi del rapporto

Conclusioni

Introduzione

Il tema dell'autonomia individuale nel rapporto di lavoro è oggetto del presente scritto alla luce dei fortissimi mutamenti e tentativi di riforma di cui la materia è oggetto e teatro da qualche decennio. Le ragioni per cui il diritto del lavoro si pone come elemento chiave per la risoluzione dei problemi del sistema-paese, anche all'interno del contesto europeo, hanno radici profonde che si legano indissolubilmente con le questioni attinenti alla libertà contrattuale, alla tutela dell'autonomia e al contrappeso che, invece, nel diritto del lavoro italiano è sempre tradizionalmente esistito, e cioè il binomio inderogabilità della norma e indisponibilità dei diritti. L'ordinamento lavoristico italiano intesse una solida trama di disposizioni di carattere inderogabile che proteggono la posizione conseguita dal lavoratore nell'impresa sia sotto il profilo normativo che retributivo. Questa disciplina si è consolidata negli anni '70, in particolare con lo Statuto dei diritti dei lavoratori. Essa presenta l'effetto indesiderato di limitare sensibilmente i margini di flessibilità di cui godono le imprese nella gestione della forza lavoro, complicando il loro adattamento al mercato esterno. Per queste ragioni gli attori della regolazione si sono spesi per garantire la continuità dell'impiego, in particolare per quanto concerne le ipotesi di ristrutturazione e crisi, eventi sui quali la relazione tra esigenze di mercato e tutela dei diritti subisce un forte stress, oggetto di interesse e attenzione della giurisprudenza.

Mantenendo sullo sfondo la questione dell'identificazione della misura dell'erosione o dell'ampliamento degli spazi di autonomia, ci si interroga sulla tutela inderogabile del lavoratore, e in particolare ci si chiede se l'indisponibilità dei diritti costituisca l'altro volto della protezione inderogabile del lavoratore subordinato oppure un volto diverso, e per questo distinto, provvisto di un'autonoma e coerente funzione di tutela.

Attorno a questo interrogativo di fondo si è sviluppata, quasi per cerchi concentrici, l'elaborazione dottrinale degli ultimi cinquant'anni e su questo si è basata l'evoluzione del principio della norma inderogabile con effetti di condizionamento incentratosi sul presunto carattere dominante del diritto del lavoro e sul regime degli effetti della disciplina delle rinunzie e transazioni di cui all'art. 2113 c.c.

La costruzione dell'art. 2113 c.c., nella sua controversa matrice corporativa, ha raggruppato sotto il medesimo ombrello regolativo sia le norme inderogabili di legge e di contratto collettivo che i diritti irrinunciabili. La norma, dunque, ha introdotto una relazione di corrispondenza tra norme e diritti che “forse non esiste sempre *in rerum natura*, oltre tutto immediatamente contraddetta dal meccanismo operativo che punta, invece, alla concreta *disposizione* negoziale”¹.

Ed ecco immediatamente rappresentato il dilemma che in dottrina è stato affrontato sotto vari profili, in ragione del fatto che la questione del confine tra inderogabilità e indisponibilità ha certamente risvolti teorici, operativi e applicativi difficili.

Diverse posizioni dottrinali si sono confrontate con gli ostacoli derivanti dall'analisi ricostruttiva della questione anche al fine di spiegare quella degradazione che subisce la disciplina imperativa una volta entrata nello spazio dell'autonomia individuale, in particolare nelle occasioni che consentono al lavoratore di privarsi dei suoi diritti. Le soluzioni spesso si sono incentrate su argomentazioni incentrate sulla distinzione logico-funzionale o cronologica. Alcuni infatti ritengono decisiva la distinzione sulla base della natura dei diritti, siano essi primari o secondari, indisponibili in modo assoluto o in modo relativo, mentre altri ritengono centrale la distinzione tra il momento della acquisizione del diritto e cioè della entrata dello stesso nella sfera del soggetto, e la eventuale successiva fase di disposizione dello stesso, in un'articolazione cronologica che vede prima il momento genetico e funzionale, poi la costituzione del rapporto di lavoro, ed eventualmente

¹ Tullini P., *Indisponibilità dei diritti dei lavoratori: dalla tecnica al principio e ritorno*, Aidlass 2008.

un'ulteriore fase genetica di ulteriori diritti.

Continua invece a echeggiare, sullo sfondo di tutte le riflessioni sull'argomento la questione teorica che ha sempre caratterizzato i passaggi evolutivi del diritto del lavoro il quale guarda al suo referente antropologico come si guarda ad una persona come figura sui generis, a metà strada tra la condizione del soggetto capace e dell'incapace, un soggetto che necessita di tutela, di protezione. Un soggetto che per il quale si preferisce predisporre sedi, organismi e procedure che si reputano qualificate, dove egli possa rinunciare alle proprie pretese o a far valere la lesione di propri diritti.

L'interrogativo iniziale, quindi, forse può essere riformulato in un altro modo: esiste un modello generale dell'inderogabilità nel diritto del lavoro, e che tipo di resistenza assiste i diritti derivanti dalla norma lavoristica quando si confrontano con il potere tipicamente dispositivo dei soggetti privati, siano essi individuali o collettivi? Il diritto sindacale, infatti, d'altro canto, negli ordinamenti contemporanei è costruito a immagine e somiglianza del lavoro subordinato classico: l'idea di contrattazione collettiva, che del fenomeno sindacale è lo sviluppo storicamente più significativo, si unisce inevitabilmente, nella nostra percezione, a quella del diritto del lavoro dipendente nell'impresa. Ciò è il portato, ovviamente, di una lunga evoluzione storica e delle radicate caratteristiche del fenomeno economico e umano regolato dal diritto del lavoro: “la contrattazione collettiva non nasce senza conflitto sociale, spontaneo o organizzato che sia”, e il conflitto sociale, emergente nella forma di sciopero, presuppone la riconoscibilità di interessi comuni, il senso di appartenenza ad un gruppo antagonistico e la voglia di esibirla testimoniando un sentimento di solidarietà attiva che spezza il cerchio della solitudine degli individui isolati.

Rispetto all'immagine classica il lavoro subordinato si è di recente certamente evoluto, è stato riformato, segmentato, decentrato e flessibilizzato. Questa nuova foggia del lavoro pone certamente forti problemi di adattamento ai paradigmi classici del diritto collettivo ed è per tale ragione che ci si è proposti di indagare l'effettivo rapporto che intercorre tra autonomia individuale

e autonomia collettiva nel senso appena detto e cioè di continuo richiamo a strutture preesistenti o di effettivo smantellamento di vecchi paradigmi in direzione innovativa da parte del legislatore.

Per tornare a quanto accennato, al bilanciamento tra pesi dell'autonomia e pesi delle parti sociali, con riferimento alle questioni retributive, che sono uno dei cardini basilari su cui la lotta tra “spazi” si è espressa, al di fuori dei trattamenti *ad personam* e di *fringe benefits*, tradizionalmente contrattati (anche) individualmente², il recupero di posizioni dell'autonomia individuale quale diretto strumento di determinazione del compenso variabile, nonché dell'acquisizione di un diverso *status* (sia esso formale o di fatto come si vedrà), sembra nei tempi recenti particolarmente diffuso, in ragione della coesistenza di spinte e contropunte che hanno finora determinato la marginalizzazione dell'autonomia del lavoratore nel contratto.

In primo luogo la massiccia presenza del sindacato in azienda determina senz'altro una prevalenza dei livelli stabiliti dalle fonti collettive, in ragione della naturale tendenza della coalizione a fissare trattamenti comuni e parzialmente variabili. La contrattazione individuale potrà avvenire in questi casi solo per mezzo della regolamentazione generale, e cioè soltanto all'interno degli spazi volutamente lasciati liberi dalle fonti eteronome.

La nicchia contrattuale in cui la negoziazione individuale pare destinata a collocarsi finisce dunque per essere quella «tradizionale» dei *benefits*, e delle attribuzioni oltre i minimi tabellari, anche se l'ingerenza sempre più consistente della legge sotto il profilo contributivo e fiscale delle attribuzioni rappresenta un chiaro disincentivo a rendere palese il trattamento migliorativo, lasciando ulteriore spazio a forme di gratificazione individuale non rientranti nella retribuzione.

Nel terziario avanzato, per il particolare grado di specializzazione e per la relativamente recente genesi, si rintracciano modelli produttivi difficilmente riconducibili a strutture organizzative di tipo standard. In questo settore la necessità di forme organizzative snelle e di una certa flessibilità

² Zilio Grandi G, *Le fonti della retribuzione. Spunti per una ricerca*, in *DRI*, 1996, 2, 151.

dell'uso del lavoro lo rende oggetto di una particolare attenzione del legislatore. Paradossalmente però sono spesso legati da un rapporto di subordinazione soggetti in possesso di professionalità elevate (ingegneri, tecnici informatici, professionisti in genere), che costituiscono l'ossatura essenziale dell'impresa, mentre lavoratori con scarse capacità professionali sono assunti con contratti aventi caratteristiche proprie della parasubordinazione³ o sono utilizzati del tutto saltuariamente per specifiche prestazioni. A ciò, ove venga aggiunto anche il dato della scarsa sindacalizzazione ed un legame inscindibile fra strategie produttive e regole di mercato, in queste realtà, in cui autonomia e subordinazione si intrecciano fino a renderne indeterminati i confini, la varietà dei modelli contrattuali prescelti comporta quasi naturalmente una diversificazione delle strategie retributive utilizzate, ed una necessità di personalizzare il compenso di ciascun operatore che presta la propria attività. Appare naturale, quindi che il principale strumento per diversificare un trattamento da un altro diventa allora il contratto individuale, che permette l'individualizzazione della controprestazione in ragione della prestazione dovuta e della gestione del singolo rapporto. Il forte rilancio della centralità del ruolo della contrattazione individuale avvenuto negli anni Ottanta del secolo scorso è stato infatti giustificato dalla necessità di far fronte alla differenziazione professionale crescente che ha imposto un certo grado di differenziazione anche sotto il profilo retributivo.

L'esempio limitato al settore terziario consente di valutare quali siano le possibilità di sopravvivenza o di sviluppo della autonomia individuale nella fase di determinazione della retribuzione. Il ruolo del contratto individuale è tanto meno limitato quanto più le prestazioni di lavoro siano caratterizzate da una spiccata professionalità all'interno di una struttura aziendale articolata, non standard e desindacalizzata nonché in ragione del fatto che le singole prestazioni trovino il loro parametro di valore nel mercato e nelle sue logiche.

³ Brunetta R. (1994), *La fine della società dei salariati*, Venezia, 159.

Capitolo I

L'autonomia individuale tra diritto civile e diritto del lavoro

1. *L'autonomia individuale nella ricostruzione della dottrina civilistica*

Al fine di ricostruire e rintracciare i confini e gli spazi in cui si muove la teoria dell'autonomia individuale nel diritto del lavoro è necessario fare riferimento ai primi studi definatori in materia, andando però alle origini della teoria civilistica su autonomia, volontà e contratto nonché alle radici della teoria generale del diritto. In particolare, l'Enciclopedia del diritto del 1959 reca, alla voce “Autonomia privata”, una premessa su come questo termine sia associato ad una pluralità di significati che comportano l'insorgenza di un'altrettanta mole di problemi definatori e di sistema. Si evidenzia, infatti, come nel cercare la definizione si parta da una ricerca classificatoria dell'autonomia in generale nell'ambito della filosofia del diritto, per muoversi verso la ricerca definatoria nella teoria del diritto pubblico, ove essa è primariamente intesa come autonomia degli enti pubblici (regioni, province e comuni), rispetto alla sovranità dello Stato. A questo segue, dunque, lo studio dell'autonomia come “complicato” dall'aggiunta dell'aggettivazione “privata”. “Il termine “autonomia” complicandosi nella formula “autonomia privata” ha acquistato un numero notevole di significati e, ciò che più conta, ha suscitato una folla di problemi”⁴.

Come l'incipit che un recente scritto di Pietro Rescigno⁵ osserva, il termine autonomia non è un vocabolo che appartiene al diritto costituzionale. Nella Carta infatti non si rintracciano disposizioni che riconoscano una garanzia all'autonomia per così dire “contrattuale” o “negoziale”. Di questo si discute infatti, e non certo delle riconosciute forme di autonomia in campo pubblicistico ad opera del titolo V della Costituzione. In questo contesto infatti di autonomia si

4 Pugliatti S., *Autonomia privata*, in Enciclopedia del Diritto, 1959, 366, Giuffrè.

5 Rescigno P. (a cura di), *Autonomia privata individuale e collettiva*, Introduzione, 2006, VI, Edizioni scientifiche italiane.

discute solo in termini di organizzazione politico-amministrativa dello Stato dove la parola è usata associata ad aggettivi spaziali, come “locali”. L'ordinamento civile parla di “autonomia contrattuale” formalmente in una sola previsione, contenuta nell'art. 1322 del Codice Civile, che però è certamente suscettibile d'esser estesa e comprendere altri, se non tutti i modi in cui può esplicarsi la libertà privata nella formulazione di accordi contrattuali. Per la verità tale dimenticanza del legislatore della menzione dell'autonomia contrattuale dei privati tra le posizioni oggetto di garanzia costituzionale non è parsa decisiva in dottrina. Ciò in quanto l'assenza della menzione, anche tra le fonti del diritto elencate all'art. 1 delle preleggi, dell'autonomia è compensata dal richiamo che il legislatore spesso fa alle regole e alle norme che le parti si danno nella stipulazione degli accordi, alle quali egli, per mezzo dell'art. 1372 c.c., attribuisce valore di legge.

Per riprendere dunque il ragionamento di Pugliatti del '59, risalendo alle origini della teoria generale del diritto il problema principalmente sentito negli studi all'interno del tema dell'autonomia nella sua “accezione” privata, sia sempre stato rappresentato dalla volontà. Il giuspositivismo Kantiano ha sempre definito la volontà come autonoma (in quanto si determina in virtù della propria stessa essenza) comportando che la qualificazione dell'autonomia “agganciata” in questo modo alla volontà, si esprima in una “esplicazione discorsiva” della stessa e, nel contempo, come un criterio di individuazione e di distinzione da ogni entità che, in assenza della qualità dell'autonomia, è da considerarsi eteronoma.

Si apre quindi una seconda filiazione del ragionamento nel quale si inserisce un nuovo termine di distinzione accanto alla “volontà”. La trasposizione del ragionamento sull'autonomia in generale nel campo del diritto comporta l'incontro scontro con lo spazio di efficacia ed operatività della “norma”.

I due atteggiamenti che quindi si sviluppano nello studio di questa relazione volontà – norma vengono definiti dalla dottrina classica in “tendenza subiettiva”, per la valorizzazione del primo dei due termini, e “tendenza obbiettiva”, per il maggior rilievo dato all'operatività normativa.

La formula utilizzata per definire l'autonomia privata sembra essere quella che ne sottolinea il carattere potestativo del darsi un ordinamento. Rileva a tal fine constatare come la dottrina civilistica veda come massima espressione dell'autonomia privata o meglio come “precetto dell'autonomia privata”, “autoregolazione di interessi propri” o come “atto di volontà”, il negozio giuridico che tradizionalmente viene inteso come dichiarazione o manifestazione di volontà. Questa definizione negativa richiama, poi, ciò che nel common law inglese è costruito come accostamento tra autonomia negoziale e immunità personale. Nell'ordinamento italiano, però, l'autonomia privata non è certamente solo immunità del privato come sottrazione al regolamento e al controllo del potere pubblico. Essa indica piuttosto il potere di determinarsi e di incidere sulla realtà fisica ed economica.

In ogni caso tra autonomia privata e autonomia pubblica, poi, si può rintracciare un elemento caratteristico in comune e cioè il fatto di tradursi sostanzialmente in una limitazione che la legge pone a se stessa nel senso di un'astensione del legislatore dal dettare norme meramente dispositive.

Il problema che si pone però in questa definizione del negozio giuridico, anche ai fini di questa ricerca, è l'assottigliamento della distanza tra la volontà e la dichiarazione, arrivando a conclusioni ove esse potrebbero non essere considerate separabili sia sul piano definitorio che su quello dell'attivazione delle tutele. Tale circostanza, alla luce del progressivo sviluppo dottrinale e giurisprudenziale sulla ricerca della fedeltà del dichiarato al voluto, nonché nella ancor più sottile questione della fedeltà degli effetti di quanto dichiarato rispetto agli effetti voluti, infatti, non può che essere vista come meramente fittizia o frutto di artificio teorico, non consentendo mai al giurista di dare per assodata l'identità dei due termini. La dottrina riconosce, inoltre, valore normativo al negozio giuridico, considerato atto dell'autonomia privata idoneo a produrre diritto o di norme giuridiche. Approfondendo in realtà, nella stessa Enciclopedia del diritto, Santoro – Passarelli precisa come l'autonomia privata non possa essere mai fonte di norme giuridiche. Con ciò a dire che

ove essa sia idonea a produrre effetti voluti dai soggetti che la esprimono, tale idoneità o abilità, non può mai essere considerata tale da auto legittimarsi, quanto piuttosto frutto di una autorizzazione (anche in forma di assenza di divieto) da parte dell'ordinamento ad esprimersi. L'autonomia individuale, in posizione evidentemente inferiore rispetto a quella collettiva, incontra solo limiti esterni in relazione alla rilevanza degli interessi collettivi, mentre quella collettiva incontra il limite esterno di altri interessi collettivi e interni in relazione al mandato nella realizzazione degli interessi collettivi che esprime⁶.

Il problema della volontà del singolo nell'ordinamento giuridico sembra quindi superare i confini del diritto privato per innalzarsi a questione generale nello studio del sistema, in particolare per quanto riguarda i limiti posti all'autonomia individuale e all'espressione della volontà, da parte del sistema giuridico stesso. Una precisazione va fatta, però. Sebbene il contratto sia la figura eletta, più ricorrente ed utilizzata nella manifestazione dell'autonomia negoziale dei privati, essa si affianca agli atti testamentari, agli atti costitutivi delle fondazioni etc...

Perciò è possibile costruire uno stretto collegamento tra le locuzioni verbali ivi utilizzate e la direzione a cui è diretto l'accordo di cui all'art. 1322 c.c. al cui centro si può mettere la costruzione, regolazione o estinzione di un rapporto. Per quanto limitata possa essere la libertà degli strumenti e delle forme di cui il privato può liberamente avvalersi, è certamente vero che gli interessi a cui sono posti al servizio i rapporti così costituiti sono certamente di natura privata. Restano dunque nel terreno dell'autonomia dei privati il contratto, la proprietà, l'impresa, attorno ai quali la teoria dell'autonomia negoziale è stata costruita in modo certamente non neutro. Ciò in ragione della considerazione delle possibilità e del rischio individuali nei nuovi ordinamenti liberali ove la proprietà veniva sottratta all'ordine politico per entrare nel puro ordine economico, dal quale lo Stato rimaneva escluso per definizione.

Per definirla, dunque, "l'autonomia contrattuale dei privati significa libertà delle parti di

6 Santoro – Passarelli F., *Autonomia collettiva*, in Enciclopedia del Diritto, 1959, 369, Giuffrè.

darsi un regolamento di interessi sul quale si verifica una convergenza delle loro volontà”. Con l'espressione libera dell'autonomia individuale, però, non è garantito l'equilibrio nella capacità delle parti di influire sulla determinazione del contenuto del contratto. Si registra piuttosto una “libera decisione di ciascuna parte di stipulare il contratto a certe condizioni sulle quali l'altra conviene”⁷.

Nel diritto civile viene attribuito particolare rilievo alla questione relativa alle turbative e pregiudizi alla libertà di decisione, oltre che ai rischi che l'uso degli strumenti di autonomia possono derivare, in particolare quando essi siano tali da inserirsi nel corretto processo di formazione e manifestazione della volontà delle parti e di conseguenza siano in grado di incidere sulla validità o sull'efficacia del regolamento negoziale. Ciò accade solo nei casi previsti dalla legge come nel caso della disciplina sui vizi della volontà. La dottrina civilistica⁸ quindi ha rifiutato “di attribuire valore determinante alla tipologia dell'operaio dell'industria, di legare la teoria generale del contratto di lavoro a una fattispecie connotata dal dato socio-economico della mancanza di effettivo potere contrattuale del lavoratore nei confronti di chi dispone dei mezzi di produzione, insomma di costruire il diritto del lavoro come diritto di classe”⁹.

Quindi nella tradizione più strettamente civilistica il contratto di lavoro si pone, rispetto al rapporto autonomia individuale e legge, come un elemento nel quale la prestazione lavorativa è inseparabile dalla stessa persona del contraente - lavoratore diventando, di conseguenza, elemento caratterizzante la sua stessa posizione all'interno della relazione contrattuale. Ovviamente l'autonomia contrattuale si esplica nelle due forme dell'autonomia individuale e dell'autonomia collettiva le quali non sono certamente una il confine esterno dell'altra, rappresentato solo dalla legge dello Stato, ma si pongono in regime di complementarietà l'una con l'altra, soprattutto nel diritto del lavoro.

7 Mengoni L., *Il contratto individuale di lavoro*, XIII Congresso nazionale dell'Associazione italiana di diritto del lavoro e della sicurezza sociale (Aidlass), Ferrara 11-12-13 maggio 2000 sul tema: «Il diritto del lavoro alla svolta del secolo»

8 Barassi L., *Il contratto di lavoro nel diritto positivo italiano*, II, 1917, p. 328.

9 Mengoni L., *Il contratto cit.*, nel richiamare lo scritto di Balassi L. citato in merito al contratto di lavoro nel diritto positivo italiano a inizi '900.

Il tema della volontà, infine, si aggancia alla questione dell'autodeterminazione. La nozione di autonomia, infatti, quale espressione della volontà dei privati, deve essere rappresentata come potere da ricondurre al più generale principio di autodeterminazione del soggetto nell'ambito della sfera degli interessi indisponibili.

Sul tema degli interessi o, meglio, delle posizioni giuridiche soggettive “indisponibili” si tornerà oltre, ma si premetta ora che l'investitura dei privati di darsi delle regole e cioè di costituirsi un ordinamento deriva certamente da una norma statale, cioè da una “concessione” dello Stato.

È importante infatti sottolineare che l'ottica da cui si guarda l'autonomia deriva dal suo carattere derivato. Sebbene tale circostanza non ne condizioni la sostanza, non avrebbe senso parlare di autonomia se non fossimo dentro un ordinamento nel quale la volontà di autodeterminazione si scontra con l'ordinamento statale¹⁰. Santi Romano, infatti, definiva l'autonomia come “la potestà delle parti di darsi un ordinamento giuridico e, oggettivamente, il carattere proprio di un ordinamento giuridico che individui o enti si costituiscono da sé”.

2. *L'autonomia individuale nella dottrina lavoristica*

Come abilmente viene ricordato in dottrina¹¹, nel dialogo tra diritto del lavoro e categorie civilistiche, c'è un simbolismo che giova nella comprensione delle direzioni in cui vanno le discipline. Renato Sconamiglio, infatti, disse che, “mentre il diritto civile «nasce dalla libertà», il diritto del lavoro invece «cammina verso la libertà»¹²” in quanto, mentre il diritto civile si fonda sulla libertà della persona che dovrebbe tendenzialmente godere delle stesse opportunità di cui godono le altre con cui essa entra in relazione, il diritto del lavoro regola, invece, quei rapporti nei

¹⁰ Rescigno P. (a cura di), *Autonomia cit.*, XIII.

¹¹ Ichino P., *Il percorso tortuoso del diritto del lavoro tra emancipazione dal diritto civile e ritorno al diritto civile*, in RIDL 2/2012, 59.

¹² Sconamiglio R., *Conclusioni*, in *Diritto del lavoro e categorie civilistiche*, a cura di Santoro Passarelli G., Giappichelli, 1992, 149.

quali vi è una parte che difetta della completa libertà sostanziale e che, dunque, effettivamente necessita di essere tutelata attraverso l'attuazione della libertà formale. La prospettiva o meglio, il punto su cui si discosta in questo caso, questa dottrina lavoristica da quella (appena richiamata) civilistica, è che nella prima l'attenzione è puntata sulla debolezza contrattuale del lavoratore, nella seconda si ricava la differenza del contratto di lavoro rispetto agli altri contratti per la presenza personale e contestuale della persona del lavoratore come parte e come “oggetto” della prestazione, oggetto inteso evidentemente in senso lato ove con questo termine si intende la attività o prestazione da esso posta in essere, idonea a caratterizzare il negozio che viene concluso.

“Dire che il diritto del lavoro «cammina verso la libertà», a ben vedere, significa affermare che l'ordinamento non si rassegna a quel difetto di libertà sostanziale di cui soffre la parte debole del rapporto, ma intende neutralizzarlo, se non addirittura eliminarlo”¹³. Ma questo cosa significa? Cioè quale forma assume la strutturale non rassegnazione dell'ordinamento e dei principi che regolano la materia al difetto di libertà? Il difetto di libertà sostanziale viene compensato o ricostruito attraverso griglie nelle quali la libertà/autonomia può esprimersi?

Il modello giuslavoristico incentrato sullo schema binario «derogabilità/inderogabilità» ha connotato l'impostazione tradizionale del diritto del lavoro esprimendosi nei rapporti tra norma eteronoma (legale o contrattuale collettiva) e autonomia individuale. In questo contesto come si vedrà più avanti sussiste una importante eccezione costituita dalle rinunce e transazioni del lavoratore aventi ad oggetto diritti derivanti da norme inderogabili concluse in sede conciliativa amministrativa, giudiziale o sindacale.

Il primo livello di distinzione che giova sottolineare, anche se fosse solo per tracciare i confini che determinano le peculiari caratteristiche del sistema e trovare una dimensione dell'autonomia individuale per “esclusione”, è quello che concerne l'incontro/scontro tra autonomia individuale ed autonomia collettiva che porta all'analisi della funzione primaria del diritto del

¹³Ichino P., *Il percorso cit.*, in RIDL 2/2012, 60.

lavoro¹⁴ il quale, al di fuori dell'autonomia individuale, trova il suo centro nell'ambito delle relazioni collettive. Sul versante dei rapporti tra legge e autonomia collettiva, il quadro è più complesso rispetto a quanto accade sul diverso versante norma eteronoma e autonomia individuale, tant'è che la dottrina ha fatto “ricorso alla categoria delle norme c.d. «semi-imperative» o «semi-inderogabili» per identificare le disposizioni, adottate a partire dal c.d. periodo «dell'emergenza» del diritto del lavoro, che, non derogabili con atti di autonomia individuale, sono invece derogabili, per esplicita previsione legale, dall'autonomia collettiva”¹⁵. Negli studi sull'autonomia individuale nel diritto del lavoro, invece, si trova spesso, o per meglio dire, sempre, una scissione della questione in due facce: la prima costituita dall'inderogabilità, ritenuta un attributo naturale della norma lavoristica e la seconda rappresentata dall'indisponibilità dei diritti (art. 2113 c.c.). Il diritto del lavoro, infatti si sviluppa e si snoda attorno a questi due poli, le cui interazioni reciproche e i cui rapporti con la fonte legislativa, segnano l'evoluzione della materia).

Questa divisione è presente a prescindere dal fatto che l'indisponibilità possa essere considerata un effetto diretto dell'inderogabilità delle norme che quei diritti attribuiscono o che essa venga considerata un principio autonomo. L'indisponibilità del tipo negoziale è un ulteriore corollario dell'inderogabilità delle norme e delle forme di tutela da esse previste, alla quale quindi consegue necessariamente una svalutazione della volontà dichiarata dalle parti, attraverso la scelta della tipologia contrattuale (il c.d. *nomen iuris*) e degli effetti voluti, contrariamente a quanto invece narra il loro comportamento nella conduzione del rapporto di lavoro stesso¹⁶.

La corrente giuslavoristica contrattualista ha di recente affermato la propria adesione all'idea per la quale alcune clausole generali del diritto comune dei contratti giocano un ruolo essenziale nella determinazione del contenuto obbligatorio del rapporto di lavoro per entrambe le

14Zoli C., Contratto e rapporto tra potere e autonomia nelle recenti riforme del diritto del lavoro, Aidlass, 2004.

15Novella M., *Note sulle tecniche limitative dell'autonomia individuale nella disciplina del lavoro a progetto*, in LD, 1/2004, p. 118.

16Cester C., *La norma inderogabile: fondamento e problema del diritto del lavoro*, Aidlass 2008.

parti¹⁷.

Il contratto di lavoro, dunque, diventa l'elemento centrale su cui basare l'analisi. In particolare infatti, dalla riflessione teorica e dalla categorizzazione dei principi che la dottrina ha posto alla base del diritto del lavoro condizionando la produzione delle norme che lo compongono, il passaggio alla valutazione e all'uso della contrattualistica come “segno” e “confine” dell'autonomia e della regolazione individuale del rapporto di lavoro, è obbligato. Alcuni teorici di *common law*, nello studiare il diritto del lavoro comparato hanno cercato, per così dire, di “smantellare” la costruzione del diritto del lavoro attorno alla figura del contratto¹⁸. Il tentativo è stato quello di esaminare la categoria più ampia del contratto su base comparativa europea al fine di costruire un quadro concettuale per una comprensione comune dei diversi tipi di contratto di lavoro individuale. Tale lavoro somiglia al lavoro dei classici giuristi del diritto comparato che sono sfociati nei principi Unidroit ma con il preciso e dichiarato intento di fuggire dal dominio concettuale del diritto del lavoro fondato sul contratto di lavoro. Identificando così il contratto di lavoro come istituzione centrale del diritto del lavoro, essi hanno ipotizzato che tale circostanza sussistesse perché tale elemento funziona non solo come categoria analitica ma anche come fonte di tipo normativo. La doppia rappresentazione di una categoria analitica e la funzione normo-regolativa forniscono al contratto di lavoro il suo significato particolare, come istituto giuridico, economico e sociale che diviene inevitabilmente centrale. L'istituzione in tale contesto può essere definita come “quella che può essere definita come un sistema giuridico distinto che disciplina specifiche forme di comportamento sociale all'interno di un sistema giuridico più ampio. Il segno distintivo di istituzioni giuridiche è che possono essere trattate come fenomeni sociali indipendenti”¹⁹. Spesso anche i concetti giuridici o le formulazioni possono diventare istituzioni nel senso che essi hanno la funzione di identificare e analizzare modelli di comportamento secondo una

17 Ichino P., *Il percorso cit.*, in RIDL 2/2012, 59.

18 Freeland M., Kountouris N., *Towards a comparative theory of the contractual construction of personal work relations in Europe*, in *Industrial Law Journal*, 2008.

19 Ruiter D. W. P., *Legal Institutions*, Springer Science + Business Media Dordrecht, 2001, cap. 2.

direzione più o meno ideologica nonché plasmare tali modelli di comportamento in base a quelle ideologie. Il contratto di lavoro, in tale contesto teorico, diventa quindi un “meccanismo per esprimere l'impatto sul rapporto individuale di uno o più di un certo numero di fonti esterne di governo o regolamento”²⁰, potendo dunque avere diverse implicazioni normative, le quali per alcuni dipendono esclusivamente dal contenuto e dall'orientamento delle varie fonti esterne di regolazione, mentre per altri tali implicazioni plasmano il rapporto di lavoro incorporato nel contratto di lavoro sulla base di norme e fonti di regolazione esocontrattuali o metacontrattuali, siano esse sancite nella legge, nei contratti collettivi, nelle clausole del contratto di lavoro o in consuetudini e pratiche²¹. Il suggerimento che viene da quest'ultima posizione consente una riflessione e garantisce un punto di incontro tra le tradizioni giuridiche di *common law* e di *civil law*. La posizione così descritta, e cioè quella che vede il rapporto tra contratto e fonti del contratto come un sistema articolato e multiplo, che è propria delle soluzioni definitive raggiunte dalle corti di *common law*, cerca di essere applicata anche ai sistemi giuridici di tradizione romanistica²².

Alcuni elementi endocontrattuali del contratto di lavoro possono effettivamente influenzare il rapporto tra fonti esogene di regolamentazione (in particolare la legislazione e i contratti collettivi) e del contratto stesso, e non può essere esclusa la possibilità, anzi la realtà frequente, che questi elementi possano anche avere una serie di implicazioni normative per il contratto di lavoro stesso. In realtà, infatti, c'è chi, nella dottrina di *common law* pensa²³ che una diversa concettualizzazione del contratto di lavoro, applicabile sia ai sistemi di *common* che a quelli di *civil law*, potrebbe produrre conseguenze normative per le parti coinvolte nel rapporto di lavoro del tutto diverse a quelle previste dalla normativa o dalla contrattazione collettiva.

20 Deery S., Mitchell R., *Employment Relations, Individualisation and Union exclusion, International Study*, Sydney, 1999, 132.

21 Freeland M., Kountouris N., *Towards cit.*, in *Industrial Law Journal*, 2008.

22 Freeland citando Lodovico Barassi così scrive: “Lodovico Barassi, in evaluating the relationship between contract and the various external sources of regulation of the employment relationship, pointed out that: “it is however the initial agreement ...? that triggers, and creates, the fundamental obligations, that constitute (...?) the backbone around which the legal norms dispose themselves, or rather to which adheres the contractual scheme pre-ordained by statute law and by collective agreements” (Barassi L., *Il Diritto del Lavoro*, Giuffrè, 1949, p 226).

23 Freeland M., Kountouris N., *Towards cit.*, in *Industrial Law Journal*, 2008.

La teoria liberale del contratto, individua il fondamento normativo del contratto come istituzione nei diritti individuali e, soprattutto, nella libertà contrattuale. I contratti sono visti come strumenti per la realizzazione degli obiettivi e delle condizioni dell'autodeterminazione individuale mediante la conclusione di accordi espressione della volontà e dell'autonomia delle persone. Questa nozione di autonomia individuale non è storicamente data, ma sembra essere frutto dello scontro sociale intercorso tra la concezione della “determinabilità” delle opportunità individuali sulla base dello status e quelle sulla base del contratto²⁴. La volontà di garantire questa sfera di autodeterminazione individuale, anche attraverso il contratto, è una delle caratteristiche strutturali della società liberali, quelle società che Max Weber chiamava "società di contratto"²⁵ (*contract societies*) o quegli Stati che Spencer definiva come “regime del contratto” (*régime du contract*)²⁶ e tale aspetto fa parte della dimensione pubblica dell'autonomia contrattuale.

La teoria liberale del contratto si basa, dunque, su un concetto di rispetto per le persone come agenti e portatori di diritti individuali, tra cui la libertà contrattuale, come il diritto al rispetto della loro volontaria accordi. Secondo la teoria liberale, la “dimensione implicita” di un contratto è un rappresentata dal riconoscimento reciproco tra le persone. Per essere più precisi: si tratta di un rapporto, di uno speciale modello di riconoscimento, ovvero di riconoscimento giuridico, che rispetta l'altra parte contraente come uguale²⁷, in quanto persona giuridica in grado di seguire la propria concezione del bene e di sollevare legittime richieste alla controparte/contraente. Così, la nozione di contratto è profondamente radicata nel rispetto universale della parità di autonomia tra le

24 Maine H. S., *Ancient Law: Its Connection with the Early History of Society, and its Relation to Modern Ideas*, 1861, 170.

25 Weber M., *Wirtschaft und Gesellschaft. Grundriss der verstehenden Soziologie*, 1980, 399.

26 Spencer H., *The Man versus the State, with Six Essays on Government, Society and Freedom*, 1884.

27 Per meglio comprendere il termine “uguale/equità” si richiama la fonte: “The notion of ‘equality’ used here requires some clarification. Up to a certain point, the concept of *equality* inherent in the notion “equal autonomy of persons” is a formal concept. Persons are equal as legal entities regarding their right to form their own concept of the good and to act upon it. Notwithstanding Marx’s derision, the very notion of a contract cannot do without the idea that (basically competent adult) persons, different and unequal in every empirical aspect, meet each other as equals at the basic level of law – equal in dignity, equal in their basic rights and abilities, and also equal in their entitlement to make use of their rights by entering mutually binding agreements. As in every coherent conception of juridical equality, contract theory has to regard its addressees at this basic normative level, not in all their particularity, but as identical abstract beings”. (Gutmann T., *Theories of contract and the concept of autonomy*, Working Papers of the Centre for Advanced Study in Bioethics, Münster 2013/55)

persone. Questi principi che stanno alla base della teoria liberale, però, non sono orientati al mercato poiché l'attenzione per diritti di autonomia e uguaglianza comporta l'affermazione della primaria esigenza di garanzia del diritto ancor prima del bene. All'interno della famiglia delle teorie del contratto basate sul principio dell'autonomia, l'approccio liberale basato, invece, sullo scambio/incontro di diritto non ha bisogno di trovare la sua giustificazione in qualche convenzione sociale o principio morale. La nozione di contratto è meglio catturata, cioè, nel suo puro aspetto legale, tralasciando dunque la sua portata morale. L'aspetto puramente legale dunque è rappresentato dal fatto che tale strumento è un luogo di trasferimento dei diritti, il che porta a concepire un contratto consensuale come la manifestazione di una volontà di alienare il proprio diritto ad un altro soggetto²⁸.

Negli studi sull'autonomia e sul contenuto dei contratti, in particolare quelli in cui è dedotta una prestazione lavorativa, uno dei primi elementi che viene evidenziato è il carattere “speciale” del contratto di lavoro rispetto agli altri contratti di diritto privato.

Si sottolinea infatti come “diversamente da altre tipologie di contratto, il contratto di lavoro vincola il lavoratore non a fornire una prestazione predeterminata ma ad obbedire al potere direttivo del datore di lavoro”²⁹. Questo inevitabilmente infatti, come già accennato, comporta un'impossibilità di fare un'analisi omogenea o comparativa per similitudine rispetto alle teorie sull'autonomia in diritto civile. La sola strada percorribile è dunque quella della comparazione per differenze tra l'istituto del contratto di diritto privato in ambito economico-commerciale e l'istituto del contratto di lavoro di tipo subordinato.

Quanto ai contratti di lavoro di tipo parasubordinato, per comodità, si faranno rientrare nel corso di questo studio, nella categoria dei contratti di lavoro subordinato *tout court*, mentre per quanto riguarda il lavoro autonomo si ritiene decisivo e maggiormente rilevante l'aspetto

²⁸Gutmann T., *Theories of contract and the concept of autonomy*, Working Papers of the Centre for Advanced Study in Bioethics, Münster 2013/55

²⁹Sinzheimer H., *Jüdische Klassiker in der Deutschen Rechtswissenschaft*, Frankfurt am Main: Klostermann., 1937, 207

strettamente privatistico e commerciale, che lo fa dunque uscire dall'ambito nel quale ci si interroga, in quanto meno pregnante per esso la questione dello spazio dell'autonomia e dell'inderogabilità. La chiave di lettura è che il principio fondamentale che regola le distinzioni sull'autonomia privata debba essere la verifica sul campo se quest'ultima sia in grado di garantire una protezione sufficiente al soggetto che la manifesta. Si ha protezione sufficiente solo dove e quando i prerequisiti di libera autodeterminazione sono rispettati. Al contrario, dove non c'è almeno un tendenziale equilibrio di potere, il diritto contrattuale non può garantire un corretto assetto degli interessi in conflitto.

Lo squilibrio di potere intrinsecamente presente nei rapporti di lavoro comporta la suddivisione funzionale dello spazio dell'autonomia contrattuale tra l'area strettamente individuale e l'area dell'autonomia collettiva, la quale, si giustifica proprio in ragione dello squilibrio strutturale che in questo ambito si registra³⁰. Con il passare del tempo e nonostante le modifiche e le riforme che la disciplina ha vissuto rimane comunque sempre intatta la visione sbilanciata delle relazioni di lavoro che ha accompagnato sin qui l'evoluzione della materia. “Un diritto che vuol essere “a misura d'uomo” e, tuttavia, guarda al suo referente antropologico come si guarda ad una persona dalla soggettività *sui generis*, come già detto, che ha una natura ibrida tra il soggetto capace e l'incapace. “Un diritto che è pronto a disseminare la strada di molti divieti categorici e intransigenti, ma di altrettanti meccanismi tutori per superarli, un po' paternamente per proteggerlo e un po' perché, in fondo, non si fida di lui”³¹.

Come dice Romagnoli³², quindi il diritto del lavoro del Novecento non sarebbe diventato uno dei pochi indubbi esempi del progresso della cultura giuridica – come viene generalmente riconosciuto – se il contratto individuale di lavoro che ne è stato il nucleo fondativo

30 Zachert U., *Autonomia individuale e collettiva nel diritto del lavoro. Alcune riflessioni sulle sue radici e sulla sua reale importanza*, in LD, 2008, 2, 327.

31 Tullini P., *Indisponibilità dei diritti dei lavoratori: dalla tecnica al principio e ritorno*, Aidlass 2008.

32 Romagnoli U., «*Collettivo*» e «*individuale*» nel diritto del lavoro, in LD, 2/2008, p. 208.

non si fosse congedato dal diritto comune delle obbligazioni per assoggettarsi, nel persistente silenzio della legge, ad una normazione che ne mimava le movenze, ne emulava il ruolo e ne mutuava la sostanza autoritaria, pur avendo natura convenzionale.

In sintesi si potrebbe affermare come il modello regolativo del lavoro subordinato per come è stato poco sopra identificato e per come si è sviluppato nell'ordinamento italiano si sia fondato su alcuni aspetti e linee guida ormai diventate strutturali in tutta la materia. In primo luogo “il lavoro è oggetto di articolate tutele costituzionali, legali e processuali, caratterizzate dalla prevalente imperatività, sia relative al rapporto contrattuale, sia di garanzia della libertà e attività sindacale, nonché del diritto di sciopero”. In questo contesto le modalità regolative della disciplina e delle relazioni sindacali sono affidate “al forte intreccio tra tutela statale ed extrastatale, cioè all'interazione tra legge e autonomia collettiva”, che nella stessa legge trova riconoscimento e promozione. Elemento centrale dell'intero sistema è il principio di inderogabilità della norma eteronoma, legale e contrattuale collettiva, alla quale viene spesso affiancata come elemento di contrappeso la scarsa rilevanza accordata dall'ordinamento all'autonomia negoziale individuale. Il contratto collettivo è certamente dunque un atto di autonomia nei confronti dello Stato e nei confronti dunque dalla fonte legale, ma ha a sua volta funzione eteronoma rispetto al contratto individuale di lavoro. “Per quel che riguarda i protagonisti del sistema collettivo di regolazione del lavoro, l'ordinamento (per il lavoro privato) si è per lo più affidato ai meccanismi di autoselezione secondo le complesse dinamiche del sistema intersindacale, salvo intervenire in funzione di sostegno selettivo in casi particolari, per quanto diffusi, nei quali non è in gioco la sola regolazione (sul piano collettivo) del libero rapporto di mercato tra imprenditori e lavoratori, ma la dinamica regolativa trova nell'intervento statale un valore aggiunto, distribuito a condizione di una ritenuta affidabilità sociale dei soggetti collettivi. È questo il tema controverso della valutazione della rappresentatività, della legislazione di selezione dei soggetti collettivi, nella sua evoluzione dalla discussa nozione di «sindacato maggiormente rappresentativo» a quella più recente di «sindacato

comparativamente più rappresentativo»: a proposito di esso, vale soprattutto sottolineare che, pur tra molte contraddizioni, l'ordinamento sembra essersi attenuto tutto sommato ad un ruolo di registrazione più che di somministrazione della rappresentatività; non è un caso, rispetto ai discorsi che stiamo avviando, che il terreno più delicato di tale rapporto si sia mostrato, ad oggi, quello dei rapporti atipici³³. Ciò giustifica anche l'intervento del giudice in sede di controllo dell'effettivo atteggiarsi del rapporto di lavoro, come accade ad esempio nei casi di conversione del contratto di lavoro per presenza di indici principali e sussidiari della subordinazione nonché per irrilevanza del nomen iuris, strumenti giurisprudenziali frutto dell'ampio contenzioso sviluppatosi nei decenni e cartina tornasole delle ragioni della costruzione del diritto del lavoro come sistema di protezione del contraente debole.

A differenza di quanto accadeva, però, agli albori della dottrina civilistica richiamata in materia di autonomia individuale rispetto alla norma eteronoma, la materia lavoristica ha evidentemente subito dei forti cambiamenti di impianto. Ciò in ragione non solo della crisi globale, della necessità di adattare il mercato del lavoro interno alle esigenze dell'economia, non solo in ragione dell'apertura delle frontiere all'avvento di imprese e capitali stranieri, ma anche, come scrive di recente Raffaele De Luca Tamajo nella relazione il cui contenuto è stato presentato al convegno Aidlass 2013, “ai moderni postulati della teoria delle fonti che, a partire dalla crisi della dimensione statale del diritto e dalla frammentazione del panorama giuridico della globalizzazione, registrano il declino dell'esclusivo primato della legge, un tempo incontrastata protagonista della scena giuridica”³⁴.

Il richiamo alla dottrina di Bobbio in questo contesto giustifica la riflessione all'interno dell'ambito che qui si cerca di indagare e cioè preliminarmente la visione civilistica e la visione più strettamente lavoristica. Sollevato il rilievo della teoria delle fonti nonché della crisi della

³³Scarpelli F., *Autonomia collettiva e autonomia individuale nella regolazione del rapporto dei lavoratori parasubordinati*, LD, 4/1999, p. 554.

³⁴De Luca Tamajo R., *Il problema dell'inderogabilità delle regole a tutela del lavoro: passato e presente*, in GDLRI, 4/2013, p.717.

dimensione statale del diritto appare opportuna una breve riflessione anche in tal senso.

Ciò che accade sul versante delle novità in materia di gerarchia delle fonti è stato definito un “controriformismo” il quale ha intenti principalmente di carattere modificativo, e non ablativo della struttura garantistica del diritto del lavoro. Sulla disciplina lavoristica l'effetto è che la tecnica normativa e lo stesso rapporto tra le fonti all'interno della materia viene parzialmente risistemato anche alla luce delle istanze europee in materia di flessicurezza di cui si dirà oltre. I principi che costruiscono la *flexicurity*, o qualsiasi altra categoria o misura che si avvicini alla volontà di liberalizzazione del mercato del lavoro, impongono una parziale demolizione delle strutture contrattuali tradizionali nonché una rivisitazione della primazia del principio dell'inderogabilità delle norme.

