

LE NUOVE LEGGI CIVILI

LE NUOVE REGOLE DEL LAVORO DOPO IL JOBS ACT

Commento sistematico dei decreti legislativi nn. 22, 23, 80, 81, 148, 149, 150 e 151 del 2015 e delle norme di rilievo lavoristico della legge 28 dicembre 2015, n. 208 (Legge di stabilità per il 2016)

a cura di

MICHELE TIRABOSCHI

in collaborazione con

LILLI CASANO

EMMANUELE MASSAGLI

PIERLUIGI RAUSEI

SILVIA SPATTINI

PAOLO TOMASSETTI



GIUFFRÈ EDITORE

Sezione non inclusa



Acquista
qui

Parte I
DIRITTO DELLE RISORSE UMANE

1.

PREMESSE E PROSPETTIVE DEL *JOBS ACT*

MAURIZIO DEL CONTE

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. La centralità del lavoro subordinato a tempo indeterminato alle origini del diritto del lavoro italiano. – 3. La trasformazione dei sistemi di produzione e la diffusione del lavoro parasubordinato. – 4. La riforma “Monti-Fornero” del 2012. La stretta sulle collaborazioni autonome. – 4.1. *Segue*: la *flexicurity*. – 5. Il *Jobs Act* del governo Renzi. – 5.1. Il contratto a tutele crescenti. – 5.2. Il superamento di alcune forme contrattuali ai margini e l’allargamento delle tutele del lavoro subordinato.

1. Premessa

Nel dibattito accademico e mediatico si è molto discusso sulla metamorfosi del lavoro, passato in qualche decennio dal modello fordista a quello della *lean production* ⁽¹⁾ e, più di recente, messo alla prova da internet che, anche grazie alle sue applicazioni mobili, avrebbe addirittura sovvertito il paradigma della separazione dei mezzi di produzione tra capitale e lavoro ⁽²⁾. Si è così teorizzato che il modello archetipico del lavoro subordinato a tempo indeterminato sia prossimo al definitivo tramonto, per manifesta obsolescenza sopravvenuta. Eppure, in questi stessi anni, si è sviluppato un dibattito parallelo sui mali del dualismo del mercato del lavoro che porta con sé una iniqua e inefficiente contrapposizione tra *insiders* e *outsiders*, cioè tra i “tipici” lavoratori stabili e tutelati, da una parte, e i lavoratori “atipici” e privi di ogni tutela, dall’altra ⁽³⁾. Il termine “precarietà” si è imposto come predicato negativo del-

⁽¹⁾ Si veda E. BRYNJOLFSSON, A. MCAFEE, *The Second Machine Age*, W.W. Norton & Company, 2014; C.B. FREY, M.A. OSBORNE, *The Future of Employment: How susceptible are jobs to computerisation?*, Oxford Martin School, 2013. Si veda anche il report del BOSTON CONSULTING GROUP, *The Mobile Revolution: How Mobile Technologies Drive a Trillion Dollar Impact*, 2015. A livello mediatico notevole eco ha avuto lo speciale apparso su *The Economist* del 3 gennaio 2015, *Workers on tap. The rise of the on-demand economy poses difficult questions for workers, companies and politicians*.

⁽²⁾ F. SEGHEZZI, *Le grandi trasformazioni del lavoro, un tentativo di periodizzazione. Appunti per una ricerca*, Working Paper ADAPT, 2015, n. 169.

⁽³⁾ Per mercato del lavoro “duale” ci si riferisce riassuntivamente, in questa sede, a quello caratterizzato da soggetti che dispongono di diseguali condizioni di lavoro e di reddito, così co-

le quote crescenti di lavoratori senza fissa dimora, a basso reddito e senza concrete prospettive di ingresso nel mercato, quella – per l'appunto – del lavoro subordinato a tempo, con tutto il suo patrimonio di regole e di garanzie. Come può ricondursi a coerenza due prospettive così antinomiche del lavoro subordina- to, allo stesso tempo percepito, da un lato, come modello virtuoso cui tendere, dall'altro lato, come fenomeno in via di esaurimento? E, in questo contrasto di interpretazioni, quale direzione ha preso il legislatore italiano che – specie negli ultimi due decenni – ha ripetutamente messo mano al diritto del lavoro con riforme attuate dai governi che si sono succeduti – a fasi alterne di centro-destra e di centro-sinistra – ma tutte accomunate dai professati obiettivi di aumentare il tasso di occupazione, ridurre il dualismo del mercato del lavoro e migliorare la qualità della occupazione?

Per tentare di comprendere lo scenario attuale, si inizierà l'indagine a partire dai caposaldi del diritto del lavoro italiano alle sue origini, evidenziando come esso si sia sviluppato sul modello social-tipico del lavoratore subordinato. Si vedrà come uno dei presupposti fondamentali della intera disciplina protettiva del lavoro in Italia sia stata la particolare protezione contro i licenziamenti illegittimi, munita della regola generale – per le imprese di maggiori dimensioni – della reintegrazione in caso di licenziamento ingiustificato. Si individueranno i passaggi più significativi della critica alla stabilità reale del rapporto di lavoro e si cercherà di evidenziare il ruolo che, nella elaborazione di tale critica, hanno avuto i nuovi indirizzi di politica sociale europea degli ultimi quindici anni. Nella parte conclusiva si proporrà una ipotesi interpretativa del nuovo corso del diritto del lavoro avviato con il c.d. *Jobs Act*, la riforma voluta dal governo Renzi, sostenuto da una maggioranza di centro-sinistra, che ha fortemente incentivato le imprese ad utilizzare il contratto di lavoro subordinato a tempo indeterminato facendo ricorso a tre diverse leve: a) la riduzione del costo previdenziale; b) l'introduzione del contratto di lavoro subordinato a tutele crescenti, al quale è associata la certezza di costi del licenziamento illegittimo, confinando ad ipotesi residuali la tutela reintegratoria; c) l'estensione della disciplina del lavoro subordinato alle collaborazioni eteroorganizzate dal committente. Si cercherà, inoltre, di spiegare come questa ricentralizzazione del lavoro subordinato non sia una operazione nostalgica ma, al contrario, favorisca l'evoluzione di modelli organizzativi più efficienti proprio in funzione delle trasformazioni produttive legate alla evoluzione tecnologica; né, d'altra parte, debba comportare una marginalizzazione del lavoro autonomo ma, al contrario, possa favorire una sua valorizzazione, anche attraverso uno specifico intervento di sostegno non ancora realizzato, ma più volte annunciato. Si proverà, infine, a ricostruire il nuovo equilibrio tra lavoro *core*

me da differenti possibilità di accedere alle protezioni sociali e alle garanzie occupazionali. Per una rassegna della letteratura internazionale in tema di segmentazione del mercato del lavoro si veda J. DAVIDSSON, M. NACZYK, *The Ins and Outs of Dualisation: a Literature Review*, Working Papers on the Reconciliation of Work and Welfare in Europe, REC-WP 02/2009, 2009.

2.

**CONTRATTO A TUTELE CRESCENTI
E NUOVA DISCIPLINA DEI LICENZIAMENTI**

GABRIELE GAMBERINI, LORENZO MARIA PELUSI,
MICHELE TIRABOSCHI

SOMMARIO: 1. Il contratto a tutele crescenti: una nuova disciplina dei licenziamenti illegittimi. – 2. Campo di applicazione.– 2.1. Conversione e trasformazioni di contratti a termine e di apprendistato stipulati prima del 7 marzo 2015. – 2.2. Pubblico impiego. – 2.3. Applicazione anche ai vecchi assunti. – 2.4. Organizzazioni di tendenza. – 3. Il licenziamento discriminatorio e riconducibile ad altri casi di nullità espressa. – 4. – Il licenziamento disciplinare. – 4.1. – Sproporzione della sanzione espulsiva. – 4.2. – Insussistenza del fatto materiale. – 4.3. – Inversione dell'onere della prova. – 5. Il licenziamento per giustificato motivo oggettivo. – 6. Licenziamenti collettivi. – 7. Vizi formali e procedurali.

1. Il contratto a tutele crescenti: una nuova disciplina dei licenziamenti illegittimi

Il decreto legislativo n. 23/2015, di attuazione della legge delega n. 183/2014, contiene la disciplina del nuovo contratto di lavoro a tempo indeterminato c.d. a tutele crescenti. Nonostante la definizione adottata dal legislatore delegato, sulla scorta della suggestione dottrinale del contratto unico a tutele crescenti, non siamo di fronte a una nuova tipologia contrattuale in senso tecnico ⁽¹⁾. Nei dodici articoli del decreto sono stabilite unicamente disposi-

⁽¹⁾ In maniera conforme, tra i commentatori del d.lgs. n. 23/2015, si vedano A. ZOPPOLI, *Rilevanza costituzionale della tutela reale e tecnica del bilanciamento nel contratto a tutele crescenti*, in *DLM*, 2015, II, 292 ss., il quale, con toni fortemente critici, sottolinea che il contratto a tutele crescenti, sebbene si riferisca unicamente all'istituto del licenziamento, si presenta effettivamente come “nuovo” contratto di lavoro subordinato poiché «cancella la storia del lavoro dipendente dell'ultimo mezzo secolo circa»; F. CARINCI, *Il tramonto dello Statuto dei lavoratori*, ADAPT University Press, 2015; A. BOSCATI, *Il licenziamento disciplinare nella nuova disciplina del contratto a tutele crescenti*, in *DRI*, 2015, n. 4, 1032; M. MISCIONE, *Tutele crescenti: un'ipotesi di rinnovamento del diritto del lavoro*, in *DPL*, 2015, n. 12, 760; E. BARRACO, *Jobs Act: le tutele crescenti contro il licenziamento per i neo-assunti*, in *LG*, 2015, n. 2, 124; M. MARAZZA, *Il regime sanzionatorio dei licenziamenti nel Jobs Act*, in *ADL*, 2015, n. 2, 316, ad avvi-

zioni inerenti alle conseguenze sanzionatorie, nell'ambito degli ordinari contratti a tempo indeterminato, non affrontati profili relativi a struttura tipologica e gestione del rapporto di lavoro. Si tratta semmai di un ordinario contratto di lavoro a tempo indeterminato che si differenzia rispetto al modello tradizionale per l'adozione dei nuovi rimedi in caso di licenziamento illegittimo, di una nuova procedura di conciliazione volontaria e di regole procedurali e processuali semplificate applicabili ai lavoratori assunti a far data dal 7 marzo 2015 ⁽²⁾.

D'altra parte, quale che sia il giudizio in termini valoriali e di politica del diritto sul provvedimento in esame, non si può non riconoscere l'importanza cruciale da attribuire alla disciplina dei rimedi apprestati per i licenziamenti illegittimi a garanzia della effettività dello statuto di tutela del prestatore di lavoro nel contratto ⁽³⁾, in attesa della emersione e soprattutto del consolidamento di quelle tutele di nuova generazione nel mercato del lavoro che ancora non si vedono ⁽⁴⁾. Vero è peraltro che, senza il deterrente della tutela reintegratoria in caso di licenziamento illegittimo, di scarsa pregnanza si presta anche il regime sanzionatorio in caso conversione giudiziale dei contratti temporanei o a contenuto formativo in contratti a tempo indeterminato che diventano ora facilmente risolvibili a fronte della corresponsione al lavoratore di una esigua indennità monetaria.

Per queste ragioni, il nuovo "contratto a tutele crescenti" rappresenta il punto qualificante e centrale della riforma che va sotto il nome di *Jobs Act*. Chiaro è, in ogni caso, l'obiettivo del legislatore, di potenziare forme di lavoro

so del quale «il contratto a tutele crescenti, caratterizzato più per i suoi effetti che per la fattispecie ad essi sottesa, sostituisce l'attuale contratto di lavoro subordinato a tempo indeterminato limitandosi ad introdurre per i nuovi assunti un nuovo modello di statuto protettivo contro i licenziamenti la cui sfera di applicazione, *ratione temporis*, resta esclusivamente condizionata dalla data di costituzione del vincolo obbligatorio»; alle stesse conclusioni, peraltro, si era già pervenuti in sede di prima lettura della legge delega: M. MAGNANI, *Il formante contrattuale: dal riordino dei "tipi" al contratto a tutele crescenti (ovvero del tentativo di ridare rinnovata centralità al lavoro subordinato a tempo indeterminato)*, in M. RUSCIANO, L. ZOPPOLI (a cura di), *Jobs Act e contratti di lavoro dopo la legge delega 10 dicembre 2014 n. 183*, Working Paper CSDLE "Massimo D'Antona" – Collective Volumes, 2014, n. 3, 20 ss., che già allora affermava che il contratto a tutele crescenti altro non è che «il normale contratto di lavoro a tempo indeterminato, a disciplina del licenziamento rivisitata».

