

Parte I - Dottrina

- *Il tema*
FLESSIBILITÀ, POTERI, CONTRATTO DI LAVORO DOPO IL *JOBS ACT*
a cura di Cristina Alessi, Vito Leccese
contributi di M.T. Carinci, V. Pinto, R. Nunin, L. de Angelis
- *Saggi*
L. Scarano *Sindacato e autonomia individuale nel Jobs Act*
- *Note e commenti*
L. Busico *Il potere disciplinare negli atenei*
- *Problemi di diritto sociale europeo*
G. Arrigo *Uguaglianza, parità e non discriminazione nella Uo (Parte I)*

Parte II - Giurisprudenza

- *Note*
A. Guariso *Sul risarcimento «comunitario»* / V. Brino *Salario minimo legale e appalti* /
E. Raimondi *La riservatezza del lavoratore* / L. Menghini *Fondazioni lirico-sinfoniche
e contratti a termine* / A. Gambardella *Configurabilità del carattere ritorsivo nel licenziamento* /
E.S. Giordano *Sui limiti del repectage* / M. Talavico *La prescrizione dopo il Jobs Act* /
A. Delogu *Le comunicazioni sindacali nel trasferimento d'impresa* /
M.M. Mutarelli *Rito Fornero e l. n. 60/1966* / P. Bozzao *Pensioni e part-time*

Osservatori online

- *Corte di Giustizia*
a cura di Luigi Menghini
- *Corte europea dei diritti dell'uomo*
a cura di Adalberto Perulli
- *Lavoro pubblico*
a cura di Paola Saracini

ISSN 0392-7229

Editori: R.O.C. - Poste Italiane S.p.A. - Spedizione in Abbonamento Postale D.L. 353/2003 (conv. in L. 27/02/2004 n. 46) art. 1, comma 1, DCB Roma
€ 33,00

ANNO LXVII • N. 2 2016

RIVISTA GIURIDICA DEL LAVORO E DELLA PREVIDENZA SOCIALE


EDIESSE

RIVISTA GIURIDICA DEL LAVORO E DELLA PREVIDENZA SOCIALE

Fondata da Aurelio Becca e Ugo Natoli
Diretta da Umberto Carabelli

ANNO LXVII
Trimestrale
• aprile-giugno •
2/2016


EDIESSE

Il Collegio dei condirettori della *Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale* ha deciso, come scelta editoriale decorrente dal 2016, di non accettare per la pubblicazione contributi che siano stati pubblicati o siano in corso di pubblicazione in altre riviste italiane o in rete, né di consentire la pubblicazione in altre riviste italiane o in rete di contributi già pubblicati nella *Rivista*. Gli autori sono invitati a rispettare questa decisione.

I saggi pubblicati nella «Parte I - Dottrina» non devono superare le 20 pagine nel formato della *Rivista* (pari a 56.000 battute spazi inclusi) e sono sottoposti alla valutazione di *referees* anonimi. Il gruppo dei *referees* è composto dai membri del Comitato di indirizzo scientifico e di referaggio e da altri/e studiosi/e.

I materiali per la pubblicazione vanno inviati per posta elettronica alla Segreteria di redazione e devono uniformarsi ai criteri redazionali della *Rivista* (che possono essere richiesti alla stessa Segreteria).

Il testo delle sentenze annotate nella «Parte II - Giurisprudenza» è pubblicato in:
www.ediesseonline.it/riviste/rgl.

LA RIVISTA GIURIDICA DEL LAVORO E DELLA PREVIDENZA SOCIALE PARTECIPA ALLA INTERNATIONAL ASSOCIATION OF LABOUR LAW JOURNALS (WWW.LABOURLAWJOURNALS.COM).