La conseguenza, sotto questo primo profilo, è dunque una rivisitazione del contenuto delle norme in materia contrattuale e sociale nonché una necessaria risistemazione delle relazioni e dei rapporti gerarchici tra lo spazio della produzione normativa eteronoma e della produzione in autonomia, nell'ambito dei vari livelli di contrattazione. In quest'ultimo campo, cioè quello proprio dell'autonomia collettiva, si è scritto che la gerarchia delle fonti si ricostruisce in modalità “liquida” a delineare una forma di espressione dei rapporti di forza e prevalenza di una norma sull'altra in costante mobilità³⁵.

Per quanto concerne, poi, le conseguenze della crisi economica e l'adeguamento del mercato del lavoro alle esigenze della globalizzazione, o del mondo imprenditoriale più semplicemente, si è ampiamente parlato di “legislazione di emergenza” la quale ha avuto il preciso effetto di erodere gli spazi legali di inderogabilità al fine di rendere la materia di più agevole utilizzo. Ciò si è spesso tradotto in una progressiva riduzione delle rigidità della disciplina, le quali sono state, infatti, per lungo tempo considerate coincidenti con le tutele riconosciute al lavoratore, con la dannosa conseguenza che a livello teorico ha iniziato a farsi strada l'idea che riducendo le

³⁵Martelloni F., *Gerarchia “liquida” delle fonti del diritto del lavoro*, in Nogler L., Corazza L. (a cura di), *Risistemare il diritto del lavoro*. Liber amicorum Marcello Pedrazzoli. Milano, 2012, p. 440.

tutele si sarebbero ridotte le rigidità della disciplina con il conseguente vantaggio di una (auspicata) maggiore rispondenza (o silenzio) delle norme alle esigenze dell'economia.

Alcuni interventi a partire dagli anni 2000 hanno avuto modo di modificare l'assetto dell'autonomia collettiva nei vari livelli. Il Libro Bianco del 2001 nel cui seno si trovano le radici del diritto del lavoro dell'emergenza e che poi ha dato origine all'alluvionale produzione normativa in materia di tipologie contrattuali e di flessibilizzazione del mercato del lavoro. In questo documento veniva fortemente appoggiato e sponsorizzato il ruolo della contrattazione collettiva aziendale a scapito dell'inderogabilità del contratto collettivo nazionale, al fine di consentire agli attori economici di rintracciare ed implementare la soluzione maggiormente confacente e vicina alle esigenze di produzione e competitività.

Nel 2003 con la riforma Biagi, però, la tendenza non veniva raccolta, con ciò aprendo la strada alla sola flessibilizzazione sul piano individuale, a mezzo di un ampio ventaglio di strumenti contrattuali meno rigidi rispetto al passato, volti a favorire l'accesso al lavoro e l'incontro soddisfacente tra domanda e offerta.

In questa linea, dunque, alcuni punti salienti del meccanismo di rivalutazione del principio dell'inderogabilità della norma, oltre ai più tradizionali rappresentanti dalla disciplina delle rinunzie e transazioni, sono quelli che vedono da un lato la flessibilizzazione delle forme contrattuali e dall'altro l'introduzione, ad opera della riforma menzionata, dell'istituto della Certificazione dei contratti di lavoro³⁶.

Ciò che è accaduto poi è che la dottrina ha rilevato come la tutela accreditata dal sistema protettivo improntato sul principio dell'inderogabilità delle norme si è progressivamente ridotto. Le ragioni che sono state riscontrate sono principalmente ragioni di mercato, ragioni occupazionali e, infine, ragioni legate all'effettività delle norme. Come a dire che riducendo il perimetro

³⁶ Si rinvia, sul tema della Certificazione dei contratti di lavoro e sulla rilevanza rispetto all'autonomia e all'inderogabilità, al cap. V di questo scritto.

dell'inderogabilità se ne aumenta in modo inversamente proporzionale la sua efficacia.

Come si osserva ancora in dottrina, è da indagare necessariamente il campo dell'indisponibilità dei diritti. Ad esempio nell'analisi della materia di cui all'art. 2113 c.c. Viene spesso riproposto il dubbio, già annunciato in premessa, se dall'inderogabilità della norma lavoristica derivi l'indisponibilità dei diritti o se sia il contrario e che cioè dall'indisponibilità dei diritti derivi il principio dell'inderogabilità della norma, o, ancora, se invece essi derivino dalla medesima ratio politica. Ancora, invece, ci si è chiesti se i due concetti di nderogabilità e indisponibilità siano autonomi l'uno rispetto all'altro come a verificare se vi sia una “simmetria nell'agire della norma imperativa”³⁷.

³⁷Tullini P., *Indisponibilità*, cit.

Capitolo 2

L'inderogabilità della norma e lo spazio per l'autonomia

1. La tutela dei diritti del lavoratore tra libertà e autonomia

L'analisi e lo studio dello spazio lasciato dallo Stato all'autonomia dei privati, sia esso definito tramite norme di legge, pronunce giurisprudenziali o fonti di altra natura, nel campo del diritto del lavoro deve necessariamente muovere da un paio di considerazioni preliminari.

In primo luogo il diritto del lavoro, non solo nell'ordinamento italiano, ma in gran parte degli ordinamenti ha la caratteristica di essere diritto “vivente” in quanto la sua natura è particolarmente permeabile alle esigenze e agli avvenimenti economici e sociologici che caratterizzano una determinata cultura giuridica in un preciso momento storico. La permeabilità della materia alle istanze economiche e sociali si rintraccia nello stesso sistema delle fonti che raramente è costruito in maniera rigorosa. La caratteristica che si evince, come conseguenza di questa malleabilità della materia, è l'evidenza di un sistema intrecciato di fonti che si compongono da una parte di principi cardine di ogni sistema e dall'altra di disposizioni flessibili e variabili, costruite ad hoc per ciascun settore e connesse tra loro dall'attività interpretativa delle istituzioni e delle corti.

L'impossibilità di rendere statico il diritto del lavoro è accentuata dalla presenza della fonte collettiva. In particolare il contratto collettivo, e il diritto sindacale in generale, per loro natura non possono rispondere, se non per quanto attiene ad ampi principi generali, costantemente ad un indirizzo positivizzato o enunciato. La materia sindacale e il diritto del lavoro sia nella *common law* ma anche nella tradizione di *civil law* è ampiamente implementata e arricchita, nei contenuti e nelle interpretazioni dalle statuizioni della giurisprudenza. La particolare concretezza della materia, che

coinvolge in maniera diretta e determinante la sorte delle persone e dei loro diritti, la espone ai cambiamenti del contesto ambientale di riferimento, il quale a sua volta è idoneo ad essere condizionato dalle leggi sul lavoro. In tale prima caratteristica, dunque, si può rintracciare una delle questioni che il presente lavoro si impone di indagare e cioè la rispondenza del diritto del lavoro alle esigenze economiche nonché, viceversa le conseguenze economiche, o per meglio dire di mercato, che scaturiscono dalle modifiche della materia giuslavoristica negli ordinamenti.

La seconda considerazione da fare attiene invece alla particolarità più evidente del diritto del lavoro, o meglio quella più “spazialmente” ingombrante. Esso, infatti, ha natura di disciplina di tipo prevalentemente inderogabile³⁸ che comporta per i soggetti che ne diventano attori/portatori/utilizzatori l'impossibilità di disporne senza limite. Questa affermazione, che potrebbe peraltro non essere totalmente condivisibile, deriva dalla constatazione di come, soprattutto nell'ordinamento italiano la materia si sia costruita. Inizialmente infatti la legislazione sociale fu messa in gioco per mere ragioni di pubblica sicurezza. Successivamente la legislazione sociale attraverso la predisposizione di norme inderogabili diventava strumento per la regolazione del mercato con una sovrapposizione, o un rimescolamento, tra i confini dell'autonomia contrattuale privata e la libertà di ingerenza dello Stato.

Nel liberalismo classico, infatti, il regno del comando eteronomo è rappresentato dal diritto pubblico, in contrapposizione all'area del mercato consegnata alla capacità auto - normativa dei privati. L'ordinamento, dunque, si inserisce su un piano di autonomia che non gli appartiene per regolare parzialmente la sfera dei rapporti tra privati in ragione del conseguimento di un determinato orientamento del mercato alterando così quel dogma della separazione tra sfera economica e sfera politica, tra sfera privata e sfera pubblica³⁹.

In seguito con lo sviluppo della legislazione sociale inderogabile all'interno della

³⁸Magnani M., *Il diritto del lavoro e le sue categorie*, Cedam, 1996. L'autore definisce l'inderogabilità come di una “categoria fondante” (evidenziandone così un profilo tecnico) o anche come del “paradigma fondante” del diritto del lavoro (evidenziando con questa diversa espressione il profilo storico evolutivo dello stesso concetto).

³⁹ Barcellona P., *Diritto privato e processo economico*, Napoli, 1973, 99.

disciplina sul lavoro i giuristi, figli della costruzione liberistica della separazione dei campi di competenza Stato – autonomia privata, hanno cercato di relegare le previsioni inderogabili ad un'area per così dire singolare, al fine di mantenere l'assetto e la costruzione dogmatica della separazione e relegare l'ingerenza dell'ordinamento ad un mero accidente o occasione. Barassi infatti costruiva una riflessione sulla materia del lavoro riordinando e separando le due aree del contratto in un lato “sociale” ove poteva essere ammessa l'ingerenza dello Stato contrapposto ad un lato di “stretto diritto privato” ove tale intervento era fermamente escluso⁴⁰.

Come osservato in un recente testo sulla derogabilità assistita⁴¹, infatti, in ripresa di quanto affermato da Raffaele De Luca Tamajo⁴², la dottrina direzionava la propria attività di ricostruzione del sistema al fine di cercare di rendere compatibile la nuova forma di ingerenza dello Stato attraverso la norma inderogabile nel libero contratto di lavoro con la regola fondamentale dell'autonomia privata nel contratto di lavoro. Barassi infatti cercava una “compatibilizzazione per linee esterne” riconoscendo contestualmente che l'intervento legislativo a limite dell'autonomia era più frequente nel diritto del lavoro proprio in ragione della natura della prestazione fondamentale che coinvolge fortemente l'individuo obbligato.

L'intervento dello Stato nella sfera della libertà individuale dunque veniva progressivamente accettato purchè rimanesse entro i confini della materia civilistica e mai si addentrasse nella disciplina strettamente civilistica. D'altro canto la dottrina socialista ha spinto per sovvertire la teoria Barassiana che ha per lungo tempo ritardato l'intervento legislativo in direzione di riorganizzazione della materia. Così i giuristi socialisti riaprono il dibattito in favore della legislazione sociale, improntata su interessi super individuali e sulla loro priorità rispetto alla volontà difforme delle parti, al fine di interrompere la sua esclusione dal diritto del contratto di lavoro che continuava ad essere visto come la mera espressione di volontà paritarie del sinallagma

40 Barassi L, *Sui limiti di una codificazione del contratto di lavoro*, in *Fil.*, 5, 1899, III.

41 Voza R., *L'autonomia individuale assistita nel diritto del lavoro*, Bari, 2007, 18 ss.

42 De Luca Tamajo R., *L. Barassi e la norma inderogabile*, in Napoli M. (a cura di), *La nascita del diritto del lavoro. “Il contratto di lavoro” di Lodovico Barassi cent'anni dopo*, Milano, 2003, 547.

negoziale.

Tutta la disciplina sviluppatasi nell'epoca successiva è stata improntata sull'anima duale del diritto del lavoro, parzialmente tributaria di una concezione di stampo liberale e storicamente consapevole della necessità di prevedere un temperamento all'autonomia.

Ciò significa dunque che le parti, chiamate ad esprimere la propria capacità e autonomia contrattuale, in tale contesto, non godono dell'assoluta libertà di disporre dei propri diritti. Il principio di inderogabilità che esiste sia nell'ordinamento italiano che in quello inglese, a cui si farà cenno, sebbene secondo strumenti e modalità diverse, ha come conseguenza l'impossibilità per il contratto individuale di disporre diversamente dalla fonte legale⁴³. La diffusione del principio di inderogabilità della fonte legale che statuisce diritti si giustifica con la necessità di tutelare una parte contraente debole, il lavoratore, che per la sua posizione di svantaggio, tanto economico quanto sociale, necessita della presenza di una disciplina rigida e non derogabile se non in senso a lui favorevole. La ratio dell'inderogabilità della norma nel diritto del lavoro, secondo le teorie più classiche, si ritroverebbe dunque nella volontà di garantire la tutela al contraente debole.

L'assunzione della tutela del lavoratore tra gli interessi generali dello Stato si rende infatti indisponibile anche per il soggetto a favore del quale è stata garantita⁴⁴, e cioè lo stesso lavoratore, come accade nella disciplina sulle rinunzie e transazioni e sulla teoria dei diritti indisponibili di cui si dirà oltre.

L'ordinamento lavoristico italiano ha costruito un sistema di protezione molto articolato e corposo, costituito da disposizioni di carattere inderogabile che proteggono, infatti, i diritti e la posizione raggiunta dal lavoratore nell'impresa sia sotto il profilo normativo che retributivo. Le norme che lo compongono ha iniziato ad essere prodotta a partire dagli anni '70. Il rovescio della medaglia è, però, la produzione di un "effetto indesiderato" e cioè la affermazione di una

43 Come si vedrà oltre per fonte legale si intende nell'ordinamento di civil law la derivazione della norma dalla legge, nel sistema di common law invece, a ciò, si aggiunge la giurisprudenza che ne ha pari valenza e rango, con ciò definendosi le fonti che integrano il contratto come quelle norme che esso è tenuto a rispettare "by law".

44 De Luca Tamajo R., *La norma inderogabile nel diritto del lavoro*, Jovene, 1976, 28

limitazione dei margini di flessibilità di cui godono le imprese nella gestione della forza lavoro, con la conseguenza che le possibilità imprenditoriali di adattamento al mercato vengono fortemente complicate. Già a partire dagli anni '80, infatti, sia il legislatore che la giurisprudenza hanno avuto modo di correggere la direzione eccessivamente protettiva e rigida del sistema trovando nuovi strumenti di apertura con il fine di favorire la continuità dell'impiego anche e soprattutto nelle imprese in ristrutturazione o in crisi⁴⁵.

Più di recente, la stessa dottrina, ha mostrato, forse a fronte dei mutamenti economici e sociali dell'ultimo trentennio, una scarsa fiducia nell'autonomia individuale, in particolare in quelle situazioni nelle quali il lavoratore si trova in una posizione di grave debolezza contrattuale, come può accadere durante i processi di ristrutturazione e trasformazione aziendale⁴⁶.

Altra parte della dottrina ha poi cercato di smantellare la stretta correlazione storicamente intercorsa tra il diritto del lavoro, l'inderogabilità della norma e l'autonomia contrattuale limitata sulla base dall'assunto per cui ebbe riduttivo e andrebbe a comprimere eccessivamente lo spazio per il manifestarsi dell'autonomia contrattuale del lavoratore. L'effetto inderogabile secondo questa più recente corrente dovrebbe essere il risultato di una attenta valutazione sistematica e della fattispecie precisa a cui applicare la norma del cui effetto si discute. A dimostrazione dello stretto rapporto tra dottrina civilistica e studi sulla norma inderogabile nel diritto del lavoro si rileva come anch'essa sia arrivata alle medesime conclusioni simili a partire dai principi gravitanti attorno agli studi sulle nullità di protezione. Laddove la norma lavoristica non basi la propria imperatività su di un interesse pubblico (principalmente l'interesse perseguito da tale effetto è tutela del contraente debole) ma sulla volontà dell'ordinamento di sottrarre una serie di diritti alla disponibilità del lavoratore, l'imperatività della norma in questione dovrebbe poter recedere in presenza di un diverso accordo tra le parti in grado di soddisfare le esigenze del

45 Corti M., *Le modifiche in pejus delle condizioni individuali di contratto nelle ristrutturazioni d'impresa in Italia: gli spazi dell'autonomia individuale e di quella collettiva*, in RIDL 2009, 03, 413.

46 De Luca Tamajo R., *La norma cit.*, 29.

lavoratore.

“Non c’è trattazione sul tema che non distingua in premessa i due aspetti della tutela imperativa: da un lato, l’inderogabilità della norma legale e collettiva; dall’altro, l’indisponibilità dei diritti individuali che ne derivano”⁴⁷.

Sebbene l’art. 2113 c.c., come si vedrà oltre, nell’esprimere ed utilizzare i due termini in direzione ambigua ed apparentemente indistinta, poiché il dato letterale sembra intrecciare e in parte sovrapporre i due termini, la dottrina oramai non ha alcun dubbio sul differente significato da attribuirvi. Essi sono principi base che l’ordinamento garantisce e favorisce, non solo nel campo del diritto del lavoro ma anche in differenti aree del diritto, e che nell’area giuslavoristica attengono ai meccanismi della protezione garantita nei rapporti di lavoro subordinato⁴⁸.

Come si è accennato il meccanismo di protezione attraverso il principio dell’indisponibilità dei diritti e dell’inderogabilità delle norme tre le sue origini nelle pronunce giurisprudenziali del periodo corporativo ed è entrato a far parte della tradizione giuslavoristica moderna.

Tale meccanismo, però, trova le sue ragioni ancor prima, in sede applicativa e con ragioni diverse e più concrete del mero paternalismo cui si accennava, esso infatti sorgeva con l’esigenza di consentire la concreta dismissione dei diritti, sottraendoli al rigore formale dell’art. 17 della legge sull’impiego privato (R.d.l. n. 1825/1924). La dottrina si è dunque chiesta se la tecnica dell’indisponibilità finisca per togliere qualcosa o, al contrario, aggiunga qualcosa alla protezione del lavoratore. Ma è un’alternativa che risulta ormai insoddisfacente⁴⁹. I due concetti, messi in relazione sembrano congiuntamente agli studiosi della materia dare luogo ad un sistema “incapace di cogliere le modalità composite con le quali le fonti eteronome operano o possono operare in

47 Tullini P., *Indisponibilità dei diritti dei lavoratori: dalla tecnica al principio e ritorno*, *Aidlass* 18-19 aprile 2008, p. 3.

48 Tosi P., *Disponibilità individuale e collettiva dei diritti soggettivi nascenti da norme inderogabili*, *ADL*, 1999, 619.

49 Tullini P., *Indisponibilità cit.*, 3.

concorso con l'autonomia privata (individuale e collettiva)" poiché nell'ordinamento italiano la tensione tra esigenze di protezione assoluta del contraente debole e esigenze moderne di aperture del sistema al mercato e alle logiche dell'economia.

2. Brevi cenni sulla tutela dei diritti nella dimensione collettiva e la rilevanza del rapporto tra autonomia collettiva e autonomia individuale

Il contratto collettivo, fonte di primaria importanza nella regolazione e disciplina del lavoro, ha scontato fino ad oggi la condizione di estraneità al sistema codicistico delle fonti. Nel diritto positivo italiano, non si ritrova, infatti, una norma che dia al contratto collettivo riconoscimento all'interno delle fonti di produzione del diritto oggettivo, ad eccezione della inattuata parte dell'art. 39 della Costituzione. A differenza di quanto accadeva per il contratto collettivo nel periodo corporativo, il quale aveva efficacia *erga omnes* e ad esso era riconosciuto lo status di fonte, il contratto collettivo nell'ordinamento italiano di oggi non trova alcun riconoscimento nella gerarchia delle fonti formali elencate nell'art. 1 disp. prel. c.c. Tendenzialmente perciò tale strumento si pone piuttosto in un'ottica di espressione di autonomia privata, con ciò escludendosi che possa ritenersi incluso nelle fonti del diritto in senso oggettivo, in quanto non sia espressione dell'autorità di un potere pubblico. La dottrina più autorevole consente di mantenere tale fonte di regolazione sul piano dell'autonomia privata in quanto, a contrario, si afferma che tra «le fonti del diritto obiettivo» dell'ordinamento dello Stato secondo l'art. 1 disp. prel. cc. queste ultime sono espressione di un potere normativo che si impone eteronomamente ai destinatari delle norme; invece, i contratti collettivi di diritto comune realizzano la composizione di interessi in conflitto attraverso l'accordo delle parti utilizzando l'autonomia che l'ordinamento riconosce ai soggetti privati»⁵⁰. Per alcuni tale assunto appare superabile ove si superi

50 G. Giugni, *Diritto Sindacale*, Cacucci, 2011, 129 ss.

contestualmente la concezione del sistema codicistico come un sistema chiuso. Secondo tale orientamento, perciò, da tale processo di modernizzazione della concezione del codice come un sistema aperto deriverebbe la candidabilità del contratto collettivo all'interno delle norme efficaci nell'ordinamento nazionale⁵¹.

Alle questioni relative al sistema stesso delle fonti si affianca la questione relativa agli strumenti regolativi del singolo rapporto, per così dire, dunque, in un sotto livello di sistema fonte, relativo cioè al singolo rapporto di lavoro subordinato. La nuova strutturazione del lavoro, come si è già avuto modo di accennare, comporta alcune difficoltà di adattamento dei paradigmi classici del diritto collettivo anche se esso nella sua fondamentale e tradizionale immagine continua ad essere tributario delle sue origini come lavoro alle dipendenze dell'impresa che è confermato anche dal fatto che tra la nascita del sindacato in fabbrica e l'evoluzione della materia del diritto del lavoro la dottrina ha sempre riconosciuto un rapporto di influenza reciproca e circolarità⁵² per cui l'autoregolazione proposta dalle parti sindacali ha messo le basi e i principi per la regolazione normativa del lavoro subordinato.

La legislazione del lavoro ha avuto dunque modo di costruirsi nei contenuti attraverso le spinte della contrattazione collettiva e nel sistema delle fonti del rapporto individuale tramite i continui richiami che le norme di legge fanno all'intervento delle fonti di origine pattizia, in una direzione di legittimazione da una parte, dell'intervento delle parti sociali e di supplenza, dall'altra, rispetto all'adattamento dei singoli istituti alle necessità aziendali o di settore. Si avrà modo di analizzare, infatti, sia con riferimento al sistema di *common law* che con riferimento all'ordinamento italiano la diversa costruzione dello spazio di autonomia individuale e collettiva che diventa elemento caratterizzante di ciascuno di questi ordinamenti giuridici.

Si aggiunga che assume particolare rilievo, nei tempi più recenti, il ruolo dell'autonomia collettiva nella regolazione delle forme di lavoro parasubordinato, nelle quali le particolari esigenze

51 Ghera E., *Il contratto collettivo tra natura negoziale e di fonte normativa*, RIDL 2012, 2, 196.

52 Castelvetti L., *Il diritto del lavoro delle origini*, Milano, 1994, 305.

aziendali diventano parametri non solo di legittimità ma di effettiva ragion d'essere della parasubordinazione stessa. Per queste tipologie, di cui si dirà oltre, il contratto collettivo rappresenta una fonte di regolazione centrale al punto di consentire al giurista di ritenere che l'autonomia collettiva si riattivi in uno spazio più ampio e più incisivo di quanto tradizionalmente accaduto per il lavoro subordinato standard, pur mantenendosi sempre all'interno dei confini legalmente stabiliti e all'interno del principio dell'indisponibilità del tipo contrattuale⁵³.

La dottrina che ricostruisce le modalità di intervento della contrattazione collettiva nella regolazione del lavoro subordinato e parasubordinato appena richiamata accenna in particolare a forme di autonomia individuale assistita dall'intervento delle parti sociali in fase antecedente alla stipulazione del contratto, in particolare per quanto concerne la seconda delle figure di lavoro citate, quella dei parasubordinati. In questo contesto si accenna alla possibilità che l'autonomia collettiva possa intervenire nella regolazione dei rapporti ad esempio dei collaboratori coordinati e continuativi attraverso la predisposizione di “pacchetti” di regole preconfezionati come pacchetti aggiuntivi al contratto da sottoscrivere liberamente al fine di far convergere gli interessi delle parti e garantire contestualmente un bilanciamento delle reciproche concessioni o obbligazioni, in un'ottica di tutela del prestatore e del committente. Ulteriormente l'assistenza da parte dell'autonomia collettiva all'autonomia individuale potrebbe giocarsi sul campo della creazione di spazi e occasioni nei quali la volontà manifestata nel contratto sia preventivamente genuinamente formata, in un'ottica, in questo caso, più che di tutela in senso stretto, di rafforzamento della coscienza e forza contrattuale del prestatore di lavoro⁵⁴.

3. Il ruolo dell'Unione Europea nel mutamento delle politiche del lavoro: il tentativo di aprire le maglie ad una nuova era dell'autonomia

⁵³Per una efficace sintesi della questione relativa all'autonomia collettiva e alla regolazione del lavoro subordinato e parasubordinato si rinvia a Scarpelli F., *Autonomia cit.*, LD, 4/1999, 553.

⁵⁴Scarpelli F., *Autonomia cit.*, LD, 4/1999, 565; Voza R., *Norma inderogabile e autonomia individuale assistita*, in *DLRI*, 1998, 603.

Lo studio del ruolo dell'autonomia individuale nel rapporto di lavoro se ha necessità di partire, per continuare nella metafora spaziale che qui si propone, dalle radici dell'ordinamento civile e dunque dalle prime teorizzazioni di matrice privatistica elaborate dalla dottrina italiana, ha necessità di estendersi fino allo spazio giuridico europeo. Ciò in ragione del fatto che il sistema delle fonti del nostro ordinamento si arricchisce, sebbene non propriamente in virtù dell'atipicità delle fonti europee, con gli atti emessi dalle istituzioni dell'Unione alla cui formazione anche i governi nazionali partecipano.

Per fare ciò appare opportuno guardare alle fonti primarie del diritto europeo e dunque ai trattati istitutivi per poi verificare in quale misura le politiche sull'occupazione, per il tramite del diritto derivato, hanno inciso nel mutamento della legislazione nazionale e, di conseguenza, nel mutamento degli spazi e dell'ampiezza dell'autonomia individuale o collettiva.

Nel Trattato di Roma, in particolare, il tema dell'occupazione era poco presente. Le tematiche affrontate, che interessano la questione occupazionale e il mercato del lavoro, non avevano come principio ispiratore la tutela del lavoro e non erano frutto di una direzione sociale della politica europea. Ciò come primo elemento di effettiva differenza tra il diritto del lavoro astrattamente interno, italiano, e il “diritto del lavoro” o meglio le ragioni delle politiche sul lavoro europee. La Comunità Economica Europea sorgeva, infatti, su spinte ed istanze proprie dell'economia, per tradursi in una istituzione il cui ordinamento, pur prevedendo marginalmente forme di regolazione del lavoro, era focalizzato sul raggiungimento dell'obiettivo economico della creazione del mercato unico. Venivano quindi inserite le quattro libertà fondamentali, intrise di necessità mercantilistiche ed economicistiche, che necessariamente toccavano aspetti attinenti al lavoro.

Nel 1986 con l'Atto Unico Europeo, la politica sociale riceve un impulso. Entrano in gioco, infatti, l'interesse per la tutela della salute e sicurezza sul lavoro, la volontà di promuovere il

dialogo sociale e di raggiungere la coesione economica e sociale.

Con il trattato di Amsterdam inizia il capitolo europeo sull'occupazione. Nel definire e consolidare i meccanismi fissati dal trattato di Maastricht il testo in vigore dal 1 maggio del 1999 fissa alcune priorità di intervento nell'area sociale, definendo la competenza europea anche in materia di occupazione.

Già nel 1992 veniva firmato da 11 Stati membri l'accordo sulla politica sociale (APS) che, mancando l'approvazione del Regno Unito, rimaneva fuori dal Trattato stesso, dovendo attendere fino al 1999 per l'integrazione nel corpus delle fonti.

Prima del 1997 la collaborazione tra gli Stati su questa materia rimaneva sul piano internazionale, in seno alle istituzioni, unico luogo ove si rendeva possibile un'effettiva cooperazione in materia di governo del mercato del lavoro. Il Libro Bianco di Delors del 1993 costituisce il punto di partenza per la definizione di cinque obiettivi chiave per la tutela e la promozione dell'occupazione. Emanato dalla Commissione Europea sotto la presidenza di Jacques Delors nell'anno 1993, reca il titolo "Crescita, competitività ed occupazione – Le sfide e le vie da percorrere per entrare nel XXI secolo". Il documento apre una serie di interventi sul medesimo filone da parte delle istituzioni comunitarie e con esso la Commissione scommette sul "capitale umano, la risorsa principale, e sulla superiore competitività rispetto agli altri Paesi valorizzando congiuntamente il senso di responsabilità individuale e di responsabilità collettiva, elementi questi che caratterizzano quei valori di civiltà europea che vanno conservati e adattati al mondo di oggi e di domani".

Gli obiettivi stabiliti per la strategia europea che gli Stati si impegnavano a perseguire erano così declinati:

- sviluppo delle risorse umane tramite la formazione professionale,
- sostegno agli investimenti produttivi per mezzo di politiche salariali moderate,

- miglioramento dell'efficacia delle istituzioni del mercato del lavoro,
- individuazione di nuove risorse di occupazione attraverso iniziative locali,
- promozione dell'accesso al mercato del lavoro per alcune categorie specifiche come i giovani, i disoccupati di lunga durata e le donne.

Con la stesura di un nuovo capitolo del trattato interamente dedicato all'occupazione si rafforza e si formalizza, nel 1997, l'impegno degli Stati e delle istituzioni che va a formare la nuova strategia coordinata per l'occupazione. All'interno di questo quadro normativo viene, poi, costituito il fondamento giuridico per l'istituzione del comitato dell'occupazione di cui si dirà oltre, nonché introdotto il requisito della maggioranza per le votazioni in questo settore, al fine di velocizzare e rendere meno macchinosi i processi di approvazione e di intervento in materia.

La competenza in materia di politiche sociali è ripartita tra Comunità europea e Stati. A norma dell'art. 137, par. 6, restano di competenza esclusiva degli ordinamenti nazionali le questioni attinenti alla regolazione di materie come le retribuzioni, il diritto di associazione, il diritto di sciopero e di serrata. Per tutte le altre materie la disciplina del trattato prevede che in materia di sicurezza, salute, condizioni di lavoro; politiche di integrazione e inserimento nel mercato del lavoro; procedure e diritti di informazione e consultazione; parità uomo-donna sia per quanto concerne il trattamento che per ciò che attiene all'accesso al lavoro, lotta all'emarginazione sociale attraverso l'elargizione di risorse finanziarie, il Consiglio adotti i provvedimenti in codecisione con il Parlamento a maggioranza qualificata (previa consultazione del Comitato economico e sociale e del Comitato delle regioni). Il requisito dell'unanimità, invece, continua ad essere richiesto in alcuni settori: previdenza sociale; tutela avverso i licenziamenti illegittimi e protezione in caso di risoluzione in genere, rappresentanza e difesa collettiva degli interessi di lavoratori e datori; criteri e condizioni per l'impiego di cittadini di paesi terzi; risorse finanziarie per favorire l'accesso al mercato del lavoro e incentivi all'occupazione.

La ratifica delle direttive così approvate, a norma dell'art. 137, par. 4, può essere affidata dagli Stati membri alle parti sociali con l'evidente intento di rafforzarne il ruolo. Riprova di tale presa di posizione in favore delle organizzazioni sindacali è la previsione contenuta nell'art. 138, par. 3, secondo la quale la Commissione ha il compito farsi promotrice della consultazione e del dialogo sociale.

Poco prima dell'approvazione del Trattato di Amsterdam, al vertice europeo di Lussemburgo si constatava come fosse necessario stabilire una strategia europea condivisa al fine di abbattere i livelli di disoccupazione e monitorare l'attività degli Stati in questo campo.

Gli obiettivi stabiliti dalla Strategia europea per l'occupazione si muovono all'interno di quattro pilastri. Il primo elemento portante su cui poggia la strategia è la lotta alla disoccupazione di lunga durata, alla disoccupazione giovanile, all'abbandono scolastico, la promozione della formazione professionale, al fine di creare un buon livello di "idoneità al lavoro".

Il secondo pilastro attiene, invece, alla gestione delle imprese in particolare al fine di rendere più agevole l'amministrazione e semplificare gli obblighi amministrativi, soprattutto per le piccole e medie imprese. In questa direzione vanno anche le proposte di riduzione dei costi del lavoro, di accesso ai finanziamenti, di riduzione degli adempimenti amministrativi per la creazione di piccole imprese, al fine di sostenere indirettamente lo sviluppo dell'imprenditoria ed incoraggiare la crescita economica.

La terza direzione in cui la SEO si muove è quella che qui interessa. Attiene principalmente alla flessibilità del lavoro. L'adattabilità dei lavoratori al mercato e alle esigenze delle imprese, e l'adattabilità delle stesse imprese agli andamenti del mercato, sarebbe resa possibile dalla predisposizione di tipologie contrattuali di facile utilizzo, di riduzione degli ostacoli fiscali, di stanziamento di fondi pubblici per favorire l'aumento delle conoscenze dei lavoratori e l'acquisizione di competenze professionali.

L'ultimo contesto in cui la SEO vuole intervenire è quello della lotta alla disparità uomo-donna al fine di favorire l'ingresso e la permanenza del lavoro femminile all'interno del mercato per poi, contestualmente agire, al fine di garantire l'esistenza e l'accesso all'uso degli strumenti di conciliazione lavoro-famiglia quali potrebbero essere il part-time, il congedo parentale etc.

La SEO diventa quindi un quadro generale di riferimento per intervenire in materia di occupazione. Diventa a sua volta strumento di un obiettivo più grande stabilito dal Consiglio europeo di Lisbona tenutosi nel marzo del 2000, l'Europa tende a diventare "l'economia basata sulla conoscenza più competitiva e dinamica del mondo, in grado di realizzare una crescita economica sostenibile con nuovi e migliori posti di lavoro e una maggiore coesione sociale"⁵⁵.

Si mira quindi a livello europeo a dare impulso alle strategie di flessibilità e di favorire lo sviluppo e la diffusione dei livelli alti di qualità del lavoro. Si è stabilita una metodologia di valutazione dei livelli raggiunti in particolare per quanto riguarda gli aspetti economici del lavoro e quindi le retribuzioni, l'imposizione fiscale, gli indici di redditività e a coordinare le politiche nazionali in modo tale da favorire la creazione di posti di lavoro, soprattutto per i giovani e incentivare il lavoro autonomo.

La Strategia europea per l'occupazione si compone di una serie di strumenti volti al controllo di progressi compiuti e al monitoraggio delle attività in corso. In primo luogo gli Stati in collaborazione con il comitato per l'occupazione redigono annualmente uno schema di azione detto "pacchetto occupazione" all'interno del quale sono racchiusi tutti gli strumenti per implementare la SEO e raggiungerne gli obiettivi. La commissione elabora proposte e linee guida per ciascuno stato membro al fine di identificare le priorità di intervento alla luce della strategia. Redige inoltre, ogni anno, una relazione comune sull'andamento della crescita occupazionale, sull'attuazione degli orientamenti dati agli Stati e sulla valutazione dei programmi nazionali, elaborando

⁵⁵Sulla strategia europea dell'occupazione, in generale, il fascicolo monografico *L'Europa sociale e i diritti fondamentali*, RGL, 2000, n. 4, ed ivi Napoli M., *La riforma del Fondo sociale europeo*.

raccomandazioni dirette ad ogni singolo paese. Per la stesura dell'annuale relazione comune sull'occupazione la Commissione si avvale dell'ausilio di dati statistici e informazioni raccolte in un diverso rapporto chiamato "occupazione e sviluppi sociali in Europa" che va a integrare la banca dati statistici utile a verificare e riscontrare gli andamenti e l'efficacia delle politiche europee e nazionale in materia. I programmi nazionali sono relazioni singole presentate dai governi degli stati membri sulle scelte politiche adottate in materia di occupazione e sulle iniziative poste in essere sulla base della strategia Europa 2020.

La Strategia Europa 2020 ha come fine primario il raggiungimento di alcuni obiettivi declinati in miglioramento percentuale del tasso di occupazione, fino al 75% della popolazione attiva compresa tra i 20 e i 64 anni, la riduzione del tasso di abbandono scolastico ad una soglia inferiore al 10 %, l'aumento al 40% dei 30-34enni con istruzione di livello universitario, l'eliminazione del rischio povertà e emarginazione per almeno 20 milioni di persone. A questo si aggiungano la volontà di devolvere il 3% del PIL agli investimenti per la ricerca e lo sviluppo, la volontà di ridurre le emissioni di carbonio al 20%, aumentare la produzione di energie rinnovabili del 20%

L'obiettivo della strategia, all'interno delle politiche sull'occupazione, è il raggiungimento di un livello di crescita alto, una crescita intelligente, sostenibile e inclusiva. Per intelligente si intende quella crescita che tiene conto e promuove la conoscenza e l'innovazione; per sostenibile si intende la crescita che si basa su un'economia verde e competitiva anche nella gestione delle risorse; inclusiva è quella crescita che ha come fine la promozione dell'occupazione e il raggiungimento di buoni livelli di inclusione sociale e territoriale.

La strategia Europa 2020 si esplica in dieci direzioni stabilite dal Consiglio europeo del 2010 e attraverso le raccomandazioni che rivolge agli Stati. Questi sono, infatti, protagonisti nel raggiungimento degli obiettivi in tutte le loro dimensioni, nazionale, regionale e locale grazie alla collaborazione tra parlamenti, parti sociali e società civile. La Commissione valuta i risultati

raggiunti attraverso una relazione dettagliata redatta di anno in anno.

Il concetto di flessicurezza inizia a diffondersi in Europa a partire dagli anni Novanta per dare risposta alla necessità di far fronte al cattivo andamento dei mercati del lavoro evidenziato dall'Ocse nel 1994. Le istituzioni dei mercati del lavoro apparivano al tempo rigide e inadatte a rispondere ai continui mutamenti economici, a questo si aggiungeva l'onerosità delle norme a tutela del lavoro. Per queste ragioni l'UE inizia ad occuparsi di questi temi per approdare nel 2005 all'adozione di questo concetto, mutuato dall'ordinamento danese, al fine di promuovere nuove forme del mercato del lavoro europeo. Su questa scia svariati paesi fronteggiano la rigidità istituzionale e normativa, tentando di riformare il sistema delle tutele e degli oneri alle imprese, prima fra tutte l'Italia⁵⁶.

Il modello di flessicurezza nasce in Danimarca, Paese che coniuga la flessibilità per le imprese e la sicurezza per i lavoratori e che, per qualcuno rappresenta “la ricetta giusta anche per l'Italia perché l'incremento della flessibilità in uscita, aumenterebbe la propensione all'assunzione da parte delle imprese”⁵⁷. I dati dimostrano come questo possa essere considerato vero solo in tempi economici ove c'è effettiva richiesta di beni, quindi consumo, e di conseguenza lavoro.

La flessicurezza è un concetto, o meglio un modello di mercato proprio del sistema danese ove vi è un bilanciamento (segreto come una ricetta antica) tra flessibilità nelle assunzioni e nei licenziamenti e sicurezza in caso di disoccupazione. Gli ammortizzatori sociali che bilanciano la forte flessibilità sono, infatti, generosi e permettono il facile transitare da un impiego all'altro. La chiave del modello non sta quindi tanto nella sicurezza del lavoro bensì nella sicurezza sul mercato grazie ai percorsi formativi, agli ausili al reddito e ai servizi per l'impiego come punto di contatto efficace tra lavoratore e datori. Nel 2006 in Danimarca il tasso di occupazione complessivo era pari al 77,4%, il tasso di occupazione femminile del 73,4%, il tasso di occupazione dei lavoratori

⁵⁶ Berton F., Richiardi M., Sacchi S., *Flessibilità del lavoro e precarietà dei lavoratori in Italia*, in Riv. It. Pol. Pubbl., n. 1/2009.

⁵⁷ Spattini S., *Flessibilità per la crescita*, in Il sole 24 ore, 12.09.2011.

anziani (tra i 55 e i 64 anni) del 60,7% (tutti e tre i valori sono già ampiamente superiori agli obiettivi di Lisbona individuati per il 2010), il tasso di disoccupazione pari al 3,9% e il tasso di disoccupazione di lunga durata pari addirittura solo allo 0,8%⁵⁸.

L'elasticità del mercato del lavoro si compone quindi di flessibilità delle tipologie contrattuali, di formazione continua a lavoratori e inattivi, promozione degli strumenti volti a favorire l'occupazione e un buon sistema di sicurezza sociale. La flexicurity poi, nell'ambito delle politiche europee si è sviluppata durante un periodo particolarmente fortunato della storia delle politiche sociali e del lavoro in Europa. Ciò vale sia sotto il profilo economico, che sotto il profilo più strettamente sociale⁵⁹. La crisi finanziaria e la recessione economica hanno chiaramente cambiato questo contesto, a causa delle minori prospettive di impiego per i lavoratori e forse anche a causa di un clima politico che sembra più pessimista in merito alle politiche europee. Nei tardi anni Novanta una delle origini del concetto ha avuto le sue radici nella ridefinizione dell'idea che gli investimenti nelle politiche sociali costituiscano un fattore economico di produzione sebbene, successivamente come si è visto, la crisi economico-finanziaria globale abbia effettivamente messo in discussione questo assunto.

Il tentativo di esportare il modello da parte delle istituzioni europee, constatato il successo del modello, la Commissione ha iniziato a direzionare l'azione in materia di lavoro proprio sulla definizione del concetto di flexicurity. Tra il 2006 e il 2007 (Libro Verde, commissione di esperti, Comunicazione della Commissione⁶⁰) il concetto si è ampiamente diffuso fino ad essere condiviso e diventare faro per le scelte politiche sull'occupazione.

Il concetto tiene conto di un efficace bilanciamento tra flessibilità e sicurezza. La prima

⁵⁸Gentile M. R., Lucrezio Monticelli L., Sammarco F., Sansoni A. M., *Flexicurity: lavori in corso*, Collana ADAPT, Newsletter ed. spec. 32/2007, 2 – dati Eurostat.

⁵⁹S. Bekker, *Flexicurity. Explaining the development of a European concept*, Iskamp Drukkers, 2011

⁶⁰ Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni, del 27 giugno 2007, dal titolo "Verso principi comuni di flessicurezza: posti di lavoro più numerosi e migliori grazie alla flessibilità e alla sicurezza".

è intesa come capacità dei lavoratori di adattarsi all'evoluzione del mercato del lavoro e avere successo nelle loro transizioni professionali, flessibilità delle imprese e dell'organizzazione del lavoro nel rispondere alle esigenze del mercato e del mondo produttivo, nonché migliore conciliazione tra vita professionale e vita familiare. La seconda è riferita al solo lavoratore e riguarda la sua possibilità di avanzare nella propria carriera grazie alla costanza degli ammortizzatori sociali di sostenerlo in caso di inattività e favorirlo nella formazione continua.

Il fine è evidentemente la riduzione del tasso di disoccupazione e di povertà nonché l'integrazione nel mercato del lavoro dei gruppi più svantaggiati (come i giovani, le donne, i lavoratori anziani e i disoccupati di lunga durata), nel rispetto di una serie di principi comuni. In primo luogo al fine di raggiungere una buona coesione sociale la Commissione raccomanda il rispetto e la perseveranza nel seguire le indicazioni della strategia di Lisbona; in secondo luogo è ritenuto necessario promuovere il senso di responsabilità dei datori di lavoro, dei poteri pubblici e degli stessi lavoratori nel bilanciamento di diritti e interessi in gioco; in terzo luogo la Commissione ritiene evidente come le strategie di *flexicurity* debbano essere adattate alla situazione culturale e giuridica di ogni paese; un ulteriore principio da tenere sempre presente in ogni azione in questo ambito è la necessità di tutelare i lavoratori temporaneamente inattivi e promuoverne il ritorno al lavoro anche attraverso misure di sostegno al reddito o riqualificazione professionale. La promozione dell'uguaglianza tra donne e uomini e le pari opportunità fanno da sfondo a questo impianto di principi, al quale si aggiunge la volontà e il sostegno al dialogo tra le parti sociali e la condivisione dei costi della flessicurezza tra imprese, poteri pubblici e individui.

La flessicurezza si muove quindi attraverso strategie integrate tra loro che promuovano la flessibilità e la sicurezza dei contratti di lavoro nel rispetto delle norme poste a tutela del lavoratore e delle fonti collettive; attraverso la promozione dell'apprendimento costante (*long life learning*) mirato soprattutto a garantire quei soggetti con maggiore rischio di esclusione o più vulnerabili; l'ammodernamento dei sistemi di sicurezza sociale, in particolare delle forme di

sostegno al reddito al fine di favorire la mobilità sul mercato del lavoro; la riorganizzazione delle politiche attive per favorire il ritorno sul mercato dei soggetti inattivi.

Si può fare una classificazione di cinque diversi tipi di flessibilità e quattro diverse dimensioni del concetto di sicurezza. Per flessibilità esterna in dottrina si intende la facilità di assunzione e di licenziamento dei lavoratori associata ad un'ampia diffusione dei contratti a tempo determinato. La flessibilità interna è, invece, la possibilità di modificare la quantità di lavoro impiegata nell'impresa senza la necessità di ricorrere a modifiche del rapporto di lavoro quali possono essere le assunzioni o i licenziamenti bensì facendo ricorso a variazioni dell'orario lavorativo attraverso la richiesta di straordinari e la trasformazione dei contratti da full a *part-time*. Per flessibilità funzionale si intende la capacità o la possibilità, per le imprese di mutare le mansioni dei propri dipendenti in base alla necessità produttiva o organizzativa. La flessibilità salariale consente al datore di lavoro di variare le componenti della retribuzione in relazione all'andamento della produttività. Flessibilità esterna funzionale invece è rappresentata dalla disponibilità nelle mani delle imprese di strumenti contrattuali di tipo commerciale (*out-sourcing* di alcune mansioni, utilizzo della somministrazione a tempo indeterminato) atti a facilitarla nel reperimento della manodopera senza la necessità di predisporre delle assunzioni⁶¹.

