

**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***

Franco Liso

1. L'articolo 13 dello Statuto dei lavoratori.	49
2. La riscrittura dell'articolo 2103 c.c.	51
2.1. Le mansioni esigibili in via ordinaria.	52
2.2. L'adibizione a mansioni inferiori.	54
2.3. La formazione.	56
2.4. Lo spostamento a mansioni superiori.	57
3. Qualche considerazione di carattere generale su alcune recenti tendenze di politica legislativa in materia di rapporto di lavoro.	58

* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 257/2015

1. L'articolo 13 dello Statuto dei lavoratori.

Sappiamo che l'articolo 13 dello statuto dei lavoratori venne scritto per rimediare all'ineffettività che presentava l'originaria formulazione dell'articolo 2103 del codice civile. Questa, infatti, pur se si prefiggeva di tutelare la posizione sostanziale del lavoratore all'interno dell'azienda nei confronti dell'esercizio del potere datoriale di variazione delle mansioni, non riusciva certo a centrare l'obiettivo perché non si faceva carico di escludere che la modifica peggiorativa potesse legalmente prodursi per altra via. Non teneva conto del fatto che, nel concreto delle dinamiche di gestione aziendale, il potere datoriale poteva ben esprimersi anche nella veste di potere negoziale.

Orbene, il legislatore dello statuto, è intervenuto a chiudere la strada che il vecchio art. 2103 c.c. aveva lasciato aperta, disponendo la nullità dei patti contrari e quindi configurando come bene non disponibile, neanche pattiziamente, quello della "posizione" occupata dal lavoratore all'interno dell'organizzazione produttiva. Ha poi provveduto anche a specificare diversamente il limite posto al potere di variazione delle mansioni, individuandolo nel criterio generico dell'equivalenza che le nuove mansioni devono presentare rispetto alle precedenti.

Era inevitabile che un ruolo cruciale dovesse essere svolto, nell'applicazione di una norma siffatta, dalla giurisprudenza. Lo smottamento della realtà organizzativa sottostante (quello della fabbrica fordista) ed il contemporaneo porsi dei problemi occupazionali hanno finito ben presto per collocare l'articolo 13 in proiezioni nuove, che la giurisprudenza ha governato dando prova di duttilità, pur con oscillazioni. Nella sua azione emergono aspetti positivi, ma anche aspetti negativi.

Vediamo i primi.

La giurisprudenza ha fatto entrare in risonanza l'articolo 13 con altri nuclei normativi.

In un primo tempo la risonanza si è prodotta con il principio di stabilità del rapporto di lavoro (reso più corposo dall'articolo 18). Infatti, si è ritenuto ingiustificato il licenziamento intimato pur in presenza della possibilità di adibire il lavoratore ad un posto vacante equivalente. In questo modo, si è configurato l'esercizio del potere direttivo come funzionale, non solo al soddisfacimento dell'interesse del datore di lavoro, bensì anche all'interesse del lavoratore alla continuità occupazionale (si è quindi ritenuto il licenziamento per ragioni oggettive *extrema ratio*, assumendo giustamente la mobilità come elemento fisiologico delle organizzazioni produttive). Avanzando in questa prospettiva, la giurisprudenza, ha ragionevolmente forzato la regola della nullità dei patti contrari¹⁸⁷ prevedendo che siano da considerarsi validi gli accordi peggiorativi quanto siano idonei a salvaguardare l'interesse del lavoratore all'occupazione (dapprima ritenendo contrario a buona fede il rifiuto di una proposta in tal senso avanzata dal lavoratore e, successivamente, spingendosi a ritenere onerato il datore di lavoro ad offrire un posto vacante anche inferiore¹⁸⁸).

¹⁸⁷ Nelle "Osservazioni e proposte sulla revisione della legislazione sul rapporto di lavoro avanzate dal Cnel (4 giugno 1985, n. 206/154, relatore Mengoni) questa interpretazione venne considerata "assai discutibile dal punto di vista dei canoni ermeneutici" (p. 722). Si trattava di una valutazione funzionale alla proposta di modifica di quella regola.