Proprietario ed editore
Ediesse s.r.l.
Viale di Porta Tiburtina 36 – 00185 Roma
Tel. 06/44870325 - Fax 06/44870335
www.ediesseonline.it
E-mail: ediesse@cgil.it
Autorizzazione del Tribunale di Roma n. 3848/1954

Sito web della rivista
www.ediesseonline.it/riviste/rgl

Segreteria di redazione
Viale di Porta Tiburtina 36 – 00185 Roma
Tel. 06/44870323 - Fax 06/44870335
E-mail: rgl@ediesseonline.it

Progetto grafico e fotocomposizione
EDIESSE

Stampa
O.GRA.RO. s.r.l.
Vicolo dei Tabacchi, 1 – 00153 Roma

Ufficio abbonamenti
Tel. (06) 44870283 - Fax (06) 44870335
Dal lunedì al venerdì 10-13 / 14-16,30
E-mail: ediesse@cgil.it

Tariffe di abbonamento
Ordinario 100,00 euro; estero 200,00 euro
Agli studenti universitari che abbiano un specifico interesse per il diritto del lavoro verrà riconosciuto lo sconto del 50% presentando la richiesta del docente che segue la loro attività.
L'importo dell'abbonamento può essere versato sul conto corrente postale n. 935015, intestato a Ediesse, specificando la causale.
Una copia: 33,00 euro; arretrati: 66,00 euro

Distribuzione in libreria
MESSAGGERIE

FINITO DI STAMPARE NEL MESE DI GIUGNO 2016

Egregio Abbonato,
ai sensi dell'art. 10 della legge n. 675/1996 La informiamo che i Suoi dati sono conservati nel nostro archivio informatico e saranno utilizzati dalla nostra società, nonché da enti e società esterne ad essa collegate, solo per l'invio di materiale amministrativo, commerciale e promozionale derivante dalla ns. attività. La informiamo inoltre che, ai sensi dell'art. 13 della Legge, Lei ha il diritto di conoscere, aggiornare, cancellare, rettificare i suoi dati o opporsi all'utilizzo degli stessi, se trattati in violazione della legge.



Associato all'USPI - Unione Stampa Periodica Italiana

Stefano Giubboni
Ricordo di Gina Turatto

IX

PARTE I DOTTRINA

IL TEMA

Flessibilità, poteri, contratto di lavoro dopo il *Jobs Act*
Flexibility, powers, employment contract after the Jobs Act
a cura di Cristina Alessi, Vito Leccese

Cristina Alessi, Vito Leccese

Introduzione

309

Introduction

Maria Teresa Carinci

«Il contratto di lavoro subordinato a tempo indeterminato costituisce la forma comune di rapporto di lavoro»?
Contratto di lavoro subordinato a tempo indeterminato
versus contratto di lavoro subordinato a termine,
somministrazione di lavoro e lavoro accessorio

316

Is it the indefinite contract for real the «rule»?

The indefinite contract with increasing protection versus the fixed-term contract, the temporary employment contract and the accessory work

Vito Pinto

La flessibilità funzionale e i poteri del datore di lavoro.
Prime considerazioni sui decreti attuativi
del *Jobs Act* e sul lavoro agile

345

Functional flexibility and employer's powers.

First remarks on the Jobs Act decrees and smart working

IL TEMA

FLESSIBILITÀ, POTERI, CONTRATTO DI LAVORO DOPO IL *JOBS ACT*

Cristina Alessi (*), *Vito Leccese* (**)

INTRODUZIONE

1. — Le recenti riforme del lavoro hanno modificato in maniera importante buona parte della disciplina lavoristica, spostando l'asse della regolazione, su molti profili, nella direzione della valorizzazione dell'interesse dell'impresa.

La latitudine e la profondità degli interventi operati impongono di aprire una riflessione sui mutamenti che essi hanno prodotto nello stesso statuto fondativo del diritto del lavoro.

In questo numero della *Rivista* si è dunque pensato di chiedere a quattro Autori di esprimere, ciascuno secondo un differente punto d'osservazione, la propria opinione sull'impatto del cd. *Jobs Act* sulla nostra disciplina, soffermandosi, rispettivamente, sul mutamento dei rapporti tra contratti di lavoro «flessibili» e contratto a tempo indeterminato (Maria Teresa Carinci), sui temi della flessibilità funzionale e dei poteri del datore di lavoro (Vito Pinto), sul ruolo del contratto collettivo (Roberta Nunin) e su quello del giudice (Luigi de Angelis) nel controllo sulla flessibilità in entrata e in uscita e sull'esercizio dei poteri datoriali.

