

Ascesa e crisi dell'inderogabilità delle tutele nel diritto del lavoro*

Giorgio Fontana**

(20 novembre 2015)

Sommario: 1. Dal liberalismo alla Costituzione passando attraverso il corporativismo. 2. L'inderogabilità e la Costituzione. 3. La prima crisi dell'inderogabilità. 4. L'inderogabilità e la svolta neoliberista. 5. Inderogabilità e crisi economica. Il potere destrutturante dell'art. 8 l. n. 141/2011. 6. Le riforme del lavoro del Governo Renzi (d. lgs. n. 23/2015, d. lgs. n. 81/2015). 7. Conclusioni.

1. Dal liberalismo alla Costituzione passando attraverso il corporativismo.

L'inderogabilità, come teoria della norma nel diritto del lavoro, è certamente tributaria di tendenze affermatesi nel corso del Novecento ed affonda le sue radici nei valori fondanti della nostra Costituzione, anche se la sua incubazione risale a tempi più remoti. Così la sua crisi – indiscutibilmente portata, da un punto di vista strutturale, dai cambiamenti nel sistema delle fonti, e dal punto di vista funzionale dalle contingenti, pressanti istanze socio-economiche – potrebbe preludere al superamento di quei valori originari e di quelle tendenze, inerendo ad una ben precisa fase storica, e quindi ad un certo modo di regolazione del mercato per fini di interesse generale (o così considerati: in tal senso è essa stessa, l'inderogabilità, da considerarsi un "valore").¹

La sua "storicità" - quanto meno nel senso della variabile incidenza sul contratto di lavoro e sul rapporto fra le fonti - è stata del resto sempre riconosciuta come uno dei tratti caratteristici,² ed è sottintesa anche in questo lavoro, nel quale si cercherà di ripercorrere, molto in sintesi, la sua lenta ma, a quanto pare, inesorabile parabola declinante, fino alla velocizzazione della sua crisi provocata dalle riforme – o per meglio dire dall'iperattivo "contro-riformismo" - degli ultimi anni, a cui si dedicherà più spazio ed attenzione.³

Non a caso – a dimostrazione, se occorre, del suo rifluire storico - di nderogabilità comincia a parlarsi in epoca abbastanza recente se confrontata alla lunghissima storia del "diritto primo", quando inizia ad avvertirsi l'esigenza di un intervento dello stato (seppure minimale) nelle relazioni giuridiche derivanti

* Scritto sottoposto a referee.

¹ v. C. Cester, *La norma inderogabile: fondamento e problema del diritto del lavoro*, in *Giorn.dir.lav.rel.ind.*, 2008, p. 353 ss.

² R. De Luca Tamajo, *La norma inderogabile nel diritto del lavoro*, Napoli, Jovene ed., 1976; ma si veda pure, più recentemente, *Il problema dell'inderogabilità delle regole a tutela del lavoro: passato e presente*, relazione al Congresso Aidlass pubblicata in *Giorn.dir.lav.rel.ind.*, 2013, 4

³ Una prospettiva analoga in A. Zoppoli, *Il declino dell'inderogabilità*, in *Diritti Lavori Mercati*, 2013, I, p. 53 ss.

dalla “messa a disposizione”. Si ha subito consapevolezza che l’effettività della norma non può prescindere dalla sua inderogabilità; semmai il problema sarà quello di rendere compatibile il vincolo posto ai poteri di autonomia con la natura tipicamente privatistica dei rapporti lavorativi, fondati, teoricamente, sulla libera iniziativa privata fra persone formalmente eguali.⁴ Dopo i “fermenti” di inizio secolo sarà Barassi - il “secondo” Barassi, quello dell’edizione del 1917 della sua opera *Il contratto di lavoro* – a tentare, nell’unico modo forse possibile, di “conciliare” l’esigenza di una tutela minimale delle condizioni di lavoro (e l’implicita regolazione della concorrenza insita nell’intervento eteronomo⁵) con il diritto liberale del codice del 1865, collocando le prime norme di legislazione sociale al di fuori del diritto comune.⁶ E da questi binari non si uscirà neppure nel periodo corporativo: le norme categoriche restano appannaggio della legislazione speciale, ricondotta, significativamente, al diritto pubblico e per ciò stesso in grado di giustificare il disallineamento con i principi individualistico-liberali del codice.

Il lascito del sistema corporativo – la dura visione statalista del diritto, con la pretesa di “accentrare nel legislatore la creazione del diritto e nella legge la sua ordinaria, naturale, manifestazione”⁷ - non è estraneo alla teorizzazione dell’inderogabilità (ma ovviamente il problema della libertà contrattuale si pone qui in termini del tutto diversi).⁸ In un sistema come quello del (nuovo) codice civile del 1942 l’inderogabilità trova del resto immediati punti di riferimento nell’essere la norma imperativa sostitutiva (di diritto) del difforme regolamento negoziale (art. 1418 e 1339 c.c.).⁹ Ma è soprattutto dalla rigida gerarchia delle

⁴ Su queste tematiche v. L. Castelvetti, *Il diritto del lavoro delle origini*, Giuffrè, Milano, 1994;

⁵ E. Ghera, *Come cambiare le regole del lavoro: effettività, inderogabilità, flessibilità*, in P. Tullini (a cura di), *Il lavoro: valore, significato, identità, regole*, Zanichelli ed., Bologna, 2009, p. 177.

⁶ Cfr. M.G. Garofalo, *Lodovico Barassi e il socialismo della cattedra*, in Riv. Giur. Lav., 2001, 3; sull’opera di Barassi v. L. Mengoni, *Contratto di lavoro e impresa*, in L. Mengoni, *Il contratto di lavoro*, Vita e Pensiero ed., Milano, 2008.

⁷ P. Grossi, *Il diritto in Italia fra modernità e pos-modernità*, ora in *Ritorno al diritto*, Laterza ed. Roma-Bari, 2015.

⁸ Il forte ridimensionamento della libertà acquisitiva dei privati (legislativamente espresso dall’art. 17, comma 1, del R.d.l. n. 1825 del 13/11/1924, la prima legge organica in materia di lavoro, secondo cui le disposizioni ivi contenute “saranno applicate malgrado ogni patto contrario, salvo il caso di particolari convenzioni od usi più favorevoli..”) risulterà invero coesistente all’organizzazione corporativa, basata su “sodalizi” rappresentativi degli interessi e sulla neutralizzazione la concorrenza in nome di un’ideologia apertamente anti-individualistica (ed iper-statalista), scalzando così il “culto” per le differenze insito nel motto proto-liberista *laissez faire, laissez passer* (v. C. Vallauri, *Le radici del corporativismo*, Bulzoni, Roma, 1970)

⁹ Il “dirigismo contrattuale” è sintomatico in effetti di una correzione molto profonda (che prende il nome, com’è noto, di ordoliberalismo), che ruota attorno al problema della libertà individuale in campo economico in funzione del necessario raccordo fra gli interessi particolari e l’interesse generale (un modo, secondo Ferrari, per occultare “in chiave conservatrice i conflitti in nome della coesione sociale e dello sviluppo del sistema”: così V. Ferrari, *Funzioni del diritto*, Laterza ed., Roma-Bari, 1993, p. 5 ss.). La *ratio* dell’inderogabilità come principio di chiusura dell’ordinamento lavoristico è anche quella di fornire garanzie di funzionalizzazione del contratto: la tutela del contraente debole si inserisce in un disegno di regolazione del mercato che ha finalità di carattere generale.

fonti disegnata dalle Disposizioni preliminari del codice che perviene la legittimazione più alta della legge, vanificando ogni diversificazione pluralistica e qualsiasi possibilità di “inserimento” fra le fonti, ad un livello equi-ordinato, delle comunità intermedie e di soggetti estranei al controllo politico dello stato.¹⁰

Da questo momento, almeno per i giuslavoristi, la “norma inderogabile” potrà annoverarsi fra le grandi “mitologie giuridiche” del Novecento, ossia fra le certezze attorno a cui si è costruita la modernità giuridica.¹¹ Tributaria della visione statalista tipicamente “moderna” secondo cui “lo stato è unico produttore di diritto e legge vuol dire comando”, ma soprattutto del vincolo strettissimo fra potere politico, diritto e mercato.¹²

Lo sviluppo di norme di protezione sociale – ossia una legislazione non coincidente con i principi comuni – avverrà in termini più o meno simili in Italia come in tutto l’Occidente industrializzato: il contratto resta la “pietra angolare” ma incorpora i dispositivi legali che formano il diritto del lavoro, dotando il lavoratore subordinato di un proprio, seppure embrionale statuto.¹³ Il contratto non sarà dunque strumento della negazione dell’inderogabilità delle tutele giacché proprio i meccanismi del diritto comune consentiranno al diritto del lavoro di garantire l’eteronomia delle fonti di disciplina e del regolamento applicabile al rapporto lavorativo. Al tempo stesso, però, la riflessione sui nessi intercorrenti fra l’inderogabilità e la Costituzione resterà a lungo in ombra, non avendo mai la dottrina ragionato in modo convinto sul fondamento costituzionale dell’inderogabilità delle tutele. Come dire che nel periodo della sua massima espansione, al diritto del lavoro è sufficiente il raccordo con la costituzione materiale, senza bisogno di estrapolare dai principi della Costituzione la *ratio* della tutela del contraente debole. L’inderogabilità – la limitazione del potere contrattuale in funzione di tutela delle posizioni di vantaggio del lavoratore garantite dalle fonti eteronome - si presenta ora cristallinamente come meccanismo di protezione sociale ma è in via d’interpretazione teleologicamente orientata delle norme che si definiscono i suoi caratteri di fondo¹⁴, ossia il suo essere un meccanismo relativo e non assoluto (inderogabilità solo *in pejus* e non *in melius*), unilaterale e non bilaterale (a tutela del solo contraente debole). Mentre l’efficacia invalidante delle norme esterne rispetto ai contenuti difformi del contratto individuale o successivamente pattuiti dalle parti, da cui la nullità dell’atto negoziale, e l’immediata sua applicazione, si devono, come si è già accennato, ai principi direttivi in materia di integrazione del contratto del codice civile.

¹⁰ La migliore riflessione sui cambiamenti intervenuti successivamente, ribaltando il principio gerarchico dell’ordinamento, è quella di F.Ost-M. de Kerchove, *De la pyramide au réseau?*, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 2002.

¹¹ P. Grossi, *Il diritto in Italia, oggi, fra modernità e pos-modernità*, op. cit.; ma vedi soprattutto P. Grossi, *Mitologie giuridiche della modernità*, Giuffrè Milano 2007.

¹² V. ancora P. Grossi, op. ult. cit.

¹³ A. Supiot, *Critique du droit du travail*, puf ed., Parigi 1994, nuova edizione 2007.

¹⁴ V. R. De Luca Tamajo, *La norma inderogabile nel diritto del lavoro*, op. cit.

Questi caratteri rappresentano un indiviso patrimonio della cultura giuridica del lavoro, prescindendo però dalla Costituzione e dai suoi principi fondamentali (dignità, uguaglianza, sicurezza), che ben avrebbero potuto giustificare un regime di indisponibilità dei beni giuridici oggetto delle norme di tutela dell'ordinamento positivo.¹⁵

2. L'inderogabilità e la Costituzione

Nel principio di *validità* sta dunque il fondamento dell'inderogabilità della norma lavoristica, depurato, nel sistema del codice, da qualsiasi attinenza ai valori costituzionali. A rigore, non il principio di *validità* ma il principio di *effettività* dovrebbe ergersi a fondamento dell'inderogabilità del contratto collettivo, la cui scaturigine potrebbe rintracciarsi nella valenza costituzionale del fenomeno considerato, pena del resto l'irrelevanza della libertà (contrattuale) del sindacato costituzionalmente garantita ex art. 39 I comma.

Ma neppure per la giurisprudenza il collegamento con la Costituzione ha rappresentato una traccia utile, trascurando la natura del potere collettivo dei lavoratori nell'ambito del disegno costituzionale e preferendo piuttosto riaffermare il primato e la sovra-ordinazione del diritto legale.¹⁶ Né i "valori" né i "fatti" sono penetrati nella teorica dell'inderogabilità del contratto collettivo, accontentandosi la giurisprudenza di conseguire attraverso l'art. 2077 c.c. gli stessi risultati che

¹⁵ Con una "storica" sentenza della Corte di Cassazione (Sezioni Unite della Corte di Cassazione del 7 febbraio 1948, che recepi ed introdusse l'altrettanto nota tripartizione fra norme precettive ad applicazione immediata, norme precettive ad applicazione differita e norme meramente programmatiche) la diretta concretizzazione dei principi (*drittwirkung*) posti dall'art. 36 Cost. avrebbe dovuto stimolare il dibattito, ma in realtà la dottrina non ha mai portato fino in fondo, salvo alcune eccezioni, la ricostruzione del proprio "sistema" a partire dalla Costituzione. Rileggendo oggi lo scritto di U. Natoli, *Limiti costituzionali all'autonomia privata nel rapporto di lavoro*, Giuffrè, Milano, 1955., la polemica nei confronti della "singolare messa fuori legge" dei principi costituzionali, relegati "nel limbo delle cosiddette norme programmatiche", non appare certo stinta dal tempo. Un anno prima era stato pubblicato "Il lavoro nella Costituzione" di Costantino Mortati e idealmente i due lavori appaiono strettamente legati da un "comune sentire" del fatto-lavoro (il saggio di Mortati è stato pubblicato nel volume *Costantino Mortati e "Il lavoro nella Costituzione": una rilettura*, Atti della giornata di studio, Siena 31 gennaio 2003, a cura di Lorenzo Gaeta). Ma dopo i "fermenti" della metà degli anni cinquanta e le opere *pro-labour* di giuristi come Mortati, Natoli e Crisafulli, un velo di silenzio – di rado interrotto – calò sulle norme della Costituzione, che questi autori avevano coraggiosamente tentato di sottrarre alla loro funzione "ornamentale". Secondo Mancini, la sudditanza della dottrina alle rispettive matrici ideologiche fu in quel periodo storico fatale, creando attorno alle norme costituzionali aspettative di "sovertimento della prassi" che condussero ad una contesa più politica che giuridica annullando di fatto la portata innovativa delle tesi esposte da questi autori (G.F. Mancini, *Commento all'art. 4 della Costituzione*, in *Principi fondamentali art. 1-12 Costituzione, Commentario della Costituzione* di G. Branca, Zanichelli, Bologna, 1975, pp. 200-202).