⁽²⁾ All'interno della stessa impresa coesisteranno quindi lavoratori subordinati a tempo indeterminato che tuttavia, in caso di licenziamento illegittimo, potranno beneficiare di tutele diverse. Tale aspetto ha suscitato dubbi di legittimità costituzionale per contrasto con l'art. 3 Cost. che tuttavia potrebbero essere risolti facendo riferimento alla sentenza della C. cost. 13 novembre 2014, n. 254, secondo cui «non contrasta, di per sé, con il principio di eguaglianza un trattamento differenziato applicato alle stesse fattispecie, ma in momenti diversi nel tempo, poiché il fluire del tempo può costituire un valido elemento di diversificazione delle situazioni giuridiche, [...], essendo conseguenza dei principi generali in tema di successione di leggi nel tempo». Così M. MARAZZA, *op. cit.*, 317.

⁽³⁾ Tra i tanti, cfr. A. ZOPPOLI, *op. cit.*, 294.

⁽⁴⁾ Cfr. *infra* i contributi raccolti nella parte III, *Diritto del mercato del lavoro*.

Acquista
qui

continuative e stabili a fronte della progressiva perdita di interesse delle imprese, anche se serviranno anni per misurare l'effettiva portata delle misure intervenute sulle convenienze aziendali anche in ragione del progressivo esaurimento degli incentivi economici che lo hanno accompagnato nei primi mesi di vita. Lo Stato, di sostenere l'adozione del nuovo contratto di lavoro a tempo indeterminato, infatti, predisposto un generoso sgravio fiscale consistente, per le assunzioni effettuate nel 2015, nell'esonero per trentasei mesi dal versamento dei complessivi contributi previdenziali, con esclusione dei premi e contributi dovuti all'Inail⁽⁶⁾. Tale forma di incentivo è stata replicata per l'anno successivo, seppur ridotta nel suo ammontare e nella sua durata, dai commi 178-181 della legge n. 208/2015, legge di stabilità 2016, recanti il nuovo esonero contributivo in caso di assunzioni a tempo indeterminato nel corso dell'anno 2016⁽⁷⁾.

Acquista
qui

In attesa di poterne valutare l'impatto reale sul mercato del lavoro italiano, obiettivo del presente contributo è quello di ricostruire in chiave sistematica il nuovo quadro di tutela contro i licenziamenti illegittimi per i lavoratori che ricadono sotto il campo di applicazione del *Jobs Act*.

2. Campo di applicazione

Il nuovo regime delle c.d. tutele crescenti, ai sensi dell'articolo 1, comma 1, del decreto legislativo n. 23/2015, trova applicazione unicamente per i lavoratori che rivestono la qualifica di operai, impiegati o quadri, assunti con contratto di lavoro subordinato a tempo indeterminato a decorrere dal 7 marzo 2015.

Siffatta delimitazione del campo di operatività della nuova disciplina fa sorgere talune problematiche, quali la riconducibilità all'interno del suo raggio di copertura di alcune peculiari tipologie contrattuali di lavoro subordinato a tempo indeterminato. Il riferimento è, in particolare, al contratto di apprendistato, che secondo la definizione, di cui all'articolo 41, comma 1, del decreto legislativo n. 81/2015, costituisce un «contratto di lavoro a tempo indeterminato finalizzato alla formazione e alla occupazione dei giovani», nonché all'istituto della somministrazione di lavoro rispetto al quale è prevista la pos-

⁽⁵⁾ Vedi il contributo di M. DEL CONTE, *Premesse e prospettive del Jobs Act*, che precede.

⁽⁶⁾ La decontribuzione è stata stabilita, ai sensi dell'art. 1, comma 118, della l. n. 190/2014 per le nuove assunzioni con contratto di lavoro a tempo indeterminato decorrenti dal 1° gennaio 2015 con riferimento a contratti stipulati non oltre il 31 dicembre 2015. In tema, cfr. A. ASNAGHI, P. RAUSEI, M. TIRABOSCHI, *Il contratto a tutele crescenti nel prisma delle convenienze e dei costi d'impresa*, in F. CARINCI, M. TIRABOSCHI (a cura di), *I decreti attuativi del Jobs Act: prima lettura e interpretazioni*, ADAPT University Press, 2015, 28-64.

⁽⁷⁾ L'esonero è riconosciuto per un periodo massimo di 24 mesi, e riguarda il 40% dei contributi previdenziali a carico dei datori di lavoro nel limite massimo di 3.250 euro su base annua, con esclusione dei premi e contributi dovuti all'Inail.

sibilità di assunzione a tempo indeterminato dell'agenzia, ai sensi degli articoli 30 e seguenti del d.lgs. n. 81/2015.

Invero, non paiono emergere problemi di natura sostanziale in riferimento alla somministrazione di lavoro che, pur essendo un contratto negoziale complessa incentrata sulla combinazione di due distinti contratti (uno di tipo commerciale e uno di lavoro), prevede l'attivazione tra lavoratore e agenzia di un ordinario rapporto di lavoro sottoposto a regole speciali o derogatorie rispetto alla disciplina comune solo là dove espressamente stabilito dal legislatore.

L'articolo 1, comma 1, del decreto legislativo n. 23/2015 sembra per contro escludere gli apprendisti dal campo di applicazione del contratto a tutele crescenti, poiché l'apprendista non ha la qualifica di operaio, impiegato o quadro, che potrà conseguire solo una volta terminato il relativo periodo formativo⁽⁹⁾. Ragionando diversamente⁽¹⁰⁾, si cambierebbe natura giuridica e struttura dell'apprendistato che è già di per sé un diverso contratto a tutele (queste sì davvero) crescenti che risultano scandite da una (iniziale) fase formativa, cui viene estesa l'applicazione delle sanzioni vigenti per i licenziamenti illegittimi⁽¹¹⁾, finalizzata alla acquisizione di una qualifica professionale, e da una seconda (eventuale) fase a regime ordinario che trova come imprescindibile presupposto il mancato esercizio, da parte di entrambe le parti, della libertà di recesso loro concessa dal legislatore al termine del periodo di addestramento⁽¹²⁾.

⁽⁸⁾ Possibilità che diventa ora un obbligo, in caso di somministrazione a tempo indeterminato (il c.d. *staff leasing*). Cfr. il contributo di G. ROSOLEN, M. TIRABOSCHI, *La somministrazione di lavoro*, che segue in questa parte.

⁽⁹⁾ Un argomento per cui non si dovrebbe ritenere ricompreso l'apprendistato nella categoria dei rapporti di lavoro subordinato a tempo indeterminato ora regolati dalle tutele crescenti si rinviene nel terzo comma dell'art. 42 del d.lgs. n. 81/2015, in forza del quale «Durante l'apprendistato trovano applicazione le sanzioni previste dalla normativa vigente per il licenziamento illegittimo». Infatti, se l'apprendistato rientrasse tra le fattispecie direttamente assoggettate alla disciplina introdotta dal d.lgs. n. 23/2015, questo rinvio all'impianto sanzionatorio in vigore non sarebbe altro che una specificazione del tutto superflua. Ne consegue pertanto che il contratto di lavoro a tempo indeterminato, cui si applica la nuova disciplina dei licenziamenti, non è stato concepito dallo stesso legislatore come tale da includere anche la tipologia contrattuale dell'apprendistato. Ad escludere gli apprendisti dal campo di applicazione del contratto a tutele crescenti è anche M. MISCIONE, *op. cit.*, 747.

⁽¹⁰⁾ Parte della dottrina, ravvisando nell'esclusione dell'apprendistato una manifesta irrazionalità tale da esporre la nuova disciplina al rischio di illegittimità costituzionale, suggerisce infatti di operare un'interpretazione costituzionalmente orientata volta a ricomprendere nel campo applicativo del decreto tutte le categorie di lavoratori subordinati a tempo indeterminato ingiustificatamente non contemplati, quali gli apprendisti e il personale navigante del settore marittimo e aeronautico. In questo senso M. MARAZZA, *op. cit.*, 320.

⁽¹¹⁾ Cfr. art. 42, comma 3, d.lgs. n. 81/2015.

⁽¹²⁾ Cfr. art. 42, comma 4, d.lgs. n. 81/2015, che dispone che «Al termine del periodo di apprendistato le parti possono recedere dal contratto, ai sensi dell'articolo 2118 del codice civile, con preavviso decorrente dal medesimo termine. Durante il periodo di preavviso continua a

Acquista
qui

3.

LICENZIAMENTO PER SCARSO RENDIMENTO

LORENZO MARIA PELUSI

SOMMARIO: 1. Posizione del problema. – 2. La natura ambigua dello scarso rendimento. – 2.1. Lo scarso rendimento come giustificato motivo soggettivo. – 2.2. ...o come giustificato motivo anche oggettivo. – 3. Le aperture della più recente giurisprudenza alla ricostruzione oggettiva. – 4. Conclusioni.

1. Posizione del problema

Il decreto legislativo n. 23/2015 non menziona il licenziamento per scarso rendimento, in ciò non discostandosi dalle precedenti riforme in materia. In nessun testo normativo viene infatti menzionato lo scarso rendimento del lavoratore quale presupposto per recedere dal contratto di lavoro. Rimane dunque aperto anche con la nuova disciplina il nodo, dalle evidenti ricadute pratiche, degli effetti derivanti da un licenziamento illegittimo intimato per scarso rendimento.

Qualora si riconducesse la fattispecie in esame alla categoria del licenziamento per giustificato motivo soggettivo, sarebbe possibile, per il lavoratore che riuscisse a dimostrare direttamente in giudizio l'insussistenza del fatto materiale contestato, ottenere, in forza del comma 2 dell'articolo 3 del decreto legislativo n. 23/2015, l'annullamento del licenziamento e la condanna del datore alla sua reintegrazione nel posto di lavoro. Oltre alla tutela reale, al lavoratore spetterebbe anche un'indennità risarcitoria commisurata all'ultima retribuzione di riferimento per il calcolo del trattamento di fine rapporto, corrispondente al periodo dal giorno del licenziamento fino a quello dell'effettiva reintegrazione, dedotto però l'*aliunde perceptum et percipiendum*. Con riferimento al periodo antecedente alla pronuncia di reintegrazione, peraltro, tale indennità non può superare le dodici mensilità. Infine il datore di lavoro sarà altresì condannato al versamento dei contributi previdenziali e assistenziali dal giorno del licenziamento fino a quello dell'effettiva reintegrazione, senza applicazione di sanzioni per omissione contributiva.

Di contro, inquadrando il licenziamento per scarso rendimento nello schema legale del licenziamento per giustificato motivo oggettivo, il regime

regolatorio del licenziamento ingiustificato sancito dal comma 1 dell'articolo 3 del decreto legislativo n. 23/2002, non contempla la tutela specifica nemmeno in caso di provata insussistenza addebitata⁽¹⁾. La sola tutela spettante al lavoratore sarebbe, ferma l'estinzione del rapporto di lavoro illegittimamente risolto, un'indennità assoggettata a contribuzione previdenziale e di importo pari a due mensilità dell'ultima retribuzione di riferimento per il calcolo del trattamento di fine rapporto per ogni anno di servizio. Ad ogni modo, la misura dell'indennità non potrà essere inferiore a quattro mensilità, né superiore alle ventiquattro.

Appare in tutta la sua evidenza, quindi, quale sia la portata delle conseguenze sostanziali derivanti dal differente inquadramento sistematico dell'istituto in esame.

2. La natura ambigua dello scarso rendimento

Per procedere all'individuazione della disciplina applicabile, non si può prescindere da una breve ricostruzione dell'acceso dibattito riguardante la natura del licenziamento per scarso rendimento. Sia la dottrina che la giurisprudenza sono infatti divise nel collocare questa tipologia di licenziamento nell'alveo delle due forme tipiche di giustificato motivo con preavviso, potendo escludersi che lo scarso rendimento configuri una giusta causa di recesso, talmente grave da non consentire nemmeno provvisoriamente la prosecuzione del rapporto di lavoro, ai sensi dell'articolo 2119 c.c.