2. — In questa introduzione non si possono certo approfondire le questioni che saranno affrontate compiutamente dagli Autori, ma può comunque essere utile anticipare che il mutamento di gran lunga più rilevante è quello che incide sul rapporto tra contratto di lavoro «standard» e contratti flessibili, come emerge dal saggio di Maria Teresa Carinci. L'adozione di una tecnica limitativa dell'apposizione del termine al contratto di lavoro, così come del ricorso agli altri strumenti di flessibilità, fondata esclusivamente su vincoli di carattere numerico mette in luce il passaggio da un controllo di carattere funzionale, che guarda cioè alla corrispondenza tra ricorso al lavoro flessibile ed esigenze organizzative e produttive, a un sistema in cui la leg-

(*) Professore associato di Diritto del lavoro presso l'Università di Brescia.

(**) Professore ordinario di Diritto del lavoro presso l'Università di Bari.

ge predetermina la dose di flessibilità che l'impresa può utilizzare, disinteressandosi della correlazione con il buon andamento dell'impresa.

Una simile rinuncia è evidentissima nella fattispecie di lavoro flessibile forse più evanescente: il lavoro accessorio (che addirittura non è chiaro se sia lavoro autonomo o subordinato). Ancora una volta, il limite posto dalla legge non guarda al tipo di attività che il lavoratore deve svolgere, ma è misurato sull'importo massimo del compenso che il lavoratore può ottenere. Questi esempi dimostrano che l'esercizio del potere di organizzazione dell'impresa è ormai sottratto a verifiche sul *merito*, cioè sulla coerenza del potere rispetto al modello organizzativo prescelto dal datore di lavoro. Ora, se è vero che, alla fine, i limiti quantitativi possono conseguire «lo stesso risultato pratico cui erano deputati i vincoli causali», è altrettanto vero che questo dipende dalla inderogabilità dei suddetti limiti da parte, ad esempio, della contrattazione collettiva e dalle sanzioni che presidiano il loro superamento.

È sotto questo profilo, in particolare, che si coglie lo spostamento del punto di equilibrio tra interesse dell'impresa al dimensionamento del proprio organico secondo le proprie mutevoli esigenze e la tutela della stabilità del posto di lavoro. L'osservazione riguarda tanto i vincoli nell'accesso alle tipologie contrattuali flessibili, come si è visto, quanto la disciplina sanzionatoria del licenziamento per ragioni economiche, che non contempla più, per i lavoratori assunti dopo il 7 marzo 2016, la reintegrazione nel posto di lavoro. In un sistema di questo tipo, ci ricorda ancora Maria Teresa Carinci, l'indebolimento della tutela della stabilità del posto di lavoro, unito alla labilità dei limiti posti all'utilizzo delle tipologie contrattuali flessibili, rendono priva di significato l'affermazione della centralità del contratto di lavoro a tempo indeterminato contenuta nell'art. 1 del d.lgs. n. 81/2015. Neppure l'incentivo economico previsto dalle leggi di stabilità per il 2015 e per il 2016 sembra incidere su questa valutazione.

3. — Per converso, meno incisiva e, soprattutto, frutto di una valutazione poco ponderata degli interessi in gioco e dell'utilità concreta della riforma rispetto allo scopo perseguito, secondo l'analisi condotta da Vito Pinto, appare la revisione della disciplina della flessibilità funzionale e dei controlli sui lavoratori. Secondo l'Autore, in questi due casi l'intervento legislativo, pur comunque innegabilmente orientato a favorire le istanze datoriali anche su questi aspetti, si è limitato ad alcuni aggiustamenti che non incidono «in modo davvero significativo sugli assetti giuridici preesistenti».

Questa osservazione vale senz'altro, secondo l'Autore, per la disciplina dei controlli a distanza dei lavoratori, consegnataci dalla riformulazione

dell'art. 4 dello Statuto dei lavoratori. In questo caso, com'è noto, la legge restituisce al datore di lavoro una più ampia discrezionalità sia nelle modalità di svolgimento del controllo a distanza sull'esatto adempimento della prestazione, sia nell'utilizzo delle informazioni raccolte attraverso gli strumenti di lavoro per «tutti i fini connessi al rapporto di lavoro». Tale discrezionalità, tuttavia, deve fare i conti con la normativa in materia di privacy, che, sempre secondo l'Autore, riduce considerevolmente «le conseguenze pratiche della novella». Si tratta insomma di una delle situazioni in cui la presenza di anticorpi ricavabili dal sistema giuridico nel suo complesso impedisce l'accoglimento delle interpretazioni più estreme.