¹⁶ Si veda R. Scognamiglio, *Autonomia ed efficacia del contratto collettivo di lavoro*, in Riv.trim.dir.proc.civ., 1971, 140 ss.. Come scrive Giugni la giurisprudenza sarà sì permeata dal principio del *favor* nei confronti dei lavoratori, ma "dei lavoratori come singoli, non in quanto gruppo organizzato" (G. Giugni, *Il diritto del lavoro negli anni ottanta*, in «Giorn. Dir. Lav. Rel. Ind.», 1982, ma anche in *Lavoro legge contratti*, Il Mulino, Bologna, 1989, p. 300).

nel regime corporativo erano stati realizzati dalla legislazione speciale.¹⁷ La stessa dottrina lavoristica – è storia anche questa molto nota, che inizia con il Congresso dell’Associazione dei giuslavoristi di Taormina del 1954 – ha piuttosto privilegiato il diritto comune, per sfuggire, dopo l’esperienza del ventennio, al “soffocamento” del diritto pubblico, ma così abbracciando, come ha sottolineato Vardaro, soltanto una diversa ipotesi di disciplina statale del contratto collettivo (quella generalissima del codice civile).¹⁸ Ed ancora oggi il retaggio della cultura privatistica è tale che l’affermazione dell’inderogabilità del contratto collettivo è più la risultante di un’alchimia giuridica più che di una piana interpretazione delle norme del codice.¹⁹ Nei confronti del contratto collettivo la teoria dell’inderogabilità mostra una duplice, anzi ambivalente natura: da un lato, in nome della gerarchia delle fonti, il contratto collettivo è un *minus habent*; dall’altro, prevaricando l’autonomia individuale, acquista una supremazia sul contratto individuale analoga alla legge, che il sistema del codice di per sé non consentirebbe (trattandosi di atti negoziali in linea di principio “paritetici”). Soltanto il collegamento fra il principio di inderogabilità delle disposizioni di legge e di contratto collettivo ed il “sistema” dei principi costituzionali avrebbe forse consentito di superare l’intima contraddittorietà delle costruzioni teoriche della giurisprudenza e della dottrina, ma questo “ponte” non lo si è mai costruito. Il rapporto fra l’inderogabilità e la Costituzione è, in verità, un tema tradizionalmente trascurato negli studi giuridici, se si escludono i tentativi,

¹⁷ Norma a stretto rigore inapplicabile, riferendosi al principio di inderogabilità dei contratti collettivi corporativi, e da ritenersi dunque implicitamente abrogata. Si veda G. Vardaro, *Contrattazione collettiva e sistema giuridico*, Jovene, Napoli, 1984, p. 48 ss.; M. D’Antona, *L’autonomia individuale e le fonti del diritto del lavoro*, in *Giorn. dir. Lav. rel. Ind.*, 1991, p. 455 ss. M. Rusciano, *Contratto collettivo e autonomia sindacale*, Utet, Torino, 2003. Per l’utilizzo dell’art. 2113 c.c. come chiave di volta dell’inderogabilità del contratto collettivo v. G. Vardaro, *Contratti collettivi e rapporto individuale di lavoro*, FrancoAngeli Milano, 1985 e più recentemente V. Maio, *Contratto collettivo e norme di diritto*, Jovene, Napoli, 2008.. Risale alla sentenza Cass. 12 maggio 1951 n. 1184 in *Foro it.* 1951, I, 691, il primo pronunciamento della giurisprudenza per sciogliere il nodo dell’inderogabilità del contratto collettivo mediante il *repechage* dell’art. 2077 c.c.

¹⁸ Cfr. G. Vardaro, *Contrattazione collettiva e sistema giuridico*, op. cit., pp. 57-58.

¹⁹ Nel suo pregevole, notissimo saggio del 1972 sull’autonomia privata collettiva finanche uno studioso ortodosso come Persiani sarà costretto, pragmaticamente, rifiutando la scorciatoia utilizzata dalla giurisprudenza (facendo rivivere la vecchia disposizione codicistica) a considerare l’inderogabilità del contratto collettivo nient’altro che un prodotto “consolidato” della giurisprudenza (v. M. Persiani, *Saggio sull’autonomia privata collettiva*, Giuffrè, Milano, 1972), mentre più tardi lo stesso Giugni osserverà come l’inderogabilità sia data semplicemente per presupposta dai soggetti collettivi, senza neppure ricorrere a esplicite previsioni in tal senso, essendo lo scopo del contratto collettivo quello di normare i rapporti lavorativi e disciplinare i contratti individuali (v. G. Giugni, *Contratti collettivi di lavoro*, in *Enc. Giur.* Treccani, Roma, 1988). In altri termini, l’inderogabilità non sarebbe che un effetto per così dire “naturale” del contratto collettivo (cfr. M. G. Garofalo, *Per una teoria giuridica del contratto collettivo. Qualche osservazione di metodo*, in *Giorn. dir. Lav. rel. Ind.* 2011, p. 515 ss.), ma di cui è molto difficile dare una convincente spiegazione in termini dommatici senza strappi con il “sistema” del contratto di diritto comune.

destinati all'insuccesso, della dottrina post-costituzionale.²⁰ Nella dottrina liberale, in effetti, la *ratio* dell'inderogabilità è intimamente legata al problema dello squilibrio contrattuale e riduttivamente rapportata alla "necessità di rafforzare la posizione del prestatore di lavoro di fronte a quella dell'imprenditore, per assicurare l'eguaglianza delle due posizioni".²¹ Il problema è sempre e soltanto quello del bilanciamento (o correzione) dell'asimmetria dei poteri – o come si è pure sostenuto, dell'asimmetria informativa - nella genesi del vincolo obbligatorio, giustificandosi invece la retrocessione della norma inderogabile nella fase successiva del rapporto di lavoro. Il tema è solo quello della "debolezza contrattuale", non dei valori che le tutele sociali esprimono e che vanno messi al riparo dalle possibili interferenze ad opera (ed in nome) dell'autonomia contrattuale. Del resto, anche a voler andare più indietro nel tempo, l'inderogabilità delle norme di tutela dei lavoratori è finalizzata, fin dagli inizi del Novecento, alla protezione del "contraente debole", in un'ottica certo non più consonante con il dogma volontaristico ma sganciata da istanze superiori.²²

Dovrà attendersi il "disgelo costituzionale" affinché maturi una maggiore consapevolezza dell'influenza della Costituzione nei rapporti interprivati. L'elaborazione della "norma inderogabile" si lega ora in modo più chiaro al passaggio epocale dallo stato di diritto d'impronta liberale allo stato "sociale", da cui l'interventismo statale "nel regno dei privati",²³ in uno alla consapevolezza che la dialettica libertà/autorità rivela la sua essenza, in modo probabilmente ancor più incisivo, al cospetto dei "poteri privati di fatto" e del condizionamento diretto ed indiretto di questi sulla sfera della personalità.²⁴ Dal "disgelo" costituzionale e dall'abbrivio dei modelli di *welfare state* nei paesi dell'Europa continentale derivano sia il superamento della tradizionale separazione fra la sfera economica e la sfera politico-giuridica che la consapevolezza della nuova "scala di valori" a cui l'ordinamento deve ispirarsi: inderogabili, scrive De Luca Tamajo, sono "le norme la cui attinenza con il disegno o modello di

²⁰ Si vedano gli autori citati nella precedente nota n. 16. Nella dottrina più recente per spunti in tal senso v. C. Salazar, *Dal riconoscimento alla garanzia dei diritti sociali*, G. Giappichelli ed., Torino, 2000.

²¹ F. Santoro Passarelli, *Nozioni di diritto del lavoro*, Jovene, Napoli, 1983, pp. 13 e 269.

²² V. in tema O. Mazzotta, *Autonomia individuale e sistema del diritto del lavoro*, relazione al congresso AIDLASS del 1991, in *Giorn. Dir. Lav. Rel. Ind.*, 1991, 3, p. 489. Per una ricostruzione delle radici storiche dell'inderogabilità nel diritto del lavoro R. VOZA, *L'inderogabilità come attributo genetico del diritto del lavoro. Un profilo storico*, in *Arg. Dir. Lav.*, 2006, 2; per la valutazione di cui al testo cfr. R. De Luca Tamajo, *L. Barassi e la norma inderogabile*, in M. Napoli (a cura di), *Il contratto di lavoro di Lodovico Barassi cent'anni dopo*, Vita e Pensiero, Milano, 2003.

²³ R. De Luca Tamajo, *ibidem*, p. 35 ss. Questo "passaggio" va calato nel contesto della più generale "reazione" antiformalista nella teoria del contratto, ossia della ribellione della cultura civilistica alla vetusta concezione del potere di autonomia come insensibile alle norme costituzionali, anzi dotato di valenza "ultracostituzionale": v. S. Rodotà, *Il diritto privato nella società moderna*, Il Mulino, Bologna, 1971; recentemente per una rilettura v. F. Macario, *L'autonomia privata*, in L. Nivarra (a cura di), *Gli anni settanta del diritto privato*, Giuffrè, Milano, 2008, p. 137 ss.

²⁴ A. Barbera, *Commento all'art. 2*, in *Commentario della costituzione. Principi fondamentali* (a cura di G. Branca), Zanichelli-II Foro it., Bologna-Roma, 1975.

organizzazione della società civile, individuato a livello costituzionale, appare quanto meno evidente in relazione al tipo di interessi in concreto tutelati".²⁵ Caduto il muro (il "muro", beninteso, che circonda la Costituzione) un'intensa "stagione" legislativa tradurrà in regole direttamente operative il principio di solidarietà, creando un nuovo diritto "diseguale" basato "in prevalenza su norme sostanziali, direttamente regolative di comportamenti, sorrette da sanzioni afflittive irrogabili all'atto dell'accertamento della violazione, e dotate di caratteri non derogabili né da parte dei soggetti individuali né da parte dei soggetti collettivi".²⁶ Strumento essenziale del garantismo individuale, l'inderogabilità viene concepita come insensibile alle sollecitazioni di autonomia dell'ordinamento sindacale e le pur frequenti istanze tese a riconoscere una più marcata autonomia del contratto collettivo, anche in chiave derogatoria, non riceveranno mai l'avallo della dottrina e della giurisprudenza. Realizza, l'inderogabilità, "un risultato di libertà" nella misura in cui la limitazione dei diritti contrattuali del datore di lavoro (singolo o associato) ha "in alcuni casi la finalità e in altri l'effetto di rendere operante il principio di uguaglianza nel rapporto di lavoro", ma al prezzo - secondo una parte della dottrina²⁷ - di ingabbiare in un rigido principio di gerarchia le espressioni autonome delle comunità intermedie e annichilire, insieme all'autonomia negoziale, pure il potere collettivo dei lavoratori.

3. La prima crisi dell'inderogabilità.

Considerando la questione dal punto di vista dell'impresa, si può dire che con la "conquista" dell'inderogabilità il potere del datore di lavoro, che è e resta un campo interno alla sfera di autonomia, è assoggettato ad istanze normative esterne che gli impongono, di fatto, di parificare i trattamenti, quanto meno nel senso che la discrezionalità - ossia il potere di determinare diseguaglianze - può esercitarsi soltanto oltre il livello minimo (di protezione eguale) garantito dalla legge e dal contratto collettivo.

L'autonomia dell'impresa sarà invero, come osserva Salento, il banco di prova della legislazione protettiva anche negli anni successivi.²⁸ Il "recupero" del principio consensualistico aligherà del resto costantemente nel dibattito giuslavorista,²⁹ ma di libertà contrattuale si inizierà a parlare in termini più

²⁵ R. De Luca Tamajo, *La norma inderogabile nel diritto del lavoro*, op. cit., p. 45.

²⁶ G. Giugni, *Giuridificazione e deregolazione nel diritto del lavoro italiano*, op. cit.

²⁷ v. su questo punto, anche per i riferimenti, R. De Luca Tamajo, *Il problema dell'inderogabilità delle regole a tutela del lavoro: passato e presente*, op. cit.

²⁸ v. A. Salento, *Postfordismo e ideologie giuridiche*, op. cit., p. 194 ma passim. Un alfiere in tal senso di un nuovo approccio culturale alla giuridificazione eteronoma del contratto di lavoro è stato P. Ichino, di cui si veda *Il lavoro e il mercato*, Mondadori Milano 1996. La tesi d'impronta schiettamente liberale del "bilanciamento" delle diseguaglianze è risalente agli anni immediatamente successivi allo Statuto del 1970 e alacrememente scava, come una vecchia talpa, sotto il terreno apparentemente duro dell'inderogabilità delle tutele (v. R. De Luca Tamajo, *La norma inderogabile nel diritto del lavoro*, op. cit., p. 65 ss. ed ivi ampi riferimenti bibliografici).