Tendenzialmente si può affermare, come condiviso dalla dottrina economica e giuridica, che le politiche di *flexibility*, quindi indipendentemente dalla loro associazione a contestuali politiche di *security*, siano politiche di tipo marcatamente economico volte a far circolare il “bene lavoro” sul mercato come qualunque altro bene. “Il programma di riforma *flexibility* identifica lo scambio di beni nel mercato del lavoro alla stregua di qualunque altro bene. Pertanto, tale programma (strettamente volto alla flessibilità) non considera lo sviluppo di forme di promozione dell'occupazione per i lavoratori o di politiche di ripartizione salariale, in quanto ciò determinerebbe

61 Tangian, A. *European Flexicurity: Concepts, Methodology and Policies*, WSI Diskussionspapier n. 148, Hans Bockler Stiftung, Dusseldorf 2006.

una distorsione del mercato”⁶².

Le misure attivate nei sistemi di *flexibility* potrebbero non essere particolarmente avverse ai lavoratori, a livello diretto, poiché una maggiore flessibilità potrebbe portare all'equazione “più facili licenziamenti portano a più facili assunzioni”⁶³. Anche questo non è necessariamente vero posto che è evidente come in un sistema in grave crisi economica al licenziamento, nella medesima azienda, spesso non segue una nuova assunzione, ma anzi, spesso altri licenziamenti.

Si usa distinguere, per ragioni di metodo e per meglio indirizzare le scelte politiche tra una flessibilità in entrata e una flessibilità in uscita. In particolare l'entrata nel mercato del lavoro diventa “flessibile” quando l'ordinamento offre strumenti semplici ed immediati per l'assunzione di personale, come possono essere le tipologie contrattuali quali l'apprendistato, assistito anche da un minor costo del lavoro in termini fiscali, o il contratto a termine. Per ciò che concerne la flessibilità in uscita, invece, si dà rilievo ai meccanismi di recesso e alle conseguenze dopo l'interruzione del rapporto di lavoro. In particolare è flessibile quella disciplina che, in netto favore verso il datore di lavoro, garantisce procedure di recesso poco invasive o macchinose, ma soprattutto poco costose e rischiose.

Vi sono, in dottrina, svariate diverse prese di posizione sull'utilità, l'opportunità e l'efficacia dei modelli di *flexicurity*. Alcuni ritengono che il mercato possa agevolmente risolvere nel lungo periodo, da solo e senza necessità di intervento governativo spesso considerato marginale o deleterio, gli squilibri derivanti da una gestione flessibile di un mercato flessibile.

Chi invece sostiene la flessicurezza, principalmente gli orientamenti di origine danese dove il modello funziona perché completato da funzionanti sistemi di sostegno del reddito e ove contemporaneamente vi è un basso livello di protezione dalla perdita del posto di lavoro, lo

⁶²Gazier B., *La strategia europea per l'occupazione nella tempesta: il ripristino di una prospettiva a lungo termine*, DRI, 2011, 01, 61.

⁶³Gazier B., *La strategia cit.*, 61.

strumento di equilibrio del mercato è appunto il licenziamento. Il ritorno al lavoro in un sistema così costituito è una naturale conseguenza del continuo riequilibrarsi delle forze economiche e sociali in costante scambio tra loro.

Una terza area della dottrina guarda criticamente alla *flexicurity* in particolare ove applicata in sistemi economici caratterizzati da una certa rigidità. Il sistema economico rigido, infatti, risponde e si adatta lentamente alla crisi con la conseguenza che anche il mercato del lavoro ne risente, in particolare con elevati livelli di disoccupazione nel medio e nel lungo periodo⁶⁴.

Studiosi come Auer e Chatani hanno sostenuto la lettura del modello in connotazione negativa alla luce delle posizioni assunte da sindacati e accademici, ove in alcuni ambiti la stessa terminologia non può nemmeno essere usata⁶⁵

Nel mondo accademico si ritiene contraddittorio il concetto, soprattutto dopo i vari tentativi di definizione poco riusciti, che tenta di accostare e rendere legittimo il tentativo di rendere più flessibile il lavoro (il che riferisce non solo alla flessibilità in entrata bensì, e soprattutto, a quella in uscita) alla luce delle maggiori possibilità occupazionali⁶⁶.

Nei fatti, come si dimostrerà, vi è una certa equazione, comprovata dal dato statistico, tra flessibilità-atipicità-precarietà.

“In recessione, in un sistema di *flexicurity*, la riduzione della domanda di lavoro si traduce tutta in minor occupazione e maggior disoccupazione, compensata da generose indennità di disoccupazione. Ciò è stato ampiamente dimostrato dall'andamento della disoccupazione in Danimarca durante la crisi. Il tasso di disoccupazione è più che raddoppiato, pur partendo da livelli molto bassi (3,3% nel 2008) ed è ancora assestato oltre 7,5 per cento. Solo sistemi di compensazione del reddito in caso di riduzione dell'orario di lavoro o di sospensione dal lavoro,

⁶⁴Auer P., *La flexicurity nel tempo della crisi*, DRI 2011, 01, 37.

⁶⁵Taylor P., *Eu pushes flexicurity, some see flexploitationn*, 4 giugno 2008, in www.reuters.com/article

⁶⁶Barbier J. C., *Social Europe and the limits of soft law*, in R. Rogowski (ed.), *The European Social Model and Transitional Labour Markets*, Ashgate, Farnham, Surrey, 2009; P. Auer, *Security in labour markets: Combining flexibility with security for decent work*, in *Economic and Labour Market Papers*, 2007, 12.

come quello italiano della cassa integrazione, riescono ad agire come vero "ammortizzatore" impedendo che il calo della domanda di lavoro si traduca totalmente in disoccupazione. Di questo si trova riscontro nei numeri"⁶⁷. L'altra realtà giuridica dalla quale si è "estratto" il modello di flessicurezza è l'Olanda, ove, invece, seppure nell'equiparabile previsione legislativa di flessibilità e strumenti di sicurezza sociale, in tempo di crisi ha visto aumentare di poco il tasso di disoccupazione. Come sottolinea parte della dottrina⁶⁸ tale "vantaggio" o meglio tale buon risultato nel contenimento dei danni della crisi finanziaria è dovuto alla diversa legislazione, più severa in Olanda rispetto a quella vigente in Danimarca, in materia di licenziamenti. Ad aggiungersi, inoltre, l'introduzione temporanea di "misure di sostegno del reddito in caso di riduzione dell'orario di lavoro, ovvero di misure che consentono alle imprese di mantenere i lavoratori al lavoro e integrare direttamente agli stessi il loro reddito o compensare i datori per la retribuzione erogata"⁶⁹.

Quello che sembra di difficile comprensione è come le istituzioni europee abbiano tentato di ridefinire il concetto al fine di renderlo adatto ed applicabile ad ogni contesto/ordinamento. Le critiche che sorgono a tale intento sono scontate: nessun sistema europeo può considerarsi uguale, sebbene comparabile e spesso dotato di punti in comune con altri. Per questa ragione il modello di *flexicurity* nato nel nord Europa non può ottenere il medesimo successo nell'area mediterranea.

Alcuni studiosi distinguono infatti, criticamente, la *flexicurity* "spuria" o altrimenti detta "*flexicurity at the margin*" da quella "genuina". La prima produce una divisione del lavoro in due fronti uno atipico, ove le tipologie contrattuali flessibili, moltiplicate, producono una flessibilità periferica, e uno "tipico" o meglio standard a tempo indeterminato che rimane vincolato (o tutelato?) dalla disciplina del recesso⁷⁰.

67Spattini S., *Flessibilità per la crescita*, in Il sole 24 ore, 12 settembre 2011.

68Spattini S., Tiraboschi M., *Più della «flexicurity» poté la «cassa». Fondamentali le integrazioni al reddito*, in Adapt, 25 novembre 2011, 1.

69Spattini S., Tiraboschi M., *Più della «flexicurity» cit.*, 1.

70Carinci F., *Provaci ancora Sam: ripartendo dall'art.18 dello Statuto*, in Riv. It. Dir. Lav., 2012, 01, 4.

La *flexicurity at the margin* trova il suo capofila, nell'area mediterranea⁷¹, proprio l'Italia dove la tradizione culturale di classe, di tutela ed ampio successo del contratto a tempo indeterminato stride con i tentativi aggressivi di liberalizzazione.

La Commissione fa proprie, al fine di superare le contraddizioni sorte con l'applicazione del concetto e la sua declinazione in strumenti ed interventi normativi, alcune teorie⁷² che distinguono tra garanzia del lavoro, rappresentata dalla presenza di un rapporto di lavoro che comporta l'impiego presso un singolo datore, e la sicurezza occupazionale rappresentata dalla possibilità di lavorare per più datori, possibilità che è letta in chiave potenziale e che diventa sicurezza di occupabilità. La sicurezza di occupabilità è però diversa dalla sicurezza di occupazione e la loro comparazione ha l'effetto di “equiparare una potenzialità (possibile accesso ai lavori) a un fatto (avere un lavoro)”⁷³.

La rigidità dei sistemi di cui si è accennato nel primo capitolo può essere considerata una sorta di garanzia per i mercati del lavoro caratterizzati da instabilità essendo inoltre in grado di contribuire positivamente sui livelli di produttività aziendale⁷⁴. La tutela occupazionale infatti, che dovrebbe essere alle base di ogni sistema, dovrebbe tendenzialmente rappresentare il fine del sistema stesso. La crisi del mercato del lavoro ha mostrato come le professionalità alte rappresentano un elemento compatibile con alti livelli di produttività. La formazione continua nel mercato del lavoro flessibile (secondo il modello veramente “modello” danese/olandese) dovrebbe garantire, però, egualmente occupazione stabile. In ogni caso, quanto nella dottrina viene rilevato, è che nel mercato esistono livelli di mobilità volontaria e involontaria e il ricorso ad occupazioni

71Loy G.(a cura di), *Diritto del lavoro e crisi economica. Misure contro l'emergenza ed evoluzione legislativa in Italia, Spagna e Francia*, Ediesse 2011.

72Wilthagen T., Tros F., *The concept of flexicurity: a new approach to regulating employment and labour markets*, in *Transfer European Review of Labour and Research*, 2004,10, 2, 166 ss.

73Auer P., *La flexicurity cit.*, 39.

74Come dimostrato da Storm e Naastepad (S. Storm, C.w.m. Naastepad, *Why labour market regulation may pay off: Worker motivation, co-ordination and productivity growth*, in *Economic and Labour Market Paper*, 2007, 4), questo tipo di rigidità potrebbe rappresentare una garanzia nei mercati del lavoro instabili e contribuire positivamente sulla produttività delle aziende, come evidenziato da Auer, Berg e Coulibaly (P. Auer, J. Berg, I. Coulibaly, *Is a stable workforce good for the economy? Insights into the tenure-productivity relationship*, in *International Labour Review*, 2005, vol. 144, 3).

temporanee e part-time è sorretto dalle esigenze aziendali e spesso anche da quelle dei lavoratori ove la stabilità occupazionale, sebbene rappresenti un modello di gestione del lavoro de di promozione del “*decent work*”, rappresenti una dimensione impossibile nelle economie aperte⁷⁵.

Le ragioni per le quali c'è stato un effettivo calo del ricorso al contratto di lavoro standard (a tempo indeterminato e a tempo pieno) e contemporaneamente una diffusione dei rapporti di lavoro atipici sono varie. In primo luogo per quanto riguarda il *part-time* si registra una presenza dello stesso per le donne lavoratrici e le occupazioni con salario minimo, e sebbene risulti essere comunque rischioso dal punto di vista della sicurezza sociale in età avanzata, ad esclusione dei nuovi Stati membri, il numero di contratti *part-time* a tempo indeterminato è comunque in crescita. “Tale tipologia può essere comunque considerata un elemento del nuovo contratto di lavoro standard laddove contribuisca in maniera sostanziale al reddito del nucleo familiare attraverso lavoro qualificato tra le 20 e le 34 ore, e prevedendo la possibilità di essere trasformata in una occupazione a tempo pieno. La trasformazione di un contratto di lavoro a tempo parziale e a tempo indeterminato in formule di lavoro a tempo pieno, tuttavia, è piuttosto rara e in ottica comparata risulta difficile reperire fonti che dimostrano tale conversione in termini contrattuali”⁷⁶.

Per la tipologia contrattuale a tempo determinato, nella maggior parte degli Stati membri ha riportato una crescita ulteriore del ricorso a questa tipologia contrattuale⁷⁷. In Regno Unito e in Danimarca vi è una sorta di corrispondenza o diretta proporzionalità tra la tutela del lavoro, a mezzo di politiche di sicurezza sociale, e diffusione di questa tipologia. Il contratto a tempo determinato, in particolare per quanto riguarda quello somministrato tramite agenzia è, però, spesso associato a soggetti lavoratori con basso livello formativo o di competenze, bassi livelli retributivi e giovane età. La problematica che emerge in questo campo di analisi è che spesso il lavoratore parte di un contratto con clausola temporale non può programmare la propria vita, in

⁷⁵Auer P., *La flexicurity cit.*, 37.

⁷⁶Schmid D., *Dalla flexicurity ai mercati transizionali del lavoro. Il lavoro non standard. Riflessioni nell'ottica dei mercati transizionali del lavoro*, in DRI, 2011, 1, 3.

⁷⁷ Eurostat, 1998-2008.

termini di investimento familiare ed economico, nel lungo termine. La conseguenza, non necessaria ma altamente probabile è la precarietà.

Anche il lavoro autonomo è assistito da precarietà, sia dal punto di vista del reddito che da quello previdenziale per mancanza dell'accesso ai benefici in età avanzata. Per queste ragioni si registra un certo calo dovuto al declino della piccola agricoltura salvo per quanto concerne alcuni settori come quelli dell'arte e dell'artigianato.

Gli ultimi dati statistici a disposizione, prima dell'entrata in vigore della l. 92/12 che ha riformato la disciplina delle tipologie contrattuali flessibili e, contemporaneamente ha modificato la disciplina del recesso datoriale, dimostrano che nel 2010 la domanda di lavoro è stata frenata dall'esubero di manodopera accumulato durante la recessione, in particolare in quel momento in cui l'abbassamento dei livelli di attività è stato compensato dal crollo della produttività⁷⁸. Le aziende che durante la recessione hanno meglio reagito, in termini di perdita di produttività, sono quelle che sono riuscite ad espandere la domanda di lavoro, mentre quelle che hanno dovuto optare per un mantenimento dell'occupazione allo status quo hanno risposto, in termini di risultati, con livelli di produttività molto più bassi. La flessibilità in entrata sembra quindi, secondo i dati raccolti da Confindustria, aiutare le imprese a superare ed affrontare un mercato del lavoro fortemente instabile con picchi di richiesta e abbassamento della domanda di beni di consumo particolarmente distanti gli uni dagli altri e repentini.

Quanto invece ai flussi in uscita si constata come dal 2010 vi sia stato un certo miglioramento della stabilità occupazionale con un calo della percentuale di contratti cessati dal 12,8% del 2009 al 11,8% del 2010. Sebbene cioè il *turn over* in entrata sia rimasto pressoché fermo sui livelli del 2009 (10,8% dal 10,6%, contro il ben più elevato 12,8% nel 2008), le aziende, prima in crisi, hanno reagito alla ripresa economico produttiva rallentando le cessazioni, ma evitando,

⁷⁸Labanca C., Mazzolari M. e Scaperrotta L., Indagine Confindustria sul mercato del lavoro nel 2010, *Occupazione: diminuisce il turnover in uscita ma non ripartono le assunzioni- salgono i contratti a termine e la loro trasformazione a tempo indeterminato, le retribuzioni battono l'inflazione: 2,7% contro 1,5%*, 27 luglio 2011, Numero 11/2.

contemporaneamente, di riprendere nel breve periodo le assunzioni.

La riforma approvata dal Parlamento italiano nel giugno 2012 (L. 92/2012) ha modificato profondamente la disciplina dei contratti, in particolare al fine di aumentarne l'uso e la diffusione, in alternativa (sebbene non dichiarata) al contratto a tempo indeterminato storicamente considerato la forma comune di lavoro e la struttura migliore sia in termini di tutela che di sicurezza, nonché di favorire la flessibilità in entrata.

La nuova disciplina modifica le previsioni sui licenziamenti contenute nello Statuto dei Lavoratori. In particolare nel muoversi tra le difficoltà interpretative del dettato di riforma si registra la presenza di cinque nuove forme (per alcuni quattro) di rimedi al licenziamento individuale, con le conseguenze, in termini di costi e di rischio, nonché di facilità per le imprese di ricorrervi, che ne derivano. La prima tipologia di licenziamento è quello discriminatorio, il cui accertamento comporta la reintegrazione sul posto di lavoro e il risarcimento del danno. La seconda fattispecie è rappresentata dalla accertata carenza di giustificazione, in particolare ove vi sia insussistenza del fatto contestato, questo comporta in sede giudiziale la reintegrazione e la corresponsione di una indennità risarcitoria non superiore a 12 mensilità. Più in generale la mancanza di giustificazione, in tutti gli altri casi ove non sia accertata anche l'insussistenza del fatto contestato e quindi nella gran parte dei casi, dà diritto alla corresponsione di un'indennità risarcitoria tra le 12 e le 24 mensilità ma contestualmente il contratto si risolve dalla data del licenziamento. La quarta fattispecie è rappresentata dall'accertata violazione della procedura e dei requisiti di motivazione, in questo caso è previsto un diritto all'indennità risarcitoria in misura variabile tra le 6 e le 12 mensilità. Infine, il licenziamento intimato per inidoneità fisica o psichica al lavoro, ove venga accertato che ricorre l'ipotesi di manifesta insussistenza del fatto posto come giustificazione oggettiva al licenziamento, può (facoltà del giudice del lavoro) ordinare la reintegrazione e contestualmente far corrispondere un'indennità risarcitoria non superiore alle 12 mensilità.

La crisi internazionale degli ultimi cinque anni non ha avuto sulla finanza pubblica italiana lo stesso impatto che negli altri paesi europei. Il deficit di bilancio è stato in media del 4 per cento del PIL in Italia, a fronte del 5,7 in Francia, del 7,8 in Spagna, del 9,6 nel Regno Unito e del 10,2 in Irlanda. Ove si rileva un impatto maggiore è l'ambito della performance economica che ha rilevato una diminuzione del PIL pari a tre punti percentuali ogni anno mentre negli altri paesi dell'euro la caduta è stata quasi la metà o minore della metà. Il reddito medio si è quindi fortemente ridimensionato e di conseguenza, dopo un primo impatto di stabilizzazione nella seconda l'impatto della crisi sul mercato del lavoro è stato, ancora, relativa ma metà del 2008, è seguito un netto rallentamento e successivamente una decrescita, dell'occupazione. Nel 2009 le imprese italiane, ad esempio, "hanno infatti attinto in larga misura agli ammortizzatori sociali, e il numero di ore di cassa integrazione concesse è letteralmente esploso: l'aumento è stato del 311 per cento rispetto al 2008, che già era cresciuto del 25 per cento rispetto al 2007"⁷⁹.

La produttività del lavoro⁸⁰, a partire dal secondo trimestre del 2007, ha iniziato un periodo che, fino ad oggi è andato in caduta. L'abbattimento del livello medio di produttività dell'economia era già di 6,9 punti percentuali nella seconda metà del 2009, questo ha comportato evidentemente un "deterioramento della produttività del lavoro (...) dovuto ai comportamenti di labour hoarding degli imprenditori (i quali) hanno preferito presidiare l'occupazione attraverso il blocco degli straordinari, la riduzione degli orari e la cassa integrazione piuttosto che cercare di adeguare immediatamente il livello della manodopera allo shock di domanda"⁸¹.

Cade contemporaneamente sia la manodopera indipendente, diminuendo così i lavoratori autonomi, anche in forma di collaborazione, che quella dipendente. I lavoratori più garantiti (i *core workers* cioè i lavoratori con contratti di lavoro di tipo *standard* e cioè a tempo pieno e indeterminato) non hanno risentito troppo dei cambiamenti economici in quanto la loro

⁷⁹Gatto R., Tronti L., *La crisi e il mercato del lavoro. Come conciliare flessibilità e riforma degli ammortizzatori*, in *Econ. It.*, 1, 46.

⁸⁰Prodotto per occupato.

⁸¹Gatto R., Tronti L., *La crisi cit.*, 47.

posizione ha mostrato una certa tenuta al cambiamento. Sono aumentati inoltre i part timers poiché le imprese, probabilmente, “si sono viste costrette a chiedere ad alcuni dipendenti di ridurre l’impegno di lavoro, trasformando in part-time il loro contratto a tempo pieno, pur di non perdere l’occupazione”.

In ogni caso, come è prevedibile anche senza il dato empirico, la crisi ha investito soprattutto i soggetti con contratto a termine⁸² sia per ragioni di flessibilità in uscita che per difficoltà di rimettersi nel mercato. “In altre parole, la perdita di lavoro si è concentrata in larga misura sul lavoro autonomo (artigiani e piccoli imprenditori dei servizi e dell’industria) e sul segmento più debole dell’offerta di lavoro (dipendenti a termine e collaboratori); mentre i *core workers*, da cui più dipende il tenore di vita delle famiglie, sono stati sinora colpiti in misura fortunatamente minore”⁸³.

Oltre alla crisi strettamente economica, però, vi è la stessa crisi del concetto di flexicurity in se stesso. Sempre più accademici, politici e organizzazioni sindacali stanno formulando critiche sostanziali sulla mancanza di teoria che sottende al concetto di flexicurity, sulla natura indefinita del concetto stesso, sulla mancanza di un punto di vista condiviso tra le parti sociali e sull'evidenza che il concetto si è sviluppato in modo sbilanciato verso la flessibilità, con minori garanzie per la sicurezza dei lavoratori. La *flexicurity* è ugualmente criticata perché nasconde l'insidia – o anche un'agenda non dichiarata – di una ulteriore deregolamentazione e liberalizzazione del mercato del lavoro. La combinazione della crisi economica e concettuale rafforza il rischio di un'ulteriore erosione dell'elemento sicurezza nelle politiche e nelle pratiche di flexicurity. Allo stesso tempo, in questo momento non c'è bisogno di minor flessibilità né di minor sicurezza e la domanda cruciale attualmente è se esista una vera alternativa alla *flexicurity*. Concetti alternativi, basati su una sola dimensione, probabilmente non possono raggiungere un approccio integrato e sostenibile che porti sui tavoli di negoziazione gli interessi sia datoriali che dei

82Tra tutti i contratti cessati quelli conclusi per raggiungimento del termine rappresentano il 50%.

83Gatto R., Tronti L., *La crisi cit.*, 48.

laboratori.

Capitolo III

Gli spazi di deroga e di disponibilità dei diritti

1. *Oltre l'inderogabilità delle norme: gli spazi della deroga della scelta individuale, i patti di demansionamento*

Il paradigma costruito dall'art. 2103 c.c. completato dalla previsione contenuta nell'art. 13 St. lav. Che ha fatto proprio un certo rigore derivante dal contesto produttivo degli anni in cui veniva confezionato lo Statuto, viene mitigato progressivamente e arricchito dalla giurisprudenza e dalla dottrina, in virtù del fatto che un'interpretazione troppo restrittiva o letterale del contenuto della norma, avrebbe finito per ritorcersi contro lo stesso lavoratore, destinatario della protezione e soggetto della tutela e, contemporaneamente, avrebbe costituito un limite eccessivo rispetto alle esigenze pratiche del processo produttivo e del progresso tecnologico⁸⁴.

Inizialmente la giurisprudenza sia era attenuta ad un'interpretazione rigida del principio contenuto nell'art. 2103 c.c., ritenendo che la nullità di “di ogni patto contrario” contenuta nella norma di cui si tratta portasse a considerare automaticamente illegittimo ogni accordo individuale o collettivo avente a oggetto l'adibizione del lavoratore a mansioni inferiori. Ciò anche se quella stessa pattuizione fosse finalizzata alla protezione/tutela dell'interesse relativo a beni primari dello stesso prestatore di lavoro, quali possono essere ad esempio il bene salute o il diritto alla conservazione del posto di lavoro, e nonostante il fatto che tale patto avesse tratto origine dall'espressa volontà del lavoratore.

Il divieto generale di cui all'art. 2103 c.c., sulla base dell'interpretazione rigida inizialmente sviluppatasi in giurisprudenza e dottrina, avrebbe portato ad una esplicazione dei suoi

⁸⁴P. ICHINO, *Il contratto di lavoro*, in *Tratt CM*, 2003, 291; ID. *La qualità del lavoro dovuto e il suo mutamento*, in AA.VV., *Scritti in onore di Giuseppe Suppiej*, Cedam, 2005, 492.

effetti anche in un momento in cui il declassamento professionale fosse risultato effettivamente utile e vantaggioso per il lavoratore, come nei casi spesso visti in giurisprudenza, nelle ipotesi di volontà di evitare il licenziamento nei contesti di crisi aziendale. Ciò anche, e non solo, in ragione del fatto che la norma sarebbe stata volta a soddisfare esigenze di certezza del diritto, in un'ottica preventiva degli abusi che le eventuali prospettazioni di una sorta di legittimità o legittimazione del c.d. giustificato motivo di dequalificazione avrebbero potuto creare⁸⁵.

Ebbene una giurisprudenza definita “creativa” ha successivamente dunque ammesso i patti di dequalificazione professionale, di cui poi si dirà, su richiesta dal lavoratore per soddisfare un proprio interesse, che non veniva ulteriormente qualificato o precisato ma ricondotto semplicemente nell'alveo del giustificato motivo di deroga dell'art. 2103 c.c. “Ciò sul presupposto che le limitazioni allo *ius variandi* introdotte dall'articolo 13 dello Statuto dei lavoratori siano dirette ad incidere soltanto sui provvedimenti unilaterali del datore di lavoro o sulle clausole contrattuali che prevedono il mutamento di mansioni o il trasferimento non sorretti da ragioni tecniche, organizzative e produttive o che siano disposti contro la volontà del lavoratore e in suo danno”⁸⁶. Secondo la citata dottrina, l'interpretazione per la quale i patti contrari vietati sarebbero soltanto quelli che mirano ad un ampliamento anticipato del potere del datore di lavoro non sarebbe condivisibile per due ordini di ragioni. In primo luogo perchè è la stessa lettera della norma che ne fa emergere il contrasto e l'inopportunità, e in secondo luogo in virtù del fatto che avrebbe come remota conseguenza lo svuotamento di significato e di portata del contenuto della disposizione di cui ora si tratta. In ragione di ciò la distinzione tra patti consentiti e patti vietati non avrebbe ad oggetto la natura del soggetto il cui potere si amplifica (cioè il solo datore o il solo lavoratore), né la contrarietà dell'interpretazione al senso della disposizione. La ragione si rintraccerebbe altrove. Per andare con ordine, sul punto di cui si è appena detto, e cioè quello relativo al patto di

⁸⁵Cass. 5 aprile 1984, n. 1984, *GC*, 1984, I, 1238; Cass. 5 novembre 1987, n. 8125, *MGC*, 1987, fasc. 11; Cass. 19 giugno 1987, n. 5388, *MGC*, 1987, fasc. 6; Cass. 17 giugno 1983, n. 4189, *MGC*, 1983, fasc. 6.

⁸⁶Zoli C., *IL CONTROLLO GIUDIZIARIO E GLI ATTI DI ESERCIZIO DEL POTERE DIRETTIVO: IL TRASFERIMENTO DEL LAVORATORE E IL MUTAMENTO DELLE MANSIONI*, in *DRI*, 3, 2014, 712.

demansionamento e al giustificato motivo di deroga all'art. 2103 c.c. si dirà tra breve, al fine di proseguire con l'*excursus* dello sviluppo giurisprudenziale da cui si era partiti.

La prima stagione giurisprudenziale dunque apriva la strada ad una soluzione di deroga in ragione del fatto che un'interpretazione troppo restrittiva e rigida della norma avrebbe condotto alla restrizione della tutela e dell'espressione dei beni primari citati, come la conservazione della salute e della continuità del lavoro, il diritto alla costanza del reddito come elemento di sostentamento della vita del lavoratore e della sua famiglia. E tutto ciò in ragione della volontà di salvaguardare un bene di dubbia parità, e probabilmente inferiore, quale la tutela della professionalità, che appare piuttosto un diritto, o una posizione di natura “derivata” rispetto a quelle citate. Ciò anche in ragione del fatto che le parti possono in ogni caso scegliere di risolvere consensualmente il rapporto di lavoro in essere o, se non necessariamente con una risoluzione consensuale, quanto piuttosto condivisa attraverso un licenziamento o le dimissioni per poi instaurarne uno nuovo con l'attribuzione di compiti diversi e inferiori rispetto a quelli ai quali era adibito tramite il contratto precedentemente risolto.

L'*escamotage* prospettato si presenta due ordini di debolezze. In primo luogo si presta a aggravare l'orientamento che lo propone di una critica nei termini di una caduta verso un eccessivo formalismo. Un formalismo che sarebbe rappresentato dalla rigidità della lettura letterale e dalla rigidità dello stesso meccanismo ipotizzato di cessazione del precedente rapporto con riapertura di un nuovo e diverso rapporto disciplinato formalmente da un contratto del tutto diverso con differenti mansioni che, seppure in apparenza esente da censure giuridiche, finisce per gettare sull'orientamento appena descritto l'ombra del formalismo. In secondo luogo la costruzione di uno schema strategico di contratti composto da una cessazione di un pregresso rapporto seguito dalla riassunzione potrebbe configurare certamente una frode alla legge, sebbene la giurisprudenza che la proponeva come soluzione risolutiva ritenesse che sebbene la norma in esame ponga un limite allo *ius variandi* garantendo il lavoratore da provvedimenti unilaterali dell'imprenditore, essa “non

impedisce certo la risoluzione del rapporto di lavoro preesistente e la costituzione di uno nuovo a condizioni diverse⁸⁷.

In una fase successiva, come è stato correttamente ricostruito⁸⁸, la giurisprudenza ha modificato i propri orientamenti in ragione di una nuova casistica relativa alla modificazione *in peius* delle mansioni in ragione della sopravvenuta inidoneità psico-fisica allo svolgimento delle mansioni.

La questione dell'inidoneità allo svolgimento delle mansioni non determina un diritto ad un reimpiego automatico in mansioni diverse ed equivalenti ma ragionevolmente volte a non far sorgere difficoltà in ragione della sopravvenuta incapacità lavorativa, o per meglio dire non vi è un obbligo di reimpiego ove ciò non sia effettivamente e concretamente fattibile nell'impresa in cui il lavoratore è impiegato. Anzi, l'ordinamento aprirebbe addirittura uno spiraglio al licenziamento per giustificato motivo oggettivo ex art. 1644 c.c. in assenza di un apprezzabile interesse alla prosecuzione del rapporto di parte datoriale. L'adibizione a mansioni inferiori per evitare il licenziamento si potrebbe configurare, ove sorgano le condizioni per il recesso di cui si è detto, come una forma di accordo conclusa in alternativa alla conclusione del rapporto che sarebbe sottratta allo spettro della nullità dei “patti contrari” di cui all'art. 2103 c.c. secondo la giurisprudenza, in quanto volto a tutelare beni più alti del rispetto formale della norma, quali la dignità e la libertà della persona⁸⁹, soluzione che comunque ha la medesima ratio dell'escamotage della cessazione del rapporto e della conclusione di un nuovo contratto con mansioni inferiori.

La rigidità del secondo comma dell'art. 2103 c.c. si è quindi arricchita dall'ulteriore rigidità ed enorme mole di pronunce giurisprudenziali sulla definizione dell'espressione “mansioni equivalenti” o “mansioni superiori”⁹⁰ per poi comunque approdare ad un certo grado di apertura. Gli

87 Cass. 17 aprile 1996, n. 3640, *MGL*, 1996, 550.

88 Montesarchio L., *Legittima l'adibizione a mansioni inferiori su richiesta del lavoratore: l'ultima frontiera del giustificato motivo di deroga all'art. 2103 c.c.*, in *RIDL*, 2011, 4, 1139.

89 Cass. 7 marzo 1986, n. 1536, *MGL*, 1986, 392.

90 Per una sintesi sulla giurisprudenza in materia si rinvia a Brollo M., *La mobilità interna del lavoratore. Mutamento di mansioni e trasferimento*, in Schlesinger P. (diretto da), *Il Codice Civile. Commentario*, 1997, 143 ss. e 159 ss.

orientamenti sull'ammissibilità dei patti di dequalificazione su richiesta della parte debole del rapporto prendono origine però proprio da questo secondo comma che, contemporaneamente suscettibile di interpretazione rigida e interpretazione più sofisticata, è causa e ragione della creazione di uno spazio di libertà più o meno ampio a seconda delle premesse⁹¹.

La soluzione finale e maggiormente condivisa, cioè quella più recente rispetto ai passaggi della giurisprudenza appena descritti, è frutto di una operazione ermeneutica che esclude, per ragioni di opportunità di bilanciamento di beni ed interessi in gioco, l'applicabilità del divieto di cui all'art. 2103 c.c. quando l'accordo di dequalificazione corrisponda all'interesse del prestatore di lavoro alla conservazione del posto, potendo prescindere anche dalla considerata necessità che a giustificarlo siano eventi strettamente connessi alla sfera dell'impresa⁹².

Proprio con riferimento alla questione delle esigenze o vicende imprenditoriali si usa ricordare, ogni qualvolta si parli di demansionamento, quegli interventi legislativi recanti una espressa deroga all'operatività della norma, i quali si avvalgono di una richiesta presupposta un po' differente rispetto ai patti di demansionamento per così dire "liberi" di cui si è appena detto.

Le eccezioni al al divieto si rintracciano ad esempio nella previsione di cui all'art. 4, comma 11, della l. n. 223/91.

La norma affida al contratto collettivo aziendale la possibilità di prevedere la dequalificazione dei lavoratori destinatari del licenziamento collettivo nonché apre alla possibilità di adibizione a mansioni inferiori le lavoratrici madri, durante la gestazione e fino ai sette mesi successivi al parto.

A ciò si aggiunga che la disposizione apre la possibilità di stipulare accordi in deroga al divieto di cui all'art. 2103 cc. nei casi in cui la dequalificazione avvenga per evitare l'esposizione

⁹¹ Per questo si veda Cass. Sent. n. 5695 del 20 maggio 1993 in cui si evidenzia che le limitazioni dello *ius variandi* introdotte dall'art. 2103 c.c., nel testo modificato dall'art. 13 dello Statuto dei lavoratori, sono dirette a incidere su quei provvedimenti unilaterali del datore di lavoro o su quelle clausole contrattuali che prevedono il mutamento di mansioni o il trasferimento non sorretti da ragioni tecniche, organizzative e produttive e mirano ad impedire che il cambiamento o il trasferimento siano disposti contro la volontà del lavoratore e in suo danno.

⁹²Brollo M., *La mobilità cit.*, 210.

del lavoratore a sostanze o ambienti nocivi o quando il medico competente, individuato secondo le norme di cui al d.lgs. n. 81/08, ritenga il lavoratore inidoneo alla mansione alla quale era precedentemente adibito.

Ancora, l'art. 4 citato apre la strada alla conclusione di patti di demansionamento nei casi di sopravvenuta inidoneità al lavoro notturno o di sopravvenuta disabilità, o, infine ove lo stato di disabilità si aggravi in costanza di rapporto⁹³.

Al di fuori di queste ipotesi espressamente disciplinate, dunque, la discussione si apre sull'effettiva legittimità dei patti conclusi a tal fine e si ritiene di poter rintracciare nella giurisprudenza la tendenza a considerare legittime queste forme di autonomia ma solo in virtù del fatto che questa libertà lasciata alle parti consente il soddisfacimento di un interesse e la tutela di un bene del prestatore di lavoro più di quanto farebbe il restringimento del suo spazio di autodeterminazione in ragione del fatto che tali patti non si pongano in contrasto con l'esigenza di dignità e libertà della persona, configurando una soluzione più favorevole di quella ispirata al mero rispetto formale della norma⁹⁴. Ciò apre comunque questioni attinenti all'effettiva genuinità del consenso e della formazione della volontà del lavoratore in un'ottica per cui diventa difficile effettivamente discernere tra volontà genuina o adeguamento alle richieste del datore di lavoro, sulla base di una presunta coercizione o imposizione idonea ad inficiare la formazione del consenso.

Ed ecco che si impone a questo punto una precisa distinzione che attiene al patto che disciplina il mutamento delle mansioni affidate al lavoratore e quel patto che invece disciplina

⁹³Per ricostruzione analitica della questione si veda Ciucciovino S., *Mansioni, qualifiche e ius variandi*, in *Diritto e processo del lavoro e della previdenza sociale*, a cura di G. Santoro Passarelli, Ipsoa, 2009, 611 ss.

⁹⁴Il divieto di demansionamento debba essere letto «alla stregua della regola del bilanciamento del diritto del datore di lavoro a perseguire una organizzazione aziendale produttiva ed efficiente e quello del lavoratore al mantenimento del posto, con la conseguenza che nei casi di sopravvenute e legittime scelte imprenditoriali, comportanti l'esternalizzazione dei servizi o la loro riduzione a seguito di processi di riconversione o ristrutturazione aziendali, l'adibizione del lavoratore a mansioni diverse, ed anche inferiori, a quelle precedentemente svolte restando immutato il livello retributivo non si pone in contrasto con il dettato codicistico, se essa rappresenti l'unica alternativa praticabile in luogo del licenziamento per giustificato motivo oggettivo» (Cass. 5 aprile 2007, n. 8596, *DPL*, 2008, 1424).

anticipatamente le modalità di esercizio dello *ius variandi*.

Come già parzialmente anticipato l'accordo avente ad oggetto il conferimento di una potestà priva di limiti al datore di lavoro nell'esercizio dello *ius variandi* attraverso “cessione” da parte del lavoratore del limite per lui costruito dalla legge attraverso un consenso manifestato e contenuto in un patto, sarebbe nullo. Ciò in quanto volto alla soddisfazione del solo interesse datoriale all'uso del proprio potere in direzione peggiorativa, attribuendogli pattiziamente una facoltà che la legge espressamente gli esclude. Questi, sarebbero dunque vietati, sia nella loro forma individuale che in quella collettiva, in ragione del fatto che ampliano ex ante il potere del datore di lavoro e in ragione del fatto che non scaturiscono da una richiesta spontanea del lavoratore il quale richieda di prendere in considerazione, per salvaguardare un bene di cui è titolare⁹⁵, la possibilità di modificare i modi o il luogo della prestazione.

In sintesi dunque l'orientamento giurisprudenziale maggiormente diffuso fino agli anni Novanta era decisamente aderente alla lettera dell'art. 2103 c.c., Ciò ha portato alla conseguenza che veniva totalmente negato all'autonomia individuale il potere di concordare forme di demansionamento del lavoratore, anche se questo accordo fosse finalizzato alla salvezza del posto di lavoro⁹⁶.

In una fase successiva inizia a prendere piede la soluzione opposta che ritiene possibile una apertura verso la legittimità dei patti di demansionamento. Questa nuova corrente ha ritenuto legittimi, però, solo quei patti di demansionamento stipulati nei casi in cui non vi siano alternative per la conservazione del posto di lavoro. Qualora, infatti, il datore debba sopprimere un posto di lavoro e il licenziamento possa essere evitato soltanto mediante l'assegnazione al lavoratore di mansioni inferiori, la giurisprudenza ne ammette la liceità⁹⁷.

⁹⁵ Questi beni oltre a quelli citati possono consistere anche, per esempio, in un'articolazione oraria più vantaggiosa, in un ambiente di lavoro più sereno, nella minore distanza dalla residenza o domicilio (Nannipieri L., *L'accordo sulle mansioni inferiori*, Riv. it. dir. lav., 2001, I, 355 ss.).

⁹⁶ Cass. 14 settembre 1995, n. 9715, MGL, 1996, 88; Cass. 19 giugno 1987, n. 5388, Mass.; Cass. 26 gennaio 1984, n. 624, Mass.; Cass. 1° giugno 1983, n. 3753, Mass.

⁹⁷ Cass. 10 ottobre 2006, n. 21700, in D&G, 2006, 44, 29, nt. Turco; Cass. 22 agosto 2006, n. 18269, in RGL, 2007, II,

Si noti bene che tali patti si pongono in una sostanziale differenza rispetto a quei patti in deroga predisposti dalle parti sociali su “legittimazione” della legge in caso di licenziamento collettivo, in cui l'accordo individuale non è mai necessario, proprio in virtù di quanto previsto dall'art. 4, comma 11°, l. n. 223/1991 e cioè in caso di procedure di mobilità. L'accordo individuale invece è sempre necessario quando la ragione che giustifica la deroga all'art. 2103 c.c. si sia al di fuori di tale fattispecie. Alla legittimità di tali accordi individuali deve conseguire che, in caso di demansionamento concordato per evitare il licenziamento, possa essere prevista la riduzione della retribuzione⁹⁸.

Se l'evoluzione giurisprudenziale degli ultimi quarant'anni sull'art. 2103 c.c. rappresenta il tentativo di dare preminenza alle esigenze pragmatiche di tutela effettiva del lavoratore, più che alle esigenze di mero rispetto formale della norma e di certezza delle situazioni giuridiche, è altrettanto vero che quella stessa evoluzione impone oggi ai giudici di esercitare un severo controllo sulla effettiva sussistenza di quelle medesime esigenze, tanto più in sede di merito.

Quando poi l'adibizione a mansioni inferiori sia disposta sulla base di presunte sollecitazioni o richieste del lavoratore (quel motivo di deroga non meglio qualificato di cui si diceva ad inizio paragrafo), inevitabilmente si deve richiedere al giudice una ancor più rigorosa verifica sulla genuinità e, prima ancora, sulla reale sussistenza del consenso del lavoratore stesso.

L'analisi e la ricerca sulla genuinità della volontà, in questa sede in fase successiva rispetto alla sua formazione (ma si ricordi che si è detto anche delle forme di assistenza alla formazione della volontà da parte delle parti sindacali in fase antecedente/contestuale alla conclusione del contratto) è volta ad allontanare il rischio per cui, sotto la maschera della variazione consensuale o a richiesta del lavoratore, si nasconda un mero adeguamento coercitivo alla volontà della parte forte del rapporto.

43, nt. Fabbri; Cass. 7 febbraio 2005, n. 2375, in NGL, 2005, 189; Cass. 29 novembre 1988, n. 6441, Mass.; Cass., 13 agosto 2008, n. 21579, Mass.

⁹⁸Corti M., *Le modifiche in pejus cit.*, 415.

Alla luce di quanto fino ad ora detto non si può che convenire sul fatto che il sistema giuridico per mezzo delle norme costruisce una griglia di limite all'autonomia negoziale dei privati, soprattutto nel campo delle relazioni di lavoro. Giugni, proprio in questo senso, definiva la norma, all'interno di questo tema sull'autonomia, come la “menomazione tipica della libertà negoziale del prestatore di lavoro”⁹⁹.

Per tale ragione, anche, non si può parlare di indisponibilità in senso tecnico e cioè di una assoluta impossibilità, per chiunque ed ovunque, di disporre del diritto da essa coperto per il tramite di una dichiarazione della legge. Questa considerazione deriva dalla sussistenza di una zona di libertà dalla direzione normativa, uno spazio che può essere definito “zona franca” in cui le rinunzie e le transazioni restano inattaccabili.

2. *La disciplina delle rinunzie e transazioni*

L'ordinamento interviene nei confronti dell'autonomia privata delle parti del rapporto di lavoro precludendo che l'autonomia regolamentare, cioè quella che interviene nella determinazione dei contenuti del contratto, possa porsi in contrasto con il sistema delle tutele costruito dalle norme inderogabili. Ciò al fine di impedire che l'autonomia dispositiva del prestatore di lavoro si traduca in una abdicazione o dismissione di diritti, traducendosi quindi in un esercizio auto lesivo dell'autonomia individuale.

In particolare ogni modifica contrattuale che alteri in pejus il trattamento legislativamente previsto per il lavoratore è nulla a norma dell'art. 1418 c.c. ed è sostituita di diritto dalla disciplina legale (artt. 1339, 1374, 1419 c.c.). Ciò significa che, in presenza di meccanismi di sostituzione automatica della clausola nulla con la previsione legale, non è nemmeno ipotizzabile che l'espresso consenso del lavoratore possa astrattamente considerarsi idoneo a legittimare il

⁹⁹ Giugni G., *Limiti legali all'arbitrato nelle controversie di lavoro*, RIDL, 1958, I, p. 3.

trattamento peggiore, sia che esso intervenga nella fase costitutiva del rapporto di lavoro, sia che ciò accada in un momento successivo tramite modifica contrattuale. L'inderogabilità della norma che tutela il lavoratore all'atto dell'assunzione e del perfezionamento del contratto, risulterebbe, infatti, indebolita o addirittura vanificata se si concedesse alle parti un potere di modifica delle condizioni contrattuali in direzione peggiorativa in epoca successiva all'instaurazione del rapporto.

La norma inderogabile che costruisce e protegge un “paniere” di diritti indisponibili si pone come contraltare dell'autonomia privata rendendo nulli tutti i patti che ne violano il dettato, patti tra i quali si inseriscono anche quelli aventi ad oggetto la loro rinuncia o la loro diversa gestione e godimento rispetto a quanto previsto dall'ordinamento (transazione).

Più precisamente la rinuncia genericamente intesa è la manifestazione di volontà attraverso la quale un soggetto rinuncia all'esercizio di un diritto certo o comunque già nella sua disponibilità, e comunque determinato o determinabile nella sua natura. Partendo dalla norma codicistica, l'art. 2113, 1° co. del Codice Civile, si rintracciano i primi limiti all'autonomia delle parti per quanto riguarda gli atti di rinuncia aventi ad oggetto diritti scaturenti da norme di legge o di contratto “inderogabili”.