La stessa struttura del licenziamento per scarso rendimento rende arduo il compito rimesso agli interpreti che vogliano dare ad esso una precisa categorizzazione. Tale difficoltà di qualificazione deriva in primo luogo dalla nozione di rendimento, con la quale ci si vuol riferire a uno strumento atto alla «misurazione delle modificazioni della realtà materiale prodotte nell'unità di tempo [...], costitu[endo] momento essenziale di verifica della corrispondenza tra ciò che è concretamente prestato e quanto effettivamente dovuto»⁽²⁾. Ciò perché la prestazione resa dal lavoratore, pur costituendo obbligazione di mezzi e non di risultato, non può consistere unicamente in «una certa massa di sforzo»⁽³⁾, posto che la prestazione dedotta in contratto ed il risultato atteso dal datore

⁽¹⁾ Questa negazione della tutela reale per tutti i licenziamenti privi di giustificato motivo oggettivo costituisce una delle più rilevanti novità rispetto al regime previgente, posto che il settimo comma dell'art. 18 della l. n. 300/1970, come riformato dalla l. n. 92/2012, attribuiva al giudice la facoltà di condannare alla reintegrazione nell'ipotesi in cui fosse accertata la manifesta insussistenza del fatto.

⁽²⁾ Tale definizione si deve a M. MARAZZA, *Lavoro e rendimento*, in *ADL*, 2004, n. 2, 542.

⁽³⁾ Così L. MENGONI, *Obbligazioni di risultato e obbligazione di mezzi*, in *RDComm*, 1954, I, 185 ss.

concorrono in eguale misura a determinare l'oggetto del contratto (4).

Per scarso rendimento deve pertanto intendersi l'eventuale mancato raggiungimento di ragionevoli pretese del datore di lavoro e la prestazione resa dal lavoratore. Tuttavia non può ritenersi a tal fine sufficiente il mero mancato raggiungimento del risultato degli obiettivi di produzione richiesti dal datore (5). Infatti – ove siano individuabili dei parametri per accertare che la prestazione sia eseguita con diligenza e professionalità medie, proprie delle mansioni affidate al lavoratore – il discostamento dai detti parametri può costituire soltanto segno o indice di non esatta esecuzione della prestazione, da valutarsi complessivamente per un'apprezzabile periodo di tempo. In tal caso, la giurisprudenza di legittimità ritiene che la scarsa produttività del lavoratore, sia in assoluto che comparata a quella dei colleghi, possa giustificare il licenziamento per scarso rendimento quale ipotesi di recesso del datore per notevole inadempimento degli obblighi contrattuali del prestatore (6).

Viene così in evidenza il punto nodale della questione, ovvero se lo scarso rendimento vada ravvisato esclusivamente in una condotta colpevole del prestatore di lavoro o se, piuttosto, esso sia in alcuni casi riconducibile alla fattispecie del recesso per ragioni obiettive, a prescindere quindi dalla prova e dall'accertamento di ogni profilo soggettivo di negligenza.

2.1. Lo scarso rendimento come giustificato motivo soggettivo

Nel silenzio del legislatore, l'orientamento giurisprudenziale prevalente ritiene sussistente uno scarso rendimento idoneo a costituire giustificato motivo di licenziamento solo quando esso rivesta carattere soggettivo, risultando imputabile alla negligenza del lavoratore, in quanto strutturalmente connesso alla violazione del dovere di diligenza cui le parti sono tenute (7).

Ciò si riverbera sul piano probatorio comportando l'attribuzione al datore di lavoro dell'onere di provare sia il mancato raggiungimento del risultato atteso, sia il nesso di causalità fra questo dato oggettivo e la dimensione sogget-

(4) A. FERRUGGIA, *Presupposti per l'applicazione delle garanzie procedurali ex art. 7, Stat. Lav. in ipotesi di licenziamento*, in *ADL*, 2009, n. 6, 1411 ss.

(5) In quest'ottica, anticipando in parte le conclusioni cui perviene l'impostazione teorica ancorata alla sola dimensione "soggettivistica", «giustifica il licenziamento la grave e reiterata negligenza nell'esecuzione della prestazione, non essendo sufficiente lo scarso rendimento inteso come mancato raggiungimento del risultato», C. PISANI, *I licenziamenti individuali; Le fattispecie: giusta causa e giustificato motivo di licenziamento*, in F. CARINCI (a cura di), *Il lavoro subordinato. Il rapporto individuale di lavoro: estinzione e garanzie dei diritti*, Giappichelli, 2007, 118 ss.

(6) Cfr. Cass. 9 luglio 2015, n. 14310.

(7) Cass. 1° agosto 2014, n. 17548; Cass. 13 maggio 2014, n. 10367; Cass. 31 gennaio 2013, n. 2291; Cass. 1° dicembre 2010, n. 24361; Cass. 17 settembre 2009, n. 20050; Cass. 22 gennaio 2009, n. 1632; Cass. 22 febbraio 2006, n. 3876; Cass. 9 agosto 2004, n. 15351.

tiva dell'inadempimento: in altri termini, il datore di lavoro deve dimostrare che lo scarso rendimento è conseguenza diretta del compimento o mancato compimento degli obblighi contrattuali⁽⁸⁾. La prova della negligenza, però, può essere fornita anche solo attraverso presunzioni, sulla base del raffronto tra gli standard fissati dai programmi di produzione e quanto effettivamente realizzato dal dipendente nel periodo di riferimento, tenuto anche conto dei risultati globali della media di attività tra i vari dipendenti⁽⁹⁾. Per converso, graverà sul lavoratore l'onere di fornire prova contraria, ovvero che lo scarso rendimento dipende da causa a lui non imputabile, quale potrebbe essere ad esempio l'inefficiente organizzazione delle attività lavorative apprestata dall'imprenditore.

Per sgombrare il campo da ogni equivoco, alcuni Autori suggeriscono di disciplinare legislativamente il licenziamento per scarso rendimento, tipizzandolo nell'ambito del giustificato motivo soggettivo⁽¹⁰⁾.

2.2. ...o come giustificato motivo anche oggettivo

Di diverso avviso sono coloro che ammettono la possibilità di assimilare la fattispecie dello scarso rendimento al paradigma del giustificato motivo oggettivo, il quale consiste, ai sensi dell'articolo 3 della legge n. 604/1966⁽¹¹⁾, in

⁽⁸⁾ Oltre alla giurisprudenza richiamata nella nota precedente, si rinvia a Cass. 2 febbraio 2002, n. 1365, in *NGL*, 2002, 342; Cass. 10 novembre 2000, n. 14605, in *OGI*, 2000, 1070; Cass. 19 agosto 2000, n. 11001, in *RIDL*, 2001, n. 2, II, 346; Cass. 24 maggio 1999, n. 5048, in *DL*, 1999, 921. In particolare, in Cass. n. 20050/2009, cit., si specifica che «nel licenziamento per scarso rendimento del lavoratore, rientrante nel tipo del licenziamento per giustificato motivo soggettivo, il datore di lavoro – cui spetta l'onere della prova – non può limitarsi a provare solo il mancato raggiungimento del risultato atteso o l'oggettiva sua esigibilità, ma deve anche provare che la causa di esso derivi da colpevole negligente inadempimento degli obblighi contrattuali da parte del lavoratore nell'espletamento della sua normale prestazione. Nella valutazione delle relative risultanze probatorie dovrà tenersi conto – alla stregua di un bilanciamento dei principi costituzionali sanciti dagli art. 4 e 41 Cost. – del grado di diligenza normalmente richiesto per la prestazione lavorativa e di quello effettivamente usato dal lavoratore, nonché dell'incidenza dell'organizzazione complessiva del lavoro nell'impresa e dei fattori socio-ambientali».

⁽⁹⁾ Si veda Cass. n. 1632/2009, cit.

⁽¹⁰⁾ Cfr. R. SCOGNAMIGLIO, *Commento alla Legge 28 giugno 2012, n. 92 sulla riforma del diritto del lavoro*, in *RIDL*, 2013, n. 4, I, 783 ss., che propone di fissare una serie di indici in presenza dei quali sia da ritenersi integrato il presupposto dello scarso rendimento, come ad es. un tasso medio elevato di assenze (anche senza aver raggiunto la soglia dell'eccessiva morbilità), il mancato raggiungimento di ragionevoli obiettivi di produttività o il giudizio negativo sul comportamento organizzativo in termini di dirigenza.

⁽¹¹⁾ Deve ricordarsi, in proposito, che sono tre le condizioni necessarie per l'integrazione del motivo oggettivo giustificativo del licenziamento: verifica dell'effettiva sussistenza delle ragioni addotte a giustificazione della soppressione del posto di lavoro; nesso di causalità tra dette ragioni e il concreto licenziamento del lavoratore; assolvimento da parte del datore di lavoro dell'onere di provare l'inevitabilità del licenziamento, ovvero l'impossibilità di adibire il la-

Acquista
qui

4.

LICENZIAMENTO E MALATTIA

SILVIA FERNÁNDEZ MARTÍNEZ, MICHELE TIRABOSCHI

SOMMARIO: 1. Posizione del problema. – 2. Conseguenze in caso di licenziamento illegittimo fondato sulla malattia del lavoratore: reintegra o indennità? – 2.1. Licenziamento discriminatorio. – 2.2. Licenziamento per altri casi di nullità espressamente previsti dalla legge. – 2.3. Licenziamento per difetto di giustificazione consistente nella disabilità fisica o psichica del lavoratore. – 3. Il licenziamento per superamento del periodo di comportamento: quale tutela per i malati cronici? – 4. Conclusioni.

1. Posizione del problema

Il decreto legislativo 4 marzo 2015, n. 23, recante la disciplina relativa al c.d. contratto a tutele crescenti, non regola le conseguenze da ricondurre al licenziamento illegittimo fondato sulla malattia del lavoratore. Di tale ipotesi non parlano né l'articolo 2 relativo al licenziamento discriminatorio, nullo o intimato in forma orale, né l'articolo 3 in riferimento al licenziamento per giustificato motivo e giusta causa. Il decreto non si riferisce neanche ad altre fattispecie giuridiche che configurano alcune specifiche ipotesi di licenziamento derivante dalla malattia del lavoratore, quali il licenziamento per inidoneità sopravvenuta, per superamento del periodo di comportamento o per scarso rendimento.

Diversamente, la legge 28 giugno 2012, n. 92, c.d. legge Fornero, sebbene non si riferisse espressamente alla malattia, richiamava (e ancora richiama, per le assunzioni avvenute prima del 7 marzo 2015) la fattispecie del licenziamento per inidoneità sopravvenuta e per superamento del periodo di comportamento, riconoscendo l'applicazione della tutela reintegratoria c.d. attenuata qualora esso sia dichiarato illegittimo⁽¹⁾. Anche lo schema di decreto legislativo approvato in prima lettura dal Consiglio dei Ministri del 24 dicembre 2014 relativo alla disciplina del contratto di lavoro a tempo indeterminato a tutele crescenti

⁽¹⁾ Cfr. D. CASALE, *Malattia, inidoneità psicofisica e handicap nella novella del 2012 sui licenziamenti*, in *ADL*, 2014, n. 2, I, 403.

(²) faceva riferimento espresso al licenziamento discriminatorio o nullo giustificato per motivo consistente nell'inidoneità fisica del lavoratore. Il decreto legislativo n. 23/2015 ha tuttavia eliminato tale riferimento, lasciando la fattispecie priva di un esplicito riferimento normativo.

In assenza di una disciplina specifica che regolamenti gli effetti del licenziamento illegittimo fondato sulla malattia del lavoratore, si pone dunque il problema di determinare quale sia la disciplina ad esso applicabile: se quella contenuta nell'articolo 2 riferita al licenziamento discriminatorio, nullo e intimato in forma orale o, piuttosto, quella dell'articolo 3, riferita al licenziamento per giustificato motivo e giusta causa. La questione non è di poco conto e non ha valenza puramente teorico-ricostruttiva posto che le conseguenze pratiche saranno totalmente diverse in funzione dell'inquadramento giuridico che si dia al licenziamento del lavoratore malato. Ed in effetti, qualora si considerasse il licenziamento illegittimo per malattia discriminatorio o nullo, il lavoratore avrebbe diritto alla reintegra nel posto di lavoro (articolo 2, decreto legislativo n. 23/2015), là dove la riconduzione della fattispecie al licenziamento per giustificato motivo carente di motivazione darebbe luogo, a favore del lavoratore, unicamente al diritto a una mera indennità economica commisurata all'anzianità di servizio (articolo 3, decreto legislativo n. 23/2015).