²⁹ M. D'Antona, *L'autonomia individuale e le fonti del diritto del lavoro*, ora in *Opere*, vol. I, Giuffrè, Milano, p. 120.

direttamente “normativi” quando verrà al pettine il nodo del “precario compromesso fra Smith e Keynes”, per usare una suggestiva immagine di Franco de Felice, e con esso quello della natura e della finalità dell’intervento eteronomo.³⁰ Sono passaggi che (per i giuslavoristi) è finanche superfluo rievocare: dal diritto del lavoro della crisi o dell’emergenza,³¹ forse la prima importante “razionalizzazione economica” del diritto del lavoro dopo lo statuto del 1970, all’apertura a schemi derogatori a livello individuale diversificando i modelli contrattuali.³²

Obiettivi di “politica del diritto” totalmente nuovi si affacciano all’orizzonte del diritto del lavoro, mentre nella legislazione l’inderogabilità – ora in *melius* e non più solo in *pejus* – si fa strumento di contenimento delle dinamiche salariali. L’inderogabilità scopre d’essere strumento operativo per tutelare interessi del tutto diversi rispetto a quelli insiti nella tutela del “contraente debole”. Questi fenomeni hanno rappresentato la rottura più profonda della sequenza logica e lineare data dalla norma inderogabile “unidirezionale”, della tranquillizzante gerarchia del rapporto fra legge, contratto collettivo ed autonomia individuale. Da qui linee di ricerca che hanno posto al centro il problema del rapporto fra le fonti, giacché è sul sistema delle fonti che si riversa il problema critico del rapporto eteronomia-autonomia.³³ Da altro versante, ma soprattutto nella “giurisprudenza scientifica” - come ha notato D’Antona al Congresso dell’Associazione dei giuslavoristi del 1991 – una peculiare tendenza, finalizzata a rivedere completamente il sistema dualistico delle tutele, a rivalutare la libertà contrattuale ed il principio consensualistico,³⁴ il che è quanto dire estendere l’autonomia dell’impresa e lasciare campo libero all’accumulazione delle differenze e delle diversità sulla base di un nuovo approccio culturale alla giuridificazione eteronoma del contratto di lavoro.³⁵

³⁰ F. De Felice, *Nazione e crisi: le linee di frattura*, in *Storia dell’Italia repubblicana* (coordinata da Francesco Barbagallo), vol. III, Einaudi, Torino, 1996, p. 93. Un compromesso figlio della grande illusione che la sovrastruttura (la cultura, il diritto, la politica) potesse influenzare e condizionare perennemente la sfera economica, presto dissoltasi cedendo il passo, come dopo un “temporaneo oscuramento”, al primato dell’economia sulla società, “che ha riassunto pienamente il suo ruolo strutturale dominante” (v. Z. Bauman-C.Bordoni, *Stato di crisi*, qui p. 136-137). E il diritto del lavoro, epicentro della crisi, si è ritrovato così alle prese con il problema, in verità sorprendente, della “sostenibilità” delle tutele inderogabili, che è quanto dire la sua missione di garantire condizioni egualitarie di fruizione dei diritti e di accesso al sistema di *welfare* (v. R. Scognamiglio, *Considerazioni introduttive sul nuovo volto del diritto del lavoro*, in *Il nuovo volto del diritto italiano del lavoro*, Atti dei Convegni Lincei, Bardi, Roma, 2006; G. Giugni, *Il diritto del lavoro negli anni ’80*, op. cit., p. 293 ss.).

³¹ R. De Luca Tamajo-L. Ventura, *Il diritto del lavoro nell’emergenza*, Jovene, Napoli, 1979; G. Ferraro, *Ordinamento, ruolo del sindacato, dinamiche contrattuali di tutela*, Cedam, Padova, 1981.

³² v. M. D’Antona, *Contrattazione collettiva e autonomia individuale nei rapporti di lavoro atipici*, ora in *Opere*, I, Giuffrè, Milano, pp. 76-77.

³³ Fra gli altri G. Ferraro in *Ordinamento, ruolo del sindacato, dinamiche contrattuali di tutela*, op. cit.

³⁴ M. D’Antona, *L’autonomia individuale e le fonti del diritto del lavoro*, op. cit.

³⁵ Fra gli altri v. ancora P. Ichino, *Il lavoro e il mercato*, op. cit..

Il valore dell'eguaglianza dei trattamenti passa in second'ordine: il tema non sarà più quello della necessaria stabilizzazione degli standard minimi, della funzione parificatrice – perché inderogabile - della norma di legge e di contratto, ma piuttosto la “flessibilizzazione” dei trattamenti e, anzi, l'esaltazione delle differenze nel mercato del lavoro come nell'impresa: il che, naturalmente, vuol dire assorbire e legittimare la crescita delle diseguaglianze, delle asimmetrie nella distribuzione del potere sociale e del reddito.³⁶

La crisi – ora come allora – è la levatrice di nuovi modi di regolazione del mercato, che si discostano dallo schema “comando-controllo” tipico dell'inderogabilità di “prima generazione”. L'apertura a livello individuale ai contratti di lavoro derogatori (i c.d. *sotto-tipi*, seppure sottoposti a “forme procedurali” ed autorizzazioni soprattutto ad opera della contrattazione collettiva ma anche in via amministrativa)³⁷ implica la rimodulazione di fatto delle tutele applicabili con una sensibile differenziazione dei trattamenti e delle condizioni di lavoro. La relativizzazione del principio di tutela del contraente debole, su cui era stata costruita l'impalcatura protettiva della norma inderogabile, e la centralità assunta da nuovi obiettivi generali come l'occupazione o la crisi economica, rappresentano nel complesso una torsione non episodica. D'Antona non mancherà di notare che “la disponibilità, sia pure condizionata, del tipo normativo e l'uso promozionale della facoltà di scelta tra schemi contrattuali a diverso tasso di tutela, il decentramento e la delegificazione dei controlli, invertono la tendenza storica del diritto del lavoro ad estendere l'uguaglianza anche attraverso la tendenziale invarianza dei modelli di disciplina e la centralizzazione della produzione normativa”.³⁸ Il che val quanto dire che lo schema teorico dell'inderogabilità viene scalfito in quello che può essere definito un suo concetto portante: eguale condizione, eguale trattamento,³⁹ anche se la rivalutazione dell'autonomia individuale si “riduce” alla facoltà di scelta del sotto-tipo, ferma l'inderogabilità del modello di disciplina presidiata dalla Corte costituzionale.⁴⁰

Repentinamente forse, il modello normativo ispirato dall'idea-forza della tutela incrementale, progressiva e tendenzialmente infinita della classe lavoratrice, ha mostrato limiti inaspettati e ha dovuto cedere il passo a un modello in cui il diritto del lavoro e la stessa contrattazione collettiva sono “funzionalizzati” alle esigenze economiche e produttivistiche.

Sarebbe forse semplicistico sostenere che la visione riduttiva (se non distorta) dell'inderogabilità delle tutele fondamentali, priva di aggancio al sistema della Costituzione, senza adeguata “copertura”, sia stata origine e causa al tempo

³⁶ A. Salento, *Postfordismo e ideologie giuridiche* op. cit. qui p. 154.

³⁷ v. M. D'Antona, *Contrattazione collettiva e autonomia individuale nei rapporti di lavoro atipici*, ora in *Opere*, I, Giuffrè, Milano, pp. 76-77.

³⁸ M. D'Antona, op. ult. cit., p. 114.

³⁹ Cfr. O. Mazzotta, *Autonomia individuale e sistema del diritto del lavoro*, op. cit., p. 498.

⁴⁰ Cfr. O. Mazzotta, *ibidem*. V. sent. n. 76/2015 della Corte costituzionale (rel. Sciarra). Principio in virtù del quale non è dato né al legislatore né alle parti (collettive o individuali) di qualificare il rapporto di lavoro in senso difforme dal suo effettivo contenuto, al fine di eludere l'applicazione del regime di disciplina per esso previsto dall'ordinamento.

stesso dello sbriciolarsi della “norma inderogabile” e del ripiegamento della politica del diritto che si era incardinata, nella fase aurea dello stato sociale, attorno a principi di eguaglianza, solidarietà, sicurezza. E’ innegabile, infatti, che i fattori economici sono in grado di incidere sui sistemi regolativi in modo tale da mettere in questione la stessa sostenibilità dei diritti fondamentali (e non c’è Costituzione che tenga, come sembra dimostrare la recente crisi economica). Tuttavia l’intrinseca debolezza dei meccanismi che garantiscono, come una cinghia di trasmissione, il trasferimento nell’ambito del rapporto individuale dei contenuti disposti dalle fonti superiori – meccanismi basati sulle norme del codice civile ed operanti a partire da una “presunzione” di inderogabilità derivante, di fatto, da una convenzione stipulativa della comunità giuridica⁴¹ - ha reso indubbiamente più semplice ed agevole la destrutturazione delle fonti di disciplina, con risultati in qualche caso risultati disastrosi.⁴²

4. *L’inderogabilità e la svolta neoliberista.*

L’inderogabilità è sempre stata per il diritto del lavoro una risorsa e un problema, nella misura in cui, posta sul piano teorico l’efficacia paralizzante e sostitutiva dei dispositivi eteronomi, le costanti seppur mutevoli esigenze di “flessibilizzazione” del quadro regolativo hanno determinato su più livelli la “decostruzione” del principio così risolutamente affermato. Dalla “norma inderogabile” alla “tecnica” della derogabilità, dunque. Ma in realtà il “passaggio” è stato lungo e complesso e i fattori scatenanti, che hanno inciso sulla compattezza ed eguaglianza delle condizioni sociali della classe lavoratrice, sono d’altra parte molto noti ed hanno nel tempo attratto molteplici studi della dottrina.⁴³ Senza ripercorrere le spire evolutive del sistema, la sintesi può essere quella della “derogabilità” come principio che risponde ai nuovi valori – o per meglio dire al “totem”⁴⁴ - delle differenze e del “pluralismo”, di cui sono portatori concetti totalizzanti che assumono funzione normativa in nome di esigenze eteronome (sussidiarietà, flessibilità, regolazione leggera, eccetera). Il vocabolario neo-liberista è molto sofisticato ed anche nel diritto del lavoro, in effetti, la globalizzazione dei mercati

⁴¹ Nessuna norma di legge (come invece avveniva nel sistema corporativo, v. nota n. 9) dispone il principio della prevalenza della fonte superiore sulla fonte sottostante di disciplina, né la conseguenza della sostituzione automatica quando si tratti di norme di tutela del lavoratore subordinato. Cfr. R. De Luca Tamajo, *La norma inderogabile nel diritto del lavoro*, op. cit.

⁴² Fino a consentire il totale ribaltamento dei rapporti fra le fonti, come nel caso previsto dall’art. 8 l. n. 148/2011, su cui si veda il paragrafo n. 6 del presente lavoro.

⁴³ Il ricorso a nuovi modi di regolazione (di cui sono espressione il rinvio all’autonomia collettiva, l’apertura di spazi più ampi e profondi all’autonomia individuale, la legislazione per clausole generali, ecc., tutti fenomeni ampiamente indagati, fino, addirittura, alla teorizzazione della *soft law* come modello d’intervento dello stato nelle relazioni giuridiche), vede contendere su posizioni molto diverse, talvolta opposte, gli studiosi della materia. Per una sintesi v. L. Mariucci, *Introduzione*, in L. Mariucci (a cura di), *Dopo la flessibilità, cosa?*, Il Mulino, 2006.

⁴⁴ Così causticamente P. Chieco, in *Eguaglianza e libertà nel diritto del lavoro*, Cacucci ed., Bari, 2004.

è “la madre di tutte le spiegazioni delle trasformazioni in atto”.⁴⁵ Come nella sfera politica, si avverte uno restringimento di campo e di orizzonti ideali, e le alternative realisticamente praticabili sembrano ridursi da un lato ad una strategia (più moderata) di de-regolazione e rimodulazione dei diritti orientata da razionali mediazioni degli interessi e dall’altro ad “una sorta di deriva destrutturante del lavoro *standard* secondo la razionalità del mercato” tipica del liberismo più “radicale”.⁴⁶

La questione della regolazione lavoristica nell’epoca del post-fordismo e del post-modernismo cela invero il problema dei principi valoriali su cui deve fondarsi il nuovo modello di *welfare state*,⁴⁷ la cui soluzione, anche e soprattutto sul piano delle politiche legislative e delle direttrici di marcia delle organizzazioni sociali, è tuttavia un tema costantemente rinviato e mai fino in fondo chiarito, con effetti che ora possono definirsi (senza enfasi) estremamente deleteri. L’immobilismo che ha caratterizzato la legislazione dopo la stagione delle grandi riforme degli anni settanta del secolo scorso – salvo sporadici interventi, come nella seconda metà degli anni novanta⁴⁸ – non ha salvaguardato l’impianto *pro-labour* dell’ordinamento lavoristico ma, a ben vedere, ha aperto la strada ad una revisione molto profonda della disciplina secondo principi totalmente “nuovi”.⁴⁹

Il riferimento è alle riforme di inizio secolo e fra queste al d. lgs. n. 276/2003: la prima, vera rivisitazione in chiave liberista del diritto del lavoro italiano (sul presupposto, rivelatosi infondato, di una nuova espansione economica⁵⁰) di cui è forse inutile riconsiderare nel dettaglio tutti gli aspetti problematici.⁵¹

Il legislatore è riuscito in effetti a mutare profondamente le condizioni di impiego e l’inderogabilità è stata attaccata non come meccanismo di funzionamento della norma ma come principio regolatore del sistema:⁵² la diversificazione tipologica come strisciante via di fuga dalla norma inderogabile. Il modello di flessibilità introdotto dal d. lgs. n. 276/2003 è “organizzato” attorno ad alcuni, ben chiari obiettivi:⁵³ ampliare il raggio dell’autonomia individuale, diversificare i trattamenti

⁴⁵ M. Paci, *Nuovi lavori, nuovo welfare*, Il Mulino, Bologna, 2007, p. 18.

⁴⁶ A. Perulli, *Interessi e tecniche della disciplina del lavoro flessibile*, op. cit. p. 55.

⁴⁷ M. Paci, op. ult. cit., p. 21.