Quanto al potere di conformazione della prestazione alle esigenze dell'impresa, non c'è alcun dubbio che il nuovo testo dell'art. 2103 c.c. ampli considerevolmente la sfera di discrezionalità del datore di lavoro, tanto per quanto attinge la mobilità orizzontale quanto per ciò che riguarda la mobilità verticale (verso l'alto e verso il basso). Nell'ipotesi della modifica *in peius* delle mansioni, peraltro, il potere del datore di lavoro appare solo debolmente vincolato all'esistenza di una ragione organizzativa incidente sulla posizione del lavoratore, mentre un limite di maggiore portata può considerarsi l'obbligo di mantenere al lavoratore il trattamento retributivo in godimento. In generale – merita di aggiungere – risalta l'imposizione in capo al datore di lavoro dell'obbligo di formare il lavoratore alle nuove mansioni, il cui mancato rispetto, sebbene non incida sulla legittimità dell'esercizio del potere modificativo, non può però non incidere sulla verifica della correttezza dell'adempimento da parte del lavoratore nelle nuove mansioni. Anche nel caso dell'art. 2103 c.c., comunque, secondo l'Autore occorre prestare attenzione ai limiti ricavabili dal sistema nel suo complesso, che impediscono derive deregolative (anche alla contrattazione collettiva) e che potrebbero consentire di ricostruire, sia pure con qualche perplessità, il diritto del lavoratore alla reversibilità della mobilità discendente.

Un ulteriore ampliamento della flessibilità funzionale si ha poi nella *part-time*, che Vito Pinto colloca condivisibilmente tra gli strumenti di organizzazione dell'orario di lavoro, attraverso le modifiche che hanno interessato clausole elastiche e lavoro supplementare. In questo caso, le aperture della legge paiono essere controbilanciate dagli stringenti limiti ai quali è sottoposta la pattuizione individuale delle clausole elastiche e dalla conservazione del diritto di ripensamento in capo al lavoratore che si trovi nelle situazioni individuate dall'art. 6, c. 7, d.lgs. n. 81/2015.

L'esistenza di limiti ordinali con i quali le riforme più recenti devono fare i conti è ancor più evidente nel caso dell'emananda disciplina dello *smart working*, che potrebbe imporre di rivedere, secondo l'Autore,

addirittura l'idea che la determinazione del luogo di esecuzione della prestazione spetti al potere unilaterale del datore di lavoro. In altre parole, la scarsa attenzione alla compatibilità delle previsioni di legge con il sistema lavoristico nel suo complesso potrebbe portare, in questo come negli altri casi sopra citati, a un'eterogenesi dei fini.

4. — Quale ruolo spetta alla contrattazione collettiva, nazionale e decentrata, in questo quadro? Si tratta, anche in questo caso, di uno dei temi in cui si fronteggiano posizioni molto diverse. Dalla visione di chi pensa che la contrattazione collettiva esca fortemente ridimensionata dal *Jobs Act* e, in particolare, dall'art. 51 del d.lgs. n. 81/2015 (che, prevedendo nuove competenze per la contrattazione di secondo livello, può contribuire al ridimensionamento del ruolo del contratto nazionale), a quella di chi intravede invece negli spazi aperti dalle previsioni di legge nuove sfide per l'autonomia collettiva. Il giudizio sull'esito delle riforme deve perciò essere necessariamente articolato, tenendo conto di diversi profili. Se è vero che la previsione legale di limiti molto ampi alla flessibilità del lavoro potrebbe rendere meno attrattivo per il datore di lavoro, sotto questo profilo, il ricorso all'accordo collettivo e ridurre, per il sindacato, le carte da giocare sul tavolo della negoziazione, è altresì vero che la legge incentiva la contrattazione di secondo livello su alcune materie di grande rilevanza, come il salario di produttività e il cd. *welfare aziendale*, sull'onda di una spinta al decentramento contrattuale che proviene, ormai da tempo, anche dall'Ue.