Nella ricerca d'un appropriato contesto di senso al quale riferire l'art. 2113 c.c. e in particolare, per ciò che concerne il presente lavoro, alcuni hanno avanzato il dubbio se l'indisponibilità dei diritti “costituisca la conseguenza naturale dell'inderogabilità della norma lavoristica”. A tale conclusione si giunge partendo dal presupposto che vi sia un identico fondamento e una medesima *ratio* politica alla base di entrambi i principi fondanti la materia lavoristica. L'alternativa a tale conclusione è viceversa la possibilità di scindere sia completamente i concetti dell'inderogabilità e dell'indisponibilità, “che spezza ogni ambizione (o illusione) di simmetria nell'agire della norma imperativa e prelude ad un'operatività autonoma dei termini del paradigma”¹⁰⁰.

100Tullini P., *Indisponibilità cit.*, 5.

L'esportazione del modello contenuto nell'art. 2113 c.c. è una buona cartina tornasole della sua efficacia. Lo strumento di tutela ivi contenuto ha infatti varcato i confini del diritto del lavoro per invadere materie in cui era necessaria la tutela del contraente debole. In particolare ad esempio ciò è accaduto per i contratti di affitto di fondo rustico disciplinati dalla Legge n. 11/1971 dove di fatto la debolezza del concessionario agrario aveva consentito al legislatore dell'epoca di equipararlo, sul piano dell'equilibrio contrattuale, al lavoratore subordinato. In questo contesto, infatti, il legislatore aveva reso invalidi tutti gli atti di disposizione dei diritti dell'affittuario in deroga alle norme poste a sua tutela. La previsione di protezione su stampo giuslavoristico è stata poi superata dall'introduzione, ad opera della Legge n. 203/1982, della legittimità dei patti in deroga, ma è interessante notare come lo strumento protettivo costruito dall'art. 2113 c.c. abbia trovato valore anche fuori dal contesto per cui è stato confezionato¹⁰¹.

La giurisprudenza più di recente ha ribadito che, perché si possa avere una rinuncia legittima nell'ambito del rapporto contrattuale di lavoro è necessario che il lavoratore abbia in primo luogo la consapevolezza e rappresentazione dei diritti di sua spettanza e che intenda volontariamente privarsi, in tutto o in parte, della realizzazione delle sue ragioni creditorie concedendo un vantaggio al proprio datore di lavoro. Si considerano però legittime le rinunzie formulate dal lavoratore aventi ad oggetto mere aspettative e non quelle relative a diritto acquisiti o diritti inderogabili.

La rinuncia dunque è considerata valida solo nel caso in cui il titolare del diritto sia pienamente consapevole dell'oggetto della dismissione. Non sono qualificabili come tali le cosiddette rinunce tacite. Dall'ambito di applicazione dell'art. 2113 c.c. sono escluse le cosiddette rinunce collettive, cioè gli accordi stipulati dalle organizzazioni sindacali con riferimento a una generalità di lavoratori, nonché le dimissioni e la risoluzione consensuale del rapporto.

Ai sensi dell'art. 1965 c.c., la transazione è, invece, quel patto che costituisce il risultato

¹⁰¹Per una disamina approfondita delle caratteristiche dell'istituto ivi previsto si veda Voza R., *L'autonomia cit.*, p. 155 ss.

dell'incontro di volontà tra due parti le quali a mezzo di reciproche concessioni pongono fine ad una lite o ad un contenzioso già insorto tra loro o ne prevengono l'insorgenza.

A differenza della rinuncia, la transazione costituisce un atto bilaterale che presuppone, però, l'incertezza riguardo alla spettanza o meno dei diritti oggetto della contesa prevedendo al contempo reciproche concessioni tra le parti. Per poter validamente procedere alla transazione è necessario che le parti abbiano la capacità di disporre dei diritti che formano oggetto della lite. Il combinato disposto delle due norme, l'art. 1965 e l'art. 2113 del Codice Civile, per cui il primo, nella sua formulazione richiama il secondo, precisa che la transazione è considerata nulla se tali diritti, per loro natura o per espressa disposizione di legge, sono sottratti alla disponibilità delle parti. La transazione deve contenere dunque la volontà del lavoratore di transigere a un proprio diritto, volontà che può risultare da una dichiarazione o dal suo comportamento concludente. In assenza di tali elementi, la giurisprudenza considera nullo l'atto erroneamente qualificato come transazione. Sulla forma della transazione, l'art. 1967 c.c. Ne richiede la forma scritta ai soli fini della prova, essendo ritenuta valida, per la sua efficacia, la transazione per *facta concludentia*. In caso di transazione soggetta al regime dell'annullabilità le parti incorreranno nell'impossibilità da parte del giudice in giudizio di rilevare d'ufficio tale invalidità nonché la decorrenza della prescrizione quinquennale dell'azione¹⁰².

Per la verità l'istituto che ha trovato voce nell'articolo 2113 c.c. proviene da una cultura per così dire "paternalistica" le cui tracce possono essere trovate nelle pronunce giurisprudenziali del periodo corporativo. La previsione di una zona franca nella quale le rinunzie e le transazioni restano inattaccabili conferma pienamente l'inammissibilità di una configurazione dei diritti dei lavoratori in termini di indisponibilità in senso tecnico (e cioè in quel senso per cui Gino Giugni scriveva "quando un diritto è indisponibile, la sua disposizione è sempre vietata ovunque e davanti a chiunque"), avvalorando quella lettura che fonda la ratio della norma su una valutazione tipica di

¹⁰²Voce Rinunzie e transazioni del lavoratore, Enciclopedia Treccani

menomazione della libertà negoziale del prestatore di lavoro.

Infatti, l'ausilio di determinati soggetti è reputato in grado di liberare l'atto abdicativo o transattivo delle conseguenze negative proprie dello stato d'inferiorità del lavoratore, riconsegnando all'autonomia individuale, ma assistita, quel potere dispositivo generalmente riconosciuto al titolare di un diritto soggettivo.

Il legislatore individua le modalità attraverso le quali il negozio dispositivo avente ad oggetto una conciliazione, non soggiace al regime di invalidità predisposto dall'art. 2113 c.c. con una espressa previsione agli artt. 185, 410 e 411 c.p.c. Viene costruita, con riferimento alle transazioni conciliative, una selezione legale di “tipologie conciliative” da considerarsi tassativa: pare decisivo, a questo proposito, rammentare che la sancita validità dei predetti negozi ha carattere speciale, rispetto alla regola generale, sancita dal primo comma dell'art. 2113.

Considerare tassativa l'elencazione appena fatta non esclude però che il legislatore in un tempo futuro possa voler intervenire per arricchire di elementi normativi di riferimento questa lista, ove comprensiva, anche, dell'indicazione di quei soggetto e degli organi abilitati a fornire l'assistenza presupposto di legittimità dei negozi dismissivi dei diritti del lavoratore.

La disciplina sorge in virtù di una certa prassi che trova il canale preferenziale della dimensione collettiva e dunque un certo favore verso il soggetto sindacale per le rinunzie e transazioni che fin dai primi progetti di stesura della citata norma compariva quale unico organo abilitato a prestare assistenza al lavoratore, in coerenza con la sua funzione di mediatore, in ottica decisamente corporativa, come arbitro in quel contesto socialmente patologico del conflitto tra forza lavoro e mezzi di produzione. Oggi però, accade tendenzialmente il contrario, o meglio il ruolo del sindacato da assistente del sindaco e da garante della corretta manifestazione della volontà del singolo, diventa portatore di istanze non del tutto collettive ma nemmeno del tutto individuali, per così dire plurime. Come una recente dottrina afferma infatti, “i soggetti collettivi sono poco disponibili a stipulare accordi in grado d'incidere direttamente o indirettamente sui diritti individuali

(neppure previa delega dei lavoratori), e ancor meno disponibili sono il cedente e il cessionario, perché poco propensi a scommettere sulla tenuta di accordi provvisti d'insicure funzioni derogatorie. La consuetudine allora è quella — molto faticosa — delle conciliazioni individuali plurime, stipulate ai sensi dell'art. 2113, ult. comma, c.c. con tutti i lavoratori interessati (quelli che passano e quelli no) in aggiunta o a margine dell'intesa sottoscritta *ex art. 47, commi 4bis e 5, l. n. 428/90*¹⁰³.

Con riferimento più generalmente alle rinunzie, al di là, dunque dei soggetti attori e dei soggetti quindi che concorrono alla formazione di patti transattivi o abdicativi è utile fare un breve cenno alle posizioni assunte dalla giurisprudenza più autorevole sul tema, anche prima dell'avvento delle menzionate istanze o tendenze corporativo-paternalistiche.

La Corte Suprema, prima dell'avvento del Codice Civile, dichiarava inammissibili le rinunce e la transazioni avvenute in pendenza di rapporto, mentre le riteneva perfettamente valide dopo la sua cessazione, una volta venuta meno la protezione cogente¹⁰⁴. Per legittimare la distinta protezione o limitazione all'autonomia individuale che esisteva tra il momento in cui il rapporto era pendente e il momento in cui il contratto di lavoro smetteva di dispiegare i suoi effetti tra le parti, così da consentire la piena dismissibilità dei diritti oggetto della rinuncia al momento della risoluzione del vincolo negoziale, occorre trovare un'appropriata giustificazione. È entrata dunque in circolazione l'idea di una certa misura di “difetto di volontà o di libertà in cui il lavoratore, in pendenza del rapporto di lavoro, si troverebbe per effetto del suo stato di subordinazione”¹⁰⁵. Utilizzando dunque e proteggendo a suon di sentenza l'inderogabilità assoluta della norma fondata sull'ordine pubblico, il principio di indisponibilità dei diritti ha potuto entrare nell'ordinamento, indisponibilità però, solo relativa, in quanto condizionata al momento dell'uso del diritto. La presunzione che veniva immediatamente collegata allo stato del lavoratore era

103 Tullini P., *TUTELA DEL LAVORO NELLA CRISI D'IMPRESA E ASSETTO DELLE PROCEDURE CONCORSUALI: PROVE DI DIALOGO*, in RIDL, 2, 2014, 201.

104 Cfr. Cass., Sez. II, 12 gennaio 1937, RIMP, 1937, p. 164: “Finché dura il vincolo di subordinazione è comminata la nullità di transazioni o rinunce fatte dall'impiegato ... questa sanzione è assoluta”.

105 GRECO 1937, p. 481.

identificabile, infatti, come si è detto in uno stato di soggezione, idonea a condizionare la volontà e la sua manifestazione all'interno del rapporto di lavoro¹⁰⁶.

Con la caduta dell'ordinamento corporativo l'interprete iniziò a valutare la possibilità di riconoscere gli effetti voluti dalla norma anche alle conciliazioni effettuate con l'intervento delle associazioni sindacali post-corporative. In particolare la tendenza che prese piede fu quella di ritenere che la presenza del sindacato fosse inidonea a garantire la validità degli atti abdicativi o transattivi del lavoratore, “per l'essenziale considerazione che i citati artt. 430 e 431 supponevano il peculiare regime sindacale venuto meno con la soppressione dell'ordinamento corporativo, ossia l'obbligatorietà del tentativo di conciliazione e il carattere pubblicistico delle associazioni professionali”¹⁰⁷.

In particolare si ravvisa qui la difficoltà di far coincidere la funzione conciliativa con la nuova natura del sindacato, la medesima che si è evidenziata poc'anzi con riferimento alla resistenza più recente dei sindacati ad essere attori dell’“assistenza” alla volontà proprio in ragione del fatto che il ruolo dell'assistenza alle rinunce e transazioni secondo alcuni implicava, e forse implica ancora, necessariamente una posizione di obiettività e neutralità da parte dell'organo conciliatore, certamente non rintracciabile in capo al sindacato post-corporativo e nemmeno, forse, in quello moderno. Il sindacato dunque il quale si ritiene centrale nella tutela del lavoratore è certamente privo, oggi e nella fase post-corporativa, delle “implicazioni pubblicistiche” che si ritenevano necessarie nello svolgimento della funzione di assistenza. L'istituzione degli Uffici del lavoro, in epoca di poco successiva aveva, effettivamente la funzione di ovviare a questo ritrarsi del mondo sindacale. Agli uffici fu attribuito il compito di conciliare le vertenze di lavoro (art. 3, lett. D, D.lgs 15,4,1948, n. 381) con la conseguenza che il riconoscimento di una funzione conciliativa in capo a tali organi faceva ritenere modificata di fatto la portata dell'art. 2113 c.c., e contestualmente comportava la presunzione di validità delle rinunzie e delle transazioni intervenute

¹⁰⁶ Tullini P., *Indisponibilità cit.*, 4.

¹⁰⁷ App. Genova, 13 maggio 1953, in DL 1953, 2, 329.

in sede amministrativa. Quindi la funzione conciliativa dei sindacati corporativi veniva surrogata da quella degli uffici del lavoro che, per anticipare quanto si dirà con riferimento alla Conciliazione dei contratti di lavoro istituita dalla Riforma Biagi, impone un ripensamento della struttura degli spazi dell'autonomia anche con riferimento alla constatazione di un nuovo ruolo delle amministrazioni pubbliche, in luogo delle organizzazioni dei lavoratori, nella tutela dell'aderenza del programma negoziale all'effettiva volontà e atteggiarsi del rapporto.

Vi fu anche chi sostenne la piena validità delle rinunce e transazioni concluse in sede sindacale, facendo della parzialità del sindacalismo di fatto un punto di forza e di garanzia, anziché di debolezza¹⁰⁸. La successiva riforma del processo del lavoro sciolse i dubbi, sottolineando la centralità dei sindacati in sede conciliativa, con l'istituzione delle commissioni provinciali di conciliazione¹⁰⁹.

Nel diritto agrario era già stata sancita, peraltro, la validità delle rinunzie e transazioni concluse con l'assistenza del sindacato, tramite previsione di cui l'art. 23 della L. 11.2.1971, n. 11, si erano fatte salve le rinunzie e le transazioni concluse in sede di conciliazione giudiziale e sindacale (senza dunque alcun riferimento ad una conciliazione di tipo amministrativo).

Con riferimento invece alle transazioni e alle conciliazioni concluse in nel lavoro pubblico alcuni evidenziano qualche criticità¹¹⁰. L'art. 65, 5° comma del D.lgs. 165/2001, sembra escludere il regime dell'invalidità previsto dall'art. 2113 c.c. solo nel caso in cui la conciliazione sia stata conclusa in sede amministrativa con la conseguenza, però, che se il lavoratore, dopo aver sottoscritto un accordo in sede sindacale, potesse impugnarlo nella parte in cui questo determini la dismissione di un suo diritto, verrebbe vanificata ogni utilità della procedura conciliativa di fronte sindacale. “Del resto, alla regola sancita dall'art. 2113, ultimo comma, c.c., la disciplina speciale sulla conciliazione delle controversie dei pubblici dipendenti (art. 65 e 66, D.lgs 165/2001) non

108Pera G., Sulla risoluzione delle controversie individuali di lavoro, in RTDPC, 1967, 190.

109Le commissioni provinciali di conciliazione assumevano le funzioni in precedenza assegnate agli Uffici del lavoro dall'art. 12, 3° comma, lett.d, L. 22,7,1961, n. 628.

110 Voza R., *L'autonomia individuale cit.*, 83.

pone alcuna deroga, limitandosi a regolare il procedimento conciliativo in sede amministrativa in maniera differenziata rispetto al modello generale delineato dall'art. 410 c.p.c., e contestualmente ribadendo la validità delle rinunzie e transazioni ivi concluse; non ci pare proprio che quest'ultima previsione valga a escludere la conciliazione sindacale dagli effetti previsti dall'ultimo comma dell'art. 2113¹¹¹. La dottrina richiamata perciò ritiene che la sola interpretazione delle criticità ora manifestate, che sia compatibile con l'intenzione del legislatore di dare una certa valenza di inattaccabilità anche alle conciliazioni nel settore pubblico, è quella di considerarle regolate dal medesimo regime, e dunque rientranti nell'ambito di applicazione dell'art. 411 c.p.c., quindi privo di ogni forma di deroga da parte della disciplina speciale sul pubblico impiego.

Ma quali sono i soggetti in grado di fornire idonea assistenza conciliativa per la conclusione di accordi ricadenti nella previsione di cui all'art. 2113 c.c., o meglio esclusi dal regime dell'invalidità? Il primo criterio preso a riferimento è stato quello della maggiore rappresentatività “su base nazionale” (art. 410, 4°, c.p.c.), nella quale alcuni hanno creduto di leggere una certa attribuzione del merito di essere idonee a garantire di più il lavoratore in sede di conciliazione.

Per la verità non si vede alcuna ragione di escludere l'idoneità all'assistenza ad alcuni sindacati per sole ragioni numeriche, posto che la qualità della partecipazione del sindacato alla vicenda conciliativa non può misurarsi sul livello (peraltro non misurato né misurabile) della rappresentatività. In quest'ottica si è finito dunque per escludere il solo sindacato di comodo di cui all'art. 17 dello Statuto dei lavoratori¹¹². Anche nella materia dei contratti agrari l' art. 23, L. 11/1971, nel ritenere invalide le rinunce e transazioni sui diritti dell'affittuario di fonte legale, fa salve le “convenzioni concluse fra le parti avanti al giudice o con l'assistenza delle rispettive associazioni sindacali”, non proseguendo in ulteriori aggettivazioni qualitative o riferite alla consistenza numerica delle associazioni ai fini della validità dell'assistenza prestata.

L'introduzione del tentativo obbligatorio di conciliazione nelle controversie di lavoro

111 Voza R., *L'autonomia individuale cit.*, 84.

112 Ichino P., *Il contratto di lavoro cit.*, 612; Magnani M., *Disposizione dei diritti*, in DDP, 1990, 5, 64.

ad opera del D.lgs. 80/1998, potrebbe poi indurre a credere che ulteriori limiti al ruolo dei sindacati in sede conciliativa siano stabiliti con riferimento al ruolo da questi giocato in sede di contrattazione collettiva con la conseguenza, poi, che ai fini della non inoppugnabilità delle rinunce e transazioni ex art 2113 c.c., potrebbe sorgere il dubbio circa la validità delle stesse ove realizzate informalmente, sebbene, però non sembri vi siano argomenti stringenti per ritenerle meno stringenti.

La contrattazione collettiva nazionale di categoria, ad oggi, regola la materia della conciliazione, in via tendenziale, disciplinando i contenuti dell'istanza, i termini ed ogni aspetto rientrante nell'iter procedurale nonché individuando i soggetti chiamati a sostenere il lavoratore nel tentativo di composizione delle vertenze individuali e le controversie plurime.

3. *Part-time e full-time*

Recente dottrina¹¹³ si è posta la questione sul rapporto tra flessibilità ed inderogabilità in particolare per quanto concerne il rapporto di lavoro *part time* ove le scelte contrattuali in materia di orario si contrappongono alle necessità del riposo che ricalca l'antica contrapposizione tra l'organizzazione e la persona¹¹⁴.

Ci si è chiesti cioè se la relazione tra flessibilità e inderogabilità si faccia ancora più intensa nell'ambito di contratti di lavoro *part time*¹¹⁵: si alternano, forse, in questo campo la concezione della norma lavoristica come norma inderogabile e le deroghe ammesse dalla legge in materia di orari, norme, quindi che si riflettono sull'effettivo atteggiarsi della autonomia collettiva e individuale.

113 Occhino A., *Orari flessibili e libertà*, in RIDL, 2012, 1, 169.

114 Mengoni M., *Lezioni sul contratto di lavoro*, Celuc, 1971, I, 7 ss.

115 De Luca Tamajo R., *Flexicurity: un improbabile ossimoro o un'utile mediazione?*, in FI, 2009, 5, 193 ss.

La tecnica di alternanza o messa in relazione della norma inderogabile con le deroghe affidate all'autonomia frutto dell'iter storico della legislazione sociale in materia di orario di lavoro (in particolare con il suo esordio del 1986 con la disciplina sul lavoro dei fanciulli), si riflette nella centralità della funzione legislativa in materia di orario. La prevalenza della disciplina legale rispetto alle fonti autonome, ha quindi l'effetto di incaricare la legge a determinare i confini entro i quali l'autonomia stessa può svilupparsi sia nella sua dimensione collettiva che in quella individuale¹¹⁶.

L'ordinamento italiano prevede alcune garanzie in favore del lavoratore che chieda o scelga di mutare il proprio orario di lavoro. Nell'ordinamento italiano, però, secondo una giurisprudenza dominante, il potere di determinare la collocazione della prestazione di lavoro spetta al datore di lavoro come una tipica manifestazione del suo potere direttivo. In mancanza di specifiche previsioni da parte del contratto individuale o collettivo, l'imprenditore è, a norma dell'art. 12, comma 1°, d. LGPL. n. 66/2003, libero di disporre una organizzazione del lavoro in turni nonché di predisporre turni notturni, sebbene, in quest'ultimo caso, sia necessaria la consultazione preventiva delle rappresentanze sindacali¹¹⁷.

Il mutamento dell'orario da *full a part time* o viceversa rappresenta, però, una novazione del contratto di lavoro che deve necessariamente essere fatta per atto scritto. La disciplina posta a tutela del dipendente prevede, all'art. 5 del d. lgs. 25 febbraio 2000, n. 61, che tale modifica venga in seguito alla sua stipulazione convalidata dalla direzione provinciale del lavoro. Tale atto di disposizione delle caratteristiche del proprio rapporto di lavoro è un atto tipicamente inquadrato nell'espressione dell'autonomia privata, non potendo essere campo di competenza delle parti sociali nell'espressione dell'autonomia collettiva e non potendo, evidentemente, essere previsto come automatico o necessario da alcuna norma di legge.

L'art. 3 del d. lgs. n. 66/2003 affida però alla contrattazione collettiva il compito di

116 Mariucci L., *Le fonti del diritto del lavoro*, Giappichelli, 1988, spec. 89 ss.

117 Corti M., *Le modifiche in pejus cit.*, 416.

stabilire la durata dell'orario di lavoro, laddove essa debba essere inferiore a quella prevista dal primo comma e cioè di 40 ore settimanali. Il contratto collettivo aziendale può, infatti, prevedere una riduzione dell'orario di lavoro e contestualmente della retribuzione.

Quanto invece alla modifica dell'orario di lavoro nei contratti di lavoro *part-time*, sono previsti alcuni limiti allo *jus variandi* del datore di lavoro in quanto la natura stessa di tale tipologia di rapporto rende la programmabilità del tempo libero un carattere essenziale della prestazione, con la necessità che l'ordinamento protegga e giustifichi l'immodificabilità dell'orario da parte datoriale.

Tale protezione non è estesa al contratto di lavoro a tempo pieno ove la stessa tutela del tempo libero “si tradurrebbe nella negazione del diritto dell'imprenditore di organizzare l'attività lavorativa, diritto che può subire limiti solo in dipendenza di accordi che lo vincolino o lo condizionino a particolari procedure”¹¹⁸. Le esigenze di tutela e programmazione del tempo libero nel rapporto di lavoro *full time*, però, trova delle risposte nella giurisprudenza che ammette, pur in maniera inferiormente graduata, la possibilità che vengano soddisfatte¹¹⁹.

Con le direttive 1993/104/CE e 2003/88/CE¹²⁰ l'Unione Europea ha imposto agli Stati membri alcuni risultati in materia di orario:

- la media delle 48 ore di lavoro massimo settimanali (comprese le ore di lavoro straordinario)
- il minimo di 11 ore di riposo giornaliero
- la sussistenza di un giorno di riposo settimanale (non necessariamente coincidente con la domenica)
- almeno 4 settimane di ferie all'anno.

La normativa europea ha sostanzialmente spostato il sistema di misurazione della

¹¹⁸Degoli M. C., *L'esercizio dello jus variandi in presenza di prassi aziendale consolidata*, in RIDL, 2012, 3, 644
¹¹⁹Cass. 21 maggio 2008, n. 12962, in RIDL, 2008, 2, 824, nt. Bolego.
¹²⁰Artt. 6, 3, 5 e 7.

congruità del rapporto lavoro-riposi, dal principio dell'orario massimo a quello dell'orario medio, così agevolando la flessibilità per così dire interna e cioè per meglio soddisfare le necessità delle imprese. Alcuni minimi permangono ma attengono ai riposi e ai massimi orari ma tendenzialmente la legittimità dell'orario andrà fatta sul calcolo medio. La dottrina ha fatto notare come, però, sebbene adeguatosi, il legislatore si sia attenuto strettamente al risultato minimo cercando contemporaneamente di aprire la strada all'uso di deroghe, nel rispetto delle direttive stesse e ha sostanzialmente utilizzato tutte le possibili deroghe che le direttive stesse permettevano di introdurre.

Capitolo IV

Uno spunto comparativo: lo spazio della norma e della contrattazione collettiva nel contratto individuale di *Common law*

1. Premessa

Il contratto di lavoro nel sistema inglese di common law ha trovato il proprio spazio giuridico a partire dagli anni Settanta dell'Ottocento quando i *Master and Servant Acts* e eliminarono le previsioni degli *Statute of Artificers*. Prima di tali modifiche, i *Master and Servant Acts* si applicavano ai soli operai¹²¹ ma non ad impiegati, agenti e dirigenti i quali erano esclusi dalla normativa ivi contenuta e il cui rapporto di lavoro era regolato sulla base della funzione e delle mansioni da essi svolte. Fino al 1800, cioè, le categorie dei prestatori di lavoro si dividevano in alcune categorie. La prima categoria dei *servant* si riferiva a quei lavoratori privi di carichi di famiglia titolari di un contratto annuale e retribuiti in contanti o in natura. La condizione retributiva e le modalità di pagamento e di gestione del rapporto di lavoro funzionavano indipendentemente dall'effettivo svolgimento del rapporto, essi erano titolari di un diritto ad una ridotta indennità di fine rapporto, la cui fonte si rintracciava in norme di legge. La seconda categoria, dei *labourer*, era rappresentata da lavoratori giornalieri o occasionali nell'agricoltura o in settori non regolamentati mentre i lavoratori chiamati *master* o *journeyman* o *apprentice* erano quei lavoratori operanti in settori protetti da regolamentazioni corporative. Nel corso del secolo successivo l'emersione di un nuovo modello contrattuale di lavoro, divideva la concezione dei rapporti di lavoro aggiungendo la nuova categoria degli *employees*, lavoratori subordinati espressione del ceto medio il cui *status* privilegiato consentiva la regolazione dei rapporti di lavoro

¹²¹Lowther v. Earl of Radnor, 1806, 8 East 113.

in cui fossero parti tramite differenti e nuovi principi¹²². La giurisprudenza iniziò a distinguere tra *employee* e *servant*, con ciò separando due diversi modelli contrattuali di lavoro con la conseguenza che a livello contrattuale, la distinzione si traducesse nelle fonti e cioè la distinzione fosse tra *contract of employment* e *contract of service*. L'*Employer's Liability Act* del 1880 e il *Workmen's Compensation Act* del 1906 hanno adottato il termine *workmen* piuttosto che quello di *employee* per descrivere i soggetti a cui si applicavano le loro previsioni.

Nel *Workmen's Compensation Act* del 1906 il soggetto chiamato *workman* è qualsiasi persona che “partecipasse (al lavoro) o lavorasse, in virtù di un *contract of service* o di apprendistato, sia che si trattasse di lavoro manuale, impiegatizio o altrimenti, sia esso stato concluso in modo esplicito o per fatti concludenti, in forma esplicita o verbale¹²³. Dal campo di applicazione di tali previsioni venivano esclusi i lavoratori altamente qualificati, e cioè quelli portatori di professionalità elevate e i lavoratori occasionali. Nella giurisprudenza del Novecento, pertanto, la quale recepiva e faceva proprie le linee direttrici di tali Acts, la condizione di *servant* era tenuta distinta da quella di *employee*, decisamente in posizione di privilegio. Le differenze tra le due condizioni o status non atteneva al grado di conoscenza ma era direttamente proporzionale al potere del *master*, e cioè del datore di lavoro/padrone di impartire ordini al *servant*, un potere che i giudici avevano associato ad una concezione di *exclusive service* e che denotava una seria condizione di sottomissione del *servant* alla volontà del *master*. L'elemento centrale che consentiva di distinguere le due tipologie di rapporto di lavoro era rappresentato dunque dalla presenza di un potere datoriale autoritativo. Nel periodo compreso tra il 1800 e il 1865 i lavoratori si dividevano in *servant*, lavoratori manuali nel settore agricolo o industriale a cui si applicava la legislazione del *Master and Servant*, con tutele retributive, previdenziali e di stabilità del posto di lavoro ridotte ed *employee*, e cioè gli impiegati e lavoratori con funzioni direttive ai quali non si

122Deakin S, Wilkinson F., *The Law of the Labour Market: Industrialization, Employment and Legal Evolution*, Oxford University Press, Oxford, 2005, 79.

123Koukiadaki A., *I Senior managers nel diritto del lavoro inglese*, DRI, 2009, 01, 17.

applicavano i *Master and Servants Acts* ed ai quali erano garantite contrattualmente sia un buon livello di reddito che di protezione sociale. A questi si aggiungevano gli *independent contractor*, e cioè i lavoratori autonomi, generalmente artigiani che non erano soggetti agli schemi regolativi dei *Master and Servant Acts*.

Quindi, tra il 1875 e il 1950 si rintracciavano le categorie degli *workman*, che appunto erano i lavoratori manuali soggetti alle previsioni disciplinari del *Workmen Act* del 1875¹²⁴, e gli *employee*, che prima rappresentavano quei lavoratori con mansioni non manuali e principalmente funzioni direttive e che poi ricomprendevano tutti i lavoratori dipendenti, manuali o di concetto. A queste due categorie si aggiungeva la terza che ricomprendeva i lavoratori autonomi, *self-employed*.

Indipendentemente dalle categorie di lavoratori che il sistema inglese ha creato e regolato anche in tale contesto si rinviene come la fonte regolativa dei rapporti di lavoro subordinato (mentre per quelli di lavoro autonomo la regolazione è lasciata totalmente alle parti senza alcun dubbio circa la sussistenza di interferenze dello stato nella libertà contrattuale, qui, prevalentemente privatistica) sia legata al principio di libertà contrattuale. La “*role of freedom of contract*” comporta infatti la libertà di svolgere un'attività prestare il proprio servizio in favore di un altro soggetto e la contestuale e speculare facoltà libera di ricevere detta prestazione in cambio di una contropartita. Le norme che disciplinano tale relazione contrattuale si rinvengono nella casistica giurisprudenziale che si premura di garantire la giusta esecuzione e rispetto dei principi generali dei contratti e cioè la correttezza e la buona fede nei rapporti obbligatori. L'autonomia contrattuale, che, per anticipare alcune conclusioni, ha uno spazio decisamente maggiore in tale ordinamento, ha però evidentemente dovuto cedere il passo ad alcuni interventi legislativi finalizzati a garantire il rispetto dei due poli caratteristici del diritto del lavoro e cioè la rispondenza alle esigenze economiche e il principio di inderogabilità. Ciò alla luce dell'appartenenza del Regno Unito all'Unione Europea che ha imposto il recepimento delle direttive elaborate a tutela dei lavoratori. Il

124 “con una protezione sempre maggiore grazie alla crescita della contrattazione collettiva ed alle disposizioni protettive del *Workmen Compensation Act* e del *Social Insurance Act*”, Koukiadaki A., *I Senior cit.*

raggio di autonomia contrattuale si è così progressivamente ristretto sia per quanto concerne il contenuto dei contratti che per quanto riguarda le modalità di recesso. Questo al fine, di tutelare la posizione contrattuale di debolezza del lavoratore, finendo dunque per avvicinare gli ordinamenti, entrambi caratterizzati dal regime dell'inderogabilità in alcuni ambiti di dominio del diritto del lavoro, che qui può essere indicato con la locuzione *mandatory nature of labour law*.

La centralità dunque del contratto di lavoro come territorio in cui si manifestano le libertà economiche e l'espressione dell'autonomia individuale è confermata, o forse maggiormente accentuata, nel sistema inglese.

Ai fini comparatistici è opportuno premettere come sebbene viga una sostanziale somiglianza terminologica tra l'uso nel continente del termine contratto e l'uso nel sistema inglese del termine *contract* essi hanno di fatto un significato differente che deriva in primo luogo dalle diverse fonti che ne regolano la validità e la legittimità nei sistemi di civil law e in quelli di common law, ma anche dalla diversa cultura giuridica e ideologica che ne sta alla base. La regolazione degli istituti è infatti totalmente diversa e da ciò scaturiscono le divergenze che poi si riverberano anche nell'uso dello strumento civilistico per la regolazione dei rapporti il cui contenuto vede come protagonista il lavoro.

In particolare nel sistema inglese il termine *contract* non viene definito da alcuna norma statutaria, come invece avviene nel sistema italiano a norma dell'art. 1321 c.c. Il concetto di *contract* non è, infatti, univoco né definito in una fonte scritta, o per meglio dire in una fonte legislativa. L'esperienza inglese vede infatti la definizione dell'istituto a mezzo delle pronunce giurisprudenziali che definiscono e regolano la materia in modo non sistematico. Non esiste cioè alcuna previsione che, come è accaduto nei sistemi di *civil law* in seguito alle elaborazioni pandettistiche sulla teoria generale del negozio giuridico, definisca precisamene cosa sia un contratto. A ciò si aggiunga che nel sistema dal quale qui si vogliono attingere alcuni spunti, svariati diversi termini vengono utilizzati come *agreement*, *obligation*, *statement* etc.. con ciò rendendo

difficile il lavoro del giurista che voglia trovarvi equivalenti corrispondenze nel sistema di civil law.

In particolare, inoltre, in questo sistema il concetto di *contract* si esprime in un ambito in cui vige una certa libertà (più o meno ampia) delle forme, ove non è condizionato e non muta nella sua espressione di efficacia in base ai contenuti di cui è portatore. Ciò che salta agli occhi nella comparazione tra i due sistemi è che, sebbene la tutela del lavoro sia presente e sviluppata nel sistema inglese quanto nel sistema italiano, essa non condiziona l'autonomia delle parti in modo assoluto. Il contratto cioè rimane un contratto anche se per oggetto esso abbia lo scambio di forza lavoro – retribuzione, a differenza, invece, del sistema italiano ove l'associazione dei concetti lavoro e autonomia individuale fa immediatamente scattare i limiti di forma e contenuto alla regolazione.

I testi di “*Employment Law*” nel descrivere la costruzione della relazione di lavoro/impiego iniziano in genere con la precisazione che essa è principalmente di natura contrattuale. In seguito la distinzione contrattuale passa dal *contract of service* che si oppone, invece al *contract for service*, stipulato con una parte definita “*independent contractor*”. Generalmente nel common law non vi sono particolari forme tipiche di redazione dei contratti di lavoro salvo per quanto viene previsto nella sezione 1 dell'*Employment rights act* il quale richiede la presenza di alcuni *written particulars of employment*”¹²⁵.

Negli ordinamenti di *common law* il *contract*, più generalmente inteso, è semplicemente un accordo tra due o più soggetti nel quale si ha uno scambio di prestazioni e, quindi, entrambe le parti assumono degli obblighi. Il collegamento tra la promessa (*promise*, la dichiarazione di assumere un obbligo) di una parte e quella dell'altra parte è la cosiddetta *consideration*, che è considerata requisito non del contratto ma di ciascuna promessa. Di conseguenza in questi ordinamenti il contratto può essere definito come l'accordo per lo scambio di promesse.

Di questo si trova evidenza anche nello stesso impianto della manualistica di base per l'introduzione alla materia del diritto del lavoro. In particolare infatti, prima di trattare di diritti e

¹²⁵Gaymer J., *The employment relationship*, Sweet & Maxwell, London, 2001, p. 11.

peculiarità del lavoro, si analizza tutto il processo di formazione del contratto esattamente come avviene nell'avvicinamento alla materia del diritto privato in Italia. Si analizza l'offerta, la forma della stessa e il passaggio del tempo dopo che essa è proposta (*lapse of time in relation to the offer*), la mancata considerazione dell'offerta stessa, le condizioni, la negoziazione, l'accettazione e così via.

Nei sistemi di *civil law*, invece, il concetto di contratto, peraltro, ha una maggiore estensione, che è frutto della tendenza all'astrazione che caratterizza queste culture giuridiche poiché vengono fatti rientrare tra i contratti non solo gli accordi caratterizzati da uno scambio di prestazioni e dal sorgere di obblighi in capo a tutte le parti (contratti bilaterali o sinallagmatici) ma anche quelli che, come la donazione, fanno sorgere obblighi in capo solo a una o ad alcune delle parti (e che per loro natura sono contratti unilaterali).

Nei paesi di *common law*, un atto privo di *consideration* è possibile solo come deed (donazione), e sarebbe un atto con una serie di requisiti formali: deve essere cioè redatto per iscritto, firmato della parte (alla firma va aggiunta la dicitura "*as seal*", prima "sigillo") alla presenza di un testimone con successiva consegna del documento all'altra parte. Tale Deed può avere qualsiasi contenuto. Può essere utilizzato per le donazioni, per la promessa unilaterale (*deed of covenant*), per la costituzione di diritti reali (*deed of grant*), per la remissione del debito (*deed of release*) e per il trasferimento di diritti immobiliari. Gli ordinamenti di *civil law*, a differenza di quelli di *common law*, ammettono l'esistenza di contratti reali, i quali a differenza dei contratti consensuali, per perfezionarsi oltre al consenso delle parti richiedono la consegna dell'oggetto del contratto dall'una all'altra parte (*traditio rei*). Le situazioni che negli ordinamenti di *civil law* danno luogo a un contratto reale, nei sistemi di *common law* danno luogo a un *bailment*, un rapporto giuridico in forza del quale chi ha consegnato il bene (*bailor*) può ne può chiedere la restituzione a colui che lo ha ricevuto (*bailee*), non in virtù di un'obbligazione contrattuale ma in virtù della proprietà o del possesso sul bene stesso. L'elemento che caratterizza il *bailment* è rappresentato

dalla consegna di cose mobili dal *bailor* al *bailee* alla condizione espressa o tacita che saranno restituite non appena sarà venuto meno lo scopo della consegna.

Mentre il codice civile italiano del 1942, definisce le relazioni contrattuali a partire dal concetto di accordo tra le parti il cui obiettivo è la costituzione (o la modifica o l'estinzione) di un rapporto giuridico di natura patrimoniale il quale però si arricchisce di molteplici successive eccezioni sull'effettività della volontà e sulla forza delle parti della relazione patrimoniale, nel *common law* l'evidenza dell'accordo e cioè della manifestazione di volontà è centrale e, per così dire, sufficiente.

I principi del contratto implicati nel rapporto di lavoro vengono distinti in principi provenienti dalla legge, o per meglio dire di fonte legale, le quali trovano la loro fonte nel *common law* e negli *statutes*; e dall'altro lato i principi di fatto e cioè quei principi la cui operatività è circoscritta al singolo contratto che li prevede, o per meglio dire alla singola impresa che li usa.

I principi generali per così dire legali e cioè “*by law*”, si distinguono dunque in doveri del datore di lavoro e doveri del lavoratore. Tali trovano la loro fonte nelle pronunce giurisprudenziali che con il tempo sono state integrate dalle disposizioni legislative emanate dal parlamento. I principi dunque che trovano la loro fonte nel *common law* sono stati influenzati dalla legislazione.

Allo sviluppo e all'elaborazione giurisprudenziale dei principi che sostengono i doveri delle parti nel rapporto di lavoro si affiancano i diritti dei lavoratori.

Tali *Statutory employment rights* trovano la loro fonte principale, come si evince dalla loro stessa dizione, negli *statutes* di fonte primaria e negli *statutes* di fonte secondaria. Tra le fonti legislative primarie si trovano il National Minimum Wage Act del 1998 (NMWA), il quale contiene le protezioni basilari (“*key protections*”) nell'ambito dei minimi retributivi e che trova la sua attuazione nel National Minimum Wage Regulations del 1999. I diritti del lavoratore trovano fonte

anche nell'*Employment Rights Act* del 1996 (ERA) che tra i principali diritti del lavoratore esplicita il diritto ad ottenere un “*written Statement on the particulars of the employment*”, il diritto a non patire riduzioni non autorizzate della retribuzione, il diritto di non essere vittima di svantaggio o disparità di trattamento, il diritto a ricevere un periodo minimo di preavviso in caso di licenziamento, il diritto di ricevere un documento attestante le ragioni del licenziamento.

L'*Employment Relations Act* emanato nel 1999 (ErelA) introduce la possibilità per il lavoratore di farsi assistere da un collega o da un rappresentante sindacale in sede di audizione disciplinare. I diritti attinenti all'orario di lavoro sono contenuti nel Working Time Regulations del 1998 (WTR) il quale fissa un orario massimo settimanale di 48 ore, comprensive di tempo straordinario ed ogni orario supplementare in cui il lavoratore abbia prestato la propria attività professionale, che afferma il diritto alle ferie e al riposo settimanale, nonché l'intervallo di tempo minimo tra un turno e l'altro. Nel 2000, inoltre, viene approvato un Regolamento per i diritti dei lavoratori part – time finalizzato alla prevenzione dei trattamenti meno favorevoli. Un'attenzione particolare, come per i *part timers*, è dedicata ai *fixed-term employers* e cioè ai lavoratori a tempo determinato i quali sono destinatari delle *Regulations* del 2002.

Più precisamente la strutturazione del contratto e delle fonti del rapporto di lavoro si lega, anche in questo ordinamento ai concetti di regulation, deregulation, inderogability.

Il diritto del lavoro inglese attuale possiede un certo numero di norme di legge e statutarie comuni che sono suscettibili di deroga. Pertanto, il datore di lavoro e il lavoratore possono essere il diritto di modificare un impiego sia oralmente che per iscritto. La pratica di disapplicazione contrattuale, la modifica, la limitazione o qualificazione di norme di lavoro o diritti, sono solo alcuni esempi di fonti di deroga presenti nel diritto del lavoro inglese. Queste prassi possono essere denominate ‘bald contracting out’.

Ciò che è evidente, però, per tutta la dottrina inglese, è che nessun principio universale di inderogabilità attualmente esiste nel diritto inglese del lavoro. Ed anzi si tende a sottolineare

l'assenza di un principio di inderogabilità anche in relazione ai diritti più basilari, tanto che la più autorevole dottrina parla di “deficit inderogabilità”¹²⁶.

Anche altra dottrina¹²⁷ ha recentemente fatto un riferimento a questo deficit inderogabilità si riferendosi al fatto che alcuni diritti dei lavoratori aventi lo *statute* come fonte sono suscettibili di deroga espressa per contratto.

Ci sono molte lacune nei case law che provano come vi sia una effettiva prevalenza di un “deficit inderogabilità” nel diritto attuale del lavoro del Regno Unito, sia per quanto riguarda i diritti dei lavoratori che per ciò che concerne i principi. Vi sono anche esempi storici di diritti legali che erano derogabili da clausole espresse del contratto, come accadeva ad esempio per la possibilità di rinunciare al diritto del lavoratore di ottenere un risarcimento, in caso di lesioni personali o morte per responsabilità del datore di lavoro sotto il profilo delineato dal Responsibility Act del 1880 (caso Griffiths v Dudley). Altri storici esempi attengono alla possibilità di derogare alle norme di legge sul compenso degli operai o, infine, il diritto di derogare al pagamento dell'indennità di licenziamento, nel caso in cui il lavoratore sia occupato con un contratto a tempo determinato avente durata di almeno due anni, a norma della tanto dibattuta sezione 197 del Rights Act del 1996.

Tuttavia, il deficit inderogabilità non si limita ai diritti del lavoro che hanno una fonte statutaria. Ad esempio, la clausola di reciproca fiducia, che ha la *common law* come fonte, conferisce un particolare diritto a favore del lavoratore e datore di lavoro. Se il dipendente o il datore di lavoro, senza ragionevole causa, agiscono in modo tale da mettere a rischio di rompere o compromettere seriamente il rapporto di fiducia esistente tra le parti, la clausola implicita è violata.

Come è stato sostenuto, infatti, il diritto del lavoro si compone anche di clausole implicite (che vedremo essere chiamate *implied terms*) di fedeltà, la quale è probabilmente

¹²⁶Cabrelli D., *Towards a prohibition of derogation of employment rights*, University of Edinburgh - School of Law September 1, 2007.

¹²⁷Anderman S., *The Interpretation of Protective Employment Statutes and Contracts of Employment*, 2000, 29, ILJ 223, 227.

derogabile fino al quando sia possibile contrarre o negoziare diversamente e dunque modificare la portata della clausola implicita di fiducia reciproca/fedeltà.

2. *Contract, implied terms and Statement*

La forma del contratto di lavoro nel sistema britannico è tendenzialmente libera, come accade in Italia (con le dovute eccezioni)¹²⁸. Le parti hanno dunque la libertà di decidere se accordarsi verbalmente o per scritto. L'accordo di lavoro si compone quindi di clausole che possono essere state più o meno formalizzate, e ben possono esistere clausole che, seppur non formalizzate, costituiscono un patto espresso tra datore di lavoro e lavoratore.

Le clausole espresse, infatti, concorrono a condizionare la relazione di lavoro e possono essere in vari modi documentate, si distinguono dalle clausole implicite. Tali clausole, *implied terms*, costituiscono un punto di riferimento di partenza per la qualificazione *ex ante* del rapporto di lavoro al fine di rintracciarne gli elementi fondanti quali la subordinazione e le fonti, la struttura e i diritti e obblighi reciproci delle parti.

Il *Contract of employment*, dunque, è l'accordo tra datore di lavoro e lavoratore volto a regolare il rapporto tra le due parti. Esso non deve avere necessariamente forma scritta e la sua esistenza può essere presunta dalle circostanze del caso concreto. Tendenzialmente, all'inizio del rapporto, le parti possono concludere un contratto parzialmente incompleto rimandando ad un altro momento la precisazione degli effettivi contenuti o delle modalità precise di esecuzione della prestazione.