⁴⁸ Eppure il dualismo del mercato del lavoro era lì ben visibile a tutti e così l’ambivalenza del sistema di tutele, il cui funzionamento schizofrenico ha alimentato la critica più radicale al nostro impianto normativo di diritti del lavoro, stante l’ingiustizia della frattura e della disuguaglianza fra garantiti e non garantiti, fra *insiders* ed *outsiders* (su cui v. P. Ichino, *Il lavoro e il mercato*, Mondadori, Milano, 1996).

⁴⁹ Si veda per valutazioni sostanzialmente analoghe, di recente, 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*, in CSDLE “Massimo D’Antona” IT, n. 257/2015.

⁵⁰ L. Mariucci, *Introduzione*, in L. Mariucci (a cura di), *Dopo la flessibilità, cosa?* op. cit.

⁵¹ Si veda R. De Luca Tamajo, *Tra le righe del d. lgs. n. 276/2003 (e del decreto correttivo n. 251/2004): tendenze e ideologie*, in Riv. It. Dir. Lav., 2004, I, p. 529 ss.

⁵² Per un’attenta analisi, M. Novella, *Note sulle tecniche limitative dell’autonomia individuale nella disciplina del lavoro a progetto*, in Lav. Dir., 2004, 1, p. 117 ss.

⁵³ I riferimenti al tema della flessibilità sono “indicibili”, stante la loro ampiezza e la loro ricorsività nel diritto del lavoro. Qualunque sintesi sarebbe parziale ed escluderebbe contributi pure

collettivi e le variabili retributive, restringere o comunque ridimensionare la valenza regolativa dell'autonomia collettiva, "volatilizzare" l'organico aziendale, flessibilizzare il tempo di lavoro, incentivare l'azienda "leggera" o "smaterializzata". Ma, com'è noto, è soprattutto nella diversificazione e moltiplicazione tipologica, ossia nella funzione allocativa del mercato del lavoro, trascurando tutto il resto, che si è concentrata la "modernizzazione" del diritto del lavoro anticipata dal Libro bianco del 2001.⁵⁴ L'inderogabilità diventa in tal modo un concetto sfuggente, impalpabile. All'interno dei singoli modelli contrattuali, come "tecnica", svolge, sia pure con diverse graduazioni, sfumature ed ambiguità, le sue tipiche funzioni (si pensi, per un esempio particolarmente agevole, al caso del lavoro a progetto, dopo la modifica introdotta con il decreto correttivo al testo dell'art. 68 d. lgs. n. 276/2003)⁵⁵, ma come principio regolatore la sua valenza è completamente stravolta. Anche se non è stato intaccato il tradizionale rapporto fra le fonti del diritto del lavoro, esso viene rivisitato in via di fatto, potenziando enormemente l'autonomia individuale e riconsegnando ad essa potere dispositivo sia sotto il profilo genetico che regolamentare, in alternativa alla fonte collettiva, e così modificando "il rapporto classico fra le due forme di autonomia, individuale e collettiva, nel senso che in una serie crescente di situazioni esse si rivelano sostanzialmente fungibili".⁵⁶ Pur non perseguendo più il progetto di "derogabilità assistita",⁵⁷ la riforma legislativa si è mossa lungo un crinale forse meno dirimpante ma altrettanto

importanti. Si veda comunque, fra gli altri A. Perulli, *Interessi e tecniche di tutela nella disciplina del lavoro flessibile*, Relazione al Congresso AIDLASS 2002 i cui atti sono pubblicati da Giuffrè ed., Milano, 2003; per una sintesi v. B. Caruso, *Flexibility in Labour Law: The Italian Case*, in B. Caruso-M.Fuchs (a cura di), *Labour Law and Flexibility in Europe*, Giuffrè-Nomos, Milano-Baden Baden, 2004.

⁵⁴ R. Del Punta, *Ipotesi sul diritto del lavoro*, in L. Mariucci (a cura di), op. cit. p. 253; v. le considerazioni di M. Magnani, *I lavori flessibili*, in L. Mariucci (a cura di), *Dopo la flessibilità, cosa?*, op. cit., qui p. 48. La sintesi più efficace è forse quella di un non-giurista, Bordoni, secondo cui nel giro di qualche anno, grazie all'impatto destrutturante della riforma, il proletariato si è trasformato in precariato.

⁵⁵ Per un'attenta analisi, anche per la capacità di sviscerare le numerose ambiguità e il carattere alquanto eccentrico della tecnica dell'inderogabilità nel corpo della disciplina del lavoro a progetto, si veda il saggio di M. Novella, *Note sulle tecniche limitative dell'autonomia individuale nella disciplina del lavoro a progetto*, in *Lav. Dir.*, 2004, 1, p. 117 ss.

⁵⁶ C. Zoli, *Le recenti riforme del diritto del lavoro fra continuità e discontinuità*, in L. Mariucci (a cura di) qui p.405; v. pure L. Bellardi, *Concertazione, dialogo sociale, contrattazione e rapporto fra legge e autonomia collettiva*, in D. Garofalo-M. Ricci, *Percorsi di diritto del lavoro*, Cacucci, Bari, 2006, pp. 180-181. Per analoghe considerazioni v. M. Ricci, *L'autonomia collettiva e individuale dopo la revisione legislativa del mercato del lavoro*, ivi p. 230 ss.; V. Pinto, *Il lavoro part time e la mediazione sindacale: la devoluzione di funzioni normative al contratto collettivo nel d. lgs. 25 febbraio 2000 n. 61 e le prospettive di riforma*, in *Dir. Rel. Ind.*, 2002. M. Magnani, *I lavori flessibili*, op. cit.

⁵⁷ Nel Libro bianco del Governo che ha preceduto la c.d. Legge Biagi si ipotizzava la possibilità di sottoscrivere in sedi qualificate – e dunque garantendo l'assistenza alle parti – patti negoziali attraverso i quali le parti medesime potessero convenire condizioni e trattamenti in deroga rispetto alle norme imperative di legge e di contratto collettivo, senza alcun vincolo contenutistico. Il progetto, che avrebbe "rivoluzionato" il sistema del diritto del lavoro, è stato poi abbandonato.

efficace, alimentando in modo esponenziale le differenze di condizioni sul mercato del lavoro, tanto che appare riduttivo parlare di “dualismo” (*insider-outsider*). È nell’area variegata (e non più omogenea) del lavoro precario che si sperimentano anzi nuove tecniche regolative basate su un rapporto “strumentale” di nuovo tipo fra le fonti eteronome (legale e contrattuale) e soprattutto su una più spiccata attitudine derogatoria dell’autonomia individuale.⁵⁸

In linea di sintesi si può osservare come in questa stagione di riforme e innovazioni della disciplina lavoristica siano soprattutto i non occupati a dare il loro contributo alla flessibilità del lavoro, con una sorta di oscillazione possibile fra un “minimo” e un “massimo” di tutele. Ne deriva, come nota Bano, una “competizione regolativa interna all’ordinamento di tipi legali fortemente distinti ma che rispondono in certa misura a interessi economici e produttivi identici”.⁵⁹

Le ambiguità sono presenti anche nella predeterminazione della nuova “fattispecie legale” del lavoro a progetto - in cui pure non sfugge, il legislatore, alla tradizionale “normazione per tipi”, ossia “alla necessità di individuare fattispecie legali come presupposto per l’applicazione dei diversi regimi giuridici”⁶⁰ - la cui capacità distintiva appare invero molto sfumata, consentendo deroghe strumentali del modello di disciplina. La riforma consente di leggere in contropunto il nesso fra la teoria dell’inderogabilità e l’esclusività del “tipo” del lavoro subordinato delineato dalla fattispecie codicistica dell’art. 2094 c.c., già in realtà posto in crisi dall’esplosione del lavoro autonomo di “seconda generazione” come modulo intermedio di integrazione dei non occupati nel mercato del lavoro. Mettendo fuori gioco i meccanismi giuridici a monte la teoria dell’inderogabilità perde per strada uno dei suoi necessari termini di riferimento, anzi per essere precisi il suo presupposto “materiale”: una condizione giuridica che identifica una situazione socio-economica preesistente al dispiegarsi della norma (*rectius* del modello di disciplina) di cui rappresenta l’antecedente logico necessario. Al giudice è dato procedere alla ri-qualificazione del rapporto,⁶¹ ma le ambiguità insite nella fattispecie legale “intermedia” (ossia sulla natura del contratto a progetto) si riflettono sull’operazione interpretativa *ex post*, rendendo talvolta specularmente ambiguo e inaffidabile l’accertamento giudiziario.⁶² Situazione di gravosità del meccanismo eteronomo di tutela a cui ha dato, invero,

⁵⁸ Anzi modificando, come nota Zoli, “il rapporto classico fra le due forme di autonomia, individuale e collettiva, nel senso che in una serie crescente di situazioni esse si rivelano sostanzialmente fungibili”(v. C. Zoli, *Le recenti riforme del diritto del lavoro fra continuità e discontinuità*, in L. Mariucci (a cura di), op. cit., qui p.405).

⁵⁹ F. Bano, *Contratti flessibili: lavoro a tempo parziale e lavoro intermittente*, in Lav. Dir., 2006, 2-3.

⁶⁰ R. De Luca Tamajo, *L’impatto del lavoro a progetto sulla sistematica del diritto del lavoro*, in L. Mariucci, *Dopo la flessibilità, cosa?*, op. cit. qui p. 115.

⁶¹ Quando il contratto di collaborazione non subordinato, come il vecchio lavoro a progetto (ma lo stesso discorso si può fare per i cococo), nasconde, simulandolo, un rapporto di lavoro subordinato, ossia un’effettiva condizione di dipendenza del lavoratore, il che esige un accertamento molto rigoroso.

⁶² M. Pedrazzoli, *Le complicazioni dell’inutilità: note critiche sul lavoro a progetto*, in L. Mariucci (a cura di), *Dopo la flessibilità, cosa?*, op. cit., qui p. 139.

un grosso contributo pure l'abrogazione del divieto di interposizione e del corpus normativo della l. n. 1369/1960, potendosi così argomentare il venir meno del rapporto regola/eccezione che caratterizzava il preesistente assetto del lavoro temporaneo⁶³ (recuperato dalla dottrina e dalla giurisprudenza a partire dalla valenza dei principi generali dell'ordinamento e in particolare dell'art. 2094 c.c., attraverso cui "prende corpo la direttiva generale che inibisce forme di organizzazione del lavoro in cui l'effettivo utilizzatore della prestazione non coincida con il titolare del rapporto di lavoro"⁶⁴).

La pluralizzazione delle condizioni lavorative innesca differenze virtualmente incompatibili con l'effetto della "norma inderogabile", che tende, per sua natura, ad imporre trattamenti paritari e standardizzati, conformazione dei poteri di autonomia alla norma generale, di legge o di contratto collettivo. Per ragioni di sintesi non ci si sofferma su possibili esemplificazioni pratiche, ma si può dar per nota l'incidenza della congerie di tipologie contrattuali sull'efficacia della "norma inderogabile" come volano dell'uguaglianza nei e dei rapporti lavorativi.

Si dimostra qui tutta la fragilità dell'ordinamento lavoristico, incapace di introdurre limiti cogenti al potere discrezionale del legislatore di creare vie di fuga rispetto al "trattamento eguale" (in cui si concretizza, a ben vedere, la flessibilità del lavoro nell'epoca del post-fordismo). E' sufficiente produrre per legge differenze tipologiche per aversi deroghe e distinzioni di trattamento, ossia profonde disequaglianze, senza per questo violare il principio di proporzionalità e ragionevolezza, anche se da altro versante – ossia in relazione a principi di giustizia sociale e di equità – potrebbe ritenersi invero molto discutibile la discrezionalità legislativa così esercitata.

5. Inderogabilità e crisi economica. Il potere destrutturante dell'art. 8 l. n. 148/2011.

La decostruzione del principio di inderogabilità delle tutele si pone in termini radicali con la crisi economica che ha colpito l'Europa a partire dal 2008, anche se già da tempo la derogabilità si era affermata quasi come uno *ius commune*, estendendosi a macchia d'olio.

La genealogia dei modi di regolazione dei sistemi nazionali di diritto del lavoro mostra invero il riconoscimento delle istanze dei soggetti tipicamente o strutturalmente deboli secondo modelli originati dai costituzionalismi europei post-weimariani. Si è notato, a tal riguardo, che la nozione italiana dell'inderogabilità, l'*ordre public* francese e gli orientamenti in materia di restrizioni al mercato nell'ordinamento britannico, recepiscono una comune tendenza alla tutela del contraente debole come "questione di rilevanza pubblica", ponendo limiti precisi (per quanto diversificati) al potere di

⁶³ Fra gli altri R. Romei, *L'elisir di lunga vita del divieto di interposizione* in Riv.it.dir.lav., 2005, II, 726 ss.

⁶⁴ O. Mazzotta, *Somministrazione di lavoro e subordinazione: chi ha paura del divieto di interposizione?*, in L. Mariucci (a cura di), op. cit., p. 163.

autoregolamentazione del mercato. Ma sono sempre “interessi generali” quelli che si riflettono nell’introduzione di un potere derogatorio affidato alla contrattazione collettiva, garantendo in generale l’equilibrio tradizionale fra le fonti negli ordinamenti nazionali.⁶⁵ Più recentemente la maggiore permeabilità del confine fra derogabilità ed inderogabilità si esprime allargando l’area dell’intervento collettivo ed “aprendo” all’autoregolamentazione del mercato ed ai poteri di autonomia.⁶⁶ Diversificazione e derogabilità caratterizzano il nuovo *frame-work* normativo dei rapporti individuali di lavoro nel “territorio” dei contratti non-standard, con effetti di frammentazione delle tutele.