¹⁸⁸ Successivamente si sono ritenti validi spostamenti peggiorativi liberamente richiesti dallo stesso lavoratore per il soddisfacimento di altri propri interessi.

In un secondo tempo la risonanza si è prodotta con il principio di dignità della persona e del diritto al lavoro, derivandone un diritto all' esecuzione della prestazione in capo al lavoratore. Superando la vecchia concezione patrimonialistica e piattamente scambistica del rapporto di lavoro - secondo la quale l' esecuzione della prestazione per il lavoratore costituisce solo l' adempimento di un obbligo assunto per procurarsi un reddito¹⁸⁹, mentre l' interesse da essa soddisfatto viene considerato totalmente appartenente alla sfera datoriale, cosicché il creditore della prestazione ben potrebbe rifiutarla (senza ovviamente sottrarsi all' obbligo di corrispondere la retribuzione, essendo in mora come creditore) - l' esecuzione della prestazione di lavoro è stata considerata anche come oggetto di un diritto del lavoratore, in quanto attività di rilievo ai fini della dignità della persona. Non è quindi consentito lasciare inattivo il lavoratore, quando la sua prestazione sia possibile.

Riconosciuti questi meriti, va anche detto che la giurisprudenza presenta anche aspetti negativi che discendono dalla genericità del concetto di equivalenza al quale l' articolo 13 affida la funzione di segnare un limite al potere datoriale di variazione delle mansioni. Si è rimesso nelle mani della giurisprudenza il difficile compito di riempirlo di un preciso contenuto normativo¹⁹⁰. Essa ha voluto individuare il bene tutelato dalla disposizione nella professionalità del lavoratore intesa come bagaglio di conoscenze ed esperienze, acquisite nella pregressa fase del quale rapporto, la cui piena utilizzazione o arricchimento devono essere consentiti dalle nuove mansioni. Non si può dire che ne sia derivato un quadro che fornisca certezze alla gestione aziendale. Questo va detto considerando l' attitudine della giurisprudenza a ritenersi abilitata a sindacare anche i deliberati dell' autonomia collettiva, che invece dovrebbe essere considerata la naturale autorità di governo delle problematiche relative alla mobilità professionale.

Fa riflettere in questa direzione, ad esempio, l' interessante decisione delle sezioni unite della Cassazione di qualche tempo fa (n. 25033 del 24.11.2006), relativa al caso Poste. Il contratto di questa azienda, innovando gli assetti organizzativi, aveva creato una figura di lavoratore svolgente promiscuamente le mansioni di portalettere e di addetto allo sportello. Un lavoratore, intendendo salvaguardare la propria "professionalità" di addetto allo sportello, pretendeva far valere l' invalidità dell' accordo collettivo. Per fortuna la Cassazione gli ha dato torto.

La decisione è certamente apprezzabile, perché va nel senso della flessibilità a beneficio sia delle ragioni aziendali, sia di quelle della collettività dei lavoratori, lasciando quindi spazio alle ragioni dell' autonomia collettiva, ma non si può negare che qualche perplessità possa destare quando creativamente detta le condizioni in presenza delle quali l' autonomia collettiva può ritenersi "autorizzata" disciplinare la mobilità orizzontale tra figure diverse ("la clausola di mobilità è valida purchè a) serva a sopperire a temporanee esigenze aziendali oppure b) per consentire la valorizzazione professionale di tutti i lavoratori provvisti della medesima qualifica attraverso avvicendamenti").

¹⁸⁹ Il diritto allo svolgimento della prestazione in capo al lavoratore lo si riconosceva solo in casi limitatissimi (nel caso di apprendistato, in ragione dell' interesse del lavoratore a formarsi, o nel lavoro artistico, in ragione dell' interesse dell' artista alla notorietà).