Il contenuto di ogni contratto è ovviamente variabile a seconda del contesto e del settore, e anche nel *common law* esistono alcuni obblighi relativi ad alcune condizioni o termini

¹²⁸In questo senso ci si riferisce agli obblighi di forma che vengono prescritti dalle norme del lavoro in Italia per alcune tipologie contrattuali, e per quanto riguarda il sistema inglese l'eccezione si ritrova nel settore marittimo.

contrattuali. Alcuni *Statutes*, e cioè le leggi del Parlamento inglese, prevedono una disciplina stringente per alcuni aspetti del rapporto contrattuale che, sebbene non richiamati dal contratto individuale di lavoro, entrano automaticamente a regolare il rapporto tra datore e lavoratore. Ciò accade ad esempio per quanto riguarda la sicurezza negli ambienti di lavoro, i periodi minimi di preavviso, l'obbligo di adempiere all'ordine datoriale che sia ragionevole e lecito, l'obbligo di non rivelare segreti commerciali, ecc. Nel *Contract* sono, infatti, come si accennava, contenuti i c.d. *Terms of employment*, i quali contengono la descrizione delle condizioni di lavoro, dei diritti e delle responsabilità delle parti, dei loro doveri. Tali *terms*, e cioè tali clausole contrattuali, sono considerate giuridicamente vincolanti, siano esse implicite, e cioè non richiamate ma automaticamente operanti nel rapporto, che esplicite. I *terms* che influenzando quindi il contratto possono essere contenuti, per fare alcuni esempi:

- a) in un contratto scritto o documento simile come una dichiarazione scritta che va ad integrare il contratto verbalmente concluso;
- b) esposti nella bacheca in aziendale;
- c) nella lettera di offerta del lavoro da parte del datore di lavoro;
- d) nelle previsioni di legge (ad esempio come accade per i livelli di retribuzione minima);
- e) nei contratti collettivi (attraverso il richiamo espresso o implicito).

Alcune clausole possono essere espresse, come si accennava poco sopra, perchè espressamente richiamate nel contratto scritto, altre implicite. Alcuni esempi di clausola implicita possono essere:

- a) la regola che impone ai dipendenti di comportarsi correttamente nei confronti del proprio datore di lavoro;
- b) l'obbligo per il datore di lavoro di garantire un ambiente di lavoro sicuro e protetto;

c) il diritto ad un minimo di 5 o 6 settimane di ferie retribuite;

d) gli obblighi formativi o i titoli necessari per accedere ad una qualifica professionale.

Le clausole espresse, sono la chiara e diretta espressione della natura contrattuale del rapporto di lavoro, mentre le clausole implicite attinenti al rapporto di lavoro sono una “espressione del sistema” ed esprimono la natura di *status* che si pone alla base del rapporto di lavoro. Le clausole espresse, infatti, trovano la loro fonte nei *case law*, dunque nei precedenti giurisprudenziali che con il tempo ne hanno affinato operatività e contenuti. In particolare il *common law* di stampo feudale aveva una concezione del rapporto di lavoro subordinato come un rapporto fondato su di uno status, piuttosto che su di un contratto, alla stregua di una posizione giuridica/personale regolata dalla legge piuttosto che dalla libera autonomia delle parti. Tale immagine, *status vs contract*, è spesso richiamata negli studi comparati sulle teorie generali del contratto e sullo spazio lasciato all'autonomia delle parti¹²⁹.

Le clausole implicite costituiscono, invece, l'elemento del diritto del lavoro inglese che fa emergere la natura informale e circostanziale dello stesso sistema. Si tratta della fonte più rappresentativa nel suo declamare il primato del potere giudiziario, in una visione del diritto come diritto pre-statuale e formulato *ex post*, che si oppone al sistema continentale che invece propone una struttura regolativa ove vige la prevalenza del diritto statale-codificato e formulato *ex ante*.

È importante tenere conto della circostanza per cui il regime delle clausole implicite nei sistemi di *common law* trovi la propria base sul consenso, pur tacito, delle parti, “*consent*”. Cioè in questo ambito di libertà contrattuale, non è l'elemento della volontà che appare fondante per l'inserimento di una certa clausola, quanto piuttosto la intrinseca necessità di ritenere presente quella clausola. Il vero fondamento delle clausole implicite sembra stare, quindi, nella legge intesa in senso lato (*common law*) più che in un accordo delle parti fondativo e legittimante. Nonostante

¹²⁹Su questo punto si rinvia al capitolo I e in particolare ai cenni agli studi di Maine H. S., *Ancient Law: Its Connection with the Early History of Society, and its Relation to Modern Ideas*, 1861, 170.

l'operatività di tali principi, che sono poi i principi fondanti del *common law* e ne descrivono la struttura per quanto concerne gli “istituti della regolazione” e il sistema delle fonti contrattuali anche in ambito giuslavoristico, però, l'elemento volontaristico rimane a contraddistinguere il loro carattere eventuale piuttosto che imperativo. Le corti infatti, sembrano non ritenerle presenti ed efficaci solo come effetto di un accordo implicito, non potendole ritenere regole che operano “di diritto” e non potendo, dunque, il giudice, in via discrezionale, ritenerle operative, nemmeno ove ciò fosse reso necessario dall'applicazione del criterio di ragionevolezza.

Il *Contract* si distingue dal c.d. *Statement* e cioè dalla dichiarazione scritta che il datore di lavoro ha l'onere di consegnare al lavoratore entro due mesi dall'inizio della prestazione lavorativa, contenente la descrizione delle condizioni occupazionali applicate dall'*employer*. I due documenti sono distinti e mentre lo *Statement* ha natura unilaterale e non deve essere firmato dal lavoratore (eventualmente la firma può essere apposta per accettazione) il *contract* ha natura bilaterale e rappresenta l'incontro della volontà di entrambe le parti su alcuni aspetti del rapporto obbligatorio.

Lo *Statement* deve contenere obbligatoriamente:

- a) il nome del datore di lavoro e del dipendente;
- b) la data di inizio dell'attività lavorativa e della sua fine se il contratto è a termine;
- c) la retribuzione o i criteri per calcolarla, nonché gli intervalli in cui viene corrisposta (es. settimanalmente, mensilmente o altro);
- d) l'orario di lavoro (compresi i termini e le condizioni relative al normale orario di lavoro);
- e) la regolazione delle ferie, delle festività e i criteri di calcolo delle ferie maturate in caso di cessazione del rapporto ai fini della corresponsione dei relativi diritti;
- f) le eventuali condizioni correlate all'incapacità/inabilità al lavoro a causa di malattia o

infortunio tra le quali si trovano anche le previsioni relative alle assenze per cure, visite, riposi o malattia;

g) la durata del preavviso che il lavoratore è obbligato a dare in caso di recesso nonché il preavviso che il datore è egualmente tenuto a dare per la medesima circostanza;

h) la qualifica e la descrizione delle mansioni o delle modalità di svolgimento della prestazione;

i) nel caso in cui il rapporto di lavoro non sia inteso a tempo indeterminato, l'indicazione del periodo o dell'intervallo di tempo a cui si riferisce;

h) il luogo di lavoro;

i) i contratti collettivi che direttamente sono ritenuti applicabili (*express incorporation*);

l) il periodo nel quale il lavoratore è chiamato a lavorare fuori dal territorio dello Stato e la valuta in cui remunerazione deve essere pagata durante il periodo fuori sede, nonché i compensi aggiuntivi da pagare e le eventuali prestazioni dovute in ragione della trasferta, i termini e le condizioni relative al rientro;

m) le norme disciplinari applicabili al lavoratore e le modalità di attuazione dei procedimenti disciplinari o del licenziamento;

n) l'indicazione delle modalità e delle sedi in cui esercitare il ricorso per l'impugnazione dei provvedimenti disciplinari o per qualsiasi altra ragione legata al rapporto di lavoro;

o) le condizioni relative alla pensione e ai fondi pensione e l'indicazione del soggetto obbligato a versarli e in quale misura, anche nel caso in cui la prestazione di lavoro sia oggetto di subappalto di manodopera.

Ogni modifica alle suddette condizioni può essere apportata e di questo deve essere data comunicazione al lavoratore entro un mese dall'introduzione delle stesse. La mancata ricezione

dello Statement consente al lavoratore di rivolgersi ad un Tribunale del lavoro per la verifica e l'ottenimento dell'applicazione delle condizioni occupazionali applicate dal suo datore di lavoro.

Quando il *Contracts of Employment Act* è stato adottato, nel 1963, come parte di un programma di modernizzazione attraverso la regolamentazione di alcuni aspetti del rapporto di lavoro, l'obiettivo del legislatore è stato quello di garantire l'avverarsi della circostanza che i datori di lavoro mettessero a disposizione dei dipendenti tutte le informazioni contrattuali essenziali. Tale normativa veniva approvata e costruita senza la volontà di interferire con l'autonomia delle parti nella volontà di costruire il proprio rapporto contrattuale come vogliono¹³⁰. La Direttiva CE in materia di informazione (91/533/CEE) ha aggiunto una dimensione comunitaria a quello che una volta era una questione puramente nazionale anche secondo i giuristi di *common law*. Il diritto comunitario ha costruito cioè un sistema che, condizionando il diritto interno ha tentato di garantire una protezione supplementare e l'instaurazione di rapporto di lavoro più trasparente.

3. *Il contratto collettivo nel sistema di common law: expressed incorporation e implied incorporation*

Il *Trade Union and Labour Relations Act* emanato nel 1992 e avente ad oggetto la risistemizzazione delle relazioni industriali reca una primaria definizione di *collective agreement*. È così definito qualsiasi accordo tra uno o più sindacati e uno o più datori di lavoro o associazioni datoriali che siano finalizzati a raggiungere un punto di incontro sulle seguenti materie:

- i termini e le condizioni di lavoro, o le condizioni relative all'ambiente di lavoro;
- la cessazione, la sospensione del rapporto di lavoro o gli obblighi derivanti dalla sussistenza di un rapporto di lavoro;

¹³⁰Kenner J., *Statement or contract? - Some reflections on the EC Employee Information (Contract or Employment Relationship)*, *Industrial Law Journal* 1999, 28.

- l'assegnazione di mansioni o la ripartizione delle funzioni tra i dipendenti di un'impresa;
- sanzioni ed aspetti riguardanti il potere disciplinare;
- gli aspetti relativi all'appartenenza o alla non appartenenza ad un sindacato;
- i diritti dei dipendenti che svolgano le funzioni di rappresentanti sindacali (es. permessi etc...);
- i meccanismi di negoziazione o la regolazione delle procedure di consultazione relativamente ad uno degli argomenti di cui sopra, tra cui il riconoscimento da parte datori di lavoro o delle associazioni dei datori di lavoro del diritto di un sindacato di rappresentare i lavoratori in una trattativa o in una procedura di consultazione o nel corso dei procedimenti disciplinari.

Come è noto, i contratti collettivi non sono ancora legalmente vincolanti tra le parti (cioè il sindacato e il datore di lavoro), a meno che non siano esplicitamente definiti come tali in conformità con la sezione 179 del *Trade Union and Labour Relations Act* emanato nel 1992 ("TULCRA"). In generale, i contratti collettivi devono pertanto essere richiamati espressamente nel testo o nelle clausole contratto individuale di lavoro, per poter essere applicati a tutti.

Perché un contratto collettivo sia considerato vincolante e dunque legalmente opponibile è necessario che le parti si siano espresse in tal senso e che vi sia cioè l'intenzione delle stesse di vincolarsi reciprocamente a quell'accordo collettivo. Vige dunque una presunzione, la cui fonte è il *common law*, per la quale i contratti collettivi non sono considerati giuridicamente vincolanti a meno che le parti abbiano espressamente concordato che lo siano. Tale principio, di fonte giurisprudenziale è stato successivamente recepito nella citata legge.

La Sezione 179 della legge prevede, infatti, che i contratti collettivi non possono essere presunti vincolanti a meno che il contratto tra esse concluso sia stato stipulato per iscritto, e contenga una disposizione espressa che affermi che le parti convengono che l'accordo collettivo è

considerato vincolante e fonte legale del rapporto che si costituisce.

Il contratto collettivo può essere cioè considerato giuridicamente vincolante, se le parti confermano per iscritto (provano per iscritto) all'interno del contratto individuale di lavoro che intendono attribuirvi effetti giuridicamente vincolanti.

Negli altri casi, quindi, si presume che il contratto collettivo non sia stato inteso dalle parti come legalmente vincolante. Una conseguenza derivante da quanto precede è che i contratti collettivi conclusi oralmente tra datore di lavoro e un sindacato possono, allo stesso tempo, non avere alcun valore legalmente vincolante.

L'incorporazione delle clausole contenute nel contratto collettivo avviene secondo le modalità previste dall'art. 1 del *Rights Act* del 1996. Si è già fatto cenno, infatti al contenuto e agli obblighi relativi alla consegna del Written Statement che dovrebbe altresì tenere conto dell'esistenza di eventuali contratti collettivi che influenzino direttamente i termini e le condizioni di lavoro e pronunciarsi sulla loro operatività.

Dove sussiste un problema circa l'effetto contrattuale dei termini di un contratto collettivo all'interno di un rapporto di lavoro subordinato, la questione che le Corti spesso affrontano, e in generale la prova quindi che deve essere superata, è se valutando la questione oggettivamente, fosse previsto che il termine o i termini rilevanti del contratto collettivo avrebbero dare origine a diritti/obbligazioni contrattuali applicabili automaticamente ai singoli dipendenti.

In alcuni casi gli accordi possono essere ritenuti incorporati nel contratto individuale di lavoro anche senza la necessità che vi sia un accordo specifico tra lavoratore e datore in tal senso. Per tale ragione si ritiene che il meccanismo dell'incorporazione del contratto collettivo nel contratto di lavoro possa essere così diviso, in corrispondenza delle modalità in cui opera:

- incorporazione espressa
- incorporazione implicita, e

- incorporazione secondo un meccanismo di “agenzia” o di rappresentanza.

Per incorporazione espressa si intende il meccanismo per il quale un contratto collettivo è espressamente richiamato nel contratto individuale di lavoro tramite un riferimento chiaro e preciso che esprime la volontà delle parti di intendere quella fonte di origine sindacale vincolante e operativa tra loro nell'esecuzione delle reciproche obbligazioni. Questo meccanismo appare, a prima vista, molto semplice, ma la giurisprudenza ha dovuto rispolverare alcuni interessanti problemi interpretativi circa il reale significato da attribuire alle clausole di *express incorporation*.

Con il termine incorporazione implicita ci si riferisce al meccanismo operante in assenza di un *express agreement* dal quale sia possibile dedurre la volontà delle parti circa l'operatività di un contratto collettivo o di un altro contratto, nell'esecuzione di un contratto individuale di lavoro. La distinzione tra incorporazione espressa e incorporazione implicita è che l'incorporazione espressa è una pratica utilizzata quando sono gli stessi contratti collettivi ad affermare la necessità che le clausole in essi contenute vengano espressamente richiamate nel contratto individuale, con l'espresso riferimento cioè all'art. 1 del Rights Act del 1996; mentre l'incorporazione implicita opera ove ci sia una consolidata prassi di incorporazione di un determinato contratto collettivo.

La clausola implicita, che fornisce un fortissimo spunto di comparazione ed un elemento di effettiva comprensione del sistema delle fonti del rapporto di lavoro inglese, è la c.d. *bridging term*, ovvero la clausola in virtù della quale il contenuto dei contratti collettivi stipulati nel contesto aziendale (o anche altrove) è recepito nel contratto individuale.

L'incorporazione secondo il principio di agenzia, o per meglio dire, di rappresentanza opera in modo tale che un lavoratore il quale sia membro del sindacato, sia vincolato dall'accordo stipulato da quello stesso sindacato, sulla base del fatto che il sindacato opera e negozia per conto dei propri membri. In alcune pronunce, infatti, si afferma che il rappresentante sindacale ha autorità e mandato di negoziare nuove condizioni di occupazione e, di conseguenza, i termini dell'accordo

negoziato dal rappresentante sindacale possono essere considerati applicabili ai lavoratori che ne sono membri.

Alcuni casi, riportati da tutta la dottrina e la manualistica del diritto del lavoro inglese, aiutano nella comprensione della struttura delle fonti collettive, anche al fine di consentire al lettore di ravvisare le prime evidenti differenze in termini di “supplenza” dell'autonomia delle parti ad opera della legge da una parte e del *common law* dall'altra.

Nel caso *Alexander v. Standard Telephones and Cables Ltd (No2)* [1991] IRLR 286 HC (Hobhouse Judge) si afferma che:

a) Il contratto di riferimento per ogni rapporto di lavoro è quello stipulato tra il singolo lavoratore e il suo datore di lavoro;

b) Nella misura in cui l'intenzione di instaurare una relazione contrattuale avente ad oggetto il lavoro è espressa in un documento scritto, è necessario che il documento sia interpretato sulla base di principi contrattuali generali. Nella misura in cui tale documento contrattuale non esista o quel documento non sia completo o definitivo, l'intenzione delle parti deve essere accertata attraverso il resto del materiale disponibile e collegato al rapporto di lavoro come ad esempio i contratti collettivi.

c) Il fatto che un ulteriore documento che non abbia natura contrattuale sia inserito nel contratto non ne impedisce l'operatività se è dimostrato che tra il datore di lavoro e il singolo dipendente c'è stato accordo in tal senso.

d) Quando un documento viene espressamente richiamato e considerato parte del contratto individuale tramite un generico richiamo è necessario stabilire, sulla base delle parole usate per il richiamo, se una parte particolare o l'intero documento sia suscettibile di essere incorporata. Se il richiamo o in contenuto del documento sono inadatti o impropri, la corretta interpretazione del contratto è che tale fonte estrema non costituisce un termine del contratto.

e) Quando, invece, non ci sia espressa incorporazione, ma si ponga quindi la questione di indagare l'effettivo intento contrattuale riguardo all'operatività di fonti esterne al contratto individuale di lavoro, la natura del documento è fondamentale per capire e decidere se possa essere considerato operante o meno tra le parti.

Il punto da cui partono le corti di *common law* è, dunque, quello della stringente necessità di stabilire se esiste un termine esplicito o implicito nel contratto individuale di lavoro che preveda l'incorporazione di una fonte esterna al contratto individuale. Così, ci può essere una clausola espressa che incorpora contratti collettivi negoziati di volta in volta (*time to time*), o ci può essere una clausola implicita che può essere considerata operativa in tal senso. Allo stesso modo, ci possono essere condizioni esplicite o implicite che incorporano particolari accordi collettivi.

Per quanto riguarda il meccanismo di incorporazione espressa cui si è fatto cenno poco sopra è importante, secondo la giurisprudenza, leggere attentamente e verificare il riferimento che viene fatto nel contratto di lavoro alla fonte esterna. Accade di frequente, cioè, che nel contratto ci siano riferimenti alla contrattazione collettiva ma che tuttavia il giudice, in sede di verifica, concluda che il contratto collettivo non è espressamente incorporato, ad esempio perché la clausola che lo richiama prevede un potere discrezionale da parte del datore di lavoro o perché il riferimento è generico e non attiene alla questione particolare che è in discussione in quell'area del contratto.

Anche se è chiaro che un determinato contratto collettivo è espressamente incorporato, perchè esiste una clausola espressa nel contratto individuale di lavoro, questa condizione costituisce solo una parte degli elementi oggetto di prova che consentono al giudice una precisa contezza della volontà delle parti. La questione che è fondamentale per i giudici è se il termine sia adatto per incorporazione o meno. La questione fondamentale è dunque la natura delle clausole che vengono incorporate nel contratto. Nel caso *National Coal Board vs. Unione nazionale dei minatori*, del 1986, ICR 736 Ch, concernente l'iscrizione di disposizioni per l'arbitrato in caso di un fallimento collettivo da concordare, il giudice Scott ha dichiarato che:

“[there is] a distinction between terms of a collective agreement which are of their nature apt to become enforceable terms of an individual's contract of employment and terms which are of their nature inapt to become enforceable by individuals. Terms of collective agreements fixing rates of pay, or hours of work, would obviously fall into the first category. Terms which deal with the procedure to be followed by an employer before dismissing an employee also would fall into the first category. But conciliation agreements setting up machinery designed to resolve by discussions between employers' representatives and union representatives, or by arbitral proceedings, questions arising within the industry, fall...firmly in the second category. The terms of conciliation schemes are not intended to become contractually enforceable by individual workers and do not become contractually enforceable by individual workers whether or not referred to in the individuals' contracts of employment.

In altri termini, una considerazione potenzialmente decisiva è se la clausola riguarda il rapporto tra individuo e datore di lavoro, o se si riferisce al rapporto tra il datore di lavoro e la forza lavoro nel suo complesso, o, ancor diversamente, il datore di lavoro e i rappresentanti sindacali. Nel caso *National Coal Board vs. Unione nazionale dei minatori*, l'incorporazione automatica non ha funzionato evidentemente perché le disposizioni pertinenti contenute nel contratto collettivo non erano adatte per l'incorporazione in quanto aventi ad oggetto i meccanismi di risoluzione delle controversie collettive e quindi erano legate al rapporto tra il datore di lavoro e i rappresentanti dei lavoratori.

Anche ove la natura della clausola specifica non sia tale, di per sé, ad escludere definitivamente l'incorporazione, alcuni altri casi, hanno sottolineato la necessità di guardare anche alle altre disposizioni del contratto collettivo, di tenere cioè in debito conto tutta la struttura del contratto collettivo al fine di decidere se l'accordo nel suo complesso sia stato destinato ad avere forza contrattuale anche tra datore e singolo lavoratore. Così, in *Alexander v Standard Telephones and Cables Ltd (No2)*, dopo aver respinto l'operatività dell'espressa incorporazione, il giudice

Hobhouse ha continuato a dire che, anche se avesse accettato come operativo il meccanismo dell'incorporazione espressa sarebbe comunque stato necessario valutare in una seconda battuta se la procedura di mobilità contenuta nel contratto collettivo e invocata in giudizio fosse effettivamente adatta per l'incorporazione.

Il contratto collettivo prevedeva:

“In the event of a compulsory redundancy, selection within each skill group will be made on the basis of service within the group.” This was modified by a further agreement which stated: “In the event of a compulsory redundancy, selection on the basis of service means that employees with the shortest service in each skill group would be the first to be affected by a compulsory redundancy.”¹³¹

Il giudice ha raggiunto la conclusione che queste clausole siano qualificabili come idonee a dare origine a diritti individuali. Tuttavia, egli ha ritenuto che non fossero applicabili. Qualora nessuna delle altre clausole del contratto collettivo fossero state suscettibili di essere incorporate nel contratto individuale di lavoro, sarebbe stato necessario raggiungere la prova convincente che una clausola particolare era stata accettata e che tale avesse un contenuto diverso che la rendesse idonea all'incorporazione. In questa decisione, la natura delle clausole in questione è emersa avuto riguardo al contesto in cui erano nate: esse erano essenzialmente documenti politici relativi al rapporto tra datore di lavoro e organizzazione sindacale in caso di licenziamento. Quasi tutti le clausole contenute nell'accordo richiamato erano infatti di natura procedurale e la clausola relativa al "first in last out" richiamata non era sufficiente, nella sua formulazione, per sostenere l'inferenza di quel contratti collettivo.

Nella decisione *Kaur vs. MG Rover Group Ltd* [2005] ICR 625 CA, un caso di

¹³¹ "In caso di licenziamento obbligatorio, la selezione all'interno di ogni gruppo di lavoratori dello stesso livello sarà effettuata sulla base del servizio effettivamente prestato all'interno del gruppo." Questa clausola è stata però modificata da un ulteriore accordo che ha dichiarato: "In caso di licenziamento obbligatorio, la selezione sulla base di servizio significa che i dipendenti con l'anzianità di servizio minore in ciascun gruppo sarebbero i primi ad essere colpiti da un licenziamento obbligatorio".

incorporazione espressa, il giudice ha avuto modo di pronunciarsi sul problema incentrato sulla lingua degli accordi nel loro insieme e sulla prova dell'intenzione di dare origine a diritti. La clausola in questione aveva ad oggetto un accordo al fine di non procedere a licenziamenti. La Corte d'Appello, richiamando le decisioni nei casi National Coal Board vs dell'Unione nazionale dei minatori e Alexander vs. Standard Telephones and Cables Ltd (No2), ha ritenuto che, anche nei casi di incorporazione espressa, sia sempre necessario valutare se una parte del contratto collettivo giustifichi il suo richiamo all'interno del contratto individuale. Quando si tratta di contratti collettivi ci potrebbero anche essere alcune disposizioni che sono state chiaramente non destinate a dar luogo a pretese o diritti o obblighi giuridicamente vincolanti nel rapporto tra datore di lavoro e il singolo dipendente. La Corte ha così dovuto esaminare il contenuto e il carattere dell'intero contratto collettivo per verificare l'esistenza di parti pertinenti al rapporto di lavoro. In particolare il giudice ha evidenziato come gran parte del linguaggio degli accordi collettivi richiamati era di tipo generico e promozionale come ad esempio:

"the parties agree to the principles set out in Rover Tomorrow-The New Deal",

"Constant open and honest two-way communications with employees throughout the company will be the norm. The process of daily, weekly, monthly and annual employee briefings will be strengthened",

"the challenge of strong competition gives a clear message-if we wish to survive we must be competitive in terms of efficiency, quality, productivity, flexibility and employee contribution. We must all pursue the elimination of waste in order to achieve continuous improvement in every aspect of the business",

"2.1 It will be our objective to ensure that the application of the 'Partnership Principles' will enable employees who want to work for Rover to stay with Rover. As with the successful

introduction of 'Rover Tomorrow-The New Deal' THERE WILL BE NO COMPULSORY REDUNDANCY (underlining added)",

"2.2 The company recognises that its employees are the company's most valuable asset",

"2.3 Any necessary reductions in manpower will be achieved in future, with the co-operation of all employees, through natural wastage, voluntary severance and early retirement, after consultation with trade unions".

Nella decisione *Malone v British Airways Plc* [2011] IRLR 23 CA , riguardante le condizioni e le caratteristiche di composizione della squadra di personale in determinati voli, la Corte d'appello ha ritenuto che le condizioni non erano adatte per incorporazione, ma erano destinate ad essere vincolanti solo tenuto conto di alcune considerazioni:

a) L'elemento di riferimento per l'incorporazione è se la disposizione in questione impatti sulle condizioni di lavoro del personale di cabina. Se ciò accade è probabile che sia adatta per essere oggetto di incorporazione. Se non accade, per esempio, perché è intrinsecamente vaga o ha natura di mera espressione di politica o di principio, o perché si tratta chiaramente di questioni che rimangono sul piano delle relazioni collettive come gli accordi di conciliazione, essa non sarebbe adatta per l'incorporazione.

b) Il test decisivo per la Corte è che le parti abbiano oggettivamente inteso la disposizione nel senso legalmente vincolate. Questo punto può essere deciso e chiarificato tenuto conto delle parole usate nel contratto individuale, il luogo in cui le clausole sono inserite e l'origine fattuale che ne ha reso necessaria la predisposizione.

Può succedere che vi siano casi in cui oggetto dell'incorporazione espressa non siano contratti o clausole di contratti collettivi bensì politiche di gestione aziendale, Management

Policies. Essenzialmente si applicherà lo stesso approccio e gli stessi criteri di valutazione di idoneità ad operare di tale meccanismo anche quando il focus del giudizio dei tribunali sia l'incorporazione esplicita delle politiche di gestione. La prima questione è come alla costituzione di un termine del manuale dipendente è se la clausola di riferimento espresso nel contratto del dipendente di lavoro si applica al termine o la versione del manuale. Un problema comune può accadere nel caso in cui il contratto individuale contenga una clausola imprecisa che ad esempio preveda che il dipendente è tenuto al rispetto del codice disciplinare senza l'espressa dicitura "by time to time" che ne permette dunque il richiamo e l'operatività anche nel caso esso sia rivisto o aggiornato.

Per quanto riguarda la questione dell'attitudine all'incorporazione, si applicano gli stessi principi. In *Keeley vs. Fosroc International Ltd* [2006] IRLR 961 CA, in cui non era in questione l'incorporazione di un accordo collettivo, la Corte d'Appello ha attinto ugualmente alla giurisprudenza in materia di incorporazione dei contratti collettivi concludendo per la decisione che nega la presenza di operatività di una parte della Guida del dipendente, *Employee Handbook*, nel contratto di lavoro che era stata espressamente incorporata:

"Those employees with two or more years' continuous service are entitled to receive an enhanced redundancy payment from the company, which is paid tax free to a limit of £30,000. Details will be discussed during both collective and individual consultation" (emphasis added).

Anche se la disposizione non ha fatto riferimento a come il *enhanced redundancy payment* sarebbe stato calcolata. È stato generalmente inteso che la somma di cui era costituito si componeva di due parti: la prima è rappresentata da un pagamento calcolato moltiplicando lo stipendio settimanale, alla data della cessazione del rapporto con il doppio del numero di settimane previste dalla legge e, la seconda si riferisce ad un pagamento di mancato preavviso su base lorda. Il giudice di primo grado ha adottato un approccio che simile all'approccio contenuto nella decisione *Alexander vs. Standard Telephones and Cables Ltd (No2)*, il giudice ha dunque dichiarato che non

vi era alcun diritto contrattuale a richiedere quel tipo di pagamento, essenzialmente perché quella clausola è apparsa in una sezione che conteneva dichiarazioni di volontà del datore di lavoro attinenti alle ipotesi di licenziamento, nella volontà di rispettare criteri equi di scelta in coerenza e rispetto degli aspetti procedurali della gestione del personale in esubero. Tale sezione conteneva, infatti, anche alcune disposizioni relative al diritto, concesso ai soggetti in uscita dall'azienda, di assentarsi per cercare un'occupazione alternativa nonché il diritto di ricorrere contro il provvedimento di licenziamento intimato. Il giudice ha dunque dichiarato che la sezione era aspirazionale / di natura procedurale e così, di conseguenza, la clausola particolare in esame non è stata ritenuta operativa direttamente per il rapporto di lavoro.

La Corte d'appello, che ha ritenuto dunque che:

a) Il fatto che il documento che si richiama si presenta come un insieme di "politiche" non esclude che le clausole in esso contenute abbiano effetto contrattuale se, per loro natura e linguaggio, sono inclini ad incarnare condizioni contrattuali perché i termini e le condizioni di diritto in esse contenuti sono chiari precisi ed idonei ad essere eseguiti dalle parti.

b) Il punto di partenza per la valutazione dell'operatività del meccanismo è il testo della disposizione stessa e l'appropriatezza della proposizione in sé ad essere un termine contrattuale. In questo caso la clausola era adatta per l'incorporazione nel contratto che disciplina il rapporto tra datore di lavoro e singolo dipendente perché si esprimeva anche in termini di diritto.

c) Qualora il tenore letterale della disposizione, letta da sola, è chiaramente di natura contrattuale e non viene contraddetto da qualche altra disposizione contenuta nel contratto o nei documenti che lo integrano che costituisce il contratto, non c'è problema. Però il contesto in cui una clausola è inserita non è tutto. Il giudice afferma, infatti che se sono messi in chiaro i termini di diritto, una clausola può avere anche una vita propria.

d) L'importanza delle disposizioni generali del contratto e di ogni disposizione che

contiene principi generali: possono essere parti del contratto perchè hanno contenuto di diritto e sono idonee a governare l'interpretazione e l'esecuzione delle clausole.

e) la previsione di un fondo per il pagamento in caso di redundancy è ormai una circostanza ampiamente accettata ed inserita nel pacchetto di previsioni attinenti al trattamento retributivo di un dipendente e, come tale, è particolarmente adatta per l'incorporazione mediante riferimento espresso.

Nel caso *Henry vs. London General Transport Services Ltd* del 2002, viene considerato con attenzione il contratto di lavoro individuale nonché, a partire da questo, i termini e le condizioni di lavoro e l'operatività di un contratto collettivo.

London General Transport impiegava più di 1.500 persone in diversi garage. L'associazione dei datori di lavoro e il sindacato maggiormente riconosciuto nel settore dei Trasporti aveva in quei tempi avviato negoziati per introdurre alcuni cambiamenti nelle condizioni di lavoro. I negoziati hanno dato vita ad un accordo quadro che prevedeva alcune modifiche circa i livelli retributivi con ciò prevedendo l'introduzione di condizioni meno favorevoli per tutta la forza lavoro a cui quel contratto collettivo si applicava. Il sindacato ha dunque successivamente organizzato una serie di incontri e, successivamente, ha informato la società che la maggioranza dei dipendenti interessati aveva acconsentito alle nuove condizioni. In particolare in quella sede 1500 avevano acconsentito mentre 63 avevano dissentito appellandosi al principio dell'illegittima diminuzione della retribuzione con espresso richiamo all'*Employment Rights Act* del 1996. Il sindacato non aveva predisposto però alcuna votazione al fine di verificare e provare il consenso dei dipendenti, nonostante il fatto questa fosse la prassi sempre condotta in precedenza in tutte le occasioni in cui i contratti collettivi avevano modificato le condizioni contrattuali. In ogni caso l'Azienda aveva fatto partire le comunicazioni, direzionate ai dipendenti per informarli dell'introdotta cambiamento. I dipendenti sono stati poi invitati a firmare singolarmente i termini delle delle mutate condizioni contrattuali.

Questo è accaduto anche se un certo numero di dipendenti aveva rifiutato di firmare tali di dichiarazioni non accettando dunque i nuovi termini sfavorevoli. La Società aveva infatti, successivamente ricevuto solo due giorni dopo dalla dichiarata entrata in vigore delle nuove condizioni, una petizione firmata da più di 130 membri del personale occupato presso una delle molte sedi in cui la società operava, che manifestava l'insoddisfazione per l'accordo quadro. Un'ulteriore petizione presentata sempre da 130 dipendenti nel mese di dicembre 1994 chiedeva alla società di predisporre dei meccanismi votazione per verificare il grado di accettazione dei nuovi termini e condizioni, ma a tale richiesta nessuno rispondeva e la richiesta votazione non aveva luogo. Il procedimento veniva avviato presso il Tribunale del Lavoro nel novembre 1996 circa due anni dopo.

Il giudice del lavoro ha in quella sede accolto il reclamo dei dipendenti. Il tribunale era del parere che, nonostante vi fosse stata una lunga tradizione di contrattazione collettiva tra la Società e il sindacato, l'accordo che era stato raggiunto tra il sindacato e la Società affrontava cambiamenti fondamentali tra cui una riduzione della retribuzione non apparivaperò in alcun modo sufficiente per presumere che cambiamenti così fondamentali potessero essere inseriti nei singoli contratti in virtù dell'esistenza dell'accordo quadro. Il Tribunale era cioè alla ricerca di una prova rigorosa che i dipendenti avessero accettato i nuovi termini e le nuove condizioni, indipendentemente, cioè, dal fatto che tali nuovi termini contrattuali fossero previsti in un accordo quadro concluso con il sindacato maggiore. Il Tribunale era infatti alla ricerca delle prove della votazione e alla luce del fatto che alcuno scrutinio era stato condotto la conseguenza è stata che il giudice non ha ritenuto sufficiente il fatto che fosse stato raggiunto un accordo quadro tra la Società e il sindacato.

Impugnata tale decisione presso l'EAT, l'organo decidente concluso che il Tribunale di primo grado avesse ritenuto correttamente che non potesse appoggiarsi l'idea dell'operatività dell'accordo quadro, perché le modifiche previste dal datore di lavoro erano cioè fondamentali in

quanto si riferivano alla paga, con ciò rendendosi necessario il raggiungimento di una prova rigorosa, con riferimento alla misura e all'esistenza del consenso prestato dai dipendenti riguardo alle modifiche. D'altro canto, veniva qui anche affermato però che le petizioni inviate alla Società per dimostrare l'insoddisfazione in sé non fossero prove sufficienti che i dipendenti non aveva accettato i termini e le condizioni di lavoro. I dipendenti in seguito hanno presentato ricorso alla Corte di Appello e il 21 marzo 2002 la Corte d'Appello lo ha respinto la statuizione per la quale si riteneva che gli aditi Tribunali avevano torto nel ritenere che l'accordo quadro che era stato raggiunto erano prove sufficienti del costume e la prassi, che era in grado di pregiudicare cambiamento fondamentale ai termini e alle condizioni di lavoro.

La Corte d'appello ha infatti ammesso che è necessario, quando si stabilisce una misura nuova che vi sia chiara evidenza di tali prassi e che qualsiasi argomento a sostegno dell'operatività delle clausole, nonché delle modalità e della prassi con cui viene raggiunta, deve essere adeguatamente esaminato in giudizio ed oggetto di prova.

Tuttavia, secondo la Corte d'Appello non si può chiedere al datore di lavoro di accollarsi la responsabilità di una così rigorosa prova.

Un ulteriore punto considerato dalla Corte di Appello , in questo senso, è stato il fatto che

i dipendenti stessi avevano lavorato per due anni in base alle nuove condizioni e condizioni , nonostante stessero sostenendo che i nuovi termini e le neo introdotte condizioni non erano state da loro accettate. A questo proposito i dipendenti hanno quindi invocato la petizione come prova per la manifestazione del proprio dissenso. Tuttavia, il fatto stesso che i dipendenti stessero lavorando secondo le nuove condizioni di lavoro, esattamente, cioè come facevano tutti gli altri dipendenti che non avevano firmato la petizione, era la prova che avevano implicitamente accettato le nuove condizioni.

In questo caso la decisione dà luogo ad un meccanismo che legittima contestualmente l'operatività di un'incorporazione implicita e di un'incorporazione espressa. Come detto sopra, la Corte d'appello ha ritenuto che il sindacato avesse il potere di vincolare i dipendenti ai termini dell'accordo quadro e tale circostanza era dimostrata, e considerata con ciò sufficiente, dal fatto che il sindacato aveva comunicato che la maggioranza dei dipendenti aveva accettato i termini dell'accordo quadro. I giudici d'appello hanno dunque fatto prevalere la prassi sindacale e delle relazioni industriali sull'assenza di una espressa accettazione delle condizioni da parte dei dipendenti che hanno proposto il ricorso.

4. *Lo Status di Shareholders Employee: la novità introdotta del sistema britannico con il Growth Infrastructure act 2013*

Nella riflessione comparata che si sta conducendo, spicca un recente provvedimento del legislatore inglese che conferma alcune delle riflessioni già fatte, soprattutto per quanto concerne la forte differenza tra i sistemi giuslavoristici a confronto. In particolare viene confermato l'orientamento della fondazione “contrattuale” del rapporto di lavoro in quanto esso, di volta in volta, perde i collegamenti con alcuni paradigmi esistenti nelle norme imperative poste a tutela dei lavoratori.

Nel Regno Unito la dottrina non percepisce la regolazione del mercato del lavoro come elemento strategico per affrontare la crisi¹³² sebbene dia atto del fatto che il governo abbia preso in considerazione tale area all'interno del progetto di riduzione del deficit. I primi programmi di governo, infatti, sottolineavano la necessità che la responsabilità e l'equità fossero incoraggiate nel sistema di welfare e veniva promossa una revisione della normativa sul rapporto di lavoro in

¹³²Per un rapporto sull'impatto della recente legislazione europea e nazionale sulla crisi economica recente cfr. Freedland M., Contouris N., Prassl J., Royaume-Uni in Escande M, Varniol S., Lailom S., Mazuyer E.(a cura di), *Quel droit social dans une Europe en crise?*, Bruxelles, 2012.

particolare ai fini di massimizzare il potenziale di flessibilità per entrambe le parti, datori di lavoro e lavoratori¹³³.

In seguito al report di Adrian Beecroft commissionato dal primo ministro David Cameron, in tema di riforme di legge nella materia lavoristica, nel 2012 veniva annunciata da parte di George Osborne, l'imminente introduzione di un nuovo status del lavoratore, originariamente chiamata "owner – employees".

La nuova legislazione in vigore dal 1 settembre 2013 recante la denominazione di *Growth Infrastructure Act*, ha introdotto, con la propria sezione 31, un nuovo *status* per il lavoratore che apparentemente non ha tangenza con l'argomento oggetto di questo lavoro ma in realtà ne ha moltissima.

In particolare viene introdotta la figura del dipendente azionista il quale è chiamato a conferire, per assumere tale qualità, un bene preziosissimo agli occhi del giurista continentale, come ad esempio il diritto a non essere licenziato ingiustamente.

Lo studio di questo istituto, il quale non è immune da critiche nemmeno in terra natia, consente, nell'immediato la comprensione delle distanze tra i due sistemi oggetto di breve comparazione.

La legislazione è di particolare interesse per coloro che nel Regno Unito hanno intenzione di aprire una *start-up* o, ancora, per le aziende che sono assistite da fondi di private-equity.

In particolare lo status di socio lavoratore porta alcuni benefici fiscali. In primo luogo fino ad un tetto di 2.000 sterline, le azioni ottenute dai dipendenti non saranno computabili ai fini del calcolo dell'imposta sui redditi. In secondo luogo è prevista una esenzione fiscale delle plusvalenze fino a 50.000 sterline alla prima cessione di azioni acquisite tramite le disposizioni degli azionisti dipendenti.

133H. M. Government, *The coalition: our programme for government*, London, Cabinet Office, October 2010.

Lo *status* di socio lavoratore può essere attribuito sia ai nuovi dipendenti che ai dipendenti esistenti che accettino di cambiare il loro status.

Le azioni conferite ai dipendenti possono provenire sia società datrice di lavoro che dalla sua controllante, a condizione che la società sia registrata nel Regno Unito o sia una Società Europea

Accettando lo status di socio lavoratore, il lavoratore accetta contestualmente una riduzione di alcuni diritti che sono strettamente connessi alla sua qualità di lavoratore subordinato, quali ad esempio il diritto di chiedere la flessibilizzazione del proprio lavoro, il diritto a ricevere la redundancy pay, e cioè l'indennità dovuta in caso di licenziamento per motivi oggettivi e il diritto di chiedere l'accertamento del licenziamento ingiusto, *unfair dismissal*, in determinate circostanze,

Un datore di lavoro non può ovviamente obbligare un proprio dipendente ad accettare lo status di socio lavoratore ed è, peraltro, tenuto a sostenere le spese legali per l'assistenza al lavoratore al quale vuole fare la proposta o si è dimostrato interessato, e ciò indipendentemente dal fatto che il cambio di status venga accettato o meno.

Nel caso in cui le azioni siano emesse per un socio lavoratore dipendente per un valore superiore alle 2000 sterline, il valore in eccesso avrà un obbligo di segnalazione sia attraverso il libro paga (in relazione ai prontamente attività convertibili - RCA) o tramite personale di un dipendente di auto- dichiarazione dei redditi di valutazione (in relazione alla non - RCA) .

Più precisamente è utile fare uno schema dello strumento il quale, poi, può essere decisamente utile per analizzare quanto ampio spazio è lasciato all'autonomia negoziale nei rapporti di lavoro inglesi.

In primo luogo, sotto il profilo soggettivo, tutti possono richiedere o accettare un lavoro come socio lavoratore e, d'altra parte, nessuno può essere obbligato ad accettare tale condizione se non è desiderata.

All'atto dell'assunzione o in sede di colloquio il nuovo dipendente o il candidato, a seconda del caso, ha la facoltà di fare richiesta per l'ottenimento di questa condizione ma ciò, oltre a non essere necessario, ha la valenza di mera opzione in quelle imprese ove ciò è previsto. D'altro canto, invece, se un lavoratore è già dipendente di una azienda, può accadere che il suo datore di lavoro gli chieda o gli offra di trasformare il suo contratto di lavoro in quello di socio lavoratore. Il legislatore prevede però che sia comunque necessario passare attraverso un preciso processo volto a tutelare il lavoratore e procedimentalizzare la cessione, proprio in ragione del suo oggetto.

Ovviamente esiste nell'ordinamento la protezione contro le discriminazioni e le disparità di trattamento che consentono una difesa generale idonea a ricomprendere anche le ipotesi in cui il lavoratore subisca delle pressioni o discriminazioni per il fatto di non aver accettato il mutamento di status.

Le aziende possono infatti essere in cerca di attrarre lavoratori particolarmente competenti e con esperienze particolarmente qualificanti ed un insieme di competenze precise e in un mercato del lavoro competitivo l'offerta, da parte dell'azienda delle proprie azioni può rappresentare certamente un incentivo per il lavoratore il quale può essere convinto ad accettare l'impiego anche in ragione dei vantaggi che derivano dallo status di shareholder.

L'effetto connesso al possesso di partecipazioni nella società può essere, oltre ad un vantaggio economico per impresa e lavoratore, anche l'assunzione di una maggiore responsabilità nei confronti della società, idonea a migliorare la produttività del lavoratore – azionista il quale sarà incentivato a dare il massimo. Per alcune professioni e in alcuni ambienti tale prospettiva rappresenta, nell'ottica e nella concezione inglese del lavoro, una grande opportunità, soprattutto se vi è un buon margine di possibilità per le azioni di aumentare nel tempo il loro valore. A ciò si aggiunga che il vantaggio economico si rintraccia anche nel caso di vendita delle partecipazioni in quanto è prevista la possibilità di essere esonerati dal pagamento alcune imposte sulle plusvalenze.

Ovviamente, però, a ciò si associa il rovescio della medaglia per cui sul lavoratore è

scaricato il rischio che il valore delle azioni scenda.

Dunque in questa ipotesi il lavoratore avrebbe il doppio svantaggio di un mancato guadagno e della pesante riduzione delle proprie tutele. L'impresa contestualmente avrebbe l'enorme vantaggio di scaricare il costo della crisi (di impresa o di mercato) sugli azionisti lavoratori con un aggiuntivo vantaggio che è il risparmio di spesa nel caso volesse licenziarli, in termini di mancato accantonamento delle somme destinate al redundancy payment o ai costi processuali e legali derivanti dal rinunciato diritto a far valere l'illegittimità del licenziamento.

Esistono sei condizioni che devono essere soddisfatte per far diventare un lavoratore un azionista di una azienda, sia in caso di nuova assunzione sia in caso di trasformazione dello status di un lavoratore già dipendente.

1) L'individuo e la società devono entrambi concordare sul fatto che l'individuo sarà un azionista di dipendente. Questa precisazione è d'obbligo al fine di escludere espressamente la possibilità che tale status sia imposto come requisito o condizione per l'assunzione o il mantenimento del proprio impiego.