Si fronteggiano indubbiamente due diversi modi di deregolazione e flessibilizzazione del rapporto fra le fonti. La diversificazione dei trattamenti economici e normativi può essere la derivante di un potere non sorvegliato, autonomo delle “fonti sottostanti”, oppure di un decentramento normativo organizzato, sotto il controllo del legislatore, configurando i dispositivi legali alla stregua di norme semi-imperative cedevoli.⁶⁷ In linea di principio, se nel primo caso i trattamenti diseguali assecondano i variabili condizionamenti dei fattori economici, nell’altro caso la “pressione riduttiva” sull’inderogabilità si può dire guidata dall’interesse generale, ovvero da logiche di mediazione fra gli interessi in gioco nel caso concreto. Ci sono poi “argini” disegnati dalla Corte costituzionale, che più volte ha definito il limite oltre il quale le differenze di trattamento sono da considerarsi un disvalore per l’ordinamento affermando il principio di indisponibilità del tipo, che altro non vuol dire se non l’inderogabilità del modello di disciplina, recentemente riaffermato dalla Corte costituzionale.⁶⁸

Ma c’è una riforma che più di altre rappresenta la rottura con il “vecchio” regime della norma inderogabile come paradigma di tutela ed è quella realizzata con l’introduzione dell’art. 8 d.l. n. 138/2011, convertito in l. n. 148/2011, scritta nel contesto della crisi economica e sotto le pressioni delle istituzioni europee.

Questa norma prevede infatti che con accordo sottoscritto a livello aziendale le parti (rappresentanze sindacali e datore di lavoro) possano definire intese derogatorie anche *in pejus* di norme di legge o di contratto collettivo, con efficacia *erga omnes* nell’ambito dell’azienda, ossia applicabile a tutti i lavoratori, iscritti e non iscritti al sindacato, in una serie molto estesa di materie (dalle norme sulle mansioni a quelle sull’orario di lavoro). Il legislatore ha sì previsto alcuni presupposti la cui ricorrenza è condizione di validità dei suddetti accordi in deroga (c.d. contrattazione di prossimità), ma si tratta di finalizzazioni alquanto vaghe e generiche. L’efficacia *erga omnes* è poi condizionata dal rispetto del principio maggioritario, nel senso che l’accordo deve essere sottoscritto dalla maggioranza dei membri della rappresentanza sindacale unitaria e, in alcuni

⁶⁵ S. Sciarra, *Norme imperative nazionali ed europee: le finalità del diritto del lavoro*, in CSDLE “Massimo D’Antona” INT, 44/2006. p. 4 .

⁶⁶ S. Sciarra, *ibidem*, con precisi riferimenti alle diverse situazioni nazionali di Germania, Francia, Svezia, Regno Unito ed Italia.

⁶⁷ R. De Luca Tamajo, *Il problema dell’inderogabilità delle regole a tutela del lavoro: passato e presente*, op. cit. p. 716.

⁶⁸ v. nota n. 41.

casi, può essere sottoposto al giudizio dei lavoratori mediante referendum (quando è sottoscritto da rappresentanti che non sono stati eletti dai lavoratori ma direttamente nominati dal sindacato: le vecchie r.s.a.), ma anche in questo caso sono state sollevate molte perplessità per il fatto che un accordo aziendale, anche se approvato da una maggioranza di lavoratori, possa provocare la perdita di diritti, anche discendenti da norme imperative di legge, a danno degli altri lavoratori (dissenzienti e posti in minoranza).

Nella fase della conversione in legge sono state invero realizzate alcune correzioni, come quella di garantire quanto meno il rispetto delle norme costituzionali e delle fonti internazionali e della U.E., ma si tratta di correzioni chiaramente insufficienti a rendere questa riforma compatibile con il tradizionale impianto del diritto del lavoro e con il sistema delle fonti dell'ordinamento civile (v. art. 12 delle preleggi).

L'art. 8 l. n. 148/2011 ha forzato in effetti per la massima diversificazione dei trattamenti collettivi (derivanti dalla legge o dal contratto nazionale), secondo opzioni rimesse alla libera dialettica negoziale delle parti. Il super-potere del contratto aziendale ha in realtà un precedente nell'impulso dato dalla riforma del 2003 alla contrattazione aziendale e territoriale nella regolamentazione del lavoro flessibile al di fuori di qualsiasi sistema di regole,⁶⁹ ma quasi unanime è l'opinione che la norma legislativa vada molto al di là, creandosi piuttosto una sorta di "stato di eccezione" in azienda che, a ben vedere, ha ascendenze più anarchiche che liberali.⁷⁰ La fonte superiore è disabilitata senza che il potere derogatorio sia da quella stessa fonte (per quanto sovraordinata) presidiato e sorvegliato,⁷¹ con un effetto di stravolgimento della gerarchia fra le fonti e di ribaltamento del rapporto fra le norme di disciplina.

Prescindendo dai tanti profili critici, il problema principale, dal punto di vista costituzionale, è la ragionevolezza dell'estensione del potere derogatorio aziendalistico all'intera "disciplina del lavoro",⁷² ossia, in altri termini, la potenzialità distruttiva del principio di inderogabilità nell'ordinamento lavoristico.⁷³

⁶⁹ C. Zoli, *Le recenti riforme del diritto del lavoro fra continuità e discontinuità*, in L. Mariucci (a cura di), *Dopo la flessibilità, cosa?*, op. cit., p. 408; rilegge la norma in continuità con la tecnica legislativa dei rinvii all'autonomia collettiva A. Zoppoli, *Il declino dell'inderogabilità*, op. cit., qui p. 78-79.

⁷⁰ In effetti, una certa visione liberale radicale ed estrema, anti-statalistica, ha non pochi punti di contatto con la tradizione del pensiero anarchico: si veda l'antologia di scritti di filosofi politici "libertari" (liberali, anarchici ed altri) curata da N. Iannello, *La società senza Stato*, Rubettino ed., Soveria Mannelli (CZ), 2004, e le assonanze fra posizioni molto distanti per altro verso.

⁷¹ Recentemente per valutazioni analoghe v. S. Scarponi, *Il rapporto fra legge e contrattazione collettiva a livello aziendale o territoriale*, in Riv.giur.lav. 2015, 1, p. 115. Per una sintesi v. R. De Luca Tamajo, op. ult. cit. p. 726 ss., ed ivi i riferimenti ai molteplici interventi critici della dottrina.

⁷² F. Carinci, *Al capezzale del sistema contrattuale: il giudice, il sindacato, il legislatore*, in F. Carinci, *Contrattazione in deroga*, Milano, Ipsoa, 2012; sul punto v. pure R. De Luca Tamajo, *Il problema dell'inderogabilità delle regole a tutela del lavoro: passato e presente*, op. cit. p. 727 ed ivi ulteriori riferimenti.

⁷³ A dimostrazione del suo fondamento costituzionale, come argomentato dalla dottrina costituzionalistica: v. C. Salazar, *Dal riconoscimento alla garanzia dei diritti sociali*, G. Giappichelli, Torino, 2000. Analogamente a quanto sostenuto nel testo v. G. Ferraro, *Il contratto*

Il rispetto “formale” del principio di gerarchia non può dirsi un salvacondotto di costituzionalità se l’apertura indiscriminata alla fonte sottostante attenta alla “vocazione universalistica” del diritto del lavoro.⁷⁴ Indipendentemente dalla singola disposizione derogatoria del contratto aziendale, il cui vaglio di proporzionalità è rimesso al giudice comune,⁷⁵ il raggio d’azione del potere derogatorio è esso stesso contro la Costituzione e non serve che la norma salvaguardi i diritti derivanti dalle disposizioni costituzionali, dall’ordinamento comunitario e dalle fonti internazionali: limiti, questi, insiti nell’ordinamento, sovraordinati alla legge, ma che non esauriscono i vincoli per il legislatore. Del resto la tutela dell’interesse, costituzionalmente rilevante, che presiede all’inderogabilità della disciplina lavoristica, si colloca necessariamente nel punto di frattura del rapporto fra le fonti e il parametro non può che essere l’art. 3 della Costituzione in relazione alle posizioni di vantaggio definite dalle norme sovraordinate e dalla stessa legislazione protettiva. Diversamente si dovrebbe ammettere e legittimare costituzionalmente un sistema in cui, di fatto, stante la vaghezza dei criteri di finalizzazione indicati dalla legge,⁷⁶ non sarebbero riconosciuti poteri di supremazia ma soltanto rapporti potenzialmente infiniti di tipo paritario fra contratto e legge: un sistema reticolare in cui ogni azienda (o ogni territorio) è uno snodo e si fa portatore di interessi ritenuti apoditticamente prevalenti. Ed è in verità molto realistico che ad assumere posizione dominante – nei variabili scambi che potrebbero realizzarsi - siano i soggetti più forti, stressando oltre misura i principi di dignità, uguaglianza, tutela del lavoro, in nome di pure esigenze mercantilistiche. L’interesse sotteso – consentire alla contrattazione di prossimità ampia facoltà derogatoria per negoziare possibili vantaggi (occupazionali o normativi) a fronte dell’allentamento di “rigidità” normative – non è assoluto ma relativo e dunque bilanciabile con gli altri interessi e principi di rango costituzionale.

Altro è il problema della derogabilità del contratto nazionale da parte del contratto aziendale. La prospettiva (ma il discorso può estendersi alla più vasta tendenza a valorizzare le fonti di prossimità) è indubbiamente l’“attenuazione della funzione solidaristica, perequativa e unificante” della contrattazione,⁷⁷ mettendo in causa, fra l’altro, la sua funzione di regolazione della concorrenza (fra i lavoratori e fra le imprese) e usando spregiudicatamente il contratto aziendale come vettore

collettivo dopo l’art. 8 del decreto n. 138/2011, in Arg. Dir. Lav. 2011, I, p. 1249. In senso invece opposto v. A. Vallebona, *L’efficacia derogatoria dei contratti collettivi aziendali o territoriali: si sgretola l’idolo dell’uniformità oppressiva*, in Quaderni della Fondazione Marco Biagi, Saggi/Ricerche, 2011, 2.

⁷⁴ v. B. Caruso, *Nuove traiettorie del diritto del lavoro nella crisi europea. Il caso italiano*, in B. Caruso-G. Fontana (a cura di), *Lavoro e diritti sociali nella crisi europea*, op. cit., qui p. 72 ss.

⁷⁵ v. A. Perulli, *La contrattazione collettiva di prossimità: teoria, comparazione e prassi*, in Riv.it.dir.lav., 2013, I, p. 919.

⁷⁶ così S. Scarponi, op. ult. cit. p. 115.

⁷⁷ R. De Luca Tamajo, op. ult. cit.

competitivo (delle aziende ma pure dei territori) nei diversi settori economici.⁷⁸ Vero è che la pressione della globalizzazione e della crisi economica è un fattore di esposizione alla concorrenza sui costi e sul lavoro non emendabile neppure difendendo a spada tratta l'inderogabilità del contratto nazionale, tuttavia è incontestabile che restringere il gruppo (dalla categoria all'azienda) a cui riferire la disciplina collettiva e aggredire finanche i minimi salariali del contratto nazionale, pone un problema critico non solo riguardo alla tenuta dei diritti costituzionali ma anche, e forse soprattutto, relativamente alla "geografia" sociale del paese e all'uguaglianza fra i territori.⁷⁹ E' dunque molto difficile dire – anzi è improbabile - che la strada intrapresa dalla legislazione - anche se depurata da errori anomalie ed eccessi, come quelli che si riscontrano nell'art. 8 – possa definirsi "ottimale". Piuttosto il "valore delle differenze" andrebbe anche in questo caso sottoposto a bilanciamento e scrutinio sotto il profilo della proporzionalità/ragionevolezza, inerendo la scelta legislativa ad una preminente considerazione del principio economico-competitivo rispetto agli altri principi costituzionali (art. 3, art. 39 Costituzione).

6. Le riforme del lavoro del Governo Renzi: d. lgs. n. 23/2015, d. lgs. n. 81/2015.

Paradigmatica del nuovo sistema di valori in campo - da cui discende l'oramai rarefatta incidenza del principio di inderogabilità nonostante, si è detto in precedenza, il forte bisogno di uguaglianza - la recente legislazione della crisi, nell'obiettivo di fronteggiare le disastrose condizioni delle imprese nazionali e l'anomia del mercato del lavoro, si è tradotta, a ben vedere, in una colossale occasione di rivisitazione a largo raggio dei fondamenti del diritto del lavoro.

La "liberalizzazione" del contratto a termine nel c.d. decreto "Poletti" (d.l. n. 34/2014 convertito in legge n. 78/2014), l'istituzione del contratto a tutele crescenti per i nuovi occupati (d. lgs. n. 23/2015), la revisione delle tipologie negoziali e la nuova disciplina delle mansioni (d. lgs. n. 81/2015), sono, fra gli altri, i campi arati dall'esecutivo con l'intenzione di adottare un modello di *flexicurity* molto avanzato.⁸⁰

Una meticolosa disamina della riforma legislativa richiederebbe molto spazio e, probabilmente, non sarebbe adeguata ad una trattazione di carattere generale come questa. Ci si soffermerà quindi, con alcune valutazioni di sintesi, su alcune

⁷⁸ v. S. Scarponi, *Il rapporto fra legge e contrattazione collettiva a livello aziendale o territoriale* op. cit., p. 119, la quale nota giustamente "il conseguente rischio dell'emergere di spinte alla competitività al ribasso fra aziende, ma anche fra zone produttive".

⁷⁹ Si vedano al riguardo le acute e condivisibili osservazioni di S. Scarponi, op. cit. pag. 118 ss.

⁸⁰ Una riforma che, come nota Mariucci, se da un lato tende a ridurre la funzione del diritto del lavoro quale strumento di bilanciamento dell'asimmetria di poteri, dall'altro ha l'ambizione (ma non la realizza) di spostare drasticamente le tutele dal rapporto al mercato di lavoro (v. L. Mariucci, *Il diritto del lavoro ai tempi del renzismo*, in *Lav. Dir.*, 2015, 1, p. 13).

soltanto delle diverse linee di riforma, in particolare su quelli che possono considerarsi gli aspetti più discussi e certamente più rilevanti, vale a dire sul contratto a tutele crescenti, sul contratto a termine, sulle collaborazioni parasubordinate e sulla disciplina delle mansioni.