In questo secondo filone di pensiero si colloca il saggio di Roberta Nunin, che, dopo aver ricostruito il ruolo della contrattazione collettiva nel *Jobs Act* e aver illustrato i nessi che intercorrono tra l'art. 51, d.lgs. n. 81/2015, e il famigerato art. 8 del d.l. n. 138/2011, conclude la prima parte del suo discorso con note decisamente pessimistiche. L'art. 8, in questo quadro, sembrerebbe addirittura superato dalla norma più recente, che può operare anche al di fuori dei limiti (seppur di modesta entità) tracciati dal legislatore per la contrattazione di prossimità (finalità, principio maggioritario, vincoli ordinamentali). In effetti, nelle dichiarazioni più recenti del Governo sembra farsi strada l'idea del superamento dell'art. 8, come se la sua controversa stagione fosse ormai conclusa (anche se, va detto, l'art. 51 non reca con sé una delle ricche, ancorché costituzionalmente controverse, doti di quest'ultima norma, costituita dalla efficacia generale delle regole sottoscritte al secondo livello e, per converso, conserva tutte le ambiguità e i problemi posti dalle norme di rinvio ai sindacati comparativamente più rappresentativi e alle «loro» rappresentanze in azienda).

Secondo l'Autrice, però, la contrattazione collettiva potrebbe trovare nuova linfa nelle forme di «flessibilità ricca», ancora poco esplorate, come quelle legate al sostegno della conciliazione tra lavoro e vita privata. Esperienze di questo tipo, in effetti, cominciano a manifestarsi a livello territoriale, come dimostrano alcune analisi. In questo senso sembra si stia muovendo anche il legislatore, attraverso gli strumenti, ormai classici, dell'incentivazione economica per il cd. *voucher «baby sittings»*, inizialmente prevista per il periodo 2013-2015 ed estesa per il 2016 dalla legge di stabilità n. 206/2015, e per le già ricordate misure di sostegno al *welfare aziendale*.

5. — La chiave di volta per assicurare la tenuta dei diritti è rappresentata dalla loro giustiziabilità. Gli interventi legislativi degli ultimi anni hanno determinato una limitazione dei poteri del giudice e della sua discrezionalità ovvero hanno finito per conservarne o addirittura, almeno in potenza e su alcune tematiche, esaltarne il ruolo?

Luigi de Angelis, in sede di bilancio finale della propria analisi, osserva come le riforme degli ultimi anni facciano «pensare a un sensibile ridimensionamento del ruolo *qualitativo* (il *peso*) del giudice»; esso, però, può ancora esplicarsi in modo significativo, specie nell'area coperta dalle norme generali.

Nel saggio, l'Autore mette infatti anzitutto in luce, con riferimento alla flessibilità tipologica, come il ruolo del giudice rimanga decisivo con riferimento a numerosi e cruciali aspetti della nuova disciplina delle collaborazioni organizzate dal committente (a onta del tentativo del legislatore di «sdrammatizzare il problema della qualificazione dei rapporti di lavoro»), mentre il controllo giudiziale risulti ormai reindirizzato nel caso del contratto a termine e della somministrazione, poiché destinato a spostarsi dal piano della fattispecie a quello dei limiti esterni (in coerenza, questa volta, con il già segnalato e progressivo abbandono delle tecniche di controllo causale sul ricorso a questi contratti, che finisce però per esaltare altre questioni, anche relative alla compatibilità della disciplina del contratto a termine con le previsioni dell'Ue).

Anche sul piano delle flessibilità funzionali, l'intervento giudiziale non è affatto scongiurato, anche in questo caso, aggiungiamo, con effetti in taluni casi diversi da quelli presumibilmente attesi dagli estensori della riforma: così è in materia di collocazione temporale della prestazione nel *part-time* a turni (ove residuano o si aprono nuovi spazi per l'integrazione sostitutiva della volontà delle parti) e di mutamento di mansioni (con riferimento, ad esempio, alla verifica dei presupposti del demansionamento e alle conseguenze del mancato rispetto dell'obbligo formativo).