2) Il datore di lavoro deve al lavoratore azioni interamente liberate le quali devono avere un valore minimo di £ 2.000.

3) Il lavoratore non deve conferire alcun pagamento in denaro per le azioni.

4) Il datore di lavoro deve consegnare al lavoratore una dichiarazione scritta contenente la descrizione e le caratteristiche dello status di socio lavoratore.

5) Il lavoratore deve ottenere il parere di un consulente/legale indipendente¹³⁴ sui termini e gli effetti della dichiarazione scritta. L'azienda è tenuta al pagamento

¹³⁴L'assistenza può essere offerta da: un avvocato qualificato; un ufficiale, funzionario, dipendente o membro di un sindacato il cui sindacato ha certificato come competente a dare quel consiglio; una persona che lavora in un centro di consulenza, a condizione che il centro di consulenza abbia certificato la sua competenza; qualsiasi persona autorizzata a fornire consulenza legale da parte del Segretario di Stato.

Il datore di lavoro non può utilizzare avvocati *in-house* o avvocati che abbiano agito per conto o su mandato della società, e non può indirizzare il potenziale socio lavoratore a consultare un determinato avvocato o a rivolgersi ad uno studio specifico. La consulenza deve essere indipendente.

dell'assistenza legale sia nel caso il lavoratore accetti il mutamento/acquisizione di tale status sia che lo rifiuti.

6) Tra il parere legale e l'accettazione del lavoro o del mutamento di stato devono passare almeno 7 giorni, i quali decorrono dal giorno successivo alla ricezione del parere.

La condizione sostanziale che segue all'acquisizione del nuovo stato di employee shareholder è un insieme di diritti. Permangono, in questa condizione, i diritti di indennità di malattia, maternità, paternità e adozione. Permane, ovviamente anche il diritto alla retribuzione, alle ferie, ai riposi.

Viene ridotto, però, l'ambito di tutela in materia di licenziamento. In particolare la protezione permane contro il licenziamento illegittimo quando questo sia determinato da motivi discriminatori. Rimangono operative le disposizioni sui periodi minimi di preavviso e sugli obblighi di consultazione in materia di licenziamento collettivo.

Il lavoratore, con l'acquisizione di questo *status*, perde:

a) la protezione contro il licenziamento ingiustificato, salvo quanto già detto nel caso in cui esso sia considerato automaticamente sleale e cioè ove intimato per motivi discriminatori o in materia di salute e sicurezza;

b) all'indennità di licenziamento (*redundancy payment*);

c) il diritto di chiedere la flessibilizzazione del rapporto di lavoro, tranne nel periodo di due settimane successive al ritorno dal congedo parentale;

d) il diritto alla richiesta di permessi per formazione e studio.

Inoltre l'azionista lavoratore ha l'onere di dare un preavviso lungo, pari a 16 settimane, per il rientro dalla maternità, paternità o congedo per adozione, a differenza di quanto avviene per la maggior parte dei lavoratori dipendenti ai quali è richiesto un preavviso di sole 8 settimane.

Ovviamente a livello contrattuale il datore di lavoro può scegliere di offrire diritti più generosi rispetto a quelli stabiliti dalla legge.

I diritti del lavoratore e le limitazioni concernenti il nuovo status sono contenuti nella dichiarazione scritta che il datore di lavoro consegna al lavoratore al momento dell'offerta e sulla quale il legale esprime il proprio parere. In particolare oltre alle limitazioni anzi dette la dichiarazione precisa in modo dettagliato se esistono diritti di voto inerenti a qualsiasi azione conferita, se le azioni siano gravate da diritti; se le azioni sarebbero, in caso di liquidazione, conferiscono qualche diritto di partecipazione alla distribuzione di eventuali surplus; se l'azienda ha più di una classe di azioni e gli eventuali diritti di voto o dividendi correlati; la spiegazione di come tali diritti differiscano dai diritti equivalenti che attengono alle azioni nella classe più alta; se le azioni offerte sono già parte della più grande categoria di azioni, quindi la spiegazione deve fare riferimento alla classe successiva più grande; se le azioni sono rimborsabili e se lo sono a sua scelta; se esistono restrizioni alla trasferibilità delle azioni e in cosa consistano tali restrizioni; se eventuali diritti di prelazione siano esclusi al socio lavoratore¹³⁵.

In seguito all'acquisizione dello status in neo azionista dipendente vede modificato il proprio bagaglio di diritti i quali saranno diversi rispetto a quelli di un normale lavoratore. In particolare, anche in caso di vendita delle azioni, l'insieme dei diritti ai quali si è rinunciato per acquistarle non ritorna nella sfera giuridica del lavoratore. Quei diritti una volta ceduti per l'acquisizione dello status di shareholder employee non tornano nel possesso del lavoratore solo in ragione del fatto che egli non possiede più azioni. Lo status occupazionale dunque una volta cambiato può non subire più alcun mutamento anche in caso di vendita delle azioni, salvo, ovviamente intervenga un accordo con il datore di lavoro a tal fine.

In caso di uscita del lavoratore dalla società è possibile che lo statuto societario preveda che le azioni siano riacquistate dalla società, oppure può accadere che il contratto di lavoro

¹³⁵Su questo cfr. De Gioia-Carabellese P., *'he Employee Shareholder: the Unbearable Lightness of being ... an Employee in Britain'*, 2015 (in uscita) *Maastricht Journal of European and Comparative Law*.

contenga una clausola detta “*buy back*”. Se il “*buy back*” non è specificato nel contratto scritto e il lavoratore non è riuscito a vendere le azioni egli potrà mantenere le quote e contestualmente lasciare l'azienda, continuando a beneficiare dei diritti connessi alla proprietà delle azioni.

Alla luce dell'analisi dell'istituto, così come si presenta nella normativa del 2013 e nei testi che già ne trattano, è opportuno evidenziare preliminarmente alcuni aspetti di rilievo in ragione della struttura ordinamentale in cui è inserito.

In primo luogo si sottolinea come solo per le società per azioni sia possibile offrire questo tipo di contratto di lavoro. L'azienda deve essere infatti una società registrata nel Regno Unito, una società europea (*Societas Europaea*), o una società con sede all'estero ma pur sempre una organizzazione economica nella quale siano ravvisabili azioni nel capitale. È necessario che la società provveda a disporre l'autorizzazione degli azionisti ad emettere le azioni oggetto dell'offerta per questa tipologia contrattuale nonché concedere le quote solo ad azionisti dipendenti della società datrice di lavoro o della sua controllante.

Non vi è l'obbligo di accettare nulla da parte del socio lavoratore dipendente quale corrispettivo per le azioni a parte, ovviamente, per quei dipendenti che accettano di stipulare il contratto che gli faccia acquisire lo *status* di *Shareholder Employee*.

Le azioni devono essere interamente liberate prima del passaggio e di conseguenza, i conti economici, in fase di trattativa dovranno dimostrare che le azioni sono completamente coperte.

È necessario che, la compagine societari, proceda ad una accurata indagine di controllo dello statuto per determinare se l'emissione di azioni e la loro cessione a dipendenti non sia vietata e sia compatibile con ogni aspetto della vita e dell'amministrazione societaria o se gli amministratori abbiano il potere di assegnare autonomamente le quote. In caso di necessità di modifica dello statuto per permettere l'offerta della qualità di socio lavoratore, sarà necessario, ovviamente,

ottenere preventivamente l'accordo degli azionisti. Le regole di prelazione saranno ancora applicabili, salvo sia prevista una disapplicazione per questa classe di azioni dalla legge.

Gli azionisti dovranno considerare l'impatto di emissione delle nuove azioni in ragione del fatto che una nuova assegnazione potrebbe diluire la quota di partecipazione e, pertanto, l'impatto e il margine di guadagno o di valore delle stesse azioni sugli azionisti attuali.

Per quanto riguarda i diritti connessi alle azioni date ai dipendenti azionisti si osserva che è la società che ha la libertà di determinare quali diritti (ad esempio il voto, la partecipazione agli utili) saranno connessi alle azioni. L'azienda, come già detto, dovrà necessariamente fare un bilancio preventivo dell'impatto sia sui diritti degli azionisti che su quelli dei nuovi azionisti dipendenti.

La dichiarazione scritta che viene consegnata a un potenziale socio-dipendente, deve spiegare dettagliatamente la procedura e mettere chiaramente al corrente il suo destinatario dei diritti connessi alle azioni e dei diritti e delle posizioni individuali alle quali sarebbe chiamato a rinunciare in caso di accettazione. L'informativa deve prospettare anche al potenziale socio-dipendente anche la qualità dei propri diritti e delle proprie azioni in confronto ad altri diritti degli azionisti e cioè con riferimento alle modalità in cui i suoi diritti si confrontano con la più grande categoria di azionisti, o con la classe successiva più grande se le azioni siano offerte nella classe più grande. Contestualmente può essere opportuno, ma la legge non ne prevede un obbligo in tutti i casi, informare gli azionisti dei diritti connessi alle nuove azioni, soprattutto se a queste sia associato un diritto di voto che di fatto restringerebbe la posizione giuridica dei già esistenti azionisti alterando i quorum di maggioranze. Ovviamente se sono offerte azioni alle quali è associato un diritto di voto dell'azionista dipendente, è necessario rendere informati e consapevoli tutti i soggetti appartenenti all'amministrazione e alla compagine societaria del fatto che l'azionista lavoratore avrà voce in capitolo sulle decisioni e su come l'azienda è gestita.

L'assegnazione di azioni ad uno o più dipendenti non fa sorgere alcun obbligo di

assegnare anche agli altri dipendenti lo stesso tipo di azioni. All'atto dell'offerta è necessario spiegare al dipendente - socio potenziale come è stato raggiunto il valore delle azioni o il meccanismo adottato per la valutazione delle stesse.

Possono essere offerte, come già detto, azioni di un valore al di sopra del minimo di £ 2,000, non essendoci alcun valore massimo impostato, né un numero massimo di numero di volte in cui può essere compiuta questa operazione con la stessa persona.

Se al momento del rilascio le azioni non raggiungevano il valore minimo, il lavoratore ha la facoltà di ricorrere al tribunale del lavoro (ad esempio per le indennità di licenziamento previste per legge o per licenziamento ingiustificato).

Quanto alle azioni di trading e alla fine del rapporto di lavoro si osserva come si debba considerare che se le azioni possono essere trasferite dal socio lavoratore ad altri soggetti, il trasferimento delle azioni può essere limitato o regolato dalle norme dello statuto societario o dall'esistenza di un patto parasociale. Le modalità in cui l'azienda vuole regolare le implicazioni e le conseguenze, nonché consentire o vietare ad un socio lavoratore di vendere o dare in regalo delle quote ad altri, è oggetto dell'autonomia societaria. È interessante notare come in questo contesto si apre un nuovo sotto livello, o meglio sovra-livello, di autonomia nelle mani della compagine societaria in grado di regolare aspetti propri del rapporto di lavoro. Sostanzialmente il piano commerciale e privatistico diventa una ulteriore fonte di regolazione del rapporto di lavoro con il dipendente in questo *status*, aggiungendo quindi un nuovo attore della contrattazione che si aggiunge a quelli già tradizionalmente esistenti e che si esprime nello spazio della autonomia societaria.

Se si decide che le azioni non possono essere vendute o se di esse non può essere dotato il socio lavoratore, l'autonomia statutaria dovrà contestualmente considerare quale sarà la sorte delle azioni che il socio dipendente lascia, con la necessità di disciplinare le restrizioni al trasferimento delle azioni già all'interno della dichiarazione scritta all'atto del trasferimento e della contestuale

acquisizione dello *status*. Gli azionisti-dipendenti possono vendere le loro azioni e nel caso in cui scelgano di vendere le loro azioni, il loro status occupazionale non cambia, restano dunque nella condizione di Employee shareholders pur senza contestualmente averne i vantaggi, in ragione della cessione delle quote di cui erano titolari. Il cambiamento di status occupazionale richiederebbe infatti una modifica del contratto di lavoro.

Nel Regno Unito l'istituto è stato oggetto di numerose critiche. La dottrina inglese, infatti, riporta ampiamente le prime discussioni politiche sul tema fortemente critiche e in ogni caso maggioritarie rispetto all'insoddisfazione creata dalla previsione di tale nuovo status di shareholder employee in particolar modo per quanto concerne la poca chiarezza dello schema e la complessità del quadro regolativo.

Il nuovo *status* è visto come assolutamente non necessario e ad aggiungere gravità alla valutazione del provvedimento vi è la constatazione che appare difficile stabilire un collegamento tra la protezione contro l'*unfair dismissal* e l'innovazione apportata dalla nuova disciplina in particolare nella sua collocazione all'interno delle già esistenti norme che provvedono già ad un pieno e soddisfacente apparato di meccanismi per la *employee share ownership*.

In particolare sembra che anziché rendere la legislazione più vicina ai suoi destinatari l'introduzione del nuovo status ne abbia aumentato la complessità, e viene considerata certamente idonea ad incrementare i costi delle liti e il carico di lavoro dei tribunali¹³⁶.

¹³⁶Prassl J., Employee Shareholder “Status”: dismantling the contract of employment, in *Industrial Law Journal*, vol 42, n. 2, 2013, 307 ss.

Capitolo V

Il contratto di lavoro: il continuo mutamento degli spazi di autonomia individuale e autonomia collettiva

1. L'iperlegificazione nel diritto del lavoro e l'impostazione tradizionale nell'ordinamento italiano

Come fa notare in un recente scritto Riccardo Del Punta “la prima e principale caratteristica del diritto del lavoro, che ha sempre concorso ad esaltare il ruolo e i poteri del giudice chiamato ad applicarlo, è stata l'onnipervasiva imperatività e inderogabilità (unilaterale) della disciplina lavoristica, di fonte tanto legale quanto (e questa seconda implicazione non era scontata) contrattuale collettiva”¹³⁷. Il principio dell'inderogabilità della norma ha fatto sorgere un numero elevatissimo di casi in cui alle scelte negoziali viene applicata la sanzione della nullità solo ed in quanto divergenti dallo schema negoziale tipizzato dal legislatore.

La questione che si apre è quella già accennata dell'indisponibilità del tipo negoziale del lavoro subordinato *ex art. 2094 c.c.* all'interno della cui teoria si tende ad affidare minor rilievo alle manifestazioni di volontà delle parti in merito alla qualificazione del rapporto di lavoro per far invece prevalere le modalità attuative dei rapporti stessi.

Con riferimento alla natura contrattuale e alla centralità del contratto di lavoro nella disciplina e nella regolazione dei rapporti si vuole in questa sede richiamare il pensiero di parte della dottrina che ha inteso sottoporre a disamina critica l'indirizzo dominante nella dottrina giuslavoristica, che concepisce il lavoro subordinato sotto lo schema concettuale e normativo del contratto. In particolare Sconamiglio ¹³⁸propone di ricostruire le fondamenta del diritto del lavoro

137 Del Punta R., Il giudice del lavoro tra pressioni legislative e aperture di sistema, in RIDL, 2, 2012, 461.

138 Sconamiglio R., La natura non contrattuale del lavoro subordinato, RIDL 2007, 4, 379.

sulla base di un tipo nuovo e speciale di rapporto giuridico. In particolare viene seguita una linea interessante, che qui si vuole riprendere, non tanto e non per dividerne in assoluto le conclusioni, ma in quanto viene proposto uno schema di analisi della disciplina interessante.

Il percorso vuole in primo luogo prendere in esame quella dottrina che configura il lavoro subordinato come un contratto, tentando quindi di verificare le ragioni alla base del “ripudio delle teorie che accolgono concezioni diverse, e vengono accomunate sotto il segno, negativo e dispregiativo quasi, dello acontrattualismo”. In quest’ambito è necessario riflettere non solo sulle teorie dell’acontrattualismo ma anche sulle istanze, richiamate nel primo e secondo capitolo di questo lavoro, di temperamento dell’impostazione liberale che vede anche nel contratto di lavoro uno strumento intangibile di espressione dell’autonomia dei privati.

In secondo luogo Sconamiglio propone di esplorare il divario che separa la figura contrattuale dall’effettivo atteggiarsi dei rapporti, in particolare nella loro dimensione caratterizzata da subordinazione per poi esplorare come viene di fatto configurato il lavoro subordinato nelle diverse forme negoziali offerte all’operatore.

2. *Le tipologie contrattuali a disposizione delle imprese: il ventaglio di strumenti concessi alle parti e l’inarrestabile tendenza alle riforme dei governi degli ultimi decenni*

Preliminarmente è opportuno focalizzare l’attenzione sul mercato del lavoro italiano il quale, attraversando una fase di cambiamento dovuta in parte a ragioni economiche e in parte a ragioni di regolazione, rappresenta il terreno per l’analisi empirica degli strumenti concessi all’autonomia contrattuale. In particolare i rapporti di lavoro soffrono nel sistema italiano di una forte tendenza, testimoniata dall’alto tasso di disoccupazione giovanile e di difficoltà di rientrare nel mercato per i lavoratori più anziani, alla frammentazione. Gli strumenti contrattuali “atipici” o

“flessibili” introdotti e ripetutamente modificati dal legislatore sembrano non rispondere, da un lato, alle esigenze delle imprese, per la espresa lotta al lavoro precario attraverso la promozione del contratto a tempo indeterminato, e non accontentare le esigenze di stabilità e professionalità del capitale umano. La maggior parte delle cause di cessazione dei rapporti di lavoro nella percentuale complessiva è, infatti, rappresentato dallo spirare del termine apposto al contratto. Questo dato molto critico, non sembra, d'altro canto essere compensato da adeguato tasso di rientro nel mercato del lavoro tenuto conto del fatto che alla fine del 2012 il tasso di disoccupazione giovanile in Italia ha superato il 36 % e pare essere in aumento nel 2013. La seconda causa di uscita è data dalle cessazioni spontanee, la cui incidenza tende a diminuire, passando dal 32,0% del 2005 al 27,1% del 2010. Vengono poi le uscite incentivate, con una quota del 12,1% a fine 2010, in forte crescita negli ultimi anni. I licenziamenti pesano per il 7,5% delle uscite nel 2010, con una tendenza alla crescita¹³⁹. Sarà necessario valutare i dati sull'andamento dei licenziamenti qualche anno dopo l'entrata in vigore della riforma introdotta dalla l. 92/12 per capire effettivamente l'incidenza della nuova politica per la flessibilità in uscita che ha avuto ad oggetto la riforma dell'art. 18 dello Statuto dei Lavoratori. I dati dovranno essere raffrontati, evidentemente, con l'andamento della disoccupazione in Italia al fine di verificare quali siano i vantaggi e gli svantaggi delle nuove norme per i lavoratori¹⁴⁰.

139Istat, 2005-2010 - *I flussi occupazionali in entrata e in uscita nelle grandi imprese per tipologia di contratto*, 30 gennaio 2012.

140Il punto di partenza per la comparazione ante e post riforma Fornero potrebbero essere gli ultimi dati Istat sull'andamento della disoccupazione / occupazione in Italia. In particolare al “dicembre 2011 gli occupati sono 22.903 mila, un livello sostanzialmente invariato rispetto a novembre, in presenza di un calo della componente maschile e di una crescita di quella femminile. Nel confronto con l'anno precedente l'occupazione diminuisce dello 0,1% (-23 mila unità). Il tasso di occupazione è pari al 56,9%, stabile nel confronto congiunturale e in diminuzione in termini tendenziali di 0,1 punti percentuali. Il numero dei disoccupati, pari a 2.243 mila, aumenta dello 0,9% rispetto a novembre (20 mila unità). L'incremento è dovuto esclusivamente alla componente maschile. Su base annua si registra una crescita del 10,9% (221 mila unità). Il tasso di disoccupazione si attesta all'8,9%, in aumento di 0,1 punti percentuali in termini congiunturali e di 0,8 punti rispetto all'anno precedente. Il tasso di disoccupazione giovanile è pari al 31,0%, in diminuzione di 0,2 punti percentuali rispetto a novembre. Gli inattivi tra i 15 e i 64 anni diminuiscono dello 0,2% (-34 mila unità) rispetto al mese precedente. Il tasso di inattività si posiziona al 37,5%, con una flessione di 0,1 punti percentuali in termini congiunturali e di 0,5 punti su base annua”. Istat, dicembre 2011, Occupati e disoccupati (Dati provvisori), 31 gennaio 2012.

A luglio 2013 gli occupati sono 22 milioni 509 mila, sostanzialmente invariati rispetto al mese precedente e in diminuzione dell'1,9% su base annua (-433 mila). Il tasso di occupazione, pari al 55,9%, rimane invariato in termini congiunturali e diminuisce di 1,0 punti percentuali rispetto a dodici mesi prima. Il numero di disoccupati, pari a 3 milioni 76 mila, diminuisce dello 0,3% rispetto al mese precedente (-10 mila) ma aumenta dell'11,8% su base annua (+325 mila). Il tasso di disoccupazione si attesta al 12,0%, invariato rispetto al mese precedente e in aumento di 1,3

Un ulteriore intervento sull'art. 18 citato è annunciato tra le disposizioni oggetto delle prossime riforme in agenda del Governo Renzi sulle quali sarà opportuno mantenere vigile l'attenzione anche in ragione della contestuale volontà di eliminare le tipologie contrattuali atipiche e introdurre il tanto discusso contratto unico a tutele crescenti.

Il concetto di flessicurezza che ha per molto tempo impegnato gli studiosi del diritto del lavoro in tutta Europa, coniuga infatti la flessibilità di cui si è già detto con il concetto di sicurezza che si concretizza nella sua principale accezione nella sicurezza del posto di lavoro (*job security*), la quale consiste nella stabilità occupazionale presso il medesimo datore di lavoro e a mezzo della tutela legislativa offerta dall'ordinamento.

La sicurezza, però, è anche sicurezza dell'occupazione (*employment security*) e cioè sicurezza di rimanere occupati, di avere una certa continuità lavorativa, indipendentemente dalla continuità di mono dipendenza/committenza. Tale sicurezza è favorita sia dalla formazione continua e permanente che dalle politiche attive e dalle misure di sostegno al reddito nei periodi di inoccupazione. La sicurezza del reddito (*income security* o *social security*), poi, è rappresentata da una garanzia (data dall'ordinamento) di ricevere un certo livello di protezione del reddito, grazie alla presenza di ammortizzatori sociali generali nel caso di cessazione del rapporto, speciali per i senza reddito, o sistemi universali di reddito minimo garantito. La *combination security* invece è quella sicurezza derivante dalla possibilità di conciliare l'attività lavorativa con altre dimensioni della vita umana come la famiglia, la formazione, i doveri di assistenza.

Su questa scia si muove la legge n. 92/2012, approvata alla Camera il 28 giugno di 2012, oggetto di un travagliato confronto tra le parti sociali e il Governo Monti ha modificato fortemente le tipologie contrattuali ed è intervenuta, come accennato, anche sui presunti ostacoli

punti percentuali nei dodici mesi. Tra i 15-24enni le persone in cerca di lavoro sono 635 mila e rappresentano il 10,6% della popolazione in questa fascia d'età. Il tasso di disoccupazione dei 15-24enni, ovvero l'incidenza dei disoccupati sul totale di quelli occupati o in cerca, è pari al 39,5%, in aumento di 0,4 punti percentuali rispetto al mese precedente e di 4,3 punti nel confronto tendenziale. Il numero di individui inattivi tra i 15 e i 64 anni diminuisce dello 0,1% rispetto al mese precedente (-12 mila unità) ma aumenta dello 0,3% rispetto a dodici mesi prima (+36 mila). Il tasso di inattività si attesta al 36,4%, invariato in termini congiunturali e in aumento di 0,2 punti su base annua. Istat, Occupati e disoccupati, 30 agosto 2013.

alla flessibilità in uscita contenuti nel citato art. 18.

Nel farlo, però, tale riforma ha portato con sé feroci critiche sia della dottrina che del mondo delle relazioni industriali, tanto che, si prospettavano fin da subito dure sfide per il diritto del lavoro. Sfide che ad oggi non sembrano terminate ed anzi, la materia appare in continua ed incessante evoluzione sia in ragione del successivo intervento (d.l. 76/2013) che in ragione dell'annunciato piano di riforme disegnato dall'attuale governo Renzi. Per alcuni, infatti, il testo predisposto dal Ministro Fornero rappresentava un passo indietro frutto di una “visione centralista e industrialista della regolazione dei rapporti di lavoro che poco o nulla tiene conto non solo del giudizio delle parti sociali ma della stessa realtà di un mondo del lavoro che è cambiato”¹⁴¹.

Le riforme che, non solo l'Italia, ma tutti i paesi dell'Unione Europea, hanno messo in atto sono frutto delle decennali riflessioni in materia di flessicurezza a partire dal modello danese per approdare nei testi delle istituzioni e diventare parte integrante delle politiche sull'occupazione attivate. A partire dagli anni Novanta si diffonde l'idea di una necessaria adattabilità del lavoro alle esigenze economiche, in virtù della necessità di far fronte al cattivo andamento dei mercati del lavoro evidenziato dall'Ocse nel 1994. Le istituzioni dei mercati del lavoro apparivano al tempo rigide e inadatte a rispondere ai continui mutamenti economici, a questo si aggiungeva l'onerosità delle norme a tutela del lavoro. Per queste ragioni l'UE inizia ad occuparsi di questi temi per approdare nel 2005 all'adozione di questo concetto, al fine di promuovere nuove forme del mercato del lavoro europeo. Su questa scia svariati paesi fronteggiano la rigidità istituzionale e normativa, tentando di riformare il sistema delle tutele e degli oneri alle imprese, prima fra tutte l'Italia¹⁴². Dal d.d.l. del 15 novembre 2001, n. 848, all'inizio del secondo Governo Berlusconi; poi l'art. 31 del Collegato Lavoro approvato il 3 marzo 2010, successivamente l'art. 8 del d.l. 13 agosto 2011, n. 138, convertito nella l. 14 settembre 2011, n. 148.

¹⁴¹Tiraboschi M., *I paradossi di una riforma sbagliata (e che si farà, anche se non piace a nessuno)*, Boll. Adapt, 2/2012, IX.

¹⁴²Berton F., M. Richiardi, S. Sacchi, *Flessibilità del lavoro e precarietà dei lavoratori in Italia*, in Riv. It. Pol. Pubbl.e, n. 1/2009.

Il testo della legge 92/2012 si compone di quattro articoli concernenti le modifiche alle tipologie contrattuali e la flessibilità in generale, gli ammortizzatori sociali, le tutele in costanza di lavoro e ulteriori disposizioni in materia di mercato del lavoro.

Gli interventi di maggiore rilievo riguardano la flessibilizzazione dei rapporti di lavoro in linea con le spinte europee e le politiche sull'occupazione e la *flexsecurity*, oltre a quelli attinenti la materia del licenziamento sulle quali non ci si soffermerà.

Le disposizioni che intervengono sul contratto a termine, sul contratto a progetto, sul lavoro intermittente, l'apprendistato scelgono una linea che appare in alcuni casi contraddittoria.

La novità maggiore concerne la possibilità di stipulare contratti a termine privi di giustificazione tecnica, produttiva o organizzativa. La riforma prevede due distinte ipotesi di “acausalità”. La prima concerne i rapporti di durata non superiore ai 12 mesi ed è prevista dalla legge stessa; la seconda è condizionata da alcune ipotesi legislativamente previste ma è lasciata, nei contenuti, alla determinazione della contrattazione collettiva.

Per quanto concerne l'acausalità del contratto a termine di durata annuale la legge dispone che questo possa essere stipulato una sola volta e non sia prorogabile.

Il ruolo della contrattazione collettiva, invece, nella determinazione dei termini dell'acausalità si muove all'interno di binari predeterminati. Le ipotesi in cui essa può operare sono precisamente quelle in cui il rapporto a tempo determinato venga stipulato nell'ambito di «processo organizzativo determinato dall'avvio di una nuova attività, dal lancio di un nuovo prodotto o servizio innovativo, dall'implementazione di un rilevante cambiamento tecnologico, dalla fase supplementare di un progetto di ricerca e sviluppo ovvero infine dal rinnovo di una commessa consistente». I soggetti legittimati a negoziare livelli ulteriori di acusalità in queste ipotesi sono le associazioni sindacali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale.

Un primo elemento di contraddizione si ravvisa proprio nella previsione dell'acausalità.

Se nell'intento del legislatore le modifiche seguivano la volontà di garantire la stabilità occupazionale, volontà espressa anche con la riscrittura dell'art. 1 del d.lgs. n. 368/2001, con la previsione che “il contratto di lavoro subordinato a tempo indeterminato costituisce la forma comune di rapporto di lavoro”, la totale liberalizzazione del primo contratto a termine va in direzione opposta. “Una scelta quest’ultima che, indubbiamente, si propone di limitare le attuali incertezze del controllo giudiziale sulla legittimità del termine, che ha dato luogo ad arbitri interpretativi e ingiustificate rigidità, pur a fronte di un intervento legislativo, quello del 2001, che ne aveva ammesso l’utilizzo per rispondere (anche) ad esigenze di carattere tecnico, produttivo od organizzativo non necessariamente di natura temporanea”¹⁴³. Il legislatore sembra quindi fare un passo indietro, favorendo il ricorso ad un contratto a termine ogni qual volta sia necessario, ben si intende solo con soggetti con i quali non vi siano stati altri contratti del medesimo tipo. Questo, probabilmente, non rappresenta un limite per le imprese, ma favorisce il *turn over* e il continuo ricambio di manodopera non specializzata, per la quale la formazione non rappresenta elemento determinante e pertanto può rappresentare una risorsa “usa e getta” e facile da perdere senza contestuale perdita di investimento nelle risorse umane¹⁴⁴.

Il contratto a termine così declinato sembra dare voce alle istanze di flessibilità delle imprese prestandosi a diventare il nuovo sostituto del patto di prova. “Di certo, il contratto a termine non è nato con l’obiettivo di provare le capacità del lavoratore, prima di accettare un suo definitivo ingresso in azienda. Tuttavia, tale modalità di impiego viene approvata e supera, persino, il sospetto di fraudolenza. Poco importa se la disciplina del contratto a termine riformato – incrementandone il costo e prolungando il periodo che deve intercorrere tra un contratto e il suo rinnovo – penalizzerà le imprese che ricorrono al lavoro flessibile per adattarsi rapidamente all’andamento della domanda del mercato e, invece, favorirà le imprese che lo utilizzeranno per testare un lavoratore, per poi eventualmente assumerlo a tempo indeterminato”¹⁴⁵.

143Costa D., Tiraboschi M., *La revisione del contratto a termine tra nuove rigidità e flessibilità incontrollate*, in Boll. Adapt, Labour studies, 2/2012, 53

144Costa D., Tiraboschi M., *La revisione cit.*, 53

145Costa D., Tiraboschi M., *La revisione cit.*, 63

Due punti di contraddizione quindi, il primo sotto il profilo della promozione del contratto di lavoro a tempo indeterminato (e di conseguenza di un'occupazione stabile), il secondo quanto alla volontà espressa circa la lotta all'abuso delle forme contrattuali e alla lotta al lavoro sommerso. La nuova formulazione delle disposizioni che regolano questa tipologia, infatti, sembra essere una semplice variante, forse addirittura peggiore sotto il profilo della suscettibilità di essere oggetto di abusi, che nulla cambia rispetto all'impianto della legge Biagi¹⁴⁶.

Per queste ragioni, in molti descrivono l'intervento legislativo di cui si tratta come un "arretramento" non solo normativo (ci si riferisce alla razionalità giuridica chiesta dalle parti sociali in occasione della conclusione dell'accordo del 4/5/2001 che ha poi consentito la formulazione e l'approvazione del d.lgs 368/2001), ma anche culturale considerate la difficoltà di prendere posizione tra il promuovere questa tipologia contrattuale attraverso la liberalizzazione del primo contratto e, poco prima nel testo, farlo passare per un "disvalore" rispetto al contratto a tempo indeterminato¹⁴⁷.

Risente del neonato disposto normativo anche la contrattazione collettiva che viene compresa nelle maglie delle condizioni per la stipulazione di contratti acausali senza limite di durata (a) qualora ciò sia previsto dalla contrattazione collettiva; b) entro il limite del 6 per cento del totale dei lavoratori occupati nell'unità produttiva; e c) nell'ambito di un processo organizzativo caratterizzato dall'avvio di una nuova attività; lancio di un nuovo prodotto; cambiamento tecnologico; fase supplementare di un progetto di ricerca; rinnovo, proroga di una commessa). Il legislatore definisce la "capacità" dei sindacati a stipulare contratti collettivi che prevedano l'acausalità per ragioni organizzative condizionandola all'appartenenza al gruppo delle "organizzazioni sindacali dei lavoratori e dei datori di lavoro comparativamente più rappresentative sul piano nazionale". In dottrina si evidenzia come tale previsione chiuda ogni possibilità alla deroga al principio di causalità del lavoro

146Sui primi commenti alla legge Biagi, d.lgs.276/2003 si vedano Atti del convegno nazionale Aidlass sul tema «Autonomia individuale e autonomia collettiva alla luce delle più recenti riforme» (Abano Terme-Padova, 21-22 maggio 2004).

147Costa D., Tiraboschi M., *La revisione cit.*, 54

ro a termine tramite intese separate¹⁴⁸.

Un'altra modifica concerne il costo del lavoro a termine. La L. 92/20112 prevede infatti che per tutte le nuove assunzioni condizionate dalla presenza di un termine contrattuale il datore di lavoro debba versare un contributo addizionale pari al 1,4 % della retribuzione imponibile a fini previdenziali. Tali somme andranno a finanziare la neo costituita AspI, l'Assicurazione sociale per l'impiego. Il contributo addizionale non è richiesto in caso di assunzioni a termine a fini di sostituzione di lavoratori assenti; per lo svolgimento di attività di tipo stagionale e nel caso in cui il lavoratore sia apprendista.

Tale contributo potrà essere restituito nella misura massima di 6 mensilità, in caso di stabilizzazione del lavoratore a termine prima del decorrere del termine stesso o entro 6 mesi dalla cessazione del contratto (ovviamente senza restituzione delle indennità nei sei mesi di mancato lavoro e versamento)¹⁴⁹.

La previsione torna a sorprendere, non tanto per il suo valore intrinseco, che appare buono e realmente finalizzato al disincentivo dell'uso del contratto a termine considerato suscettibile di abusi (proroghe, rinnovi, etc..), quanto per l'incoerenza rispetto alla totale liberalizzazione che propone. “Ne è derivato, quindi, un esercizio di equilibrismo tra due necessità contrapposte: da un lato, quella di disincentivare il ricorso al lavoro a termine – ritenuta modalità di impiego di per sé non di qualità – e dall'altro, quella di dare ascolto all'indiscusso bisogno di lavoro temporaneo, invocato dalle aziende per poter pienamente assecondare le fluttuazioni del mercato”¹⁵⁰.

148 Costa D., Tiraboschi M., *La revisione cit.*, 54

149 Costa D., Tiraboschi M., *La revisione cit.*, 62

150 Costa D., Tiraboschi M., *La revisione cit.*, 63

Quanto al tema delle proroghe e dei rinnovi, al di fuori della particolare ipotesi dell'acausalità, il legislatore si preoccupa di ridefinire i termini. La prosecuzione dell'attività lavorativa oltre il termine determinava e determina la conversione automatica del contratto in contratto a tempo indeterminato ove prosegue per un tempo superiore ai 50 giorni, se il contratto aveva inizialmente durata pari o superiore ai sei mesi, o ai 30 giorni se di durata iniziale inferiore.

Per la stipulazione di nuovi contratti a termine la legge prevede un intervallo più lungo per concludere un nuovo contratto a termine con lo stesso lavoratore: se la durata del primo contratto è inferiore a sei mesi occorrerà attendere 60 giorni o 90 se il contratto precedente è superiore a sei mesi.

Quanto al lavoro a progetto si ricordi che il d.lgs. 10 settembre 2003, n. 276, nel Titolo VII, Capo I, dopo aver definito gli elementi costitutivi della fattispecie "lavoro a progetto" si preoccupava di dotare il collaboratore di un nucleo di disciplina protettiva attraverso l'attribuzione "asimmetrica" di diritti, cioè con l'assegnazione di diritti prevalentemente ad una sola parte del rapporto.

L'attribuzione asimmetrica di diritti proponeva, anche nel caso del lavoro a progetto, un interrogativo importante: e cioè se il riconoscimento in capo al collaboratore a progetto della titolarità di specifiche posizioni soggettive di vantaggio potesse andare di pari passo, come accade per il lavoro subordinato, con una drastica delimitazione dell'autonomia negoziale del beneficiario della tutela e soprattutto se ciò avvenga attraverso la combinazione delle tecniche dell'inderogabilità in *pejus* della disciplina eteronoma e della indisponibilità (seppure relativa) dei diritti da essa derivanti (art. 2113 c.c.)¹⁵¹.

Un breve cenno va fatto circa l'intervento, sebbene l'analisi specifica delle tipologie contrattuali non sia l'obiettivo di questo scritto, ma abbia una funzione meramente "preliminare" alla discussione sulla valutazione delle tendenze della legislazione e del continuo tentativo del legislatore di erodere le forme di rigidità o eccessivo protezionismo e forgiare le tipologie contrattuali

¹⁵¹ Novella M., *Note cit.*, in LD, 1/2004, p. 117.

in nuove fogge maggiormente aderenti alle esigenze dell'economia e del mercato interno.

Viene in primo luogo eliminato dalla normativa di riferimento la dizione “programma di lavoro o fase di esso” la quale si riferiva alla realizzazione del progetto ai fini della validità del contratto stesso. Le co. co. Pro., in seguito a tale riforma, si arricchiscono di un più stringente requisito di specificità e precisione quanto alla descrizione del progetto cui la collaborazione coordinata è preordinata. La durata determinata o determinabile rappresenta elemento di garanzia di non indeterminatezza della relazione parasubordinata anche e proprio in ragione del dichiarato favore del legislatore in sede di stesura della legge verso il lavoro subordinato a tempo indeterminato definito la tipologia contrattuale standard.

Il progetto, il quale necessita dunque di venire precisamente descritto nel testo contrattuale, non può essere collegato e essere meramente ripropositivo dell'ordinaria attività aziendale, né il contenuto dell'attività richiesta al prestatore di lavoro può concretizzarsi nell'esecuzione di mansioni meramente ripetitive esecutive. La precisazione appena fatta vale a sottolineare e a ribadire la precisa volontà del legislatore di mantenere la tipologia ben distinta dal lavoro subordinato e veicolare la determinazione della concezione del lavoro a progetto, poiché autonomo, come quel lavoro che si concretizza e si caratterizza per il contributo intellettuale e professionale del collaboratore.

La Riforma introduce, poi, un comma bis all'art. 69 della Legge Biagi al fine di disciplinare il lavoro autonomo non coordinato, prevedendo la trasformazione automatica in co. co. Pro. di tutti i rapporti di lavoro autonomo compensati con partita Iva che superino gli 8 mesi nell'anno solare e che vedano l'attribuzione dal medesimo committente di un compenso superiore all'80% del reddito complessivo del titolare di partita Iva. A ciò la norma aggiunge che alle medesime sorti è destinato il rapporto tra lavoratore autonomo e committente nel caso in cui questo possa qualificarsi in termini di c.d. committenza prevalente nell'ambito della valutazione del compenso percepito ed, infine, nel caso in cui il lavoratore autonomo con partita iva sia dotato di postazione fissa presso la sede del committente o si avvalga di strumenti di lavoro di proprietà dello stesso.

Si è immediatamente evidenziato l'automatismo che ciò produrrebbe in ragione dell'impossibilità di rintracciare un progetto nel rapporto sostanziale oggetto di trasformazione, impossibilità che imporrebbe al giudice di trasformare contestualmente, perché è questa la sanzione per la carenza del progetto, la neo nata co. Co. Pro. Rapporto di lavoro subordinato standard.

Il tema della somministrazione, sotto il governo Monti, sembrava essere ancora particolarmente stringente tanto che la legge di riforma, in piena controtendenza rispetto alle indicazioni della dottrina e delle istituzioni europee (si veda su questo la direttiva 2008/104/CE e più precisamente il suo quinto considerando), ha scelto di intervenire sull'istituto in direzione del tutto autonoma e parzialmente noncurante delle difficoltà applicative che fino a quel momento si erano manifestate nella prassi. In particolare, cioè, la L. 92/2012 sceglie di intervenire contestualmente e nella stessa direzione sul contratto a tempo determinato e sulla somministrazione a tempo determinato, tanto da accentuare le difficoltà che fino a quel momento gli operatori avevano rintracciato in ragione della previsione di cui all'art. 32 del Collegato Lavoro in tema di causali e della loro relativa applicabilità anche al contratto di somministrazione a tempo determinato.

Una tale presa di posizione, se così si può chiamare, tradisce il poco riguardo alle diverse tutele previste per l'uno e l'altro contratto. I lavoratori somministrati, infatti, a differenza di quelli a termine, beneficiano di un sistema di "welfare di settore completamente sostenuto dalla bilateralità capace di coniugare flessibilità e sicurezza"¹⁵².

Con riferimento alla problematica questione dell'indennità onnicomprensiva in caso di conversione del contratto, prevista dall'art. 32 del Collegato lavoro, la nuova legge non risolve il dubbio interpretativo circa la sua possibile applicabilità anche al lavoro somministrato. "Laddove (...) una equiparazione andava fatta, non s'è disposto espressamente. (...) Maggiore chiarezza andava fatta, per evitare disparità di trattamento non secondarie e per appianare un contrasto giurisprudenziale evidente, questa volta si, equiparando a ragione contratti a termine standard e rapporti

¹⁵² G. Rosolen, *La somministrazione di lavoro tra contrasto alla precarietà e buona flessibilità*, in Boll. Adapt, Labour studies, 2/2012, 40

di somministrazione, per la sussistenza di quell'elemento incidentale che giuridicamente le accomuna entrambe. Siamo ancora in tempo"¹⁵³. Sulle occasioni perse non ci si dilunga in questa sede né sulla stretta analisi giurisprudenziale alla quale si rinvia¹⁵⁴ per lasciare spazio alla successiva analisi delle riforme dell'anno successivo, nonché per le riflessioni nel merito di ciò che qui interessa e cioè l'effettivo spazio dell'autonomia delle parti nel rapporto di lavoro.

Passando brevemente ad un altro istituto e riferendosi al contratto di apprendistato, si deve dare atto che tale tipologia contrattuale sia stata oggetto di lunghi dibattiti, non solo in occasione dell'intervento legislativo del 2012, ma anche per quello appena precedente (decreto legislativo n. 167 del 2011) che trova le sue radici nel lontano 1996, anno del patto sul lavoro del 24 settembre, nonché della riforma Biagio del 2003. Quest'ultima, infatti recava una disciplina più volte emendata e perfezionata che però non ha mai trovato piena applicazione "anche a causa della incerta e lacunosa normativa di livello regionale che, nel problematico e non sempre lineare intreccio con la disciplina di settore definita dalla contrattazione collettiva, ne ha fortemente condizionato la piena operatività"¹⁵⁵. I dati che descrivono la situazione occupazionale tra i giovani dimostrano come vi sia stato un "sostanziale fallimento dei processi di riforma" in quanto il progetto formativo, da veicolarsi con tale tipologia, sembra cedere e passare in secondo piano rispetto alle esigenze di flessibilità delle imprese.

153 G. Rosolen, *La somministrazione cit.*, 41

154 Emiliani S. P., *IL LAVORATORE SOMMINISTRATO "IN QUANTO TALE", QUALE FIGURA EMBLEMATICA DEL TERZO CAPITALISMO*", in DRI, 3, 2013, 0835B.

155 M. Tiraboschi, *Tirocini e apprendistato: impianto e ragioni della riforma*, Dir. relaz. Ind., 2011, 04, 947.

Tale conclusione deriva dalla constatazione dei dati statistici che rivelano come siano sempre meno i giovanissimi ad essere assunti con un contratto di apprendistato e sempre di più gli ove 25¹⁵⁶. L'uso dell'apprendistato come strumento per favorire la flessibilità in entrata e in uscita rivela la difficoltà di utilizzare gli strumenti in modo proprio scaricando così “sulla forza lavoro giovanile, notoriamente priva di una solida rappresentanza politica e sindacale, buona parte delle esigenze di flessibilità richieste dal mondo delle imprese”¹⁵⁷.

Dopo l'approvazione del testo unico sull'apprendistato, nato proprio su queste basi, il legislatore ha scelto, a distanza di pochi mesi, di correggere la rotta al fine di chiarire alcuni dubbi interpretativi e di modificare la disciplina.

Il numero complessivo di apprendisti presso un datore di lavoro viene modificato in direzione “promozionale” passando da un rapporto 1 a 1 rispetto alle maestranze specializzate ad un rapporto 3 a 2 probabilmente anche al fine di limitare l'uso di altre forme contrattuali per gli stessi fini. Tale previsione opererà per le nuove assunzioni a partire dal 1 gennaio 2013 ma non si applicherà alle aziende che occupano un numero di dipendenti inferiore a dieci. “Non si comprende tuttavia la ratio di un simile intervento, che pare penalizzare le microprocessore, che vedono così decisamente compresse le proprie prospettive di graduale crescita tramite l'inserimento di giovani”¹⁵⁸.

La durata minima per tipologia di apprendistato viene definita da un minimo di tre anni per tutte e tre le tipologie ad un massimo di quattro anni per l'apprendistato per la qualifica o il diploma professionale e per quello di alta formazione e un massimo di cinque il contratto di mestiere. Per quanto riguarda, invece, l'apprendistato di alta formazione, si fa un esplicito rinvio alla determinazione della durata a livello regionale.