Si tratta di innovazioni che toccano il cuore del diritto del lavoro italiano e sollevano interrogativi sui destini di questo ramo del diritto, la cui funzione regolativa è così cruciale per la coesione sociale e gli equilibri macroeconomici.

Pur limitandoci ad un esame di carattere generale, si potranno tratteggiare le differenze di trattamento prodotte attraverso l'utilizzo, spesso disinvolto, della tecnica della derogabilità delle norme di tutela, il che ci consentirà di concludere il discorso sulla parabola dell'inderogabilità in modo, invero, molto critico con la scelta di fondo di rinunciare al "diritto diseguale" per ritornare al vecchio e mai sopito ideale della parità formale fra i contraenti del "libero" contratto di lavoro.

a) Il **contratto a tutele crescenti** istituisce una regolamentazione di carattere "eccezionale" in deroga al quadro normativo di riferimento ma destinata a farsi permanente con il decorso del tempo, per un superamento per così dire "indolore" del regime di disciplina posto dall'art. 18 dello Statuto dei lavoratori. Il d. lgs. n. 23/2015 prevede infatti espressamente che le nuove norme sul licenziamento si applichino soltanto ai lavoratori assunti dopo l'entrata in vigore della legge, con una tutela talmente *soft* in caso di licenziamento illegittimo da rappresentare, senza esagerazione, una vera e propria "libertà" di recesso dal rapporto di lavoro per il datore di lavoro.⁸¹ Di fatto questa nuova disciplina si basa, da un lato, sulla forte restrizione delle ipotesi in cui il giudice può disporre la reintegrazione nel posto di lavoro del lavoratore illegittimamente licenziato e dall'altro sull'adozione della sanzione economica come misura tipica in caso di recesso illegittimo dal contratto di lavoro (ma in misura molto ridotta).⁸²

La crisi del valore dell'uguaglianza è emblematicamente dimostrata dall'irrelevanza (per il legislatore) del problema (invece cruciale, dal punto di vista assiologico) della distinzione - e dell'abissale disparità di trattamento che ne consegue - fra vecchi e nuovi assunti, insinuando nel mercato del lavoro un modello regolativo interamente basato su differenze "soggettive". Operando una drastica selezione in base al principio "prima-dopo" su un punto capitale della disciplina lavoristica, il regime introdotto in materia di licenziamento testimonia il

⁸¹ Per una critica dal punto vista costituzionale v. C. Salazar, *La Costituzione, i diritti fondamentali, la crisi: qualcosa di nuovo, anzi d'antico?*, in B. Caruso-G. Fontana, *Lavoro e diritti sociali nella crisi europea*, Il Mulino, Bologna, 2015, p. 95 ss.

⁸² La sanzione prevista per il licenziamento (disciplinare e non) illegittimo è il pagamento a titolo sanzionatorio di una somma pari a due mensilità per anno di servizio. Ciò con l'esclusione del licenziamento discriminatorio, in cui residua il potere del Giudice di ordinare la reintegrazione del lavoratore nel posto di lavoro, con integrale risarcimento dei danni (pari a tutte le retribuzioni mensili intercorrenti dal licenziamento fino alla sentenza di reintegra e con ricostruzione dell'intero trattamento previdenziale e assicurativo dovuto nel periodo), e con esclusione delle sole ipotesi in cui sia dimostrato in giudizio l'insussistenza del fatto contestato al dipendente, in caso di licenziamento disciplinare.

minor disvalore dei “trattamenti diseguali” in presenza di dati contingenti (la crisi economica) che impongono scelte dirette alla prioritaria tutela della competitività economica delle aziende. Si potrebbe obiettare che la disciplina in materia conosce da sempre una distinzione dei regimi di disciplina applicabili (fondata sulla dimensione dell’unità produttiva),⁸³ ma, pur tralasciando le numerose critiche che questa distinzione ha sempre sollevato, bisogna riconoscere che qui la disparità di trattamento è la derivante di fattori oggettivi ben radicati nella realtà economica e sociale.⁸⁴ Va poi ricordato che la Corte ha accolto sempre con sfavore le differenze di trattamento in materia di licenziamento fondate su distinzioni soggettive,⁸⁵ e tali sono anche in questo caso le differenze introdotte dal legislatore benché “travestite” e occultate dal criterio temporale (in sé ammissibile come criterio distintivo se applicato indistintamente⁸⁶) giacché la nuova disciplina discrimina in effetti, come si è notato, quanto alla tutela applicabile, i dipendenti di una stessa impresa e semmai addetti alla medesima unità produttiva, e non si realizza alcuna successione per effetto del decorso del tempo da un regime all’altro, ponendo quindi grossi dubbi sulla ragionevolezza della distinzione di trattamento.⁸⁷

L’altro interrogativo che pone questo intervento legislativo è, per così dire, se il fine giustifica i mezzi, ossia se il *downgrade* per i nuovi assunti, e la conseguente discriminazione soggettiva, possa ritenersi giustificata (anche sul piano costituzionale) trattandosi di una “misura di parificazione” volta ad incrementare le possibilità occupazionali dei tanti senza lavoro, e quindi soggetti “svantaggiati”, e per ciò stesso definirsi ragionevole (essendo questa e non altra la motivazione

⁸³ così B. Caruso, *Il Contratto a tutele crescenti tra politica e diritto: variazioni sul tema*, in CSDLE “Massimo D’Antona” IT n. 265/2015. Diversamente, per una più attenta valutazione dei profili di costituzionalità della distinzione di trattamento sotto il profilo della sua ragionevolezza, v. S. Giubboni, *Profili costituzionali del contratto a tutele crescenti*, in CSDLE “Massimo D’Antona” IT n. 246/2015.

⁸⁴ Analogamente L. Mariucci, op. ult. cit., p. 19.

⁸⁵ Si ricordino le sentenze sugli apprendisti e sui pensionati, rispettivamente n. 181/1989 e n. 174 e 176/1971 della Corte Costituzionale.

⁸⁶ Bisogna ricordare che nella giurisprudenza della Corte costituzionale si è sempre affermato che “gli eventi sui quali incide il fluire del tempo sono caratterizzati da peculiarità, che li diversificano da situazioni analoghe, oggetto di comparazione” (sent. n. 6 del 1988), e da questa premessa la Corte ha dedotto che non contrasta con il principio di eguaglianza un trattamento diverso applicato alla stessa categoria di soggetti in momenti diversi nel tempo, giacché “il succedersi nel tempo di fatti ed atti può di per sé rendere legittima l’applicazione di una determinata disciplina rispetto ad altra” e, pertanto, “l’elemento temporale può essere legittimo criterio di discriminazione” (Corte cost. sent. n. 276 del 2005). Per la valorizzazione del criterio del “fluire del tempo” ai fini della costituzionalità della disciplina in esame v. M. Marazza, *Il regime sanzionatorio dei licenziamenti nel job act*, in Arg. Dir. Lav. 2015, I, p. 285 ss.; F. Santoni, *Il campo di applicazione del contratto a tutele crescenti*, in G. Ferraro (a cura di), *I licenziamenti nel contratto a tutele crescenti*, in Quaderni di Arg. Dir. Lav., 2015, 14.

⁸⁷ v. C. Cester, *I licenziamenti nel Job Act*, in CSDLE “Massimo D’Antona” IT n. 273/2015. Com’è noto il principio di eguaglianza esclude che “la legge ponga in essere una disciplina che direttamente o indirettamente dia vita a una non giustificata disparità di trattamento delle situazioni giuridiche, indipendentemente dalla natura e dalla qualificazione dei soggetti ai quali vengono imputate” (Corte cost. sent. n. 25 del 1966).

della riforma legislativa in materia, come risulta del resto dalla legge delega).⁸⁸ La risposta può essere positiva solo a condizione di rovesciare il significato del “diritto diseguale”.⁸⁹ E’ pur vero che il principio di uguaglianza può essere perfettamente compatibile con trattamenti differenziati in cui la distinzione sia incentrata su caratteri soggettivi, ossia sulla posizione di svantaggio dei gruppi, giustificandosi come “azione positiva” la differenza di trattamento, ma appunto, dovrebbe trattarsi di misure *a favore* dei gruppi svantaggiati,⁹⁰ laddove nel contratto a tutele crescenti la distinzione di trattamento implica il suo opposto, ovvero una diminuzione di tutela. In definitiva, come notava anni addietro Lo Faro in relazione ad analoghe prospettive di riforme, potrebbe parlarsi qui di una sorta di “azione negativa”, nella misura in cui “ciò che viene garantito ai soggetti oggetto della misura di parificazione è una opportunità di lavoro diverso e peggiore”.⁹¹ Ma anche ad ammettere che il nuovo contratto a tutele crescenti possa essere giustificato dall’obiettivo di agevolare l’ingresso nel mondo del lavoro – il che è tuttavia molto dubbio potendosi altrimenti così giustificare qualsiasi misura di deregolazione che riguardi distintamente soltanto alcuni⁹² - non sembra aver torto chi sottolinea che il nuovo regime andava semmai ristretto a specifiche categorie di lavoratori svantaggiati e non esteso a tutte le assunzioni successive all’entrata in vigore della legge.⁹³

⁸⁸ La tesi della giustificazione della discriminazione in ragione delle finalità di sostegno all’occupazione è stata in dottrina sostenuta, in particolare, da M. Marazza, op. ult. cit. p. 317 e da C. Pisani, *Il nuovo regime di tutele per il licenziamento ingiustificato*, in *Job Act e licenziamento*, op. cit.

⁸⁹ Come del resto è già avvenuto nel recente passato nella legislazione in materia di contratti flessibili. Nel d. lgs. n. 276/2003, come evidenziato da attenta dottrina, si è fatto ricorso ad un utilizzo paradossale del “diritto diseguale”, con deroghe al ribasso in funzione dell’occupabilità dei lavoratori svantaggiati (M. Novella, *Nuove tecniche di diritto diseguale e principio di eguaglianza*, in *Lav. Dir.*, 2004, 3-4, p. 557 ss.). In tal senso, un’assoluta novità di quella riforma è la differenziazione dei tipi contrattuali in funzione di caratteristiche personali dei lavoratori (G. De Simone, *Eguaglianze e nuove differenze nei lavori flessibili, fra diritto comunitario e diritto interno*, in *Lav. Dir.*, 2004, 3-4, p. 527 ss.).

⁹⁰ Come scriveva Letizia Gianformaggio, in *L’eguaglianza e le norme*, ora in L. Gianformaggio, *Eguaglianza donne e diritto*, Il Mulino, Bologna, 2005, p. 142, “quelle che vengono interpretate come misure di tutela ed, in quanto tali, derogatorie dell’eguaglianza formale, sono le misure volte a ridurre, e tendenzialmente ad eliminare, l’impatto negativo delle differenze”.

⁹¹ A. Lo Faro, *Diritto del lavoro e (dis)uguaglianza nelle prospettate riforme della disciplina del recesso*, in P. Chieco (a cura di), *Eguaglianza e libertà nel diritto del lavoro*, op. cit., p. 130.

⁹² In termini v. C. Cester, op. ult. cit. p. 17

⁹³ M.V. Ballestrero, *La riforma del lavoro: questioni di costituzionalità*, in *Lav. Dir.*, 2015, 1, p. 47. Come è scritto nella sentenza n. 193 del 1993 della Corte costituzionale “il principio di eguaglianza comporta che a una categoria di persone, definita secondo caratteristiche identiche o ragionevolmente omogenee in relazione al fine obiettivo cui è indirizzata la disciplina normativa considerata, deve essere imputato un trattamento giuridico identico ed omogeneo, ragionevolmente commisurato alle caratteristiche essenziali in ragione delle quali è stata definita quella determinata categoria di persone. Al contrario, ove i soggetti considerati da una certa norma, diretta a disciplinare determinate fattispecie, diano luogo a una classe di persone dotate di caratteristiche non omogenee rispetto al fine obiettivo perseguito con il trattamento giuridico ad essi riservato, quest’ultimo sarà conforme al principio di eguaglianza soltanto nel caso che risulti

b) Anche nella nuova disciplina dei **contratti a termine** (D.L. n. 34/2014, poi trasfusa nel d. lgs. n. 81/2015) il raggio d'azione della derogabilità si estende in modo molto ampio.

L'evoluzione della disciplina del contratto a termine è, in verità, emblematica della parabola dell'inderogabilità nel diritto del lavoro: dopo una lunga fase di totale libertà di assumere lavoratori a termine, con la l. n. 230 del 1962 si passa ad un sistema del tutto opposto, di fortissima limitazione del potere datoriale mediante un perentorio divieto con eccezioni tassativamente previste dalla legge. Questo regime di disciplina, sottoposto a piccoli ritocchi nel corso del tempo, consentendo un'apertura (liberalizzazione) controllata sotto l'egida del contratto collettivo, è stato riformato profondamente dal d. lgs. n. 368/2001 (introdotto dal legislatore in attuazione, peraltro molto contestata, della direttiva europea n. 99/70 CE), che ha mutato radicalmente il sistema dei controlli sull'autonomia individuale. Da un modello fondato sul divieto di carattere generale e su ipotesi eccezionali, tassativamente predeterminate, di assunzioni a termine, si è così passati ad un regime autorizzatorio basato invece su alcune causali di carattere generale (secondo cui il contratto a termine può essere stipulato in presenza di ragioni giustificative di natura tecnica, produttiva ed organizzativa) che di fatto, per la loro natura di clausole generali, hanno comportato lo spostamento del momento qualificante del controllo dalla legge al giudice.

Con la riforma introdotta con il D.L. Poletti, il regime di disciplina ha registrato un ulteriore cambiamento in senso liberista, eliminando il legislatore anche questo filtro.