2. Conseguenze in caso di licenziamento illegittimo fondato sulla malattia del lavoratore: reintegra o indennità?

Il comma 1 dell'articolo 2 recita: «il giudice, con la pronuncia con la quale dichiara la nullità del licenziamento perché discriminatorio a norma dell'art. 15 della legge 20 maggio 1970, n. 300, e successive modificazioni, ovvero perché riconducibile agli altri casi di nullità espressamente previsti dalla legge, ordina al datore di lavoro, imprenditore o non imprenditore, la reintegrazione del lavoratore nel posto di lavoro, indipendentemente dal motivo formalmente addotto». Posto che il legislatore non include in maniera espressa la malattia ed altre fattispecie giuridiche che coprono alcuni specifici casi di licenziamento derivante dalla stessa (inidoneità, superamento del periodo di comporta, scarso rendimento) tra le circostanze che danno luogo a un licenziamento discriminatorio o nullo, l'interpretazione letterale dell'articolo 2 del decreto legislativo n. 23/2015 porterebbe ad escluderne l'applicabilità nel caso di licenziamento illegittimo intimato in base alla malattia del lavoratore o alla sua ini-

(²) Cfr. l'art. 3 dello *Schema di decreto legislativo recante disposizioni in materia di contratto di lavoro a tempo indeterminato a tutele crescenti, in attuazione della legge 10 dicembre 2014, n. 183, rubricato Licenziamento per giustificato motivo e giusta causa*, ancora oggi reperibile sul sito istituzionale del Governo (www.governo.it) nella documentazione allegata al Consiglio dei Ministri 24 dicembre 2014, n. 43. Il testo dello schema di decreto legislativo è reperibile anche in www.adapt.it, Indice A-Z, voce *Tutele crescenti*).

doneità sopravvenuta allo svolgimento delle attività lavorative, che dette ipotesi andrebbero ricondotte nell'ambito del decreto legislativo n. 23/2015 relativo al licenziamento per giusta causa. In questo caso, il lavoratore avrà diritto soltanto a una indennità commisurata all'anzianità.

Là dove, per contro, si preferisse optare per l'applicazione di una interpretazione "elastica" dell'articolo 2, due sembrerebbero le opzioni per ricondurre il licenziamento per malattia alla categoria del licenziamento nullo: sostenere che si tratta di un licenziamento discriminatorio (comma 1, articolo 2) ovvero di un licenziamento riconducibile alla condizione di «disabilità fisica o psichica del lavoratore» (comma 4, articolo 2). In questi casi, il lavoratore avrebbe diritto alla reintegra nel posto di lavoro.

Acquista
qui

2.1. Licenziamento discriminatorio

Il comma 1 dell'articolo 2, decreto legislativo n. 23/2015, utilizza il sistema dei rinvii normativi per tracciare i contorni della nozione di licenziamento discriminatorio⁽⁴⁾. Il rimando è ai casi di discriminazione elencati all'articolo 15 della legge 20 maggio 1970, n. 300, c.d. Statuto dei lavoratori, e non più, come nella legge Fornero, alle ipotesi contemplate all'articolo 3 della legge 11 maggio 1990, n. 108 (il quale, a sua volta, rinvia all'articolo 4 della legge 15 luglio 1966, n. 604, e allo stesso articolo 15 Stat. lav.). Questo cambiamento non ha tuttavia effetti dal punto di vista pratico posto che l'articolo 15 ha un campo di applicazione più ampio rispetto alle altre disposizioni citate⁽⁵⁾.

L'articolo 15, come noto⁽⁶⁾, prevede la nullità di «qualsiasi patto o atto [...] diretto a licenziare un lavoratore» in ragione di motivi di «discriminazione politica, religiosa, razziale, di lingua o di sesso, di handicap, di età» ovvero in relazione all'«orientamento sessuale» o alle «convinzioni personali» del lavoratore. La malattia del lavoratore, per contro, non è espressamente inclusa tra le cause di discriminazione. La lettera della legge sembrerebbe dunque escludere che un licenziamento per malattia possa essere considerato nullo in quanto discriminatorio. Vero è, peraltro, che l'articolo 15 considera come causa di discriminazione l'handicap. Si ripropone così, in relazione alla esatta qualificazione della fattispecie in esame, il tradizionale dibattito sulla natura

⁽³⁾ M. TIRABOSCHI, G. GAMBERINI (a cura di), *La disciplina dei licenziamenti dopo il Jobs Act*, inserto *Il Punto di GLav*, 2015, n. 18, XI.

⁽⁴⁾ E. PASQUALETTO, *Il licenziamento discriminatorio e nullo nel "passaggio" dall'art. 18. Stat. lav. all'art. 2, d.lgs. n. 23/2015*, in F. CARINCI, C. CESTER (a cura di), *Il licenziamento all'indomani del d.lgs. n. 23/2015 (contratto di lavoro a tempo indeterminato a tutele crescenti)*, ADAPT University Press, 2015, 50.

⁽⁵⁾ G.P. RECCHIA, *Il licenziamento nullo ed inefficace*, in E. GHERA, D. GAROFALO (a cura di), *Le tutele per i licenziamenti e per la disoccupazione involontaria nel Jobs Act 2*, Cacucci 2015, 89.

⁽⁶⁾ *Ibidem*.

esemplificativa ovvero tassativa dell'elenco di cui all'articolo 15⁽⁷⁾. Mentre una parte della dottrina⁽⁸⁾ si è opposta alla tesi della tassatività, altri autori, in conformità con un orientamento trovato espressione anche in talune sentenze di merito⁽⁹⁾, si sono favorevoli alla tesi della esemplificazione⁽¹⁰⁾.

La tesi che sostiene il carattere meramente esemplificativo dell'elenco di cui all'articolo 15 amplia l'ambito applicativo del licenziamento discriminatorio riconoscendo tutela ad altre cause di discriminazione non espressamente previste dalla legge. Sulla scorta di questa tesi, la malattia potrebbe essere considerata motivo di discriminazione attraverso la sua equiparazione sostanziale alla condizione di handicap. Una opzione interpretativa, questa, che peraltro sembra porsi in linea di continuità con le più recenti pronunce della Corte di giustizia dell'Unione europea⁽¹¹⁾, che equiparano la malattia di lunga durata all'handicap. Nella stessa prospettiva, anche l'inidoneità sopravvenuta allo svolgimento della prestazione lavorativa potrebbe essere inclusa, in senso sostanziale ed estensivo, nella nozione ampia di disabilità ai sensi della normativa europea antidiscriminatoria⁽¹²⁾.

Il rinvio per analogia ai casi previsti dall'articolo 15, per qualificare un licenziamento come nullo, lascia in ogni caso senza risposta quei motivi di discriminazione contemplati in altre disposizioni come, ad esempio, nei casi di HIV⁽¹³⁾. Rispetto a queste ipotesi, una parte della dottrina richiama la fattispecie del licenziamento fondato su un motivo illecito determinante. Se così fosse i lavoratori interessati potrebbero ottenere la medesima tutela prevista per i licenziamenti discriminatori⁽¹⁴⁾.

Vero è peraltro che, là dove si optasse per una interpretazione estensiva dei motivi elencati all'articolo 15 Stat. lav., a maggior ragione si potrebbe rite-

⁽⁷⁾ In questo senso cfr. E. PASQUALETTO, *op. cit.*, 50.

⁽⁸⁾ A. GUARISO, *Il licenziamento discriminatorio*, in *DLRI*, 2014, n. 142, 354.

⁽⁹⁾ Cfr. Trib. Milano 11 febbraio 2013.

⁽¹⁰⁾ In questo senso cfr. F. CARINCI, *Un contratto alla ricerca di una sua identità: il contratto a tempo indeterminato a tutele crescenti ('a sensi della bozza del decreto legislativo 24 dicembre 2014)*, in F. CARINCI, M. TIRABOSCHI (a cura di), *I decreti attuativi del Jobs Act: prima lettura e interpretazioni. Commentario agli schemi di decreto legislativo presentati al Consiglio dei Ministri del 24 dicembre 2014 e alle disposizioni lavoristiche della legge di stabilità*, ADAPT University Press, 2015, 71.

⁽¹¹⁾ C. giust. 11 aprile 2013, cause riunite C-335/11 e C-337/11, *HK Danmark*, e C. giust. 18 dicembre 2014, causa C-354/13, *Fag og Arbejde (FOA)*. Queste sentenze segnalano che «se una malattia, curabile o incurabile, comporta una limitazione, risultante in particolare da menomazioni fisiche, mentali o psichiche, che, in interazione con barriere di diversa natura, può ostacolare la piena ed effettiva partecipazione della persona interessata alla vita professionale su base di uguaglianza con gli altri lavoratori e se tale limitazione è di lunga durata, una siffatta malattia può ricadere nella nozione di "handicap" ai sensi della direttiva 2000/78».

⁽¹²⁾ In questo senso cfr. S. GIUBBONI, *Il licenziamento per sopravvenuta inidoneità alla mansione dopo la legge Fornero e il Jobs Act*, Working Paper CSDLE "Massimo D'Antona" – IT, 2015, n. 261, 11.

⁽¹³⁾ Art. 5, l. 5 giugno 1990, n. 135.

⁽¹⁴⁾ E. PASQUALETTO, *op. cit.*, qui 53.

Acquista
qui

5.

IL REGIME DELLE DIMISSIONI

AGNESE MORICONI, MONICA ZANOTTO

SOMMARIO: 1. La disciplina delle dimissioni e della risoluzione consensuale del rapporto di lavoro. – 1.1. Il contrasto alle dimissioni in bianco nell’ambito della “semplificazione” prevista dal *Jobs Act*. – 1.2. Il raccordo con la disciplina sul contratto a tutele crescenti. – 2. Le dimissioni per matrimonio, durante la maternità e per particolari tipologie contrattuali.

1. La disciplina delle dimissioni e della risoluzione consensuale del rapporto di lavoro

Il decreto legislativo n. 151/2015 ⁽¹⁾, in esito al complicato tentativo di trovare una soluzione che assicuri l’autenticità della volontà del lavoratore nello scioglimento del rapporto ⁽²⁾ e che al contempo non appesantisca il datore di lavoro con eccessivi oneri procedurali, finalizzati all’accertamento delle reali intenzioni del lavoratore ⁽³⁾, ha introdotto rilevanti novità in materia di di-

⁽¹⁾ In *GU*, 23 settembre 2015.

⁽²⁾ Ci si riferisce al fenomeno delle c.d. dimissioni in bianco consistenti nell’imposizione al lavoratore, da parte del datore di lavoro, della sottoscrizione di una lettera di dimissioni priva di data all’atto dell’assunzione, così da poter essere utilizzata in un secondo momento, ove ritenuto utile dal datore medesimo (ad esempio, nel caso di eventi quali gravidanza, puerperio o matrimonio della lavoratrice). Secondo i dati Istat (in ISTAT, *Rapporto annuale. La situazione del Paese nel 2010, 2011*), nel 2008-2009, «circa 800 mila madri hanno dichiarato che nel corso della loro vita lavorativa, in occasione di una gravidanza, sono state licenziate o messe in condizione di doversi dimettere». Il fenomeno è particolarmente critico nelle Regioni del Mezzogiorno. Più recentemente il Ministero del lavoro e delle politiche sociali, nella *Relazione annuale sulle convalide delle dimissioni e risoluzioni consensuali delle lavoratrici madri e dei lavoratori padri ai sensi dell’art. 55 del Decreto Legislativo 26 marzo 2001. Anno 2014* (in www.adapt.it, Indice A-Z, voce *Dimissioni*), ha rilevato che l’85% delle dimissioni/risoluzioni consensuali hanno interessato le lavoratrici madri.

⁽³⁾ La l. n. 183/2014, art. 1, comma 6, lett. g, delegava il Governo a prevedere «modalità semplificate per garantire data certa nonché l’autenticità della manifestazione di volontà della lavoratrice o del lavoratore in relazione alle dimissioni o alla risoluzione consensuale del rapporto di lavoro, anche tenuto conto della necessità di assicurare la certezza della cessazione del rapporto nel caso di comportamento concludente in tal senso della lavoratrice o del lavoratore».

missioni⁽⁴⁾. L'articolo 26 del richiamato decreto prevede che la presentazione delle dimissioni e la risoluzione consensuale del contratto di lavoro avvengano con modalità telematica su appositi moduli scaricabili, scaricati e datati, messi a disposizione sul sito del Ministero del lavoro e delle politiche sociali. Questi ultimi saranno poi trasmessi, a cura del dimissionario, al datore di lavoro e alla direzione territoriale del lavoro competente, con le modalità che saranno oggetto di un successivo apposito decreto ministeriale. La trasmissione dei moduli sarà possibile anche per il tramite di patronati, organizzazioni sindacali, enti bilaterali costituiti a iniziativa di una o più associazioni dei datori e dei prestatori di lavoro comparativamente più rappresentative e Commissioni di certificazione. Con le medesime modalità il lavoratore ha ora la facoltà di revocare le dimissioni o la risoluzione consensuale entro sette giorni. A carico del datore di lavoro che alteri il foglio firmato in bianco⁽⁵⁾ la legge prevede una sanzione amministrativa da euro 5 mila a euro 30 mila, salvo che il fatto non costituisca ipotesi di reato.