Una novità introdotta per l'apprendistato per la qualifica e per il diploma professionali è

156 “Dei circa 570 mila apprendisti censiti nel 2009 (ben ottanta mila in meno rispetto all'anno precedente) solo il 2,8% ha meno di 18 anni. La stragrande maggioranza degli apprendisti è dunque maggiorenne. Una quota non indifferente di apprendisti, pari al 33%, ha addirittura più di 25 anni”. – M. Tiraboschi, *Tirocini e apprendistato: impianto e ragioni della riforma*, Dir. relaz. Ind., 2011, 04, 947

157 M. Tiraboschi, *Tirocini cit.*, 947

158E. Carminati, M. Tiraboschi, *Apprendistato: novità e conferme*, in Boll. Adapt, Labour studies, 2/2012, 73.

rappresentata dall'aggiunta di una lettera a) bis alla disciplina previgente con la previsione di una durata minima del contratto non inferiore a sei mesi, fatto salvo quanto previsto dall'articolo 4, comma 5. Questa nuova disposizione impedisce che il contratto di apprendistato venga utilizzato per fini diversi da quelli formativi, per soddisfare esigenze temporanee, come potrebbe avvenire nelle professioni la cui attività è collegata agli andamenti stagionali del mercato, ove la predisposizione di un progetto formativo sarebbe pressoché inutile. Il contratto di apprendistato trova infatti la sua causa nel progetto formativo che non può essere “spezzettato” o interrotto al bisogno¹⁵⁹. Questa previsione, però, entra in contraddizione con quanto previsto nella riforma dell'inverno del 2011 ove si definiva il contratto di apprendistato come un contratto a tempo indeterminato e ove il margine temporale previsto dalla legge riferiva solo alla componente formativa.

Il testo, inoltre, sembra farsi carico della volontà politica di disincentivare l'eccessivo turna *over* di manodopera attraverso la previsione per la quale i datori di lavoro che occupano almeno 10 dipendenti possono legittimamente assumere nuovi apprendisti a condizione che il 50% degli apprendisti assunti nei 36 mesi precedenti abbia proseguito il proprio rapporto di lavoro, percentuale che si abbassa al 30% nei primi 36 mesi successivi all'entrata in vigore della legge.

Per quanto riguarda il recesso l'art. 2 comma 1 lett. m) viene arricchito di un inciso. Viene specificato come, in caso di recesso successivo allo scadere dell'obbligo formativo, debba applicarsi la disciplina generale di cui all'art. 2118 del Codice Civile, mentre in mancanza di recesso il contratto prosegua come contratto di lavoro subordinato a tempo indeterminato.

Durante il periodo di formazione, invece, che varia da tipologia a tipologia sia nei contenuti che nella durata, vige il divieto di recesso senza giusta causa o giustificato motivo, con la conseguenza, che ove nullo verrà colpito dalle sanzioni previste per la nullità dei licenziamenti in genere.

Chiuso il 2012 con l'approvazione della Riforma Fornero il legislatore ha immediata-

159F. Carinci, “Provaci ancora, Sam” *cit.*, 44.

mente proposto un nuovo intervento di riforma anche l'anno successivo. Qualcuno lo ha originalmente¹⁶⁰ definito un “diritto del lavoro senza pace”, quello che oggi si studia e nel quale dopo la riforma Fornero si è stagiato prima il D.l. 76/2013 convertito il L. 99/2013, seguito poi dal d.l. 34/2014 che, da ultimo è intervenuto ulteriormente sul contratto a termine¹⁶¹.

Il Decreto citato in particolare, riprende la centralità del tema della formazione e dell'apprendistato, riformando in parte le disposizioni relative ai tirocini e in parte proponendo misure straordinarie, applicabili fino al 31 dicembre 2015, finalizzate a fronteggiare la grave crisi occupazionale che coinvolge, soprattutto i giovani. L'apprendistato, anche in questo provvedimento, viene considerato centrale e definito come “modalità tipica di entrata dei giovani nel mercato del lavoro”.

Contestualmente il decreto c.d. “Giovannini” ha elaborato un piano di ammortizzatori in garanzia ai giovani e di borse di studio a sostegno dei tirocini formativi nel meridione e a sostegno dell'imprenditorialità.

Molto incisiva la riforma in materia di contratto a termine per il quale il requisito di cui al comma 1 dell'art. 1 dlgs. 368/2001. In particolare la specificazione delle esigenze tecnico, produttive, organizzative e sostitutive non è richiesta nell'ipotesi del primo rapporto a tempo determinato, di durata non superiore a dodici mesi, concluso tra un datore di lavoro o utilizzatore e un lavoratore per lo svolgimento di qualunque tipo di mansione, sia nella forma del contratto a tempo determinato, sia nel caso di prima utilizzazione di un lavoratore nell'ambito di un contratto di somministrazione a tempo determinato ai sensi del comma 4 dell'art. 20 del D.L.vo n. 276/2003.

La sussistenza del requisito, non è inoltre richiesta, nelle altre ipotesi individuate dai contratti collettivi, anche aziendali, stipulati dalle organizzazioni sindacali dei lavoratori e dei datori

160Corti M., Sartori A., *LEGISLAZIONE IN MATERIA DI LAVORO LA LEGGE DI STABILITÀ 2014 E CENNI AL TESTO UNICO SULLA RAPPRESENTANZA SINDACALE*, in RIDL, 2, 2014, 80.

161Il D.l 34/2014 modifica il d.lgs. 368/2001 prevedendo in sintesi: l'abolizione delle causali giustificatrici dell'apposizione del termine e delle ragioni oggettive per la proroga; la previsione di una durata massima triennale del contratto; la possibilità di proroga fino a cinque volte nell'arco del triennio; la previsione di un limite massimo legale al numero complessivo di contratti a termine instaurati da ciascun datore di lavoro.

di lavoro comparativamente più rappresentative sul piano nazionale. Viene dunque eliminato il requisito di percentuale del 6% massimo per la previsione di casi aggiuntivi di acausalità, lasciando libertà alle associazioni sindacali anche in sede aziendale di individuare le ipotesi in cui viene ritenuta opportuna la conclusione di un contratto privo delle cause giustificatrici.

Di fortissimo impatto è inoltre l'abrogazione del comma 2 bis dell'art. 4 che non consentiva la proroga per il contratto a tempo determinato "acausale". Il risultato dell'abrogazione comporta una fortissima incidenza sulla libertà di stipulazione di questo contratto e sulla flessibilità del suo utilizzo il quale potrà essere come gli altri contratti a termine.

Un'ulteriore novità introdotta dal nuovo comma 3 dell'art. 5 attiene agli intervalli tra un contratto ed un altro che tornano ad essere di 10 o 20 giorni, a seconda che il precedente rapporto avesse una durata fino a sei mesi o superiore.

Quanto alle Co. co. Pro l'art. 7, comma 2, lettere c) e d), modifica, in primo luogo l'art. 61, comma 1, del D.L.vo n. 276/2003 sostituendo la congiunzione "o" con la congiunzione "e" riferita ai compiti meramente "esecutivi e ripetitivi", con un risultato di favore dunque per quei contratti a progetto che prevedano l'attribuzione di mansioni solo meramente ripetitive o solo meramente esecutive.

Un secondo intervento relativo al contratto di collaborazione coordinata e continuativa a progetto attiene alla soppressione, all'interno dell'art. 62 dell'inciso "ai fini della prova" con la conseguenza che l'elencazione degli elementi essenziali del contratto diventa tassativa e stringente.

Ulteriori interventi sul lavoro intermittente e sul lavoro accessorio sono stati oggetto del medesimo intervento con il risultato che in un brevissimo arco di tempo la normativa è risultata nuovamente cambiata e il quadro giuridico nuovamente ridisegnato.

3. L'autonomia collettiva nel sistema delle relazioni industriali dopo l'art. 8, il riparto

Si è rilevato in dottrina (Romagnoli) come nelle nostre culture giuridiche sorgano molti problemi e difficoltà connessi alla complessa relazione tra autonomia individuale e collettiva e come essi si ricolleghino soprattutto all'indebolimento della legittimazione degli attori sociali, specie i sindacati, avvenuta circa nell'ultimo decennio. Da un lato, l'autonomia individuale e quella collettiva non sono in contrasto bensì costituiscono due aspetti complementari. Dall'altro lato, non essendo dimensioni separate e a sé stanti, le culture giuridiche devono trovare un equilibrio. “Nel diritto tedesco ad esempio, così come in molti paesi europei, il “cardine” tra i due principi è individuato nel principio del trattamento più favorevole, che, nel diritto del lavoro tedesco, è stabilito nella legge sulla contrattazione collettiva (Par. 4.3 Tvg). Il datore non può ridurre lo standard di tutela previsto dai contratti collettivi attraverso clausole del contratto individuale con pregiudizio per il lavoratore, ma può soltanto migliorarlo garantendo, ad esempio, benefici aggiuntivi. Il significato profondo che sta alla base di questo meccanismo è che, dove l'autonomia privata dimostra di essere sufficientemente forte, essa prevale sull'autonomia collettiva. D'altra parte, è importante evidenziare come quest'ultima sia un'eccezione alla regola secondo cui, in generale, le disposizioni dei contratti collettivi hanno priorità su quelle fissate nei contratti di lavoro individuali; ciò nondimeno è un'eccezione molto rilevante”¹⁶².

Più generalmente trattando di aggregazione collettiva e spazi dell'autonomia si può evidenziare preliminarmente che l'aggregazione, quando si esprime nelle forme del sindacato, agli albori dell'industrialismo, come precisamente scrive Ichino in un recente saggio, trova la sua primaria ragione nella necessità di riequilibrare il rapporto di forza negoziale nel mercato, contrapponendo al potere dell'imprenditore¹⁶³.

¹⁶²Zachert U., *Autonomia individuale cit.*, p. 331.

¹⁶³«Il lavoro salariato poggia esclusivamente sulla concorrenza degli operai tra di loro. Il progresso dell'industria ... fa subentrare all'isolamento degli operai risultante dalla concorrenza la loro unione rivoluzionaria, risultante dall'associazione» (Marx K., F. Engels F., *Manifesto del partito comunista*, 1848, cap I).

Un altro possibile motivo determinante della coalizione fra i lavoratori è costituito dalla necessità di correggere alcune asimmetrie informative che tipicamente li penalizzano nei confronti degli imprenditori. Il singolo lavoratore è meno informato di quanto non sia il datore di lavoro il quale è informato sull'andamento dell'azienda, sulla posizione che essa occupa nel mercato dei beni prodotti. L'associazione può garantire, dunque, il formarsi di una memoria collettiva e di un polo di forza anche nell'ambito delle conoscenze economiche necessarie per essere parti informate in una relazione contrattuale. Una terza motivazione alla coalizione può essere il principio di solidarietà che spinge i più forti a legarsi con i più deboli: “dove la disponibilità anche dei lavoratori più produttivi — e non soltanto per motivi di ordine politico-morale — a sacrificare una parte del trattamento che potrebbero conseguire mediante la negoziazione individuale e la competizione con gli altri nel luogo di lavoro, in funzione di un regime di parità di trattamento fondato sulla negoziazione collettiva”. Dalla dimensione individuale di debolezza e di separazione, cioè, si passa ad una dimensione collettiva di forza e aggregazione. Le conseguenze si rintracciano in primo luogo nella forza contrattuale, con, però un evidente restringimento dell'autonomia individuale e della capacità di negoziare soluzioni ad hoc per il singolo. Tale sacrificio di autonomia è misurato diversamente a seconda dell'ordinamento e a seconda dei meccanismi di funzionamento e di operatività dei contratti collettivi rispetto ai contratti individuali.

Si registra in Europa una tendenza, come già detto sopra, allo spostamento dell'asse di contrattazione verso il basso in un'ottica *bottom-up*. Alcuni Paesi Europei sono sede di veloci e recenti modifiche degli strumenti in mano alle parti sociali per la delocalizzazione della contrattazione collettiva a livello di impresa, altri invece, mantengono solido il loro sistema “tradizionale” di delocalizzazione e di deroga a livello aziendale.

Tra i Paesi che di recente sono intervenuti sulla disciplina delle relazioni industriali la Francia, con un intervento nel 2004 e uno nel 2008, l'Italia con l'accordo interconfederale del 28 giugno 2011 e la legge n.138 del medesimo anno, e la Spagna con due interventi di riforma il primo il 6 luglio 2012 e il secondo il giorno immediatamente successivo, 7 luglio 2012.

In Francia la legge 4 maggio 2004 sul dialogo sociale ha modificato la gerarchia delle fonti di contrattazione collettiva intervenendo anche sulle relazioni tra i livelli stessi di negoziazione. Nel 2008 il legislatore ha modificato profondamente i criteri di misurazione della rappresentatività al fine di rinforzare il sistema e rendere il sistema di deroghe alle fonti più alte di contrattazione, maggiormente democratico e condiviso.

In particolare la validità del contratto collettivo discende dal concorso di due fattori: a) che le organizzazioni stipulanti abbiano raggiunto il consenso del 30% dei voti espressi dai lavoratori; b) che le organizzazioni sindacali che nel loro complesso abbiano raccolto la maggioranza dei voti espressi dai lavoratori per le organizzazioni non manifestino opposizione all'applicazione del contratto. Il rapporto fra contratto concluso a livello aziendale (impresa o stabilimento) e nazionale viene modificato ammettendo la possibilità per il contratto aziendale di derogare in *pejus* al contratto nazionale, restando salvo uno zoccolo duro di materie sottratte alla competenza della contrattazione decentrata, quali lo SMIC (salario minimo garantito), le classi retributive ad esso collegate, le norme in materia di protezione sociale e la formazione. In secondo luogo, l'intervento del 2008 riserva alla contrattazione collettiva decentrata alcune materie sulle quali i livelli superiori di negoziazione possono intervenire solo in via suppletiva.

La Spagna, in un contesto di grande preoccupazione per la crisi economica, interviene urgentemente e in totale riforma, sul sistema della contrattazione collettiva e delle relazioni industriali. Le modifiche riguardano la forza derogatoria della contrattazione aziendale che prevarrà sugli accordi nazionali di settore, regionali e provinciali in tutta una serie di materie quali la retribuzione (e i livelli retributivi), i compensi per il lavoro straordinario, i turni e le ferie, l'organizzazione

del lavoro nell'impresa, il bilanciamento lavoro-famiglia. Il testo del decreto (o meglio dell'ultimo dei due decreti reali adottati uno dopo l'altro nel luglio 2012) prevede, inoltre, una facoltà di *opting out* connessa alle aziende dall'applicazione dei contratti nazionali sulla base della coesistenza di ragioni economiche, tecniche, produttive e organizzative.

In Italia un acceso dibattito sull'efficacia degli accordi collettivi e la loro idoneità ad essere strumenti validi di regolazione dei rapporti tra le parti sociali e la produzione ha comportato negli ultimi anni un forte intesimento delle relazioni industriali. Il nuovo assetto delle relazioni industriali, sviluppatosi negli ultimi tre anni, “pone una serie di questioni giuridiche di difficile composizione, puntualmente emerse nelle decisioni che hanno preso in considerazione l'epilogo della vicenda, che potremmo definire Fiat-metalmeccanici¹⁶⁴”. L'articolo 8 della legge 148 del 2011, infatti, è frutto dei travagliati rapporti tra il gruppo Fiat e le organizzazioni sindacali¹⁶⁵, o meglio di una “crisi del sistema sindacale di fatto”¹⁶⁶ e sconvolge tutto il sistema delle fonti del rapporto di lavoro ponendosi in evidente contrasto con l'opinione dei giuristi più accorti e delle parti sociali, non tanto per le procedure proposte e l'efficacia dello strumento quanto piuttosto alla sua compatibilità con il dettato costituzionale, in particolare con l'art. 39¹⁶⁷.

Se è vero infatti che “la tradizionale struttura contrattuale incentrata sul contratto nazionale onnicomprensivo è stata importante per regolare uniformemente le condizioni di lavoro nell'economia (stabile) del passato e per stabilizzare gli andamenti retributivi fino agli anni 2000” è anche vero che essa “ha frenato la dinamicità del sistema e ha contribuito a mantenere debole la dinamica salariale, con la conseguente riduzione della quota di reddito spettante al lavoro dipenden-

164Zilio Grandi G., Carnovale C., *La rinascita dell'articolo 28 dello statuto dei lavoratori e il caso del ccnl metalmeccanici: brevi appunti su livelli contrattuali, problemi di rappresentanza sindacale e limiti al sindacato giurisdizionale*, in Dir. Rel. Ind., 2011, 3, 749.

165 Su questo si veda: Carinci F. (a cura di), *Da Pomigliano a Mirafiori: la cronaca si fa storia*, Ipsoa, 2011; Carinci F., *Il caso Fiat: una crisi di sistema?*, in Lav. Dir., 2011, 2.

166Del Conte M., *La riforma della contrattazione decentrata: dissoluzione o evoluzione del diritto del lavoro?*, in Dir. Rel. Ind., 2012, 1, 25.

167Per questo si vedano Zilio Grandi G., Carnovale C., *La rinascita cit.*; Magnani M., *La contrattazione collettiva di prossimità. Un confronto a più voci sull'art. 8 della legge 148/2011: la complessità di una norma sovrabbondante*, in Dir. relaz. Ind., 2012, 1, 5.

te¹⁶⁸”.

L'art. 8 contiene previsioni frutto di una manovra urgente tesa a raffreddare le relazioni industriali già compromesse dal contenuto degli accordi del 2009 e del 2011. L'ordinamento offriva, prima dell'accordo del 28 giugno scorso, lo strumento per spostare l'asse della contrattazione collettiva a livello più basso ma tale facoltà era lasciata alle organizzazioni sindacali in modo assolutamente ristretto e vincolato da una stretta gerarchia delle fonti contrattuali attraverso l'attribuzione di una competenza delegata a concludere gli accordi da parte del CCNL. La nuova disposizione attribuisce agli accordi collettivi di livello aziendale un'efficacia generalizzata nei confronti di tutti i lavoratori interessati a condizione che gli accordi siano conclusi da associazioni dei lavoratori comparativamente più rappresentative sul piano nazionale ovvero dalle loro rappresentanze operanti in azienda ai sensi della normativa di legge e degli accordi interconfederali, risolvendo il problema della portata applicativa dei contratti collettivi. Il contratto di “prossimità” trova in questa disposizione grande considerazione, a tal punto da diventare sede possibile di deroga alle disposizioni poste a tutela del lavoratore, salvi ovviamente i limiti dettati dalle fonti di rango costituzionale (art. 117 Cost.). La deroga al contenuto di leggi e contratti collettivi nazionali è consentita solo ove la finalità sia la maggiore occupazione, il miglioramento della qualità dei contratti di lavoro, l'adozione di forme di partecipazione dei lavoratori, l'emersione del lavoro irregolare, gli incrementi di competitività e di salario, la gestione delle crisi occupazionali, gli investimenti e l'avvio di nuove attività. La legittimazione a concludere accordi di prossimità e in deroga sussiste in caso di appartenenza ad organizzazioni sindacali comparativamente più rappresentative con una novità quanto alla misura della rappresentanza la quale può essere misurata anche a livello territoriale, espressione di spinte in senso federalista della regolazione.

L'intervento normativo, introducendo l'efficacia *erga omnes* dei contratti collettivi

168“Tale criticità era già segnalata dalla Commissione Giugni, che proprio per questo sollecitava la necessità di rivedere l'accordo del 1993, al fine di potenziare la contrattazione decentrata, indicando specificamente l'ipotesi di una possibile contrattazione in deroga”, Treu T., *Ricerche: le relazioni industriali dopo l'accordo del 28 giugno 2011 e oltre*, in *Dir. Rel. Ind.*, 2011, 3, 613.

aziendali o territoriali, riordina il sistema sindacale dandogli delle “caratteristiche un po’ meno “di fatto¹⁶⁹” e un po’ più “di diritto”. Con questa norma, infatti, sarà possibile imporre per via giudiziale l’applicazione di un determinato contratto collettivo anche ai lavoratori non iscritti ad alcun sindacato o a quelli iscritti al sindacato dissenziente¹⁷⁰”. La norma, condizionando la validità generalizzata dei contratti, sulla scia della volontà di favorire un aumento dei livelli di occupazione, di promuovere la qualità dei contratti di lavoro e la diffusione di forme di partecipazione dei lavoratori (come ad esempio la cogestione, di matrice tedesca), la lotta al lavoro sommerso e il favor per una gestione semplificata delle crisi aziendali certamente porterà ad un fiorire delle pronunce giurisdizionali sulla “adeguatezza causale e (la) proporzionalità della misura adottata in funzione del raggiungimento dell’obiettivo prefissato, secondo una logica giuridica applicabile (e applicata) anche ai prodotti dell’autonomia collettiva”¹⁷¹.

Proprio sugli intenti del legislatore è necessario soffermarsi per un istante. Non è solo l’obiettivo di spostamento dell’asse negoziale ad aver ispirato tale riforma.

Le spinte europee sulle politiche occupazionali, ma non solo anche le raccomandazione della BCE¹⁷² in tema di adeguamento dei salari, hanno giocato un ruolo fondamentale. Mentre prima l’Italia metteva in atto politiche di flessibilizzazione controllata, oggi il raggiungimento della flessibilità del mercato e del contenimento delle crisi aziendali in merito alla gestione del personale non è più affidata ai contratti nazionali, ma ai contratti collettivi aziendali o territoriali. C’è chi ritiene criticamente come non sia chiaro se questo risultato “costituisca il frutto casuale dell’essere, il contratto aziendale, l’oggetto iniziale dell’intervento legislativo o la precisa scelta di incidere sulla struttura della contrattazione per orientare il sistema contrattuale verso la contrattazione

169 Liebman S., *Sistema sindacale “di fatto”, efficacia del contratto collettivo (aziendale) e principio di effettività*, in Adl, 2011.

170 Del Conte M., *La riforma cit.*, 28.

171 Perulli A., Speziale V., *L’articolo 8 della legge 14 settembre 2011, n. 148 e la “rivoluzione di Agosto” del Diritto del lavoro*, Wp Csdle “Massimo D’Antona”, 2011, 132, 25.

172 Su questo Pisani C., *Una ricetta della Bce per l’occupazione: regole specifiche aziendali*, in Dir. relaz. Ind., 2012, 01, 67.

decentrata”¹⁷³. La flessibilità “contrattata o controllata” non è però inedita nel nostro ordinamento considerato che essa è tendenzialmente vista come uno strumento appartenente “all’arsenale delle tecniche cui il diritto del lavoro ricorre, specie nelle fasi di emergenza. Del resto, piuttosto che assecondare le istanze europee di intervento diretto sulle regole di un mercato del lavoro eccessivamente duale, intervenendo in via eteronoma sul patrimonio garantistico, il legislatore invita le parti sindacali a scambiare dosi aggiuntive di flessibilità con poste occupazionali, partecipative, di emersione o con trattamenti migliorativi su versanti diversi (magari su quello del *welfare* aziendale)¹⁷⁴”.

4. *Il ruolo delle Commissioni di certificazione: derogabilità assistita e qualificazione contrattuale, divergenze tra espressione dell'autonomia e effettivo atteggiarsi del rapporto*

Tra i soggetti abilitati a prestare assistenza al lavoratore in fase di disposizione dei diritti deve oggi annoverarsi la Commissione di certificazione prevista dall'art. 75 del d.lgs. 276/2003 alla quale il legislatore attribuisce la competenza “a certificare le rinunzie e transazioni di cui all'art. 2113 del codice civile a conferma della volontà abdicativa o transattiva della parti stesse” (art. 82, D.lgs 276/2003).

Tale competenza rientra tra le altre ipotesi di certificazione (Titolo VIII, capo II, D.lgs 276/2003), che si aggiunge a quella che è la classica funzione della certificazione, rappresentata dalla certificazione avente ad oggetto i contratti di lavoro, provvista della diversa finalità di ridurre il contenzioso in materia di qualificazione dei contratti.

Le funzioni sono dunque distinte, e la bipartizione delle funzioni è confermata anche dall'attribuzione agli enti bilaterali di funzioni di enti certificatori nelle due procedure aventi ad oggetto, a norma dell'art. 5, lett. g), L. 30/2003, la qualificazione del contratto di lavoro ma anche le

¹⁷³Magnani M., *La contrattazione cit.*, 2.

¹⁷⁴De Luca Tamajo R., *Crisi economica e relazioni industriali: alcune osservazioni sull'articolo 8 della legge n. 148/2011*, in *Dir. relaz. Ind.* 2012, 01, 12.

rinunzie e transazioni ex art. 2113 c.c.

Inizialmente parte della dottrina¹⁷⁵ si era chiesta se la certificazione delle rinunzie e delle transazioni non generasse avesse effettivamente o meno l'effetto della inoppugnabilità sancito dall'ultimo comma dell'art. 2113 c.c. oppure se servisse solo a dare un crisma di certezza nei contenuti e nella forma all'atto, con una sorta di attestazione rispetto alla natura abdicativa o transattiva per prevenire liti sulla qualificazione di rinuncia o quietanza. Come viene fatto notare, però, questa lettura “pur sostenibile su un piano strettamente letterale (ma è nota la scarsa accuratezza lessicale che a volte contraddistingue il legislatore), priverebbe la norma di “qualsiasi riflesso pratico”, rendendo quanto mai improbabile che il datore di lavoro aderisca alla procedura di certificazione delle rinunce o transazioni, senza poterne ottenere l'agognato beneficio della irrevocabilità”¹⁷⁶.

Oggi la dottrina è unanime nel ritenere che la certificazione di cui all'art. 82, D.lgs 276/2003 porti con sé anche gli effetti di inoppugnabilità prescritti dall'ultimo comma dell'art. 2113 c.c.

La competenza a certificare in chiave qualificatoria è riconosciuta a tutti i soggetti richiamati dall'art. 76, Dlgs 276/2003 mentre con riferimento alla certificazione delle rinunzie e delle transazioni, la competenza degli enti bilaterali è esclusiva rispetto agli altri organi di certificazione e concorrente rispetto alle sedi contemplate dall'art. 2113, ultimo comma, c.c. Se le parti intendano contemporaneamente ottenere la certificazione del contratto e di una transazione si ritiene che sorga una situazione di prevalenza della competenza delle commissioni istituite presso gli enti bilaterali in ragione del fatto che esse possono nella medesima occasione certificare i contratti di lavoro e consentire la formazione di quella volontà assistita che rende legittimi gli atti abdicativi o transattivi di cui all'art. 2113 c.c.¹⁷⁷. Le commissioni di certificazione sono, inoltre, sedi

175Nogler L., Il nuovo istituto della certificazione dei contratti di lavoro, in MGL, 2003, 123.

176 Voza R., *L'autonomia individuale cit.*, 93.

177Voza R., *L'autonomia individuale cit.*, 94.

di tentativo obbligatorio di conciliazione ex art. 410 c.p.c., nel caso di impugnazione di un contratto certificato quale condizione di procedibilità del rito del lavoro innanzi al giudice civile.

Le commissioni istituite su iniziativa degli Enti Bilaterali a norma dell'art. 2 lett. h) che li definisce quali “organismi costituiti a iniziativa di una o più associazioni dei datori e dei prestatori di lavoro comparativamente più rappresentative”, possono essere di due tipi:

a) nel caso in cui la commissione sia costituita presso un Ente Bilaterale operante in un “ambito territoriale” che sia di riferimento per l'area territoriale di validità del contratto, quanto cioè ad oggetto e parti contraenti;

b) nel caso in cui la commissione sia istituita presso un Ente Bilaterale operante “a livello nazionale”.

Ovviamente la previsione normativa che concede agli Enti Bilaterali tale facoltà di operare nel campo della certificazione ha reso di difficile soluzione la questione della validità delle commissioni istituite presso i c.d. Enti Bilaterali atipici, cioè di livello locale, costituiti da organizzazioni sindacali che non siano comparativamente più rappresentative e quindi non rispondano al dato letterale della richiamata norma contenuta alla lettera h dell'art. 2 del decreto Biagi¹⁷⁸.

Le commissioni di certificazione istituite presso le Università pubbliche e private, comprese le Fondazioni universitarie, registrate nell'albo *ad hoc* costituito seguono un regime particolare. La composizione di queste commissioni è governata cioè dalla previsione che ne consente la costituzione solo “nell'ambito di rapporti di collaborazione e consulenza attivati con docenti di diritto del lavoro di ruolo” a norma dell'art. 66 d. P.R. 382/80. Ciò comporta, dunque, che la competenza in materia di certificazione non può considerarsi attribuita alle Università, quanto, piuttosto ai docenti a tempo pieno di diritto del lavoro legati da un rapporto di lavoro con esse e che dunque, svolgono nell'ambito delle attività legate alla certificazione vera e propria consulenza *intra*

178 Garofalo D., *Competenze e procedure della certificazione*, Adapt, Working paper n. 13/2005, 2.

moenia, in regime di convenzione con soggetti privati, sebbene nei locale e nelle strutture universitarie o delle fondazioni in seno ad esse costituite.

La certificazione è una procedura del tutto volontaria attivata dai soggetti che siano parti di un rapporto di lavoro e attraverso la quale possono pervenire alla esatta qualificazione del proprio contratto ad opera di un organo terzo, la Commissione, appunto, tramite l'adozione di un provvedimento amministrativo di "certazione" del contratto produttivo di certezza legale sul tipo contrattuale e pertanto idoneo a conferire chiarezza e stabilità alla pattuizione, salve eventuali sentenze contrarie. Il provvedimento che è emesso all'esito della procedura di certificazione ha la finalità come si è già accennato e come come espresso nell'art 75 del D.lgs 276/03, di ridurre il contenzioso in materia di qualificazione dei contratti di lavoro. Esso non ha valenza accertativa, dunque, circa lo stato di fatto, ma ha il preciso e solo fine di garantire una corretta qualificazione del contratto di lavoro, attraverso una valutazione tecnico-giuridica dei fatti come prospettati dalle parti in sede di audizione. Il giudizio che la Commissione opera a tal fine è un giudizio di sussunzione della fattispecie contrattuale concreta nel tipo legale astratto previsto dall'ordinamento, aspetto che è di notevole rilievo anche alla luce delle conseguenze che possono derivare dalla sussistenza di un provvedimento di certificazione, in quanto la commissione è chiamata a procedere alla sola certificazione del contratto e non del rapporto¹⁷⁹.

“La trasformazione dei modelli organizzativi di impresa, la terziarizzazione dell'economia, il mutamento dell'offerta di lavoro nel senso di una maggiore specializzazione e di una più elevata professionalità impongono infatti di ripensare le tecniche regolatorie in funzione di una migliore rappresentazione di tali complessità e del perseguimento di un rinnovato temperamento delle esigenze di fondo che giustificano la lunga e spesso difficile storia di questo settore dell'ordinamento giuridico”¹⁸⁰.

179 DPL Modena, La certificazione dei contratti di lavoro tra nuove opportunità e criticità, 2009.

180 Bizzarro C., Corvino A., Pasquini F., Tiraboschi M., *Nuove tecniche di regolazione e certificazione dei modelli organizzativi*, Boll. ADAPT – Newsletter Ed. Spec. n. 33, 2007.

L'introduzione della certificazione nell'ordinamento italiano ha consentito, in questo contesto, al legislatore di concedere nuovo spazio all'autonomia contrattuale quale fonte di regolazione più vicina alla realtà imprenditoriale e alle esigenze delle aziende nella gestione delle risorse umane. Tale opportunità concessa dalla riforma Biagi si riferisce ai contratti di lavoro e di appalto e ha come scopo primario quello di riequilibrare il potere datoriale a favore del lavoratore in sede di conclusione del contratto di lavoro, attraverso la previsione della presenza di un soggetto terzo, dotato di particolari competenze che ne certifica il contenuto, la rispondenza al nomen attribuito dalle parti e il genuino formarsi della volontà dei contraenti. Tale strumento ha mostrato le proprie potenzialità anche con riferimento alla razionalizzazione dei modelli organizzativi del lavoro adottati dalle imprese. “Da questa prospettiva, accanto alla tutela primaria del lavoratore sul mercato, con la finalità di correggere la asimmetria tra impresa e lavoro fase della negoziazione del contratto, l'istituto sembra costituire una prima adeguata risposta alle esigenze delle imprese di valorizzare il fattore lavoro e, nel contempo, potenziare la propria organizzazione sfruttando massimamente, rispetto ai profili strettamente vincolistici della regolazione eteronoma, gli spazi aperti all'autonomia delle parti”¹⁸¹.

Il contesto in cui si inseriva la neo introdotta Certificazione, era fortemente ispirato alla promozione della legalità e alla lotta al lavoro sommerso, in espressa direzione “riequilibrativa” del potere delle parti anche, e soprattutto per quanto riguarda l'utilizzo delle tipologie contrattuali atipiche, che in quella sede venivano riorganizzate e/o modificate. L'ulteriore intento del legislatore con l'introduzione di un siffatto strumento attiene alla volontà, espressa con le determinazioni Ministeriali che ne sono seguite, di garantire la riduzione del contenzioso lavoristico, non solo con la certificazione ma anche attraverso il riorientamento dell'attività di conciliazione.

Il problema che la dottrina si è posta negli anni successivi all'introduzione della Certificazione, attiene ciò che accade “dopo” la certificazione. In particolare ci si è chiesti quali

181 Bizzarro C., Corvino A., Pasquini F., Tiraboschi M., *Nuove tecniche cit.*, 3.

sorti abbia il contratto certificato e dunque quale sia l'effettiva valenza della certificazione in caso di contenzioso sul rapporto così regolato.

Il punto nodale attiene, infatti, alla sindacabilità giudiziale della qualificazione del contratto di lavoro operata dalla Commissione di certificazione attraverso il provvedimento emesso in seguito alla procedura prevista dalla legge. A ciò si aggiunga che un ulteriore aspetto su cui si è soffermata la dottrina è rappresentato dall'inopponibilità ai terzi, specie agli enti previdenziali, dell'esistenza di un provvedimento di certificazione avente ad oggetto il contratto di lavoro.

Il richiamo alle norme che regolano l'attività delle Commissioni di certificazione, previste dall'art. 76 d.lgs. n. 276/2003 e alla loro composizione che varia a seconda dell'organo presso il quale sono istituite, appare opportuno prima di ogni ulteriore considerazione. La Commissione istituita presso la vecchia DPL, oggi DTL, è composta dal dirigente preposto, che esercita le funzioni di presidente e che assicura l'attenzione e la qualità delle attività poste in essere dall'ufficio; da due funzionari addetti al servizio politiche del lavoro ; da un rappresentante dell'INPS e, infine, da un rappresentante dell'INAIL per un totale quindi, di 5 componenti con diritto di voto. Alle riunioni della Commissione partecipano anche un rappresentante dell'Agenzia delle Entrate e un rappresentante del Consiglio Provinciale degli Ordini Professionali “di appartenenza dei soggetti di cui all'art. 1 della legge n 12/1979” (componenti professionali in materia giuslavoristica e cioè consulenti del lavoro; i dottori commercialisti, ragionieri e periti commerciali, gli avvocati), a titolo consultivo. La loro presenza, pertanto non incide sull'andamento e sull'esito della procedura di certificazione.

Le commissioni costituite come appena detto seguono lo stesso apparato di regole anche nel caso siano istituite presso la Provincia, presso la quale le funzioni di presidente sono affidate al dirigente del Servizio provinciale per l'impiego e dove è prevista la partecipazione di tre funzionari del servizio provinciale competente, di un rappresentante dell'INPS e di un rappresentante

dell'INAIL come per le Commissioni della DTL; di due rappresentanti sindacali designati dalle O.O. S.S. comparativamente più rappresentative a livello provinciale ed infine di due rappresentanti dei datori di lavoro, designati, come per le organizzazioni dei lavoratori, dalle organizzazioni maggiormente rappresentative a livello provinciale.

Un'ulteriore sede in cui è possibile sottrarre al regime di invalidità le rinunce e transazioni concluse dal lavoratore è quella che coinvolge le funzioni ispettive in materia di previdenza sociale e di lavoro, recentemente razionalizzate ad opera del D.lgs. 124/2004.

Tra i principi e i criteri direttivi che hanno orientato la riforma del 2004 che è intervenuta ad ampliare le previsioni e gli ambiti della Certificazione come delineati l'anno prima dalla Riforma Biagi, vi era, anzitutto, quello di improntare il sistema delle ispezioni alla “prevenzione e promozione” dell'intera normativa a tutela del lavoro. L'ispettore acquisisce qui funzioni di mediazione nell'ipotesi in cui in ragione dell'intervento ispettivo o, in sede di controllo, emerga tra lavoratore e datore di lavoro un contenzioso. Tale ipotesi è prevista e regolata dall'art. 11, 1° comma, D.lgs. 124/2004, che dispone che ove emergano “elementi per una soluzione conciliativa della controversia” la D.t.l. Possa, per il tramite di un funzionario, anche se ispettore, e dunque anche in occasione dell'ispezione, avviare il tentativo di conciliazione sulle questioni segnalate dalle parti. L'accordo raggiunto non rientra tra le ipotesi coperte da inoppugnabilità di cui si è detto rappresentando un semplice verbale di conciliazione in sede amministrativa. Questa tipologia di conciliazione si distingue invece la conciliazione che viene svolta a norma dell'art. 11, 6 comma e che ha luogo “nel corso della attività di vigilanza qualora l'ispettore ritenga che ricorrano i presupposti per un soluzione conciliativa” con l'immediata attivazione della procedura conciliativa, che avrà, invece in questo caso sì, il medesimo effetto di rendere inoppugnabile l'accordo raggiunto fra le parti.

Nella circolare ministeriale n. 24/2004, è evidenziata la “struttura della conciliazione monocratica, nella quale si rileva la volontà non assistita del lavoratore, contrariamente a tutte le

altre forme di conciliazione previste dall'ordinamento” con l'evidente conseguenza che parrebbe evidente anche la conclusione dottrinale per la quale la conciliazione monocratica potrebbe ben rappresentare una deroga al principio della volontà assistita di cui all'art. 2113 c.c.

Emerge, infine, che il fondamento della validità dei negozi di disposizione compiuti dal lavoratore in sedi qualificate risiede nella idoneità di queste ultime a ripristinare le condizioni di un effettivo e genuino esercizio dell'autonomia negoziale in sede di stipulazione dell'atto abdicativo o transattivo.

A questo punto del ragionamento, è d'uopo interrogarsi – nell'assoluto silenzio della norma – su quali debbano essere le modalità dell'intervento da parte degli organi abilitati ad avallare le rinunzie e le transazioni del lavoratore, affinché la predetta finalità possa dirsi realizzata. A nostro avviso, tale questione esige una risposta unitaria, in grado di adattarsi a tutti i soggetti che possono prestare la propria assistenza, a prescindere dalla differente configurazione di ciascuno di essi e dalla assenza di un tratto predominante in grado di accomunarli.

In particolare, si deve rinunciare a voler imporre al soggetto che assiste il lavoratore un atteggiamento di neutralità, erroneamente considerato – in passato - quale presupposto indefettibile di legittimazione dell'attività di ausilio ai negozi ex art. 2113 c.c.

Gli organismi di conciliazione a composizione paritetica svolgono una funzione pubblica, ma vedono al proprio interno la presenza di componenti chiamati sostenere le parti della procedura e ciò è particolarmente evidente e caratterizzato quando l'assistenza è prestata dal sindacato.

Si è dovuta dunque riconoscere la “profonda differenza” che caratterizza la conciliazione fatta in sede giudiziale, da quella ad opera delle organizzazioni sindacali e della commissione di conciliazione, rinunciando così ad un tentativo di riconduzione ad unità. Mentre il giudice e l'organo amministrativo, infatti, si limitano a favorire l'accordo qualunque esso sia, il

sindacato fornisce al lavoratore l'opportunità di ristabilirsi su un piano di forza ai della giustizia¹⁸².

Una simile lettura fa affiorare una spaccatura, in verità priva di riscontri positivi, tra quelli che finirebbero per aprire come due distinti modelli di assistenza all'autonomia individuale del lavoratore: quella giudiziale/amministrativa, legittimata da una presunta neutralità, e quella sindacale, prima negletta (dopo la caduta dell'ordinamento corporativo) perché ormai deprivata di qualsiasi incrostazione pubblicistica, e poi per la medesima ragione – rivalutata (talvolta, sopravvalutata) attraverso le modifiche introdotte dalla legge su processo del lavoro. In realtà, anche l'organo pubblico svolge la medesima funzione di assistere la parte debole, e non solo – genericamente – di tentare la conciliazione: in questa attività, esso ha il compito di chiarire al (solo) lavoratore il significato e la portata degli atti dismissivi che intende sottoscrivere, con ciò rafforzandone la libertà negoziale.

Questa è un'attività sbilanciata a favore di una delle parti, ma al fine di ripristinare quella simmetria di potere alterata dalla debolezza contrattuale del lavoratore: in particolare, il riequilibrio del gap informativo fra le parti serve proprio a ristabilire una pari libertà nell'esercizio dell'autonomia negoziale.

Nello svolgimento di tale funzione non si può neppure ipotizzare una violazione del principio di imparzialità della pubblica amministrazione (art. 97, 1° comma, Cost.) ovvero del principio di terzietà del giudice (art. 111, 2° comma, Cost.), in quanto lo scopo della attività di assistenza (assunto quale interesse pubblico sottostante alla relativa disciplina legale) è proprio quello di ripristinare una situazione di (sostanziale) parità fra le parti, nell'esercizio, libero e consapevole, della loro autonomia negoziale.

Peraltro, tale attività non sacrifica affatto la posizione sostanziale del datore di lavoro, esauendo i propri effetti nella fase di composizione bonaria (e spontanea) del contenzioso, senza alcuna implicazione – in caso di esito infruttuoso del tentativo di conciliazione – sul contenuto di

182 Pera G., *Sulla risoluzione cit.*, 224.

una futura decisione da parte dell'autorità giurisdizionale.

In ogni caso, rimane assodato che, ai fini della validità delle rinunzie e transazioni, nulla autorizza a riscontrare una qualche preferenza tra le diverse sedi conciliative, le quali sono altrettanto (ossia, in egual misura) idonee a determinare l'effetto previsto dall'art. 2113, ultimo comma, c.c.

ritorna allora l'interrogativo di fondo: come deve atteggiarsi l'assistenza affinché il lavoratore possa dirsi adeguatamente tutelato nell'ambito della sede conciliativa da questi liberamente (e insindacabilmente) prescelta? Si riaffaccia, insomma, la già segnalata esigenza di un ragionamento unitario intorno al “quomodo” della assistenza prestata nelle diverse sedi abitative, essendo tutte indistintamente idonee a produrre il medesimo effetto.

Sotto questo profilo, se si guarda alla finalità per cui è previsto l'intervento del terzo, appare indispensabile chiedergli, nel corso delle trattative che sfociano nella composizione della lite, di esercitare – secondo un'espressione ricorrente – un “ruolo attivo”, senza limitarsi alla “mera incombenza di stringere la mano ai paciscenti”.

In questa direzione si è nettamente orientata la giurisprudenza in materia di contratti agrari, la quale, in riferimento alla assistenza richiesta quale requisito di validità – dapprima – delle rinunzie e transazioni sui diritti dell'affittuario di cui all'art. 23 della l. 11/1971, e – successivamente – anche dei patti in deroga in ambito agricolo, di cui all'art. 45 della l. 203/1982, ha precisato che tale intervento deve costruire “un fattore attivo e cosciente, di cooperazione, spiegata nella fase preventivare dinamica della conciliazione, diretta alla formazione dell'accordo, e non in quella successiva e statica della semplice approvazione di un accordo già raggiunto.

Nel campo dei rapporti di lavoro, l'atteggiamento della giurisprudenza, pur egualmente impegnata nello sforzo di supplire all'assenza di una determinazione ex lege delle modalità di esercizio dell'autonomia individuale assistita, è apparso più incerto.

Non sono mancate, infatti, pronunzie che si sono accontentate della semplice presenza del soggetto abilitato ad avallare la capacità dispositiva del lavoratore: in sostanza, il mediatore della lite potrebbe anche limitarsi alla mera registrazione dell'accordo direttamente raggiunto dalle parti.

Diverso orientamento giurisprudenziale sottolinea l'aspetto dell'effettività della assistenza, richiedendo al conciliatore “un'attiva e diretta partecipazione alle trattative ed alla determinazione dell'eventuale esito negoziale”. La necessità di un'effettiva attività di assistenza resa dal soggetto qualificato appare, in effetti, indiscutibile, se si ritiene che la sua funzione sia quella di preconstituire le condizioni per un genuino e consapevole esercizio della libertà negoziale del lavoratore.

Un'indicazione normativa in merito alla qualità dell'assistenza da fornire alle parti del contratto di lavoro proviene oggi dalla disciplina in tema di certificazione, ove è previsto che i relativi organi svolgano “anche funzioni di consulenza e assistenza effettiva” (art. 81, D.lgs. n. 276/2003), per la verità rivolta ad entrambe le parti (e non soltanto al lavoratore). Al di là della reale portata di tale disposizione (che non introduce alcun meccanismo di derogabilità assistita a norme imperative), l'attributo della effettività può esser letto come segno di una precisa opzione legislativa (corroborata dalle indicazioni operative fornite dal Ministero del lavoro) a favore di un ruolo attivo (e non meramente burocratico) da parte del soggetto che presta assistenza : un ruolo che si traduce nel “fornire non solo notizie, ma anche opinioni, suggerimenti, pareri, consigli, giudizi”, finalizzato alla “acquisizione in capo alle parti di quello che si può definire “uno stato di conoscenza critica”.

Rimane, tuttavia, la difficoltà di individuare che cosa possa concretamente indicare lo svolgimento di una simile attività da parte degli organi abilitati ad avallare le rinunce e le transazione del lavoratore.

A tal fine, isoli indici che emergono dalla giurisprudenza di legittimità (con riferimento alla sede sindacale) fanno riferimento alla *fiduciarietà*, ritenuta quale requisito intrinseco alla

funzione dell'assistenza sindacale, attestata dalla sottoscrizione contestuale del verbale di conciliazione dalle parti e dal rappresentante sindacale.

Attraverso tale affermazione, la cassazione ribaltava una significativa decisione di merito, che aveva ritenuto valida una conciliazione svoltasi in sede sindacale, ma conclusasi senza l'assenso (e anche la sottoscrizione) da parte dei rappresentanti dell'organizzazione sindacale alla quale alcuni dei lavoratori appartenevano.