L'eliminazione delle causali (e la sostanziale liberalizzazione) del contratto è stata controbilanciata spostando sui limiti numerici e temporali la garanzia contro l'utilizzo in modo abusivo di questa formula negoziale. Ma si tratta di limiti "mobili" e con molta libertà modulabili. Oltre alla derogabilità della durata massima (su cui è opportuna una riflessione a parte: v. *infra*), si prevede che il contratto collettivo, anche aziendale, possa vanificare il limite percentuale del venti per cento delle assunzioni a termine, senza alcuna soglia massima (v. art. 23, I comma, d. lgs. n. 81/2015, norma che peraltro contempla una serie piuttosto ampia di deroghe anche al di fuori del contratto collettivo).⁹⁴ Da segnalare, poi, che alla violazione del limite numerico non segue (essendo espressamente esclusa) l'operatività del

ragionevolmente differenziato in relazione alle distinte caratteristiche proprie delle sottocategorie di persone che quella classe compongono"

⁹⁴ L'art. 23, comma II, prevede, oltre alla possibilità di deroga con accordi collettivi, specifiche eccezioni, con esonero da limiti massimi percentuali, in caso di avvio di nuove attività, per i periodi definiti dai contratti collettivi, di start-up innovative, attività stagionali, contratti dello spettacolo (radiofonici e televisivi), nonché, infine, in caso di sostituzione di lavoratori assenti e di assunzione di lavoratori ultracinquantenni. Inoltre il comma III prevede l'inapplicabilità delle disposizioni sui limiti numerici a favore di numerosi enti (università, istituti di ricerca, istituti di cultura, fondazioni ecc.) in caso di contratti con lavoratori impiegati per soddisfare esigenze temporanee legate alla realizzazione di mostre, eventi e manifestazioni di interesse culturale, e l'inapplicabilità del limite di durata in caso di contratti di ricerca scientifica (con durata massima pari alla durata della ricerca).

principio comune della trasformazione del rapporto in lavoro a tempo indeterminato, sicché questa norma di legge “limitatrice” della libertà contrattuale introduce di fatto una fattispecie sanante – derogando al divieto da essa stessa posto – della nullità dell’atto datoriale. Difatti la norma prevede, in caso di violazione, una sanzione economica peraltro alquanto *soft*, che rappresenta in realtà un costo aggiuntivo per l’impresa onde acquisire la disponibilità di altri lavoratori precari oltre il numero massimo previsto dalla legge o dal contratto collettivo.⁹⁵

Sempre come esercizio di derogabilità della norma, l’art. 19, comma II, del d. lgs. n. 81 prevede che i contratti collettivi (anche aziendali) possono, in caso di successione di contratti, fissare un limite temporale diverso da quello massimo disposto dal I comma (i 36 mesi). Tuttavia, questa possibilità di derogare l’unico vincolo effettivo di durata del contratto impone un’interpretazione restrittiva, nel senso di ammettere deroghe solo *in melius* (per ridurre il limite temporale dei 36 mesi) ma non *in pejus*. Diversamente si dovrebbe consentire che con accordo collettivo (anche aziendale) sia possibile stabilire irragionevolmente un limite di durata di qualsiasi natura (creando notevoli problemi di coordinamento e compatibilità con il quadro normativo comunitario⁹⁶).

Per proseguire l’esposizione dei molteplici “momenti” di derogabilità dei dispositivi legali e di correlato rafforzamento dei poteri di autonomia, si può poi ricordare come, nel contesto della rivisitazione del contratto a termine, il già citato art. 19 preveda che in caso di successione di contratti la durata massima di 36 mesi sia “opponibile” dal lavoratore al datore di lavoro, con effetto di trasformazione del rapporto, ma solo quando il prolungamento del rapporto lavorativo oltre il limite di durata avvenga per lo svolgimento delle stesse mansioni o mansioni equivalenti,⁹⁷ o nell’ambito della stessa categoria legale (derogandosi altrimenti al limite legale, e di fatto creando in tal modo un canale di scorrimento per pratiche elusive della norma).

Sempre in via di derogabilità al dispositivo sulla durata massima del contratto, la nuova disciplina legislativa introduce infine la possibilità di stipulare un ulteriore contratto a termine di dodici mesi con sottoscrizione dinanzi alla DTL competente per territorio, residuando questa volta in caso di violazione (sia delle suddetta condizione stipulativa, sia del limite temporale massimo così rideterminato) la trasformazione del rapporto (con effetto dalla data della stipula nel primo caso, dalla data del superamento del limite di durata nell’altro caso). Da ricordare, infine, la previsione (art. 22) secondo cui il diritto di precedenza del lavoratore a termine – che può esercitarsi in caso di contratto a termine di durata superiore a sei mesi e limitatamente alle assunzioni a tempo indeterminato avvenute nei

⁹⁵ v. art. 23 comma IV, per cui, in caso di violazione del limite percentuale, si applica una sanzione amministrativa pari al 20% della retribuzione per ciascun mese in caso di assunzione di un solo lavoratore in più o del 40% se i lavoratori sono più di uno.

⁹⁶ Si vedano le considerazioni al riguardo di M.V. Ballestrero, in *La riforma del lavoro: questioni di costituzionalità*, op. cit. p. 48.

⁹⁷ Da intendersi come mansioni riferibili al medesimo livello contrattuale e alla medesima categoria legale, ai sensi del nuovo testo dell’art. 2103 c.c.

dodici mesi successivi alla cessazione del rapporto per le stesse mansioni espletate – può essere derogato in forza di espresse disposizioni dei contratti collettivi, anche territoriali o aziendali, senza nessuna indicazione circa i limiti del potere derogatorio (lasciando pensare che il diritto medesimo, oltre a poter essere modificato *in pejus*, possa essere annullato in sede collettiva senza motivazione specifica).

In definitiva, non è arbitrario ritenere che, con la nuova riforma dei contratti a termine, si realizzi uno schema giuridico nel quale le previsioni a tutela della parte debole sono, di fatto, aggirabili e derogabili con soluzioni multiple che sostanzialmente tendono alla liberalizzazione delle condizioni di utilizzo del contratto e all'esaltazione delle differenze di trattamento. La disciplina del contratto a termine, un tempo paradigmatica della "norma inderogabile", si caratterizza ora per la sua cedevolezza e semi-imperatività, ossia per affermare piuttosto possibilità di deroga affidate direttamente all'autonomia individuale o a un indistinto contratto collettivo di qualsiasi livello di produzione. E naturalmente crisi dell'inderogabilità vuol dire crisi dell'uguaglianza, intesa come "trattamento eguale", ed esaltazione delle differenze prodotte dal più libero utilizzo del potere dispositivo del contratto.

c) La vicenda dei **rapporti di collaborazione** non subordinati è paradigmatica della crisi regolativa del diritto del lavoro tradizionale, che ha visto crescere a dismisura una vastissima area di collaborazioni autonome (i c.d. cococo) prive di un regime di disciplina a fini di tutela, per quanto sia risaputo come esse siano state, nella gran parte dei casi, strumenti elusivi degli obblighi e degli oneri collegati al lavoro subordinato.

Soltanto con il d. lgs. n. 276/2003, dopo un lungo periodo anomico, l'ordinamento ha offerto minimali condizioni di tutela ai rapporti parasubordinati mediante l'introduzione del lavoro a progetto. Ed ora, con il d. lgs. n. 23/2015, l'assetto previsto dalla c.d. Legge Biagi è stato completamente rivisto, con l'eliminazione del lavoro a progetto.

Uno degli aspetti più positivi della riforma del lavoro autonomo di "seconda generazione" (oltre al definitivo ma ambiguo superamento del lavoro a progetto, consegnato agli archivi ingloriosi delle riforme del lavoro degli ultimi lustri)⁹⁸ è il divieto contenuto nell'art. 2, comma 1, di stipulare contratti di collaborazione "che si concretano in prestazioni di lavoro esclusivamente personali, continuative e le

⁹⁸ Come si è subito notato, l'abrogazione della relativa disciplina non comporta affatto il venire meno delle collaborazioni coordinate e continuative, giusta quanto previsto dall'art. 52, comma 2 d. lgs. n. 81/2015 che espressamente fa salvo quanto disposto dall'art. 409 c.p.c. (cfr. D. Mezzacapo, *La nuova figura delle "collaborazioni organizzate dal committente". Prime osservazioni*, in *Questione Giustizia*, 2015, 3, p. 58 ss.), il quale nota giustamente come in realtà "le tradizionali co-co-co escono da questa riforma rivitalizzate quanto alla possibilità di instaurazione e ridimensionate quanto al regime di tutela". Sul punto v. A. Perulli, *Il falso superamento dei cococo nel Job Act, 2015*, in www.nelmerito.com; T. Treu, *In tema di jobs act. Il riordino dei tipi contrattuali*, in *Giorn. Dir. Lav. rel. Ind.* 2015, 2, 146, sottolinea il vuoto di disciplina delle collaborazioni, di fatto abbandonate a se stesse.

cui modalità di esecuzione sono organizzate dal committente anche con riferimento ai tempi e luoghi di lavoro”, i quali, in caso di violazione del divieto, sono ricondotti *ipso iure* al tipo del lavoro subordinato.⁹⁹ Tuttavia, come per bilanciare l’impatto, il divieto incontra alcune deroghe (o eccezioni) nel secondo comma della medesima disposizione, fra le quali, soprattutto, spicca quella prevista dalla lettera a), relativa alle “collaborazioni per le quali gli accordi collettivi nazionali stipulati da associazioni sindacali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale prevedono discipline specifiche riguardanti il trattamento economico e normativo, in ragione delle particolari esigenze produttive ed organizzative del relativo settore”.¹⁰⁰

La *ratio* è, probabilmente, quella di salvaguardare le imprese che hanno impiegato lavoratori precari con contratti di collaborazione in settori o attività lavorative peculiari (call center ed altri), ove era già presente una regolamentazione collettiva a garanzia di minimali standard di trattamento dei collaboratori. Risulta tuttavia molto difficile giustificare l’esclusione con riferimento all’esistenza di “discipline specifiche” derivanti da accordi collettivi nazionali.¹⁰¹

La delega alla contrattazione perché decida circa la loro sopravvivenza (giacché di questo si tratta) certamente pone un problema relativamente alla funzione del contratto collettivo, soprattutto tenendo conto della dubbia idoneità selettiva della formula utilizzata nel primo comma dell’art. 2. Il contratto collettivo potrebbe produrre una sorta di indiretto effetto sanante delle violazioni dell’art. 2094 c.c., ossia del principio dell’applicazione del diritto del lavoro a tutto il lavoro subordinato. Paradossalmente il contratto collettivo potrebbe assurgere al ruolo di cavallo di Troia e consentire in particolari settori operazioni di carattere fraudolento o *border line*.

In ogni caso è innegabile che l’applicazione del 2° comma, lettera a), si risolve, a ben vedere, in un trattamento diseguale di situazioni eguali, in ragione dell’esistenza o meno di un contratto collettivo che già disciplini il trattamento economico e normativo di questi collaboratori, ossia in base a condizioni estrinseche non riguardanti né la condizione soggettiva del collaboratore né quella oggettiva del rapporto. La disposizione legislativa sembra avere funzione così da un lato “incentivante” della contrattazione collettiva nel settore di riferimento, ma dall’altro, salvaguardando i contratti di collaborazione in base alla semplice valutazione delle parti collettive, utilizza il contratto come fattore discriminante della tutela del lavoro subordinato (il che pare essere un’assoluta

⁹⁹ Secondo una dottrina autorevole (v. Treu, op. ult. cit.), con questa norma si realizzerebbe un effetto di estensione dello schema della subordinazione anche ai rapporti etero-organizzati, finora estranei all’ambito di applicazione dell’art. 2094 c.c.

¹⁰⁰ A cui si aggiungono le collaborazioni prestate nell’esercizio di professioni intellettuali (lett. b), quelle relative alle funzioni dei componenti i consigli di amministrazioni e di controllo delle società di capitale, e le collaborazioni in favore di associazioni sportive (lett. c).

¹⁰¹ Nè si comprende in realtà molto bene se debba trattarsi di discipline organiche o anche soltanto parziali dei rapporti di “collaborazione dipendente”, e se debba esservi un limite intrinseco di queste “discipline”, oltre il quale il contratto collettivo non può realizzare l’effetto derogatorio.

novità). Il contratto collettivo diventa come una ghigliottina a due lame: strumento acquisitivo di diritti, garantendo ai collaboratori una tutela collettiva minimale, rischia di eternizzare la loro condizione di precarietà, sacrificandoli in nome di generiche “esigenze del settore” e operando una drastica differenza di trattamento indigesta dal punto di vista del valore dell’uguaglianza.¹⁰²

d) Infine, la riforma tocca in modo molto significativo l’art. 2103 del codice civile, ossia la disciplina delle **mansioni**, vigente dal 1970 a seguito dell’art. 13 dello Statuto dei lavoratori che riscrisse l’articolo del codice.

La norma in questione si caratterizzava invero per un principio molto netto di tutela della posizione acquisita dal lavoratore nell’ambito aziendale e della sua professionalità, ferma l’inderogabilità del principio di equivalenza nell’ambito dello *jus variandi* del datore di lavoro (consentendosi mutamenti soltanto fra mansioni professionalmente equivalenti) e del principio della c.d. promozione automatica (in caso di assegnazione del lavoratore a mansioni superiori, dopo il periodo di tempo previsto dalla legge).

Nel nuovo regime di disciplina questi elementi normativi di tutela o scompaiono o sono fortemente ridimensionati.