Contro la prassi delle dimissioni in bianco il legislatore era già intervenuto dapprima con la legge n. 188/2007 e, successivamente, con la c.d. legge Fornero (legge n. 92/2012). Sotto il profilo procedurale, il decreto legislativo n. 151/2015 segna un ritorno alla riforma del 2007, seppur con rilevanti differenze⁽⁶⁾. L'intervento del 2007 nasceva, infatti, prevalentemente con il solo intento di contrastare il fenomeno delle dimissioni in bianco, tutelando la libertà negoziale del lavoratore e garantendone la genuinità della volontà risolutoria in quanto parte contrattualmente più debole. La *ratio* della normativa di cui al *Jobs Act* pare ricalcare, invece, la finalità della legge Fornero, come testimonia la collocazione dell'articolo 26 all'interno del decreto dedicato alle semplificazioni in materia di lavoro. In particolare, la legge n. 92/2012 – prendendo atto delle critiche sollevate rispetto all'intervento normativo del 2007⁽⁷⁾ – ha

⁽⁴⁾ Le dimissioni, qualificate come atto unilaterale recettizio con cui il lavoratore recede dal contratto di lavoro instaurato con il datore di lavoro, si configurano come una facoltà del soggetto che le pone in essere, con il solo rispetto dei termini di preavviso previsti dai contratti collettivi. Esse sono dunque espressione della libera recedibilità del lavoratore dal contratto, e non sono state sottoposte, dalla normativa codicistica, a particolari vincoli di forma. La disciplina delle dimissioni trova la normativa "base" di riferimento negli artt. 2118 e 2119 c.c.

⁽⁵⁾ Per un'analisi delle modifiche riguardanti il nuovo profilo sanzionatorio si rinvia al successivo § 1.1.

⁽⁶⁾ La l. n. 188/2007 subordinava la validità dell'atto di risoluzione ad un iter di comunicazione delle dimissioni basato sull'utilizzo di moduli ministeriali codificati e con validità limitata di 15 giorni, pena la nullità dell'atto. La procedura è tuttavia stata abrogata con l'art. 39, comma 10, lett. I, del d.l. n. 112/2008 (convertito, poi, dalla l. n. 133/2008), per l'eccessivo appesantimento burocratico a cui era condizionata la validità del recesso. Cfr. A. VALLEBONA, *Le dimissioni e il nuovo vincolo di forma*, in *MGL*, 2007, n. 12, 862 ss.

⁽⁷⁾ Cfr. per tutti D. PELLACANI, *L'abrogazione della legge sulle dimissioni volontarie (legge 17 ottobre 2007, n. 188)*, in M. TIRABOSCHI (a cura di), *La riforma del lavoro pubblico e privato e il nuovo welfare. Commentario sistematico delle norme di lavoro e previdenza contenute nelle leggi di conversione dei decreti legge 25 giugno 2008, n. 112, 27 maggio 2008, n. 93 e 3 giugno 2008, n. 97 in coordinamento con la legge 24 dicembre 2007, n. 247*, Giuffrè, 2008, 427 ss.

cercato di individuare soluzioni atte a razionalizzare i procedimenti burocratici il procedimento di perfezionamento delle dimissioni in bianco del recesso è stata, infatti, subordinata all'espletamento di due modalità: la convalida presso la DTL o il centro per l'impiego, o presso le organizzazioni sindacali o le associazioni di categoria, o presso le organizzazioni sindacali comprese nelle elenche approvate dai contratti collettivi stipulati dalle organizzazioni sindacali compatte o dalle associazioni di categoria più rappresentative a livello nazionale, oppure attraverso la sottoscrizione di apposita dichiarazione della lavoratrice o del lavoratore apposta in calce alla ricevuta di trasmissione della comunicazione di cessazione del rapporto di lavoro. Qualora il lavoratore non avesse adempiuto all'obbligo di convalida o conferma, il datore di lavoro avrebbe dovuto invitare il dipendente ad effettuare la convalida – con una delle modalità già descritte – entro il termine di trenta giorni, con effetto retroattivo. La condizione sospensiva poteva ritenersi avverata in caso di inerzia del lavoratore oltre sette giorni dall'invito o in assenza di espressa revoca delle dimissioni ⁽⁹⁾.

Quanto disposto per tramite dell'articolo 26 pone diversi dubbi circa l'avvenuta semplificazione. Se da un lato la sospensione dell'operatività della norma, connessa alla successiva adozione di un ulteriore decreto ministeriale ⁽¹⁰⁾, non consente un'immediata valutazione della funzionalità dell'intero sistema, dall'altro numerose conseguenze operative ad oggi già ipotizzabili, oggetto di analisi nel successivo paragrafo § 1.2, pongono in luce alcune criticità che attengono al profilo applicativo della norma. Inoltre, la lettura sistematica della disciplina delle dimissioni in relazione alla liberalizzazione della disciplina sui licenziamenti rende discutibile anche l'efficacia ed il senso delle rigidità introdotte.

1.1. Il contrasto alle dimissioni in bianco nell'ambito della “semplificazione” prevista dal *Jobs Act*

La nuova procedura delineata dall'articolo 26 del decreto legislativo n. 151/2015 priva – o almeno tenta di farlo – il datore di lavoro della possibilità di individuare strumenti o *escamotage* che agevolino una gestione fraudolenta

⁽⁸⁾ In particolare, le principali criticità della l. n. 188/2007 concernevano la mancata previsione di una disciplina per la risoluzione consensuale, l'inadeguatezza rispetto al contrasto alle dimissioni in bianco e le difficoltà di gestione operativa che spesso inducevano i lavoratori ad assentarsi definitivamente dal luogo di lavoro con conseguente difficoltà per il datore di lavoro rispetto alla gestione di dimissioni per fatti concludenti.

⁽⁹⁾ Per l'estensione, ad opera della l. n. 76/2013, della procedura di convalida delle dimissioni e della risoluzione consensuale, per quanto compatibile, anche alle collaborazioni a progetto ed ai contratti di associazione in partecipazione si rinvia al § 2.

⁽¹⁰⁾ L'art. 26, comma 8, del d.lgs. n. 151/2015 prevede l'entrata in vigore delle disposizioni trascorsi 60 giorni dall'entrata in vigore del decreto legislativo a sua volta da adottarsi entro 90 giorni dalla data di entrata in vigore del decreto legislativo in commento. Nelle more dell'emanazione del suddetto decreto, restano pertanto valide ed applicabili le procedure previste dalla riforma Fornero.

del rapporto lavorativo in corso, in particolare, in via, quanto previsto, se da un lato garantisce l'identità rispetto alla firma delle dimissioni, eliminando presumibilmente la sopravvivenza dei fogli di dimissioni firmati in bianco dai dipendenti dall'assunzione, dall'altro non consente di escludere totalmente il ricorso alla coercizione psicologica da parte del datore⁽¹¹⁾, né di assicurare – in attesa di conoscere i decreti ministeriali di prossima emanazione – lo snellimento della procedura. Ed infatti, sotto il primo dei due aspetti, potrebbe ben verificarsi una pressione reiterata nel tempo che conduca alla pianificazione “pilotata” delle dimissioni del lavoratore, realizzate sì telematicamente, ma fisicamente “nell'ufficio” del datore di lavoro ed innanzi a quest'ultimo. Tuttavia, il c.d. diritto di ripensamento⁽¹²⁾ consentirebbe al lavoratore di valutare quanto effettuato e, in caso di ingerenza datoriale, di informarsi circa gli strumenti ed i percorsi esperibili per una più efficace tutela dei propri diritti⁽¹³⁾.

La gestione telematica della procedura solleva dubbi anche con riferimento all'effettività della semplificazione per entrambe le parti coinvolte, lavoratore e datore di lavoro. Rispetto al primo, sulla base delle sole indicazioni contenute nel decreto legislativo n. 151/2015, è presumibile che le informazioni richieste, da inserire ad opera del lavoratore all'interno dei moduli, saranno tali e tante da determinare – specialmente per alcune categorie di lavoratori⁽¹⁴⁾ – non poche difficoltà di gestione pratica. Tali difficoltà sono state rese aggirabili attraverso la riconosciuta possibilità di adempimento all'obbligo di comunicazione telematica anche per il tramite dei soggetti indicati nell'articolo 26. In quest'ultimo caso, se da un lato è ovvia l'utilità per gli stranieri ed i lavoratori con più basso tasso di scolarizzazione, per i quali, diversamente, la procedura sarebbe quasi di impossibile attuazione⁽¹⁵⁾, dall'altro – considerata la complessità degli adempimenti – il percorso di convalida potrebbe risultare comunque un aggravio di costi per la generalità dei dipendenti, superabile attra-

(11) Si ritiene che nemmeno la convalida delle dimissioni prevista dalla legge Fornero garantisca appieno l'estraneità del datore di lavoro alla formazione della volontà del lavoratore, soprattutto nei casi in cui la convalida veniva effettuata in calce alla ricevuta di trasmissione della comunicazione di cessazione del rapporto, c.d. modello Unilav, e contestualmente all'atto stesso delle dimissioni.

(12) Nel disegno di legge Ichino-Treu, n. 884/2008, era stata prevista l'ipotesi di eliminare qualunque procedura specifica ritenendo sufficiente mantenere, a tutela delle ragioni dei lavoratori, il solo diritto di revoca delle dimissioni già formulate.

(13) Per un'interessante valutazione critica del tema si veda A. FENOGLIO, *Il filo rosa inteso nel diritto del lavoro: un'analisi gender sensitive degli interventi legislativi dell'ultimo triennio*, Working Paper CSDLE “Massimo D'Antona” – IT, 2015, n. 239.

(14) Con maggiore probabilità si può trattare di stranieri o di lavoratori con scarsa dimestichezza nell'uso degli strumenti informatici e telematici.

(15) Tuttavia, occorre sempre valutare che tali soggetti saranno difficilmente consapevoli delle modalità di comunicazione delle dimissioni e che pertanto si rivolgeranno comunque al datore di lavoro per ottenere le informazioni necessarie. Il supporto di soggetti terzi consente, comunque, al dipendente dimissionario di allontanarsi dall'ambito di controllo del datore di lavoro.

6.

LA DISCIPLINA DELLE MANSIONI

MARCO MENEGOTTO, MICHELE TIRABOSCHI

SOMMARIO: 1. Posizione del problema. – 2. Le mansioni esigibili in via ordinaria: il superamento della nozione di mansioni equivalenti. – 3. L’assegnazione a mansioni appartenenti al livello di inquadramento inferiore. – 3.1. Come esercizio dello *jus variandi*. – 3.2. In applicazione di quanto stabilito dalla contrattazione collettiva. – 3.3. Come esercizio della autonomia individuale assistita. – 3.4. L’obbligo formativo. – 4. L’assegnazione a mansioni superiori. – 5. Il trasferimento tra unità produttive. – 6. La nullità dei patti contrari. – 7. L’impatto sulla disciplina del licenziamento c.d. economico.

1. Posizione del problema

L’articolo 3 del decreto legislativo n. 81/2015 ⁽¹⁾ contiene una profonda revisione della disciplina delle mansioni di cui all’articolo 2103 c.c. che viene praticamente riscritto. Dopo una lunga stagione di riforme focalizzate sulla flessibilità in entrata e in uscita dal mercato del lavoro, il legislatore si occupa ora (anche) del cuore del contratto di lavoro e cioè del suo oggetto con l’obiettivo dichiarato di superare quei fattori di rigidità, reale o presunta ⁽²⁾, nella gestione del rapporto di lavoro e, più in generale, dei modelli organizzativi di impresa ⁽³⁾ accentuati con l’articolo 13 Stat. lav. ⁽⁴⁾, in funzione di una

⁽¹⁾ Cfr., tra i primi commenti dell’art. 3 del d.lgs. n. 81/2015, F. LISO, *Brevi osservazioni sulla revisione della disciplina delle mansioni contenuta nel decreto legislativo n. 81/2015 e su alcune recenti tendenze di politica legislativa in materia di rapporto di lavoro*, Working Paper CSDLE “Massimo d’Antona” – IT, 2015, n. 257, e M. BROLLO, *Disciplina delle mansioni* (art. 3), in F. CARINCI (a cura di), *Commento al d.lgs. 15 giugno 2015, n. 81: le tipologie contrattuali e lo jus variandi*, ADAPT University Press, 2015, 29-90.