La questione è di grande interesse, perché riassume molte delle ambiguità presenti nella riflessione intorno alla tecnica dell'autonomia individuale assistita, di cui – in questa fase – ci interessa delineare i requisiti sostanziali e procedurali.

In primo luogo, è senza dubbio indispensabile l'adesione del lavoratore all'intesa raggiunta in sede conciliativa, comprovata dalla sottoscrizione del relativo verbale. Infatti, nel convalidare l'atto di disposizione, si affianca a quella del lavoratore, il quale resta sovrano nel valutare la conformità dell'accordo ai propri interessi individuali: non si può trascurare che l'art. 2113 “non solo valorizza in generale la volontà del singolo lavoratore, ma lascia quest'ultimo la valutazione circa la convenienza e l'opportunità della transazione stessa, anche se c'è l'assistenza del sindacato”.

Tale considerazione è in piena sintonia con la configurazione della conciliazione come un modo di composizione della lite, che ha luogo tra le parti (sia pure in “presenza di un terzo”), e che “intrinsecamente”, “non si distingue dai vari tipi di negozio, aventi ciascuno una propria figura(transazione, rinuncia, riconoscimento), di cui le parti possono servirsi per raggiungere la composizione della lite”. Si tratta, dunque, di uno strumento di *autocomposizione* della lite, in cui (a differenza dell'arbitrato) il terzo si limita a facilitare il raggiungimento dell'intesa (ripristinando, nel nostro caso, la libertà di determinazione del lavoratore) : in ogni caso, il negozio rimane imputabile esclusivamente alla volontà delle parti.

Persino il sindacato, per quanto possa (e, in un certo senso, debba) parteggiare per il contraente assistito, rimane “garante esterno della parità di posizione delle parti e quindi della genuinità della formazione della volontà dei lavoratori”, senza assumere la qualità di agente negoziale del singolo atto di disposizione.

Per di più, non solo non vi è sostituzione, ma neppure integrazione della volontà del lavoratore ad opera di quella del conciliatore, contrariamente a quanto – in passato – si è sostenuto, allorquando si riscontrava in capo al lavoratore (sia pure limitatamente ai negozi per i quali è richiesta l'assistenza di un soggetto terzo) un difetto di capacità, magari simile a quella dell'interdetto le cui manifestazioni di volontà negoziale possono essere paralizzate dal dissenso del tutore. Quest'ultimo, infatti, può chiedere l'annullamento degli atti compiuti dall'interdetto successivamente alla sentenza di interdizione (art. 427, 2° comma, c.c.), mentre l'impugnativa delle rinunce e transazioni invalide (perché non assistite) è rimessa esclusivamente al lavoratore: ciò significa che nessuno degli organi abilitati a prestare assistenza ex art. 2113, ultimo comma, c.c.), può evitare che il negozio invalido produca i suoi effetti.

Evidentemente, la volontà che determina l'atto dispositivo è pienamente riconducibile all'autonomia negoziale del lavoratore: altrimenti non si spiegherebbe neppure l'esperibilità – pacificamente riconosciuta in dottrina e in giurisprudenza – dei “mezzi ordinari concessi alle parti di un contratto per farne valere i vizi che possono inficiarlo, ivi compresi quelli incidenti sulla formazione del consenso”. Anche la volontà assistita può essere viziata, proprio perché la decisione di rinunciare o transigere promana dal singolo lavoratore e non dal soggetto terzo.

Insomma, attraverso il meccanismo delineato dall'ultimo comma dell'art. 2113 c.c., non è consentito trasferire all'organo che presta assistenza il potere di disporre dei diritti individuali del singolo lavoratore, purché si tratti di diritti già sorti ed entrati nel patrimonio del titolare, altrimenti si tratterebbe di un fenomeno diverso, ossia la definizione – per il futuro – di un diverso trattamento economico-normativo (attraverso un accordo estraneo al campo di applicazione dell'art. 2113 c.c.,

perché in grado di modificare i presupposti per l'acquisto dei diritti).

A questo punto del ragionamento, è bene precisare che nessun accordo sindacale, neppure quello che assuma la veste della cosiddetta *transazione collettiva*, può produrre effetti dispositivi nella sfera dei singoli lavoratori. Infatti la conciliazione sindacale di cui all'art.411 c.p. c. si riferisce agli atti compiuti dal lavoratore personalmente ovvero – almeno secondo un consolidato orientamento giurisprudenziale – a mezzo di apposito mandatario, munito dei relativi poteri.

Parte della giurisprudenza ammette, tuttavia, la possibilità che il lavoratore ratifichi - persino per *facta concludentia* - un accordo sindacale precedentemente concluso, nella parte in cui esso prevede che i singoli lavoratori dismettano i propri diritti in chiave abdicativa o transattiva.

Si è rilevato, in proposito, che ai fini di cui all'art. 2113, 4° comma, c.c., in combinato disposto con l'art. 411, 3° comma, c.p.c., la presenza del sindacato sarebbe “comunque assicurata, sia pure in una fase precedente rispetto a quella in cui il lavoratore esprime, con la ratifica, la propria volontà di transigere”: ciò che conta è che “la volontà del titolare del diritto si accompagni a quella del sindacato, indipendentemente dalla loro successione temporale”.

Pare che la questione debba essere affrontata alla luce del particolare *iter* richiesto dalla legge ai fini della validità delle rinunce e transazioni. L'ultimo comma dell'art. 2113 c.c. (norma sostanziale) richiama le disposizioni (processuali) in materia di conciliazione (artt.185, 410 e 411, c.p.c.), le quali impongono precisi requisiti formali e procedurali: la rinuncia o la transazione presa in considerazione dalla norma codicistica è solo quella contenuta in un verbale di conciliazione, per il quale è richiesta la duplice sottoscrizione delle parti e dell'organo che assiste alla composizione della lite.

Quanto poi alla necessaria contestualità della sottoscrizione del verbale, ciò che conta è che la volontà del lavoratore (giuridicamente rilevante ai fini dell'art. 2113, ultimo comma, c.c.) si formi e si manifesti con l'ausilio del soggetto terzo; non si tratta della combinazione di due volontà,

ma della manifestazione di un'unica volontà (quella del lavoratore), attraverso una particolare *modalità* (l'assistenza).

Come detto, la volontà espressa dal sindacato nell'ambito delle transazioni collettive non è impegnativa per il lavoratore, il quale può liberamente decidere di aderire alla soluzione abdicativa o transattiva formulata nell'accordo sindacale. Questa adesione, però, deve seguire le procedure imposte dalla disciplina delle rinunce e transazioni, dovendo, quindi, concretizzarsi in una esplicita manifestazione di volontà assistita dal soggetto terzo.

Ad avviso di chi scrive, dunque, di fronte a qualsiasi accordo (comunque lo si voglia denominare e qualificare) che sia sottoscritto dal (solo) sindacato, è indispensabile (ai fini richiesti dall'art. 2113, ultimo comma, c.c.), che ad esso faccia seguito la conclusione di singoli negozi assistiti, da parte dei lavoratori interessati. Non conta, infatti, che il sindacato abbia *voluta* quell'accordo, reputandolo conveniente per il lavoratore: essendo in gioco (nel regime delle rinunce e transazioni) l'interesse individuale del lavoratore, è solo quest'ultimo che deve manifestare la propria volontà. Mentre il sindacato deve accertarne la genuinità. Tale accertamento non può dirsi implicitamente contenuto nell'accordo collettivo (al quale il singolo lavoratore rimane estraneo): occorre, dunque, un (successivo) negozio dispositivo individuale, specificatamente sottoposto alle procedure richieste ai fini della sua validità.

L'impostazione appena delineata aiuta a comprendere anche la situazione inversa, allorquando sia la volontà del lavoratore a precedere l'intervento del sindacato.

Se – come già rilevato – il conciliatore non deve limitarsi a ratificare un'intesa raggiunta altrove, in guisa di “passivo notaio”, egli, però, non può impedire che le parti comincino le trattative prima e al di fuori della fase conciliativa, magari anche raggiungendo un accordo: ipotesi che la stessa contrattazione collettiva – in qualche caso – prende in esplicita considerazione, senza censurarla affatto.

E' necessario, però, che la decisione vincolante di concludere il negozio di disposizione sia assunta (magari anche solo ribadita) in presenza e con l'assistenza del terzo, il quale si impegni realmente ad illustrarne all'assistito il significato e le conseguenze.

Quanto ai contenuti dell'assistenza, essa non si sostanzia nel compimento di un singolo atto, ma rappresenta, piuttosto, un'attività, che si concretizza, sul piano formale procedurale, nella sottoscrizione del verbale di conciliazione sul piano sostanziale, in una serie di compiti che sfuggono ad una rigorosa classificazione; “rendere edotto il lavoratore in ordine alle sue possibili pretese, esaminare seriamente la probabilità della causa, valutare se ed in quali termini convenga la composizione date le difficoltà che, in diritto e in fatto, la lite presenta, ed, infine, illustrare gli effetti “tombali” che la conciliazione assistita spiega sui diritti dismessi.

In definitiva, si tratta di fornire la garanzia di un consenso genuino e consapevole, perché *informato*, colmando quel *deficit* cognitivo in cui il lavoratore può venirsi a trovare.

Il punto è che di tutto questo può non rimanere alcuna traccia nel testo dell'accordo, visto che si può solo auspicare (non essendo imposto *ex lege*) che nel verbale vengano trascritte “tutta l'attività e le diverse posizioni espresse dai conciliatori e dalle parti” (contrariamente a quanto previsto dalle indicazioni ministeriali circa il funzionamento delle commissioni di certificazione): qualora ciò non avvenga, il “requisito di effettività dell'azione consulenziale” non sarà desumibile dal testo della conciliazione.

A nostro avviso, tale giusto rilievo, non comporta, tuttavia, che l'assistenza debba necessariamente degradare ad una semplice “presenza”, ossia ad una mera formalità; semmai la logica conclusione dell'obiezione testè riportata è che, a fronte di un verbale di conciliazione contenente una rinunzia o una transazione, regolarmente sottoscritto dalle parti e dal soggetto terzo, spetterà al lavoratore, nell'eventuale azione di impugnativa del negozio di disposizione, dimostrare concretamente (ossia adducendo circostanze precise) la carenza di un'effettiva attività di assistenza.

Occorre aggiungere in proposito, che la valutazione in ordine al carattere effettivo dell'assistenza prescinde – di per sé – dal contenuto, ossia dal merito dell'accordo. Sotto questo profilo, non è affatto richiesto – quale requisito di validità del negozio concluso in sede conciliativa – che il mediatore sia riuscito ad imporre una soluzione che risulti il più possibile vantaggiosa per il lavoratore. Indubbiamente, però, “la composizione della lite a condizioni rovinose o gravemente inique in danno del lavoratore, ove accompagnata da ulteriori circostanze spia, potrà costituire concreto indizio del mancato assolvimento da parte del conciliatore sindacale della funzione di garanzia attribuitagli”.

Rimane il fatto, tuttavia, che il lavoratore, nonostante tutta l'opera di assistenza prestata dal soggetto terzo, può sempre consapevolmente preferire una transazione, per così dire, “rovinosa”, pur di ottenere una immediata, per quanto minima, soddisfazione delle proprie pretese creditorie. A quel punto, “il conciliatore può, certo, ammonire il lavoratore sulle conseguenze del nero che, sottoscrivendo, sta per apporre sul bianco: ma, alla fine, dovrà pur prendere atto che quel lavoratore, rinunciando ad un diritto derivante da una norma inderogabile, esercita una facoltà riconosciutagli dall'ordinamento”.

Si è tentato, in dottrina, di delineare situazioni-limite, in cui il terzo avrebbe il potere-dovere di “rifiutare la conciliazione”, ossia qualora essa “abbia ad oggetto diritti primari del lavoratore e non solo diritti patrimoniali derivanti da violazione di norme inderogabili”. La questione si semplifica di molto, fino a perdere ogni concreto interesse, ove si consideri che il negozio che abbia le caratteristiche di un patto in deroga è sempre radicalmente nullo, a prescindere dall'eventuale avvallo ricevuto da organi qualificati: l'assistenza prestata (o negata) da questi ultimi è semplicemente irrilevante.

Viceversa, i negozi assistiti, che si muovano sul piano dispositivo non paiono in alcun modo aggredibili, fino a quando il lavoratore non dimostri la carenza di una effettiva attività di assistenza, ovvero la presenza di un motivo comune di invalidità negoziale (essenzialmente, un

vizio del consenso: v. supra).

Certamente, l'assistenza può essere effettiva, anche se l'organo conciliatore non “condivida” le scelte operate nell'atto imputabile alla esclusivavolontà del lavoratore, il quale, ai fini richiesti dall'art.2113, 4° comma, non è certo tenuto a uniformarsi al parere espresso dal conciliatore. Ciò vale anche nella conciliazione in sede sindacale, ove “la ratio della norma è rispettata, sol che il lavoratore abbia la possibilità di tener conto, nel procedimento formativo della propria volontà, delle indicazioni e dei suggerimenti fornitigli dal sindacato.

Il fatto che il conciliatore non abbia l'obbligo di impedire una conciliazione sbilanciata a danno del lavoratore, non significa, naturalmente, che egli non possa tentare di farlo: ci si interroga, addirittura, sulla possibilità – per il conciliatore – di “rifiutare il suo assenso alla composizione ipotizzata”, “anche se, evidentemente, a questo punto niente può impedire che il soggetto protetto concili da solo, anche a condizioni valutabili come rovinose, e non si avvalga poi della possibilità di impugnare la transazione così invalida”.

A prescindere della legittimità di un similerifiuto, v'è da chiedersi quale interesse potrebbe indurre il conciliatore ad assumere un atteggiamento ostruzionistico nei confronti dell'intesa raggiunta fra le parti, anche qualora egli la reputi eccessivamente penalizzante per il lavoratore.

Il soggetto che presta assistenza, infatti, dovrebbe ritenere esaurito il proprio compito, una volta verificata la piena e consapevole (perché informata) libertà di determinazione da parte del contraente debole, a prescindere dal merito della soluzione conciliativa maturata. Potrà pretendere di far verbalizzare la propria posizione di dissenso rispetto agli accordi intercorsi, magari allo scopo di evitare un'ipotetica (e quanto mai remota) azione di responsabilità professionale, ovvero – nel caso del sindacalista – un'eventuale responsabilità politica: dopodiché, però, non ha più motivo di negare la propria sottoscrizione al verbale di conciliazione.

Nel caso del giudice, ci pare, anzi, che, non solo non vi sia motivo ed interesse in tal senso, ma soprattutto, non vi sia alcuna potestà di negare alle parti la facoltà di comporre la lite alle condizioni che le stesse abbiano liberamente concordato, alla luce del principio dell'iniziativa di parte, che connota il processo civile, e in virtù del quale i litiganti possono in qualunque momento rinunciare agli atti del giudizio ed impedire al giudice di pronunciarsi.

In caso di conciliazione stragiudiziale, ci si chiede se la presenza di agenti conciliativi di promanazione sindacale, all'interno dell'organo pubblico collegiale ovvero direttamente in sede sindacale, possa far affiorare l'esistenza “nella gestione della lite di interessi autonomi e diversi rispetto a quelli delle parti”.

Esclusivamente sotto questo profilo, si può tracciare una linea di demarcazione tra le sedi di conciliazione ove possono eventualmente acquistare rilevanza “anche interessi superindividuali” (grazie alla presenza del sindacato, che tenta di interpretare in questa chiave il proprio ruolo), e “quegli strumenti di conciliazione in cui viene in rilievo la sola rappresentanza degli interessi individuali in conflitto”.

Conclusioni

L'ordinamento italiano, come si è avuto modo di vedere, è caratterizzato da un incessante, frammentato, non organico e sempre più accentuato succedersi di riforme di tutti gli aspetti, con riferimento agli strumenti del diritto, alle forme e alle modalità della sua stessa regolazione. L'obiettivo degli interventi a cui si assiste sembra essere costantemente quello del recupero di una certa forma di efficienza delle relazioni di lavoro nel senso di una corrispondenza tra le forme della sua regolazione e l'efficacia strumentale che le forme adottate hanno rispetto al programma iniziale.

Non è sempre immediato il riscontro delle ragioni e dei presupposti che muovono le spinte riformatrici, a volte sono strettamente politiche, altre volte dettate dall'urgenza economica, ma sempre e nella gran parte dei casi pare potersi rintracciare in questi interventi la convinzione che il sistema di mercato sia fortemente condizionato dalla presenza di una regola, seppur minima, piuttosto che dalla sua assenza. Contestualmente non sempre, dunque, è possibile riscontrare il consenso su ragioni e obiettivi, sebbene in nessun ambito dell'ordinamento italiano si sia intervenuti così tanto e in direzioni così contrastanti, come si è fatto nella materia del lavoro.

Come ben dice autorevole dottrina, infatti, “le motivazioni sono da ricercare, probabilmente, nel sovrapporsi al classico giudizio di efficacia strumentale, orientato alla verifica di coerenza dell'assetto regolativo all'efficacia assiologica, identificata nella tutela del prestatore d'opera subordinato, di un diverso parametro valutativo, riferito all'efficacia economica, che sembra corrispondente anche ad una rilettura del corretto bilanciamento dei valori costituzionali coinvolti nel fenomeno lavoro”¹⁸³.

Sembra naturale, dunque, che l'investimento regolativo e di riforma e l'aspettativa di

¹⁸³Perulli A., *Valutazione ed efficacia del diritto del lavoro*, in Lyon -Caen A., Perulli A., *Efficacia e diritto del lavoro*, Padova, 2008, 9.

cambiamento e di risoluzione che l'intervento normativo porta con sé, sia espresso nella materia del lavoro, tenuto conto, appunto, delle pressioni dialettiche indotte dalle variabili economiche¹⁸⁴.

Queste pressioni vengono accentuate dal declino della sovranità nazionale, che suggerisce l'immagine della “democrazia dimidiata” come proposta da Bobbio all'inizio degli anni Ottanta del secolo scorso¹⁸⁵, e dall'affermarsi della *lex mercatoria* le cui regole uniformi travolgono qualsiasi apparato protettivo ancorato alla cittadinanza, anche in forza della dematerializzazione e delocalizzazione dei processi produttivi¹⁸⁶.

Le tensioni sul nostro diritto del lavoro sono, per alcuni solo parzialmente e per altri totalmente, indotte dal fatto che la disciplina del rapporto appare oramai storicamente integralmente sottratta all'autonomia privata, laddove la pervasività dell'inderogabilità regolativa è accentuata dalla costituzionalizzazione della tassatività del tipo, combinata con l'incorporazione nello statuto protettivo della subordinazione-situazione¹⁸⁷.

Il diritto sovranazionale unionale si inserisce in questo schema “produttivo”, affiancando alla crescente effettività della costruzione del mercato attraverso l'uso di interventi normativi di natura non vincolante, determinando l'insorgenza di un potenziale conflitto di questo metodo regolativo con la necessità delle discipline nazionali di vedere introdotte disposizioni organiche, vincolanti ed univoche. Questo aspetto ha come conseguenza che sul piano interno si assista alla volontà, perennemente contrastata dal tradizionale assetto valoriale del sistema sindacale, di erodere l'apparato di garanzie, mentre sul piano sovranazionale si assiste contestualmente a una diluizione dei diritti sociali in virtù delle esigenze dell'economia di mercato. “A prima vista può apparire singolare che le tensioni che stanno attraversando il diritto del lavoro, e che investono il

184Del Punta R., *Il diritto del lavoro fra due secoli: dal protocollo Giugni al decreto Biagi*, in Ichino P.(a cura di), *Il diritto del lavoro nell'Italia repubblicana. Teorie e vicende dei giuslavoristi dalla liberazione al nuovo secolo*, Giuffrè, Milano, 2008, 311.

185Bobbio N., *La regola della maggioranza: limiti e aporie*, in Bobbio N., Offe C., Lombardini S., *Democrazia, maggioranza e minoranza*, Bologna, 1981, 63.

186Galgano F., *La forza del numero e la legge della ragione. Storia del principio di maggioranza*, Bologna, 2007, 223.

187Ghera E., *Subordinazione, statuto protettivo e qualificazione del rapporto*, DLRI, 2006, n. 109, 1 ss.

suo essere e il suo dover essere, non tocchino, se non del tutto marginalmente, l'assetto regolativo prodotto dall'autonomia collettiva, anche nella sua proiezione concertativa"¹⁸⁸, sebbene di fatto nel panorama italiano oggi si assista ad una progressiva perdita di forza contrattuale e normativa delle organizzazioni sindacali, tanto da lasciar presagire un imminente mutamento del rapporto tra le fonti e, di conseguenza degli assetti di forza nelle relazioni industriali.

Così, accade che, anche a conclusione di questo studio, il sistema delle fonti appaia frammentato al punto da non poter presagire con certezza l'esito del periodo storico che l'ordinamento vive se non nella consapevolezza che l'allargamento dei confini dell'ordinamento stesso, alla luce delle cessioni di sovranità in favore dell'Unione, delle necessità di far fronte ad istanze economiche sovranazionali e, infine, dell'attenzione che i giuristi prestano alle soluzioni proposte in altri ordinamenti, importano numerose diverse opportunità e necessità.

Come si è osservato, in particolare, infatti, l'ordinamento inglese, che tradizionalmente sorge e si sviluppa su basi valoriali opposte a quelle dell'Europa continentale, ha introdotto alcuni elementi e strumenti caratterizzati da una forte valenza economica e un grande impatto sull'estensione dei diritti del lavoratore. Certamente, dunque, si può affermare che, nonostante l'assenza, in quel sistema, delle medesime esigenze di flessibilizzazione che invece si riscontrano nel nostro ordinamento, la direzione intrapresa è comunque quella di tentare di erodere progressivamente il sistema garantistico verso la costruzione di un ordinamento in cui il lavoro è maggiormente merce di scambio nel mercato.

Il rilievo qui è dato non tanto al fine di far valere osservazioni di valore quanto al ruolo del lavoro nello sviluppo della persona umana, né nella volontà di sottolineare l'impossibilità di rinunciare alle garanzie, che peraltro andrebbe certamente fatto ma non nel contesto in cui ora ci si muove, ma piuttosto per dare atto della tendenza per cui, indipendentemente dal grado di "liberismo" registrato in ordinamenti così opposti l'inclinazione sia comunque quella di spingersi

¹⁸⁸Pessi R., *L'efficacia del diritto del lavoro e l'autonomia privata collettiva*, in RIDL, 2009, 1, 72.

oltre e modificare il sistema, passo passo. Questa prassi avrebbe dunque come fine ultimo, sia esso raggiungibile o meno, quello di ottenere una eliminazione dei vincoli all'uso delle risorse umane, percepiti come eccessivamente limitanti dagli attori economici.

Ecco che, se si sposta lo sguardo verso la dimensione sovranazionale, la complessità dei sistemi interni impone di pensare e “rispolverare” i concetti di concorrenza tra ordinamenti e *dumping* sociale. Il concetto di autonomia individuale, come definito variamente dalla dottrina sia nell'ambito più generalmente inteso come civile che in quello specifico del diritto del lavoro, diventa, infatti, uno strumento efficace per muovere o rimodulare assetti economici, nonché il fulcro dell'attenzione alla base degli interventi dei governi, volti a favorire uno spostamento degli investimenti.

Con queste affermazioni non si vuole certo attribuire allo spazio dell'autonomia la prerogativa di essere anche spazio o non spazio per il realizzarsi di condizioni idonee a realizzare risultati o eventi economici. Il tentativo della qui proposta analisi è piuttosto quello di inserire l'autonomia negoziale tra quegli elementi sui quali il legislatore, ad ogni occasione, sente la necessità di intervenire, più o meno consapevolmente, più o meno direttamente. L'intervento era in passato giustificato dalla necessità di restringere l'autonomia in direzione garantistica e protettiva delle parti deboli dei rapporti. Più di recente l'intervento è invece in direzione opposta, in risposta al presunto automatismo per il quale l'autonomia negoziale aumenterebbe nella misura in cui venga eroso lo spazio della regola inderogabile e dunque, nella misura in cui venga ridotta la protezione. Tutto ciò, ovviamente vale solo nella misura in cui il principio della autonomia sia astrattamente, come appena detto, e indissolubilmente legato (ma questa può essere una presunzione archetipica piuttosto che una verità) al concetto di inderogabilità delle norme, come a dare un quadro complesso, caratterizzato da tutele e garanzie, frutto della somma di molte norme inderogabili e pochi spazi di autonomia negoziale.

Si aggiunga, poi, che le riforme recenti volte alla regolazione dei fenomeni per così dire

abdicativi dei diritti o delle prerogative attribuite da norme di legge, impongono un ripensamento della struttura degli spazi dell'autonomia. Ciò anche con riferimento alla constatazione di un nuovo ruolo delle pubbliche amministrazioni le quali, come accadeva in passato per gli uffici dell'impiego in luogo delle organizzazioni dei lavoratori, oggi assumono, in supplenza della regola scritta, il ruolo di intervenatrici di fatto nell'iter formativo della volontà posta alla base degli accordi, come anche nella certificazione dell'aderenza del programma negoziale all'effettiva volontà e atteggiarsi del rapporto.

Concludendo, però, l'osservazione che si sente maggiormente di fare attiene alla reale natura del diritto del lavoro e al ruolo che oggi la disciplina ha assunto, nel rapporto con le altre.

Pare, a chi scrive, lungi da ogni retorica, che, indipendentemente dalla tradizione (come si è visto anche nell'ordinamento di *common law* la direzione è quella di ridurre progressivamente le garanzie a fronte di una conversione dei diritti in “beni” suscettibili di valutazione economica e dunque di scambio) il ruolo che il giuslavorista è chiamato a compiere non sia più quello di verificare se e quanto uno strumento, una disciplina o un intervento siano compatibili con l'assetto di valori costituzionali (nazionali e sovranazionali a ben vedere). Ciò che accade è appunto il contrario e cioè un continuo ricercare, negli spazi lasciati non regolati (o de-regolati), delle vie di fuga dalla tutela del lavoratore, per ottenere la legittimazione ad introdurre strumenti maggiormente rispondenti alle leggi di mercato. E, invero, ciò accade a tal punto che lo studio oggi si arricchisce di domande sulla compatibilità dei principi fondamentali rispetto agli obiettivi economici che ci si prefigge di raggiungere (a livello nazionale, europeo, internazionale), quasi fino a sostenere che se un principio è d'intralcio al raggiungimento di un obiettivo di mercato, non sia l'obiettivo a dover essere modificato, quanto il valore o il principio a dover essere eroso.

Bibliografia

Alaimo A., *La modificazione della distribuzione dell'orario nel rapporto di lavoro a tempo parziale*, RIDL, 1988, 1, 462 ss.

Anderman S., *The Interpretation of Protective Employment Statutes and Contracts of Employment*, in *Industrial Law Journal*, 2000, 29, 223.

Barassi L., *Sui limiti di una codificazione del contratto di lavoro*, in *Fil.*, 5, 1899, III.

Barassi L., *Il Diritto del Lavoro*, Giuffrè, 1949.

Barcellona P., *Diritto privato e processo economico*, Napoli, 1973.

Berton F., Richiardi M., Sacchi S., *Flessibilità del lavoro e precarietà dei lavoratori in Italia*, in *RIPP*, n. 1/2009.

Biasi M., *Retribuzione di produttività, flessibilità e nuove prospettive partecipative*, in *RIDL*, 2, 2014, 337.

Bizarro C., Corvino A., Pasquini F., Tiraboschi M., *Nuove tecniche di regolazione e certificazione dei modelli organizzativi*, *Boll. Adapt – Newsletter Ed. Speciale*, n. 33, 4 Dicembre 2007.

Bobbio N., *La regola della maggioranza: limiti e aporie*, in Bobbio N., Offe C., Lombardini S., *Democrazia, maggioranza e minoranza*, Bologna, 1981, 63.

Brollo M., *La mobilità interna del lavoratore. Mutamento di mansioni e trasferimento*, in Schlesinger P. (diretto da), *Il Codice Civile. Commentario*, 1997, 143 ss.

Cabrelli D., *Towards a prohibition of derogation of employment rights*, University of Edinburgh - School of Law September 1, 2007.

Calcaterra L., *La giustificazione oggettiva del licenziamento*, Editoriale Scientifica, 2009, 302.

Carminati E., M. Tiraboschi, *Apprendistato: novità e conferme*, in *Boll. Adapt, Labour studies*, 2/2012, 73.

Castelvetri L., *Il diritto del lavoro delle origini*, Milano, 1994, 305.

Cester C., *La norma inderogabile: fondamento e problema del diritto del lavoro*, Aidlass 2008.

Ciucciovino S., *Mansioni, qualifiche e ius variandi*, in *Diritto e processo del lavoro e della previdenza sociale*, a cura di G. Santoro Passarelli, Ipsoa, 2009, 611 ss.

Corti M., *Le modifiche in pejus delle condizioni individuali di contratto nelle ristrutturazioni d'impresa in Italia: gli spazi dell'autonomia individuale e di quella collettiva*, in *RIDL* 2009, 03, 413.

Corti M., Sartori A., *Legislazione in materia di lavoro, la legge di stabilità 2014 e cenni al testo unico sulla rappresentanza sindacale*, in *RIDL*, 2, 2014, 80.

Conway N., Deakin S., Konzelmann S., Petit H., Rebérioux A. and Wilkinson F., *The Influence of Stock market listing on Human resources Management: France and Britain*, in *British Journal of Industrial Relations*, 2008, 46, pp. 631–673.

Davies P., *The Emergence of European Labour Law*, in McCarthy W. E. F., *Legal Intervention in Industrial Relations: Gains and Losses*, Oxford, 1992, p.3.

Deakin S., Wilkinson F., *The Law of the Labour Market: Industrialization, Employment and Legal Evolution*, Oxford University Press, Oxford, 2005, 79.

Deery S., Mitchell R., *Employment Relations, Individualisation and Union exclusion*, *International Study*, Sydney, 1999, 132.

Degoli M. C., *L'esercizio dello jus variandi in presenza di prassi aziendale consolidata*, in RIDL, 2012, 3, 644.

De Gioia-Carabellese P., *'he Employee Shareholder: the Unbearable Lightness of being ... an Employee in Britain'*, 2015 (in uscita) Maastricht Journal of European and Comparative Law.

De Luca Tamajo R., *La norma inderogabile nel diritto del lavoro*, Jovene, 1976.

De Luca Tamajo R., *L. Barassi e la norma inderogabile*, in Napoli M. (a cura di), *La nascita del diritto del lavoro. "Il contratto di lavoro" di Lodovico Barassi cent'anni dopo*, Milano, 2003.

De Luca Tamajo R., *Crisi economica e relazioni industriali: alcune osservazioni sull'articolo 8 della legge n. 148/2011*, in DRI, 2012, 1, 12.

Del Conte M., *La riforma della contrattazione decentrata: dissoluzione o evoluzione del diritto del lavoro?*, in DRI, 2012, 1, 25.

Del Punta R., *Il diritto del lavoro fra due secoli: dal protocollo Giugni al decreto Biagi*, in Ichino P. (a cura di), *Il diritto del lavoro nell'Italia repubblicana. Teorie e vicende dei giuslavoristi dalla liberazione al nuovo secolo*, Giuffrè, Milano, 2008, 311.

Del Punta R., *Il giudice del lavoro tra pressioni legislative e aperture di sistema*, in RIDL, 2, 2012.

Emiliani S. P., *Il lavoratore somministrato "in quanto tale", quale figura emblematica del terzo capitalismo*, in DRI, 3, 2013, 0835B.

Freeland M., Kountouris N., *Towards a comparative theory of the contractual construction of personal work relations in Europe*, in Industrial Law Journal, 2008.

Galgano F., *La forza del numero e la legge della ragione. Storia del principio di*

maggioranza, Bologna, 2007, 223.

Gaymer J., *The employment relationship*, Sweet & Maxwell, London, 2001.

Gatto R., Tronti L., *La crisi e il mercato del lavoro. Come conciliare flessibilità e riforma degli ammortizzatori*, in EI, 1.

Garofalo D., *Competenze e procedure della certificazione*, Adapt, Working paper n. 13/2005.

Gazier B., *La strategia europea per l'occupazione nella tempesta: il ripristino di una prospettiva a lungo termine*, DRI, 2011, 1, 61.

Ghera E., *Subordinazione, statuto protettivo e qualificazione del rapporto*, DLRI, 2006, n. 109, 1 ss.

Ghera E., *Il contratto collettivo tra natura negoziale e di fonte normativa*, in RIDL 2012.

Ghezzi G., Romagnoli U., *Il diritto sindacale*, Bologna, 1992.

Giugni G., *Limiti legali all'arbitrato nelle controversie di lavoro*, RIDL, 1958, I.

Gutmann T., *Theories of contract and the concept of autonomy*, Working Papers of the Centre for Advanced Study in Bioethics, Münster 2013/55.

Hall M., *A cool response to the ICE Regulations? Employer and trade union approaches to the new legal framework for information and consultation*. *Industrial Relations Journal*, 2007, 37, 456.

Hall P. and Soskice D., *An introduction to varieties of capitalism*, in P. Hall and D. Soskice (eds.), *Varieties of Capitalism: The Institutional Foundations of Comparative Advantage*. Oxford: Oxford University Press, 2001, pp. 1–68.

Kenner J., *Statement or contract? - Some reflections on the EC Employee Information*

(*Contract or Employment Relationship*), *Industrial Law Journal* 1999, 28.

Konzelmann S., Conway N., Trenberth L. and Wilkinson F., Corporate governance and human resource management, in *British Journal of Industrial Relations*, 2007, 43, 541.

Ichino P., *Subordinazione e autonomia nel diritto del lavoro*, Giuffrè, 1989.

Ichino P., *Il percorso tortuoso del diritto del lavoro tra emancipazione dal diritto civile e ritorno al diritto civile*, in *RIDL* 2/2012, 59.

Ichino P., *Il contratto di lavoro*, in *Tratt CM*, 2003, 291; *Id. La qualità del lavoro dovuto e il suo mutamento*, in *AA.VV., Scritti in onore di Giuseppe Suppiej*, Cedam, 2005, 492.

Lele P. and Siems M., *Shareholder protection: a leximetric approach*, in *Journal of Corporate Law Studies*, 2007, 7, 17–50.

Liebman S., *Sistema sindacale “di fatto”, efficacia del contratto collettivo (aziendale) e principio di effettività*, in *ADL*, 2011.

Jemmaud A., *La renonciation du salarié*, in *DO*, 1997, 535.

Magnani M., *Disposizione dei diritti*, in *DDP*, 1990, 5, 51.

Magnani M., *La contrattazione collettiva di prossimità. Un confronto a più voci sull'art. 8 della legge 148/2011: la complessità di una norma sovrabbondante*, in *DRI*, 2012, 1, 5.

Maine H. S., *Ancient Law: Its Connection with the Early History of Society, and its Relation to Modern Ideas*, 1861, 170.

Mariucci L., *Il lavoro decentrato*, Milano, 1979, 65-98.

Mariucci L., *Le fonti del diritto del lavoro*, Giappichelli, 1988, spec. 89 ss.

Martelloni F., *Gerarchia “liquida” delle fonti del diritto del lavoro*, in Nogler L., Corazza L. (a cura di), *Risistemare il diritto del lavoro. Liber amicorum Marcello Pedrazzoli*. Milano, 2012, p. 440.

Marsden D., Belfield R. and Benhamo S., *Incentive pay systems and the management of human resources in France and Great Britain*. Centre for Economic Performance, London School of Economics, Discussion Paper No. 796, 2007 London.

Mazziotti F., *Contenuto ed effetti del contratto di lavoro*, Jovene, 1974, 1-82.

Mengoni L., *Il contratto individuale di lavoro*, XIII Congresso nazionale dell'Associazione italiana di diritto del lavoro e della sicurezza sociale (Aidlass), Ferrara 11-12-13 maggio 2000 sul tema: «Il diritto del lavoro alla svolta del secolo».

Montesarchio L., Legittima l'adibizione a mansioni inferiori su richiesta del lavoratore: l'ultima frontiera del giustificato motivo di deroga all'art. 2103 c.c., in RIDL, 2011, 4, 1139.

Novella M., *L'inderogabilità nel diritto del lavoro*, Giuffrè, 2009.

Nogler L., *Il nuovo istituto della certificazione dei contratti di lavoro*, in MGL, 2003, 123.

Napoli M., *La riforma del Fondo sociale europeo*, in RGL, 2000, n. 4

Occhino A., *Orari flessibili e libertà*, in RIDL, 2012, 1, 169.

Pera G., *Sulla risoluzione delle controversie individuali di lavoro*, in RTDPC, 1967, 190.

Perulli A., *Subordinazione e autonomia*, in M. Bessone (diretto da) *Tratt. dir. priv.*, XXIV, *Il lavoro subordinato*, a cura di F. Carinci, t. II, *Il rapporto individuale di lavoro: costituzione e svolgimento*, coord. da A. Perulli, Giappichelli, Torino 2007, p. 3.

Perulli A., *Diritto del lavoro e diritto dei contratti*, RIDL, I, 2007, p. 427.

Perulli A., *Valutazione ed efficacia del diritto del lavoro*, in Lyon -Caen A., Perulli A., *Efficacia e diritto del lavoro*, Padova, 2008, 9.

Perulli A., Speziale V., *L'articolo 8 della legge 14 settembre 2011, n. 148 e la*

“rivoluzione di Agosto” del Diritto del lavoro, Wp Csdle “Massimo D’Antona”, 2011, 132, p. 25.

Pessi R., *L'efficacia del diritto del lavoro e l'autonomia privata collettiva*, in RIDL, 2009, 1, 72.

Pisani C., *Una ricetta della Bce per l'occupazione: regole specifiche aziendali*, in DRI, 2012, 01, 67.

Pugliatti S., *Autonomia privata*, in Enciclopedia del Diritto, 1959, 366, Giuffrè.

Quadri M., *Usi aziendali, «fonti sociali» e autonomia collettiva*, RIDL, 2012, 3, 644.

Rescigno P. (a cura di), *Autonomia privata individuale e collettiva*, Introduzione, 2006, VI, Edizioni scientifiche italiane.

Ruiter D. W. P., *Legal Institutions*, Springer Science + Business Media Dordrecht, 2001.

Santoro – Passarelli F., *Autonomia collettiva*, in Enciclopedia del Diritto, 1959, Giuffrè.

Scarponi S., *Riduzione e gestione flessibile del tempo di lavoro*, Milano, 1988.

Scarpelli F., *Autonomia collettiva e autonomia individuale nella regolazione del rapporto dei lavoratori parasubordinati*, LD, 4/1999, p. 554.

Scognamiglio R., *Conclusioni*, in *Diritto del lavoro e categorie civilistiche*, a cura di Santoro Passarelli G., Giappichelli, 1992, 149.

Sconamiglio R., *La natura non contrattuale del lavoro subordinato*, RIDL 2007, 4, 379.

Spattini S., *Flessibilità per la crescita*, in *Il sole 24 ore*, 12.09.2011.

Spencer H., *The Man versus the State, with Six Essays on Government, Society and Freedom*, 1884.

Tangian A., *European Flexicurity: Concepts, Metodology and Policies*, WSI Diskussionspapier n. 148, Hans Bockler Stiftung, Dusseldorf, 2006.

Tullini P., *Indisponibilità dei diritti dei lavoratori: dalla tecnica al principio e ritorno*, Aidlass 2008.

Tullini P., *Tutela del lavoro nella crisi d'impresa e assetto delle procedure concorsuali: prove di dialogo*, in RIDL, 2, 2014, 201.

Tosi P., *Disponibilità individuale e collettiva dei diritti soggettivi nascenti da norme inderogabili*, ADL, 1999, 619.

Vardaro G., *Contratti collettivi e rapporto individuale di lavoro*, Milano, 1985.

Vallebona A., *Norme inderogabili e certezza del diritto: prospettive per la volontà assistita*, DL, 1992, I, p. 479.

Vallebona A., *Il d. lgs. n. 80 del 1998 (c.d. Bassanini-ter): il parere del Consiglio di Stato*, GC, 1998, II, p. 256.

Vallebona A., *L'impugnazione del lodo arbitrale irritale in materia di lavoro*, ADL, 2001, p. 77.

Vallebona A., *Incertezza e rimedi*, in G.C. Perone, A. Vallebona (a cura di), *La certificazione dei contratti di lavoro*, Giappichelli, Torino, 2004, p. 17.

Vallebona A., *La riforma dei lavori*, Cedam, Padova, 2004.

Vallebona A., *L'accertamento amministrativo dei crediti di lavoro*, MGL, 2004, p. 644.

Vallebona A., *Ricerche: Verso una riforma del processo del lavoro? - I disegni di riforma del processo di lavoro*, DRI, 2007, p. 358.

Vallebona A., *Le dimissioni e il nuovo vincolo di forma*, in L. Montuschi (a cura di), *Un diritto in evoluzione. Studi in onore di Y. Suwa*, Giuffrè, Milano, 2008, p. 433.

Vallebona A., *La nomofilachia accelerata della Cassazione sui contratti collettivi nazionali*, in *Diritto e Libertà. Studi in memoria di Matteo Dell'Olio*, Giappichelli, Torino, 2008, t.

II, p. 1806.

Voza R., *Norma inderogabile e autonomia individuale assistita*, DLRI, 1998, p. 603.

Voza R., *Forma del contratto e trasformazione del rapporto nel part-time*, DLRI, 2001, p. 563.

Voza R., *L'autonomia individuale assistita nel diritto del lavoro*, Bari, 2007.

Voza R., *Le peculiarità del tentativo obbligatorio di conciliazione nel lavoro pubblico*, in M.G. Garofalo, R. Voza (a cura di), *La deflazione del contenzioso nel lavoro. Il caso delle Pubbliche Amministrazioni*, Cacucci, Bari, 2007, p. 81.

Weber M., *Wirtschaft und Gesellschaft. Grundriss der verstehenden Soziologie*, 1980, 399.

Wedderburn L., *Discrimination in the Right to Organise and the Right to be a Non-unionist* in FoUce Schmidt (ed.), *Discrimination in Employment*, Stockholm, 1978, p.464.

Zachert U., *Autonomia individuale e collettiva nel diritto del lavoro. Alcune riflessioni sulle sue radici e sulla sua reale importanza*, in LD 2/2008, p. 327.

Zilio Grandi G., *Le fonti della retribuzione. Spunti per una ricerca*, in DRI, 1996, 2, 151.

Zilio Grandi G., *Dieci anni di flessibilità e dieci spunti di riflessione*, in Lav. Prev. Oggi, 2007,1.

Zilio Grandi G., *Novità procedurali e profili di tutela sostanziale nella l. 183/2010: in particolare la nuova certificazione*, Giustizia del lavoro ed effettività dei diritti dopo la legge 183 del 2010, Convegno: Giustizia del lavoro ed effettività dei diritti dopo la legge 183 del 2010.

Zilio Grandi G., Carnovale C., *La rinascita dell'articolo 28 dello statuto dei lavoratori e il caso del ccnl metalmeccanici: brevi appunti su livelli contrattuali, problemi di rappresentanza*

sindacale e limiti al sindacato giurisdizionale, in DRI, 2011, 3, 749.

Zilio Grandi G., *Il dumping sociale intracomunitario alla luce della più recente giurisprudenza CGE. Quando la libertà economica prevale sui diritti sociali*, in Cataldo Balducci e Maria Luisa Serrano, Atti del Convegno nazionale Nuovi assetti delle fonti del Diritto del Lavoro - 2011, Convegno: Nuovi assetti delle fonti del Diritto del Lavoro - 2011, otranto, 10-11 giugno 2011.

Zilio Grandi G.; De Gioia Carabellese P.; Colhoun, R. J., *The Concept of “Protected Trade Dispute” in the UK Legislation: A (Still and Never-Ending) Fashionable Notion to be Exported to the Continent, Despite “Metrobus” and “British Airways”?!* , in Boll. Spec. Adapt, 134, 2013, 1-16.

Zilio Grandi G., De Gioia Carabellese P., *The Dismissal by Way of Redundancy in the United Kingdom as a Possible Legal Concept to be transplanted in Italy?: A Meditation on the “Odyssey” of an Impossible Dismissal (the Economic Dismissal in Italy) and a Possible Inspirational Muse (the British Legislation in the matter of the Redundancy)*, in Eu Business Law R., 2013, 854-875.

Zilio Grandi G., Sferrazza M., *La tutela del lavoratore nei confronti dell'insolvenza del datore di lavoro*, in DRI, 3, 2013, 685.

Zoli C., *Contratto e rapporto tra potere e autonomia nelle recenti riforme del diritto del lavoro*, Aidlass 2004.

Zoli C., *Contratto e rapporto tra potere e autonomia nelle recenti riforme del diritto del lavoro*, in *Autonomia individuale e autonomia collettiva alla luce delle più recenti riforme*, Atti giornate di studio, Abano Terme-Padova, 21-22 Maggio 2004, Giuffrè, Milano, 2005, p. 73.

Zoli C., *La conciliazione monocratica*, in L. Nogler, C. Zoli (a cura di). *Razionalizzazione delle funzioni ispettive in materia di previdenza sociale e di lavoro, a norma dell'art. 8 della L. 14 febbraio 2003, n. 30, NLCC*, 2005, p. 951.

Zoli C., *Il controllo giudiziario e gli atti di esercizio del potere direttivo: il trasferimento del lavoratore e il mutamento delle mansioni*, in DRI, 3, 2014, 712.

Zoppoli L., *Accertamento pregiudiziale e contratto collettivo nel lavoro pubblico: ancora una sentenza tranquillizzante*, DLM, 2003, p. 461.

Zoppoli L., *Certificazione dei contratti di lavoro e contrattazione collettiva*, in M. Rusciano, C. Zoli, L. Zoppoli (a cura di), *Istituzioni e regole del lavoro flessibile*, Napoli, 2006, p. 335.

Zoppoli L., *Flessibilità del diritto del lavoro e accumulazione del capitale sociale*, in L. Mariucci (a cura di), *Dopo la flessibilità cosa?*, Bologna, 2006, p. 409.