¹⁹⁰ È interessante richiamare le Osservazioni e proposte del Cnel, prima citate (n. 15). In esse si poneva l' accento sulla "strutturale difficoltà del giudice ad esercitare poteri di controllo in questa materia" prospettandosi come soluzione migliore un affidamento alla contrattazione collettiva del compito di definire in concreto il rapporto di equivalenza e la riattivazione dei collegi per le qualifiche previsti dall' art. 96, co. 3, disp. att. c.c. "estendendone la competenza anche alle controversie sull' equivalenza delle mansioni. I contratti collettivi potrebbero poi, ai sensi dell' art. 808 c.p.c., investirli di poteri arbitrali non solo per l' accertamento dei fatti rilevanti, ma anche per la valutazione di essi ai fini della determinazione della qualifica o delle mansioni equivalenti" (p. 723).

L'autonomia collettiva non dovrebbe soffrire limiti perché quest' area dovrebbe ritenersi di suo naturale dominio. Quale professionalità è da tutelare nell'addetto allo sportello rispetto a chi consegna la posta? C'è solo da apprezzare l'accettabilità sociale di una simile mobilità e questa deve ritenersi sufficientemente avvalorata dal fatto che le parti sociali l'abbiano prevista e disciplinata. Non bisognerebbe dimenticare che l'articolo 13 è stato scritto per rispondere alla negativa esperienza delle pratiche di gestione autoritaria e discriminatoria degli anni '50, mortificanti per la dignità del lavoratore e non per creare in capo al lavoratore un diritto che possa essere considerato anche come un limite ad innovazioni organizzative concordate con il sindacato.

Bisogna comunque riconoscere lo sforzo compiuto da quella giurisprudenza che ha meritevolmente cercato di salvare le clausole di contratto collettivo prevedenti fungibilità di mansioni. Essa ha finito per aggiornare la nozione di equivalenza dilatandola (o meglio elasticizzandola) sia in ragione del soddisfacimento di temporanee esigenze aziendali - le quali quindi potrebbero giustificare che il lavoratore venga temporaneamente adibito ad una mansione diversa anche nel caso in cui questa esprima una diversa professionalità; qui l'equivalenza è assunta come appartenenza delle diverse mansioni alla medesima area di inquadramento - sia in ragione del soddisfacimento dell'interesse dei lavoratori appartenenti ad un medesimo livello di inquadramento a valorizzare – attraverso la mobilità - la loro "professionalità potenziale". Si è trattato di un lodevole sforzo di correzione, fatto nella consapevolezza della necessità di assecondare – utilizzando gli spazi consentiti dall' elasticità del dato normativo – i percorsi dell'autonomia collettiva.

In conclusione, anche se in termini che continuano a conservare una certa ambiguità, la giurisprudenza si è avvicinata ad un risultato al quale si sarebbe potuti pervenire sin dall'inizio, riconoscendo che il concetto di equivalenza non ha un contenuto unitario, potendo modularsi in funzione delle svariate forme e significati che la mobilità "professionale" può presentare all'interno dell'azienda.

2. La riscrittura dell'articolo 2103 c.c.

Nel decreto legislativo 81/2015 si prevede (art. 3) una totale riscrittura dell'articolo 2013 del codice civile¹⁹¹. Le novità sono molte, ma tre in particolare vanno segnalate:

¹⁹¹ Art. 3 (Disciplina delle mansioni).

1. L'articolo 2013 del codice civile è sostituito dal seguente:

«2103. Prestazione di lavoro. – Il lavoratore deve essere adibito alle mansioni per le quali è stato assunto o a quelle corrispondenti all'inquadramento superiore che abbia successivamente acquisito ovvero a mansioni riconducibili allo stesso livello e categoria legale di inquadramento delle ultime effettivamente svolte.