⁽²⁾ Sul tema cfr. U. GARGIULO, *L’equivalenza delle mansioni nel contratto di lavoro*, Rubbettino, 2008, che, in controtendenza rispetto alla opinione prevalente, rivendica la modernità dell’art. 2103 c.c.

⁽³⁾ La c.d. flessibilità funzionale su cui si veda, per tutti, M. MAGNANI, *Organizzazione del lavoro e professionalità tra rapporti e mercato del lavoro*, in *DLRI*, 2004, n. 101, 181-183.

⁽⁴⁾ L’art. 13 della l. n. 300/1970 è stato abrogato per effetto dell’art. 55, comma 1, lett. m, del d.lgs. n. 81/2015. Come puntualmente evidenziato da M. BROLLO, *op. cit.*, qui 38-39, è tut-

precisa visione della professionalità del lavoratore e della sua libertà e dignità. Il nuovo impianto si caratterizza, in esemplare, per l'aperturamento del criterio della equivalenza come limite all'esercizio di mansioni inferiori, per l'apertura alla facoltà del datore di lavoro di adibire (anziché limitatamente) il lavoratore a mansioni inferiori, nonché per l'ampio spazio concesso alla autonomia privata (individuale e collettiva) nella regolazione della mobilità verso il basso.

Per la verità fattori di elasticità rispetto alle strette maglie della disciplina previgente si erano già potuti osservare, sia a livello legislativo che giurisprudenziale, nel periodo di vigenza dell'articolo 13 della legge n. 300/1970.

Allo scopo di contemperare la tutela della professionalità con altri diritti fondamentali del prestatore di lavoro, il legislatore ha introdotto nel tempo diverse deroghe al divieto generale di assegnazione a mansioni inferiori. Così è stato per la tutela del diritto alla salute della lavoratrice madre e del nascituro, per il lavoratore divenuto invalido a seguito di infortunio o malattia ovvero nei casi di aggravamento della condizione di disabilità del prestatore di lavoro tanto da renderlo inidoneo alla mansione specifica. In materia di licenziamenti collettivi la legge ha poi ⁽⁵⁾ consentito di adibire a mansioni inferiori i lavoratori in esubero in applicazione del principio del c.d. "male minore". Infine, l'articolo 8 del decreto-legge n. 138/2011, convertito con modifiche dalla legge n. 148/2011, ha aperto alla contrattazione collettiva di prossimità la possibilità di intervenire, anche in deroga a previsioni di legge, su una serie di materie, tra cui le mansioni del lavoratore, la classificazione e l'inquadramento del personale (comma 2, lettera b) ⁽⁶⁾. Invero le citate ipotesi legali di demansionamento sono da ritenersi, almeno in termini generali, ancora oggi in vigore: non vi è stata infatti alcuna abrogazione esplicita da parte del legislatore del *Jobs Act* né sussiste un difetto di compatibilità rispetto alla novella. Lo stesso non può dirsi, tuttavia, con riferimento alla disciplina introdotta dall'articolo 8 del decreto-legge n. 138/2011 ⁽⁷⁾, che pare definitivamente superata dai diversi e specifici compiti regolatori affidati, in termini di disciplina speciale ⁽⁸⁾, dall'articolo 3 del decreto legislativo n. 81/2015 alla contrattazione collettiva.

tavia evidente qualche difetto tecnico nell'opera di abrogazione in ragione del mancato raccordo con taluni rinvii legislativi all'art. 13 ancora presenti nell'ordinamento.

⁽⁵⁾ Cfr. art. 4, comma 11, l. n. 223/1991.

⁽⁶⁾ Per la verità quest'ultimo intervento non ha prodotto i risultati sperati, quantomeno da un punto di vista quantitativo. Sono infatti un numero ridotto gli accordi di prossimità siglati ai sensi dell'art. 8 della l. n. 148/2011, e ancora di minore entità quelli riferiti alla classificazione del personale e alla disciplina delle mansioni. Esempi possono essere l'accordo Trelleborg Wheel Systems Italia S.p.A. del dicembre 2011 o quello siglato alla InfoCert S.p.A. nel dicembre 2012 (in *www.adapt.it*, Indice A-Z, voce *Classificazione del personale*).

⁽⁷⁾ Dello stesso avviso M. BROLLO, *op. cit.*, 75.

⁽⁸⁾ Che, come tale, prevale sulla disciplina generale di cui all'art. 8 del d.l. n. 138/2011, anche là dove non si ritenesse applicabile il criterio cronologico di successione delle leggi nel tempo.

Acquista
qui

Nella stessa prospettiva si è mossa nel tempo la giurisprudenza, che non solo ha legittimato clausole di fungibilità del personale nella contrattazione collettiva, ma ha anche aperto a ipotesi di flessibilità in virtù di determinate esigenze aziendali, offrendo una valutazione della equivalenza professionale. Esempio significativo di tale orientamento è la sentenza n. 25033/2006 della Corte di cassazione a sezioni unite ⁽⁹⁾, che non solo ha riconosciuto alla contrattazione collettiva (nel caso di specie addirittura di prossimità) un ruolo centrale nella possibile definizione di clausole di fungibilità funzionale, ma altresì ha adottato una nozione di equivalenza professionale elastica, consentendo una rotazione nello svolgimento di mansioni differenti (nel caso di specie si trattava di una dipendente della società Poste Italiane che era addetta, ciclicamente, sia allo sportello che alla distribuzione).

L'articolo 3 del decreto legislativo n. 81/2015, in altri termini, porta ora a sistema talune linee di tendenza evolutive già presenti nell'ordinamento in favore di una maggiore flessibilità funzionale, volte a far fronte in modo più efficiente e lineare alle esigenze produttive ed organizzative d'impresa. Vero è, peraltro, che la sua effettiva implementazione, in coerenza con le finalità del legislatore, andrà ora verificata alla luce non solo dei primi orientamenti giurisprudenziali ma, ancor più, in ragione delle libere dinamiche della contrattazione collettiva che presidiano in modo spesso rigoroso i sistemi di classificazione e inquadramento del personale e, con essi, le mansioni e i percorsi di carriera (*infra*, § 2). Ciò a maggior ragione in considerazione del fatto che, diversamente da quanto accaduto in passato, il rinvio alla contrattazione collettiva quale sede per definire le ipotesi legittime di demansionamento è esplicitato dallo stesso articolo 2103 c.c., come ora novellato, senza necessità di ricorrere ad alcuna strada interpretativa della *ratio legis* diversa dal dato testuale.

Alla luce di queste considerazioni, che aprono non pochi problemi di carattere sistematico e interpretativo, nel presente contributo non ci attarderemo sui (presunti) profili di illegittimità costituzionale della nuova disciplina evidenziati da una parte della dottrina ⁽¹⁰⁾. In attesa di probabili pronunce della Corte Costituzionale, obiettivo del nostro contributo è piuttosto quello di fornire talune linee di lettura costituzionalmente orientate della nuova disciplina delle mansioni, in grado di guidare l'operatore pratico nelle incerte fasi di prima applicazione del *Jobs Act*.

⁽⁹⁾ In *www.adapt.it*, Indice A-Z, voce *Mansioni*.

⁽¹⁰⁾ Cfr., per tutti, L. DE ANGELIS, *Note sulla nuova disciplina delle mansioni ed i suoi (difficilissimi) rapporti con la delega*, Working Paper CSDLE "Massimo d'Antona" – IT, 2015, n. 263, 4 ss., laddove evidenzia una «palese fuoriuscita dalla delega». Si veda anche M. BROLO, *op. cit.*, spec. § 2.

2. Le mansioni esigibili in via ordinaria: il superamento delle mansioni equivalenti

Acquista
qui

Il primo comma del nuovo articolo 2103 c.c., nel regolare le ipotesi di c.d. mobilità orizzontale del lavoratore, individua le mansioni che possono essere definite come «esigibili in via ordinaria» dal datore di lavoro; nello specifico, il legislatore delegato introduce tre alternative.

In prima battuta, nel solco della disciplina previgente, si impone che il lavoratore sia adibito alle mansioni di assunzione, cioè la posizione che il lavoratore andrà stabilmente ad occupare nella divisione concreta del lavoro all'interno di una data organizzazione⁽¹¹⁾. Questo è, peraltro, il primo punto di riferimento che consente la costruzione di un apparato normativo in grado di governare l'intero fenomeno della mobilità endo-aziendale del lavoratore.

In secondo luogo, si prevede che il lavoratore debba essere adibito alle mansioni «corrispondenti all'inquadramento superiore che abbia successivamente acquisito», ed con ciò non si può che rimandare all'analisi del comma 7, che regola l'ipotesi di assegnazione a mansioni superiori (§ 4).

È invece la terza alternativa prospettata ad introdurre una significativa novità rispetto alla disciplina previgente. Si tratta dell'assegnazione a «mansioni riconducibili allo stesso livello e categoria legale di inquadramento delle ultime effettivamente svolte». In questo specifico passaggio si supera infatti il precedente concetto legale dell'equivalenza professionale quale strumento di tutela della posizione e della professionalità del lavoratore; parametro che assurgeva altresì a metro di controllo della modificabilità delle mansioni di assunzione o di quelle ad esse successivamente conseguite⁽¹²⁾.

Nel fare ciò il legislatore ha sostanzialmente disegnato i nuovi confini entro cui il datore di lavoro può esercitare il suo potere direttivo, senza incorrere nell'ipotesi di mobilità verticale del lavoratore. I nuovi limiti "esterni" sono quindi rappresentati dal rinvio implicito⁽¹³⁾ alla contrattazione collettiva e quindi, nello specifico, dal livello di inquadramento e dalla categoria legale delle ultime mansioni effettivamente svolte. Di conseguenza i sistemi di classi-

⁽¹¹⁾ È questa la definizione di «mansioni di assunzione» cui giunge Franco Liso (si veda F. LISO, *La mobilità del lavoratore in azienda: il quadro legale*, Franco Angeli, 1982, 165 ss.) con riferimento alla disciplina introdotta dall'art. 13 Stat. lav. – in questo passaggio identica alla novella in commento – il quale, aderendo ad un principio di effettività, supera la precedente dottrina (cfr. G. GIUGNI, *Mansioni e qualifica nel rapporto di lavoro*, Jovene, 1963, 103 ss.) che individuava tali mansioni, secondo una lettura "formale", in quelle indicate nel contratto di lavoro.

⁽¹²⁾ L'abbandono del criterio dell'equivalenza e la centralità assunta dai sistemi di classificazione del personale appaiono in linea con quanto già previsto nella disciplina delle mansioni nel pubblico impiego (art. 52, d.lgs. n. 165/2001), laddove il riferimento è alle «mansioni equivalenti nell'ambito dell'area di inquadramento». Nel settore pubblico la giurisprudenza di legittimità si sta inoltre soffermando sul giudizio del parametro dell'equivalenza, che ritiene dover demandare integralmente al libero esercizio dell'autonomia negoziale (Cass. n. 8740/2008).

⁽¹³⁾ Per tale ragione in questo caso il rinvio è da ritenersi alla contrattazione collettiva in generale, non già a quella individuata ai sensi dell'art. 51 del d.lgs. n. 81/2015. Sul punto cfr. M. BROLLO, *op. cit.*, 57.

7.

TECNOLOGIE E CONTROLLI A DISTANZA

EMANUELE DAGNINO

SOMMARIO: 1. Posizionamento della tematica. – 2. La distinzione tra strumenti di lavoro e “altri strumenti”: gli effetti. – 3. I vincoli della normativa sulla privacy... – 3.1 ...sulle modalità del controllo... – 3.2. ...e sull'utilizzabilità «a tutti i fini connessi al rapporto di lavoro». – 4. L'esigenza di tutela del patrimonio aziendale: i controlli difensivi e occulti. – 5. La procedura concertativo-autorizzativa. – 6. Il quadro sanzionatorio: l'articolo 171 del decreto legislativo n. 196/2003. – 7. Conclusioni.