L’utilizzo della tecnica di derogabilità dei dispositivi di tutela su aspetti cruciali del rapporto di lavoro è proposto dal legislatore in modo anzi molto netto, rovesciando in qualche misura il vecchio impianto normativo che si basava, come si è accennato, sulla indisponibilità della posizione occupata dal lavoratore nell’ambito dell’organizzazione produttiva.¹⁰³

I punti qualificanti di questa riforma: a) la rivisitazione del criterio di equivalenza delle mansioni; b) la derogabilità unilaterale dell’inquadramento del lavoratore; c) la possibilità di accordi bilaterali in deroga riguardanti le mansioni, l’inquadramento, la retribuzione.

Sotto il primo profilo si prevede che l’equivalenza - criterio in base al quale tradizionalmente si operava il controllo sul legittimo l’esercizio dello *jus variandi* del datore di lavoro – è d’ora in avanti definita da ciò che le parti collettive definiscono nell’ambito di ciascun livello di inquadramento. Tutte le mansioni previste nell’ambito del livello di inquadramento al quale appartiene il lavoratore sono esigibili dal datore, laddove prima dell’intervento legislativo lo erano solo le mansioni “professionalmente” equivalenti, dovendosi quindi caso per caso, indipendentemente dal mero raffronto “formale” verificarsi la congruità delle nuove mansioni (e ciò a tutela del fondamentale valore della professionalità del

¹⁰² Mariucci parla di “dubbia costituzionalità” della norma (v. *Il diritto del lavoro ai tempi del renzismo*, op. cit. p. 29).

¹⁰³ v. 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*, in CSDLE “Massimo D’Antona” IT, n. 257/2015, p. 2. Per un commento alla legge delega v. U. Gargiulo, *La revisione della disciplina delle mansioni nel Jobs Act*, in Rusciano-Zoppoli (a cura di), *Jobs Act e contratti di lavoro dopo la legge delega 10 dicembre 2014 n. 183*, in WP CSDLE Collective Volumes n. 3/2014 e più recentemente dello stesso autore *Lo jus variandi nel nuovo art. 2103 cod.civ.*, in CSDLE “Massimo D’Antona”, IT n. 268/2015.

lavoratore, che la giurisprudenza ha considerato costituzionalmente rilevante poiché ascendente alla dignità della persona ex art. 2 Costituzione).

Sotto il secondo profilo – pur enunciando il principio secondo cui ogni patto contrario è nullo – il principio della corrispondenza fra qualifica e mansioni è di fatto è smentito, o quanto meno alleggerita, dal potere unilaterale (derogatorio) del datore di assegnare al lavoratore mansioni inferiori,¹⁰⁴ in caso di “modifica degli assetti organizzativi aziendali” (art. 3, comma II) nonché nelle ulteriori ipotesi (derogatorie) previste dal contratto collettivo, anche aziendale. La necessaria correlazione fra mansioni e qualifica di inquadramento del lavoratore degrada a norma semi-imperativa, abbattendo uno dei capisaldi della disciplina lavoristica.

Molte perplessità sorgono poi per l’affidamento al contratto collettivo (ma senza individuazione del livello competente e quindi, a norma dell’art. 51 del d. lgs. 81/2015, anche al contratto collettivo aziendale) del potere di definire ulteriori ipotesi di adibizione del lavoratore a mansioni inferiori (art. 3 comma IV), stante la possibilità di pressioni e di sviamenti nell’esercizio del potere negoziale a livello periferico e di scambi molto opachi fra le parti.¹⁰⁵

Ma le perplessità sull’utilizzo poco sorvegliato della tecnica di derogabilità non finiscono qui.

Anche nella disciplina delle mansioni superiori il recupero di spazi di manovra per l’autonomia individuale è alquanto considerevole, sia in relazione al limite temporale oltre il quale l’assegnazione diviene definitiva, derogabile ad opera del contratto collettivo (genericamente inteso, con rinvio anche al contratto aziendale), sia per quanto riguarda l’effetto legale della promozione automatica, che può essere impedito dalla volontà in senso contrario del lavoratore (volontà neppure assistita). Fattispecie, quest’ultima, che implica la rinuncia ad un diritto oramai entrato nel patrimonio del lavoratore ed espone il lavoratore al rischio di condizionamenti che inficiano la genuinità della manifestazione di volontà oppositiva.¹⁰⁶ Si è elogiata la piana scrittura delle norme, anche da parte dei commentatori più critici, ma esiste un limite oltre il quale la “chiarezza” degli enunciati normativi non ha più senso né valore: ed è questo il caso di una previsione surreale nella quale si prevede che la volontà del singolo può paralizzare l’acquisto di un diritto, il che vuol dire, a ben vedere, semplicemente che il diritto soggettivo non è più tale, ma è un’ipotesi, una semplice congettura, che esige quale condizione perfezionatrice il consenso dell’avente diritto!

In questo contesto problematico, è poi ammessa dal VI comma, “nelle sedi di cui all’art. 2113 ultimo comma” oppure “avanti alle commissioni di certificazione”, la stipulazione di accordi individuali in deroga a modifica (consensuale) delle

¹⁰⁴ Intese, grazie al principio di equivalenza rivisitato, come mansioni appartenenti al “livello di inquadramento inferiore”, nel rispetto della “categoria legale” di inquadramento e con la conservazione del livello di inquadramento e del trattamento retributivo.

¹⁰⁵ In senso analogo v. le considerazioni di U. Gargiulo, *La revisione della disciplina delle mansioni nel Jobs Act* op. cit., spec. p. 20-21.

¹⁰⁶ In tal senso, condivisibilmente, R. Voza, *Autonomia privata e norma inderogabile nella nuova disciplina del mutamento di mansioni*, op. cit. p. 16-17.

mansioni, della categoria legale, del livello di inquadramento (senza alcun limite) e finanche della relativa retribuzione, qualora ciò avvenga per non chiarissimi interessi del lavoratore “alla conservazione dell’occupazione, all’acquisizione di una diversa professionalità o al miglioramento delle condizioni di vita” (condizioni queste di validità del patto derogatorio, da intendersi come alternative). Il divieto di pattuire condizioni difformi, stante la nullità dei patti contrari (sulla falsariga della previgente disposizione di legge), è in effetti almeno in parte in tal modo vanificato,¹⁰⁷ dal carattere troppo generico delle ipotesi derogatorie, che consentono all’autonomia individuale spazi davvero molto ampi di modifica *in pejus* del regolamento contrattuale.¹⁰⁸ La “derogabilità assistita”, abbandonata all’atto dell’approvazione del d. lgs. n. 276/2003, sembra così rientrare dalla finestra grazie all’art. 3 del d. lgs. n. 81/2015, consentendo patti individuali in deroga che espongono il contraente debole, come si è notato, al rischio di abusi.¹⁰⁹

8. Conclusioni.

Il tema legislativo è dunque molto sensibile alla tecnica della derogabilità, strumento di differenziazione dei trattamenti e delle condizioni di lavoro che si presenta, a ben vedere, in una duplice veste. Oltre a prevedere ipotesi di derogabilità molto ampie degli standard di trattamento, la legislazione sembra introdurre mirate deroghe ai principi comuni attuando una sorta di distacco della disciplina lavoristica (e in particolare della responsabilità del datore), dalla matrice civilistica, e ciò allo scopo di ridurre l’impatto economico della reazione dell’ordinamento all’illecito.¹¹⁰ Ne sono fulgidi esempi la nuova disciplina in materia di licenziamento e le conseguenze risarcitorie in caso di illegittimità del contratto di lavoro a termine. Nel primo caso la restrizione delle ipotesi in cui è ammessa, a fronte della violazione dei tipizzati presupposti di legge del recesso datoriale, la misura del ripristino del rapporto lavorativo, introduce di fatto una deroga al principio della “conservazione del contratto” e al rimedio tipico della reintegrazione in forma specifica,¹¹¹ già peraltro oggetto di limitazione per le piccole imprese (ove, com’è noto, non si applica l’art. 18 l. n. 300/1970 ma la disciplina molto poco incisiva prevista dalla l. n. 604/1966). Allo stesso modo la riforma introdotta con il c.d. collegato lavoro – ora applicabile anche al contratto

¹⁰⁷ V. M. Brollo, in *La mobilità professionale dei lavoratori dopo il job act: spunti dal caso Fiat*, in q. volume, p. 5 del manoscritto, secondo cui “la nullità viene declassata da assoluta a ibrida”.

¹⁰⁸ Come nota Voza, giustamente, “non vi sono limiti alla potestà derogatoria consegnata all’autonomia privata”.

¹⁰⁹ M. Brollo, op. ult. cit. p. 7; v. pure U. Gargiulo, op. ult. cit. p. 13-14, soprattutto con riferimento alla terza delle condizioni indicate dalla norma (“miglioramento delle condizioni di vita”).

¹¹⁰ v. A. Perulli, *Il controllo giudiziale dei poteri dell’imprenditore tra evoluzione legislativa e diritto vivente*, in Riv.it.dir.lav., 2015, 1, 83 ss.

¹¹¹ M. Barbieri, *La nuova disciplina del licenziamento individuale: profili sostanziali e questioni controverse*, in M. Barbieri-D. Dalfino, *Il licenziamento individuale nell’interpretazione della legge Fornero*, Cacucci ed., Bari, 2013, p. 15.

di somministrazione – impone una severa limitazione della responsabilità del datore di lavoro, che non trova corrispondenza nel regime civilistico in caso di ingiustificato rifiuto della prestazione (che implica responsabilità risarcitoria integrale).¹¹² Possono condividersi, almeno in parte, le ragioni di opportunità di questa scelta recessiva del legislatore, ma non si può negare il suo carattere eccentrico rispetto al diritto comune.

La “derogabilità assistita”, dopo essere stata accantonata dal legislatore nell’oramai lontano 2003, rientra ora nel novero delle possibilità grazie alla riforma del 2015 (d. lgs. n. 81), certo non nel senso di consentire la dismissione di qualsiasi tutela – ed è del resto ancora valido il principio posto dalla Corte costituzionale sull’indisponibilità del tipo contrattuale – ma come traccia per ora “limitata” ai contenuti della prestazione lavorativa, investendo tuttavia momenti cruciali e delicatissimi del rapporto contrattuale datore/lavoratore e disegnando futuri scenari delle relazioni giuridiche sempre più distaccati dall’obiettivo di garantire una tutela compatta ed egualitaria e sempre più vicini ad esigenze eteronome fondate su (veri o presunti) principi economici.

La derogabilità ad ampio raggio dei trattamenti economico-normativi derivanti dalla legge e dal contratto collettivo sembra assumere specifica funzione anticiclica. La differenziazione e la pluralità delle condizioni lavorative dimostrano in modo molto netto che le strutture giuridiche sono cedevoli, permeabili, per nulla immuni dalla crisi dei paradigmi dello stato costituzionale e dei suoi non immutabili valori, anche se le condizioni economico-sociali sembrano indicare un piano inclinato della sicurezza e stabilità dei rapporti lavorativi e delle condizioni di vita delle classi subalterne.¹¹³

Ma forse, per concludere, può a questo punto considerarsi come attuale o certamente realistico l’abbandono definitivo dell’inderogabilità come tecnica privilegiata della legislazione in materia di lavoro, se non in funzione di una ristretta classe di diritti fondamentali (come del resto esplicitamente ammesso dal legislatore con l’art. 8 l. n. 148/2011).¹¹⁴ Per l’inderogabilità si potrebbero usare le stesse parole pronunciate di recente da Guido Rossi in un suo articolo sulle inaccettabili conseguenze sociali delle politiche di austerità: *non sono le idee che defungono, ma gli uomini che le dimenticano*. Parlava d’altro, ma è

¹¹² Il risarcimento dei danni è stato *ope legis* ridotto ad una somma fra un minimo di 2,5 e un massimo di 12 mensilità di retribuzione, laddove, prima della riforma di cui alla l. n. 183/2010, il giudice, in caso di accertamento dell’illegittimità del contratto a termine, provvedeva alla condanna del datore al pagamento di tutte le retribuzioni arretrate intercorrenti dal giorno della scadenza del termine fino alla reintegrazione in servizio del lavoratore.

¹¹³ Può convenirsi ancora oggi con Lo Faro quando segnalava che in queste vicende può vedersi “un passaggio da una disuguaglianza negata, nascosta, o quanto meno tollerata ad una disuguaglianza che viene invece esibita, invocata, come prezzo da pagare al soddisfacimento di interessi superiori”, in questo caso l’occupazione e la crescita (A. Lo Faro, in *Diritto del lavoro e (dis)uguaglianza nelle prospettate riforme della disciplina del recesso*, op. cit. p. 128).

¹¹⁴ Potrebbe così realizzarsi in via di prassi quel ridimensionamento “per linee interne” dell’area della nderogabilità, basato sulla selezione dei valori e degli interessi sottesi, auspicato da una parte della dottrina, su cui v. R. De Luca Tamajo, *Il problema dell’inderogabilità delle regole a tutela del lavoro: passato e presente* op. cit. p. 719-720.

considerazione particolarmente appropriata anche qui, se consideriamo questa traiettoria discendente come la scaturigine della crisi del valore dell'uguaglianza (o del disvalore delle differenze) nella presente fase storica.¹¹⁵

** Professore straordinario di Diritto del Lavoro presso l'Università "Mediterranea" di Reggio Calabria.

¹¹⁵ In conclusione sembra a chi scrive (quasi) doveroso, a difesa dell'inderogabilità, ricordare come essa ha contribuito alla formazione e realizzazione fra i lavoratori di un'*area di uguaglianza*, all'interno della quale, come scrive Pizzorno, "il riconoscimento reciproco di uguale appartenenza permette di espellere, o coprire, o chiudere come fra parentesi, il giudizio su una propria inferiorità". Da qui origina l'identità collettiva, antidoto (forse l'unico possibile oggi) alle disuguaglianze e alle polarizzazioni di gruppi e persone create dalla globalizzazione dei rapporti sociali (v. A. Pizzorno, *Il velo della diversità*, Feltrinelli, Milano, 2007, p. 316).