Un capitolo a parte è evidentemente quello della disciplina dei licenziamenti, rispetto alla quale non può dubitarsi dello sforzo condotto con il *Jobs Act* di scongiurare il più possibile l'invasione di campo della giurisprudenza, anche in specifica reazione a filoni interpretativi affacciatisi a seguito della riforma Fornero. Sennonché, anche in questo caso, come dimostra l'analisi condotta dall'Autore, l'interprete è chiamato a garantire la ragionevolezza sistematica delle opzioni ermeneutiche prescelte (così è a proposito della conservazione del potere-dovere del giudice di effettuare il controllo sulla rilevanza giuridica del fatto) e, se del caso, a ricercare nel diritto primo, cioè il diritto civile dei contratti e degli atti unilaterali, il necessario soccorso per colmare una lacuna rimediabile incomprensibilmente voluta dal legislatore (il caso, com'è evidente, è quello della soppressione della sanzione «lavoristica» della reintegrazione in presenza di licenziamento per ragioni discriminatorie non nominate o ritorsivo o, comunque, determinato da motivi illeciti).

Certo, un bilancio sull'effettiva portata del ruolo della giurisprudenza non può essere condotto solo attraverso l'evidenziazione astratta dei campi in cui essa potrebbe tuttora fornire il proprio contributo alla garanzia dei diritti.

Bisogna invece sottolineare che alla perdurante e, in alcuni casi, accresciuta incertezza interpretativa – che emerge dall'affresco disegnato da Luigi de Angelis – rischia di non corrispondere una simmetrica opera di analisi e risoluzione in sede giudiziaria, a causa delle innovazioni introdotte dal legislatore in materia di compensazione delle spese (è lo stesso Autore a farvi cenno), con chiare finalità deflattive.

Ma si tratta di un diverso capitolo, anche se appartenente a una medesima, lunga storia.

E dunque, su questo profilo, non si può che attendere l'intervento del giudice delle leggi, chiamato a pronunciarsi dal Tribunale di Torino (ord. del 30.1.2016) sull'illegittimità costituzionale dell'art. 92, c. 2, c.p.c. (come modificato dall'art. 13, d.l. n. 132/2014, convertito dalla l. n. 162/2014), risultando, per il resto, poco probabile un nuovo intervento legislativo.

6. — Il diritto del lavoro odierno, si è detto, ha visto modificarsi il proprio paradigma di fondo, sicché non si potrebbe più guardare agli istituti lavoristici senza tener conto di tale mutamento, che rende improponibili «letture nostalgiche e oppostive» dal momento che siamo di fronte a un nuovo corso «esplicitamente orientato all'efficientismo» (1). Nel medesimo

(1) Perulli 2016.

solco, sia pure con differenti sfumature, si colloca parte della dottrina, anche se non manca chi avvisa che il diritto del lavoro «sembra spesso rinascere dalle sue ceneri» e invita pertanto a valorizzare «l'autonomia di pensiero e di ricerca del giuslavorismo» (2).

I saggi presentati in questo numero confermano, a nostro avviso, come sia ancora presto per dichiarare la sconfitta delle ragioni del diritto del lavoro che, comunque, continuano a indirizzare l'opera degli interpreti e che sono tuttora rintracciabili nelle pieghe della disciplina legale.

Un significativo segnale in questa direzione – giova aggiungere in via conclusiva – si può rintracciare, ad esempio, nella recente sentenza della Cassazione che ha individuato con chiarezza i confini tra licenziamento per motivo illecito e licenziamento discriminatorio (Cass. n. 6575/2016), risolvendo una questione che affaticava da anni dottrina e giurisprudenza. E si può certo pensare che uno stimolo alla soluzione della questione sia derivato proprio dalla centralità che la tutela antidiscriminatoria ha assunto, anche in materia di licenziamento, dopo gli interventi legislativi ricollegabili al *Jobs Act* e dalla ricerca, attenta, non nostalgica, ma nemmeno arrendevole, delle fondamenta della tutela che tuttora caratterizzano la nostra materia.

Riferimenti bibliografici

- Mariucci L. (2016), *Riflessioni su «L'idea di diritto del lavoro, oggi»*, in *LD*, n. 1, 131 ss.
Perulli A. (2016), *L'idea di diritto del lavoro, oggi*, in *LD*, n. 1, 17 ss.

(2) Mariucci 2016.