1. Posizionamento della tematica

L'articolo 23 del decreto legislativo n. 151/2015 interviene sulla disciplina relativa ai controlli a distanza dell'attività dei lavoratori, tramite la riscrittura dell'articolo 4 della legge n. 300/1970, c.d. Statuto dei lavoratori, e la modifica dell'articolo 171 del decreto legislativo n. 196/2003, conosciuto come codice della privacy, che prevede la sanzione relativa alla violazione di quanto dall'articolo 4 disposto.

L'azione di riforma, in questo ambito, si motiva sull'avvertita obsolescenza di quanto ivi disposto in virtù del mutato contesto tecnologico rispetto al momento in cui fu emanata la disposizione ⁽¹⁾, ovvero quando le tecnologie dell'informazione erano agli albori ⁽²⁾.

⁽¹⁾ Sottolinea A. TROJSI, *Il comma 7, lettera f), della legge delega n. 183/2014: tra costruzione del Diritto del lavoro nell'era tecnologica e liberalizzazione dei controlli a distanza sui lavoratori*, in M. RUSCIANO, L. ZOPPOLI (a cura di), *Jobs Act e contratti di lavoro dopo la legge delega 10 dicembre 2014 n. 183*, Working Paper CSDLE “Massimo D’Antona” – Collective Volumes, 2014, n. 3, 119, come l’art. 4 Stat. lav. sia stato eletto a «norma-simbolo dell’inadeguatezza dell’ordinamento del lavoro italiano all’evoluzione tecnologica».

⁽²⁾ È, comunque, opportuno sottolineare che la stessa, grazie ad interpretazioni estensive del suo disposto concesse da una formulazione volutamente aperta, ha consentito, nelle more di un intervento legislativo, di rispondere alle sfide poste dalla comparsa di nuove tecnologie e di nuove forme di controllo. In questo senso, tra gli altri, P. LAMBERTUCCI, *Potere di controllo del datore di lavoro e tutela della riservatezza del lavoratore: i controlli a “distanza” tra attualità della disciplina statutaria, promozione della contrattazione di prossimità e legge delega del 2014 (c.d. Jobs Act)*, Working Paper CSDLE “Massimo D’Antona” – IT, 2015, n. 255, 3, e A.

L'obiettivo di questo aggiornamento normativo, in linea con le finalità espresse dalla delega *ex* comma 7⁽³⁾, nonché del principio tecnico del nuovo disposto all'interno del decreto legislativo n. 183/2014, nell'ottica del legislatore, quello di superare farraginosità ed incoerenze operative che ritiene limitino il progresso tecnologico del mondo produttivo italiano.

Quanto ai criteri per procedere alla revisione della disciplina dei controlli a distanza, essi risultano ripetitivi dell'obiettivo di adeguamento alla tecnologia e della generica *ratio* di contemperamento della disposizione⁽⁵⁾, e nessuna indicazione offrono rispetto alle modalità con cui tale revisione dovesse avvenire.

In questo contesto di riferimento, l'opera di adeguamento normativo si è strutturata intorno a due nodi principali: la previsione di una distinzione tra gli strumenti di controllo e gli strumenti di lavoro a fini applicativi della disciplina; la specificazione dell'utilizzabilità dei dati per tutti i fini connessi al rapporto di lavoro⁽⁶⁾. A ciò si aggiungono le modifiche relative alla procedura concertativo-autorizzativa, l'inserimento dell'esigenza di tutela del patrimonio aziendale e il *maquillage* dell'articolo 171 del decreto legislativo n. 196/2003, per limitare la sanzione (penale) ai soli commi 1 e 2.

Acquista
qui

TROJSI, *Il comma 7, lettera f), della legge delega n. 183/2014 ecc.*, cit., 119-120, con abbondanti riferimenti giurisprudenziali e dottrinali.

⁽³⁾ Così il comma 7, l. 10 dicembre 2014, n. 183: «Allo scopo di rafforzare le opportunità di ingresso nel mondo del lavoro da parte di coloro che sono in cerca di occupazione, nonché di riordinare i contratti di lavoro vigenti per renderli maggiormente coerenti con le attuali esigenze del contesto occupazionale e produttivo [...]». In questo senso si veda anche A. TROJSI, *Il comma 7, lettera f), della legge delega n. 183/2014 ecc.*, cit., 121, che rafforza la sua argomentazione dando rilievo al criterio della delega che richiede il «contemperamento delle esigenze produttive ed organizzative dell'impresa con la tutela della dignità e della riservatezza del lavoratore». Come si dirà, si ritiene che il criterio sia in realtà neutro e sostanzialmente «muto» rispetto alla *ratio* della riforma, ribadendo in realtà la natura stessa della disposizione.

⁽⁴⁾ Il d.lgs. n. 151/2015 contiene, come noto, *Disposizioni di razionalizzazione e semplificazione delle procedure e degli adempimenti a carico di cittadini e imprese e altre disposizioni in materia di rapporto di lavoro e pari opportunità*.

⁽⁵⁾ Cfr. nota 3. Tale *ratio*, relativa in generale alla disciplina statutaria in materia di controllo, è già espressamente individuata da Brodolini, nella relazione al d.d.l. n. 738/1969 (da cui sarebbe poi nato lo Statuto dei lavoratori). Il testo della relazione, dal titolo *Norme sulla tutela della libertà e dignità dei lavoratori, della libertà sindacale e dell'attività sindacale nei luoghi di lavoro* è consultabile come G. BRODOLINI, *La relazione al ddl sullo «Statuto dei lavoratori»*, in *Economia&Lavoro*, 2011, n. 1, 11 ss.

⁽⁶⁾ È intorno a questi nodi che si è concentrato il dibattito successivo all'emanazione degli schemi di decreto ed è agli stessi che fa riferimento la nota del Ministero del lavoro del 18 giugno 2015, dal titolo *Controlli a distanza*, che ha cercato di porre freno alle polemiche sorte.

2. La distinzione tra strumenti di lavoro e “att...

Acquista
qui

Come anticipato, uno dei punti qualificanti della riforma è la distinzione di una differenziazione nel trattamento normativo relativo «agli strumenti utilizzati dal lavoratore per rendere la prestazione lavorativa e agli strumenti di registrazione degli accessi e delle presenze» rispetto a tutti gli altri strumenti (comprensivi degli impianti audiovisivi), «dai quali derivi anche la possibilità di controllo a distanza dell'attività dei lavoratori».

In ragione di tale distinzione si prevede, comma 1, che gli strumenti che non siano “di lavoro” e consentano il controllo dell'attività dei lavoratori «possono essere impiegati esclusivamente per esigenze organizzative e produttive, per la sicurezza del lavoro e per la tutela del patrimonio aziendale» e che la loro installazione sia condizionata all'esperimento della procedura che richiede l'accordo sindacale o, in via subordinata, un'autorizzazione amministrativa (di tale procedura si dirà *infra*, § 5). Il comma 2 statuisce che quanto stabilito al comma 1 non trova applicazione con riferimento agli strumenti di lavoro e a quelli di registrazione di ingressi e presenze.

La distinzione – sull'opportunità della quale sono stati posti dubbi in ragione dell'implicita potenzialità di controllo degli strumenti di lavoro ⁽⁷⁾ – dev'essere valutata con riferimento agli effetti sistematici e con riferimento ai confini delle categorie che si vengono a creare.

In primo luogo occorre premettere che non c'è ragione di ritenere che ad esito della riforma si producano cambiamenti rispetto all'interpretazione estensiva del concetto di strumento, comprensivo, nell'ambito degli strumenti informatici, tanto degli hardware quanto dei software ⁽⁸⁾, nonostante la differente denominazione (prima ci si riferiva alle apparecchiature) ⁽⁹⁾.

Fondamentale sarà l'interpretazione dell'espressione «strumento utilizzato per rendere la prestazione lavorativa», sulla quale si sostanzia la vera e propria distinzione. Da un lato occorre specificare che essendo il riferimento al mezzo tecnico nella sua strumentalità rispetto alla prestazione, l'aggiunta su tale strumento di software o dispositivi che consentano il controllo sulla prestazione sarà legittimo solo laddove si presentino le esigenze di cui al comma 1 e necessiterà, dunque, dell'accordo sindacale o dell'autorizzazione ⁽¹⁰⁾. Qualora l'aggiunta sia, invece, funzionale al mero controllo della prestazione, si rientrerebbe di conseguenza in un'ipotesi vietata, riconoscendo il comma 1 la legittimità dei soli controlli preterintenzionali ⁽¹¹⁾.

⁽⁷⁾ In questo senso, P. LAMBERTUCCI, *op. cit.*, 16.

⁽⁸⁾ Con riferimento all'art. 4 Stat. lav. dopo il *Jobs Act* si veda A. STANCHI, *Nel Jobs Act il nuovo articolo 4 dello Statuto dei lavoratori*, in *GLav*, 2015, n. 38, 40. Riferimento espresso ai software fa, peraltro, anche la citata nota del Ministero del lavoro.

⁽⁹⁾ In senso conforme si veda A. SITZIA, *I controlli a distanza dopo il “Jobs Act” e la Raccomandazione R(2015)5 del Consiglio d'Europa*, in *LG*, 2015, 678.

⁽¹⁰⁾ Si esprime in questi termini anche la nota del Ministero citata.

⁽¹¹⁾ Conformemente A. STANCHI, *op. cit.*, 40.

Dall'altro, trattandosi di disposizione eccettuata da quella del comma 1, si ritiene che l'interpretazione, ovvero che rientrino nella categoria eccettuata dall'applicazione, solo gli strumenti che siano utilizzati dal lavoratore per l'adempimento della prestazione⁽¹²⁾, sorgendo a proposito, in alcuni casi, la difficoltà applicativa di individuare «il discrimine tra strumenti conferiti dal datore al lavoratore per il loro diretto impiego nella resa della prestazione lavorativa e strumenti che – pur conferiti al lavoratore – possono essere solo indirettamente correlati all'attività lavorativa»⁽¹³⁾.

Per quanto attiene agli effetti, essi sembrano andare al di là di quanto dichiarato dal Ministero nella sua nota del 18 giugno, ossia il chiarimento che la consegna di strumenti di lavoro non è condizionata alla previa procedura concertativa. Le modalità tecniche con cui è stata inserita nella normativa tale differenziazione comportano, infatti, un altro importante effetto, il quale si ricollega ad un'ulteriore modifica che ha interessato il testo dell'articolo 4 dello Statuto, ovvero l'eliminazione del divieto espresso di controllo a distanza dell'attività dei lavoratori, contenuto al comma 1 del testo previgente.

I primi commentatori hanno sostenuto che tale modifica non abbia conseguenze rispetto agli strumenti che abbiano potenzialità di controllo, risultando il divieto assorbito dalla finalizzazione esclusiva dell'uso degli strumenti ad esigenze organizzative e produttive, per la sicurezza del lavoro e per la tutela del patrimonio aziendale⁽¹⁴⁾, sottolineando al più un cambio di prospettiva nell'approccio sistematico alla materia: «dal principio generale del divieto [...] al principio positivo dell'impiego dei mezzi di controllo a distanza»⁽¹⁵⁾. Se rispetto alla sottoposizione ai vincoli procedurali si conviene con tale opinione, si ritiene che così non sia per quanto attiene alla legittimità dei controlli e correlativamente all'utilizzabilità dei dati contenuti (su cui in maniera più approfondita *infra*, § 3.2). Il divieto di cui al comma 1 dell'articolo 4 nella formulazione originaria aveva, infatti, l'effetto di rendere inutilizzabile nel rapporto di lavoro quanto conosciuto tramite il controllo preterintenzionale – tanto da rendere necessaria a questi fini l'invenzione giurisprudenziale della cate-

⁽¹²⁾ In senso conforme si veda A. SITZIA, *I controlli a distanza dopo il "Jobs Act" ecc.*, cit., 679.

⁽¹³⁾ A. DEL NINNO, *Jobs Act: le principali criticità applicative del nuovo articolo 4 dello Statuto dei lavoratori*, in *Diritto e Giustizia, Speciali. In vigore la riforma dell'art. 4 dello Statuto dei lavoratori sui controlli a distanza: privacy dei lavoratori e nuove regole*, 25 settembre 2015, www.dirittoegiustizia.it (ultimo accesso 10 ottobre 2015), dove possono leggersi alcuni esempi a riguardo. L'A. applica a questo proposito un'interpretazione estensiva, in virtù della quale ritiene eccettuati dall'applicazione del comma 1 i casi citati: chi scrive, in coerenza con quanto rilevato sopra, ritiene preferibile una posizione maggiormente prudenziale.

⁽¹⁴⁾ A questo proposito si può osservare uniformità di vedute nell'ambito dei primi commenti. Tra gli altri si vedano A. STANCHI, *op. cit.*, 40; A. SITZIA, *I controlli a distanza dopo il "Jobs Act" ecc.*, cit., 678; A.I. NATALI, *Jobs Act e legittimità del controllo a distanza dei lavoratori*, in *DPL*, 2015, 1981.

⁽¹⁵⁾ E. MASSI, *Il controllo a distanza dei lavoratori*, in www.generazionevincente.it, 2 ottobre 2015 (ultimo accesso, 10 ottobre 2015).

8.

LA TUTELA DELLA SALUTE E DELLA SICUREZZA DEI LAVORATORI

LORENZO MARIA PELUSI, SERENA SANTAGATA

SOMMARIO: 1. Posizione del problema. – 2. Le semplificazioni in materia di salute e sicurezza contenute nel decreto legislativo n. 151/2015. – 2.1. La nuova configurazione del Comitato per le politiche attive e la vigilanza e della Commissione consultiva permanente. – 2.2. Le modifiche intervenute in ambito sanzionatorio. – 3. Il riordino delle forme contrattuali e le disposizioni di natura previdenziale contenute nel decreto legislativo n. 81/2015. – 4. Analisi conclusive sull’impatto delle modifiche apportate dal *Jobs Act* nella materia della salute e sicurezza dei lavoratori.

1. Posizione del problema

Tra i molteplici obiettivi perseguiti dal *Jobs Act*, rientrano sia quello di semplificare taluni adempimenti legati alla tutela della salute e sicurezza dei lavoratori, sia l’obiettivo di tenere sotto controllo la diffusione di lavori atipici, definiti anche non standard, in quanto non appartenenti agli schemi classici del rapporto di lavoro subordinato.

I decreti legislativi focalizzati su tali aspetti sono rispettivamente il decreto legislativo n. 151/2015, recante *Disposizioni di razionalizzazione e semplificazione delle procedure e degli adempimenti a carico di cittadini e imprese e altre disposizioni in materia di rapporto di lavoro e pari opportunità, in attuazione della legge 10 dicembre 2014, n. 183*, e il decreto legislativo n. 81/2015, il quale riporta la *Disciplina organica dei contratti di lavoro e revisione della normativa in tema di mansioni, a norma dell’articolo 1, comma 7, della legge 10 dicembre 2014, n. 183*.

Sebbene al legislatore della riforma debba riconoscersi il merito di essere intervenuto per correggere, soprattutto in materia sanzionatoria, vistosi difetti di coordinamento tra norme e di aver intrapreso un percorso semplificatore in materia di sicurezza, l’azione di semplificazione perseguita nel decreto legislativo n. 151/2015 risulta moderata, in quanto non va ad incidere in maniera significativa sul sistema prevenzionistico, limitandosi ad intervenire perlopiù su aspetti marginali.

Gli stessi mutamenti del mercato del lavoro e i nuovi contesti produttivi, caratterizzati dall'emergere costante di nuove attività lavorative, non sono stati particolarmente presi in considerazione dal decreto legislativo n. 81/2015, vista l'assenza di condivisione nella ricerca e nei colloqui con le parti sociali e il persistente riferimento a schemi tipici del lavoro subordinato che mal si addicono ai moderni ambienti di lavoro.

Eppure la stessa atipicità del rapporto di lavoro può essere un fattore indiretto di rischio, sotto diversi punti di vista. La frammentazione dello svolgimento della prestazione di lavoro, la limitata durata e i frequenti mutamenti di mansioni, oggi resi ancora più facili, grazie alla modifica dell'articolo 2103 c.c., operata dal decreto legislativo n. 81/2015, possono incidere profondamente sulla condizione del lavoratore. Ulteriormente, il lavoro atipico è spesso precario e la mancanza di sicurezza occupazionale può provocare un aumento dello stress lavoro-correlato, così come da non sottovalutare è anche l'impiego di nuove tecnologie ed il diffondersi di processi di terziarizzazione, i quali hanno comportato l'aumento dei rischi di natura psicosociale. A ciò deve aggiungersi che i lavoratori non standard, data la loro minor propensione ad integrarsi con il sistema aziendale, risultano, in genere, scarsamente coinvolti nelle iniziative aziendali in materia di salute e sicurezza, fenomeno cui consegue la loro maggiore vulnerabilità rispetto ai rischi lavorativi.

In buona sostanza, come evidenziato nei paragrafi seguenti, dal decreto legislativo n. 81/2015 non affiora un intento legislativo volto a costruire un efficace e strutturato sistema di tutele prevenzionistiche per i lavoratori non standard, così come dal decreto legislativo n. 151/2015 non compare un'azione di semplificazione volta a costruire quella cultura della prevenzione ancora mancante nell'ordinamento italiano.

2. Le semplificazioni in materia di salute e sicurezza contenute nel decreto legislativo n. 151/2015

Le semplificazioni in materia di salute e sicurezza promosse dal *Jobs Act* sono contenute in gran parte nell'articolo 20 del decreto legislativo n. 151/2015, il quale si apre con le modifiche apportate all'articolo 3 del decreto legislativo n. 81/2008, il Testo Unico in materia di salute e sicurezza sul lavoro.

Le modifiche in questione investono in particolare i commi 8 e 12-*bis* dell'articolo 3. La prima correzione è volta a ridurre il raggio di applicabilità del corpo normativo sulla sicurezza, nel quale in precedenza erano indistintamente ricompresi tutti i lavoratori che effettuano prestazioni occasionali di tipo accessorio, mentre è ora specificato che la disciplina prevenzionistica trova integrale applicazione nel solo caso in cui il lavoro accessorio venga svolto in favore di un imprenditore o di un professionista. Negli altri casi, invece, si applicano esclusivamente le disposizioni di cui all'articolo 21 del decreto legisla-

Acquista
qui

tivo n. 81/2008, ovvero quelle riguardanti i la
l'utilizzo di idonee attrezzature di lavoro e dispositi
le.

Come in precedenza, continuano ad essere esclusi dall'ambito di applicazione del Testo Unico – e delle altre norme speciali vigenti in materia di tutela della salute e sicurezza – i piccoli lavori domestici a carattere straordinario, compresi l'insegnamento privato supplementare e l'assistenza domiciliare ai bambini, agli anziani, agli ammalati e ai disabili. Ancora, alla luce della modifica intervenuta sul comma 12-*bis* dell'articolo 3, le stesse disposizioni di cui all'articolo 21 del decreto legislativo n. 81/2008 si applicano ora anche ai soggetti che svolgono attività di volontariato in favore delle associazioni religiose e ai volontari accolti nell'ambito dei programmi internazionali di educazione non formale.

Altra novità prevista dal decreto in commento è l'estensione alle Regioni e alle Province autonome del potere di inoltrare alla Commissione per gli interpellati quesiti di ordine generale sull'applicazione della normativa in materia di salute e sicurezza sul lavoro, di cui all'articolo 12 del decreto legislativo n. 81/2008, previsione che costituisce un elemento utile al fine di coinvolgere le istituzioni nel processo partecipativo volto a garantire la corretta e uniforme interpretazione della normativa di riferimento.

Altro ambito in cui si interviene con intento semplificatore, riguarda la valutazione dei rischi. In primo luogo viene introdotto il comma 3-*ter* in seno all'articolo 28 del Testo Unico, dedicato alla valutazione dei rischi, in forza del quale l'Inail, anche in collaborazione con le aziende sanitarie locali per il tramite del Coordinamento tecnico delle Regioni e con gli organismi paritetici, dovrà rendere disponibili al datore di lavoro strumenti tecnici e specialistici per la riduzione dei livelli di rischio. Viene così previsto un meccanismo di supporto per i datori di lavoro, volto ad alleviare l'onerosa attività di valutazione e gestione del rischio, sebbene il tenore della nuova disposizione sembri tale da incidere – contrariamente alla *ratio* della sua collocazione sistematica – sulla gestione del rischio, il c.d. *risk management*, piuttosto che sulla preliminare attività di mappatura, detta di *risk assessment*. Ad ogni modo, il nuovo comma si conclude con una clausola di invarianza finanziaria, per cui l'Inail e le aziende sanitarie locali sono tenuti a svolgere la predetta attività con le risorse umane, strumentali e finanziarie disponibili a legislazione vigente.

Ancora in tema di valutazione dei rischi, viene novellato il comma 6-*quater* dell'articolo 29 del Testo Unico, il quale ora prevede che il Ministero del lavoro e delle politiche sociali, con decreto da adottarsi previo parere della Commissione consultiva permanente per la salute e sicurezza sul lavoro, debba individuare degli strumenti di supporto per la valutazione dei rischi e, tra questi, strumenti informatizzati a guisa del sistema OIRA (Online Interactive Risk Assessment) di EU-OSHA (European Agency for Safety and Health at Work)

Acquista
qui

(¹). Tale disposizione mira ad aiutare specialmente i lavoratori di piccole imprese, in sede di valutazione del rischio, dapprima, di mappatura e, poi, di valutazione dei rischi nell'ambiente di lavoro, in modo da salvaguardare l'incolumità dei lavoratori e dei lavoratori di lavoro che operano in contesti lavorativi talvolta meno organizzati.

Con riferimento a una specifica tipologia di rischio, ovvero quella dell'esposizione al rumore durante il lavoro, la semplificazione viene perseguita consentendo al datore di lavoro, in sede di sua valutazione, di ricorrere alle banche dati ufficiali per stimare l'emissione sonora di attrezzature di lavoro, macchine e impianti. Tale facoltà risulta però subordinata a due condizioni: che il datore faccia riferimento alle banche dati approvate dalla Commissione consultiva permanente di cui all'articolo 6 e che lo stesso, in sede di redazione del documento di valutazione dei rischi, segnali la specifica fonte documentale cui ha fatto ricorso. Occorre segnalare che una simile semplificazione, renderà la valutazione sicuramente più agevole ma presumibilmente anche più approssimativa, a causa della minor precisione dei valori delle emissioni acustiche individuati attraverso la consultazione di banche dati e non direttamente rilevati.

Inoltre, attraverso l'abrogazione del comma 1-*bis* dell'articolo 34 del Testo Unico, viene generalizzata la facoltà di svolgimento diretto da parte del datore di lavoro dei compiti di primo soccorso, nonché di prevenzione degli incendi e di evacuazione, anche nelle imprese o unità produttive che superano i cinque lavoratori, purché questi ne dia preventiva informazione al rappresentante dei lavoratori per la sicurezza. In sostanza, tutti i datori di lavoro, a prescindere dal numero dei lavoratori dipendenti, potranno svolgere i compiti legati alla gestione delle emergenze, a condizione che abbiano frequentato gli specifici corsi di formazione previsti dagli articoli 45 e 46 del decreto legislativo n. 81/2008. Deve rimarcarsi che, se da un lato tale previsione alleggerisce l'onere formativo incombente sul datore, dall'altro il concentrarsi dei compiti prevenzionistici in capo a quest'ultimo potrebbe pregiudicare lo sviluppo di una sana cultura della sicurezza in azienda e creare problemi nella gestione delle emergenze in caso di assenza del datore stesso dal luogo di lavoro.

Per quanto riguarda la sorveglianza sanitaria, si deve osservare che, rispetto alla versione del decreto approvata dal Consiglio dei Ministri nel primo esame preliminare dell'11 giugno 2015, è stata espunta dal decreto legislativo n. 151/2015 l'abrogazione dell'articolo 41, comma 2, lettera *e-bis*, del Testo Unico, quindi non è stata soppressa la visita medica preventiva in fase pre-assuntiva. Invero, la sua abrogazione avrebbe probabilmente costituito un pre-

(¹) L'OIRA è stato creato per fornire strumenti di facile impiego destinati alle micro e alle piccole imprese, come guida nel processo di valutazione dei rischi. Il software OIRA, sviluppato dall'EU-OSHA nel 2009 e operativo dal 2010, si basa su uno strumento di valutazione dei rischi olandese noto come RI&E, che ha avuto una larga diffusione rivelandosi estremamente efficace. Il software OIRA aiuta le parti sociali settoriali (le organizzazioni dei datori di lavoro e dei lavoratori) e le autorità nazionali (Ministeri, Ispettorati del lavoro, istituti per la salute e la sicurezza sul lavoro, ecc.) a produrre strumenti settoriali di valutazione dei rischi destinati alle organizzazioni imprenditoriali di piccole dimensioni.

Acquista
qui