In caso di modifica degli assetti organizzativi aziendali che incide sulla posizione del lavoratore, lo stesso può essere assegnato a mansioni appartenenti al livello di inquadramento inferiore purché rientranti nella medesima categoria legale.

Il mutamento di mansioni è accompagnato, ove necessario, dall'assolvimento dell'obbligo formativo, il cui mancato adempimento non determina comunque la nullità dell'atto di assegnazione delle nuove mansioni.

Ulteriori ipotesi di assegnazione a mansioni appartenenti al livello di inquadramento inferiore, purché rientranti nella medesima categoria legale, possono essere previste dai contratti collettivi.

Nelle ipotesi di cui al secondo e quarto comma, il mutamento di mansioni è comunicato per iscritto, a pena di nullità, e il lavoratore ha diritto alla conservazione del livello di inquadramento e del trattamento retributivo in godimento, fatta eccezione per gli elementi retributivi collegati a particolari modalità di svolgimento della prestazione lavorativa.

Nelle sedi di cui all'articolo 2113, quarto comma, o avanti alle commissioni di certificazione di cui all'articolo 76 del decreto legislativo n. 10 settembre 2003, n. 276, possono essere stipulati accordi individuali di modifica delle mansioni, della categoria legale e del livello

- a) viene abbandonato il criterio dell'equivalenza professionale come limite al mutamento delle mansioni e sostituito da una tutela della professionalità intesa in senso più generico, come appartenenza ad un determinato livello di inquadramento
- b) viene disciplinata l'adibizione a mansioni inferiori
- c) si comincia a parlare di formazione.

Prima di farne una sommaria analisi, vanno svolte due veloci considerazioni.

La prima: la norma non brilla per chiarezza in alcuni punti e questo non fa onore ad un legislatore che si prefigge di ridurre il ruolo della mediazione giudiziaria.

La seconda: ci si deve chiedere se per caso non ci si trovi di fronte ad un eccesso di delega. L'interrogativo potrebbe essere legittimamente posto, poiché la legge delega sembrava legittimare una mobilità interna "in caso di processi di riorganizzazione, ristrutturazione o conversione aziendale individuati sulla base di parametri oggettivi"¹⁹², mentre ci troviamo di fronte ad una riscrittura (peraltro opportuna) di tutto l'articolo 2013. Una situazione analoga sembra essere presente anche nel decreto legislativo 4 marzo 2015, n. 23, nel quale, al posto di una figura di contratto a tutele crescenti, contemplata dalla delega, si trova la riformulazione di un profilo importante della disciplina dei licenziamenti (quello delle sanzioni) a valere per tutti i nuovi contratti di lavoro subordinato a tempo indeterminato.

Passiamo a dare un'occhiata alle novità prima richiamate.

2.1. Le mansioni esigibili in via ordinaria.

L'abbandono del criterio dell'equivalenza sembra implicare, sul piano formale, un ampliamento dell'area del debito in capo al lavoratore. Tutte le mansioni del livello di inquadramento risultano in teoria esigibili. Il bene tutelato non è più la professionalità del lavoratore intesa nel senso elaborato dalla giurisprudenza tradizionale, bensì la "posizione" da lui occupata in azienda in ragione della categoria di inquadramento alla quale appartiene.

In verità l'innovazione si lascia apprezzare sotto molteplici profili.

di inquadramento e della relativa retribuzione, nell'interesse del lavoratore alla conservazione dell'occupazione, all'acquisizione di una diversa professionalità o al miglioramento delle condizioni di vita.

Nel caso di assegnazione a mansioni superiori il lavoratore ha diritto al trattamento corrispondente all'attività svolta e l'assegnazione diviene definitiva, salva diversa volontà del lavoratore, ove la medesima non abbia avuto luogo per ragioni sostitutive di altro lavoratore in servizio, dopo il periodo fissato dai contratti collettivi o, in mancanza, dopo sei mesi continuativi.

Il lavoratore non può essere trasferito da un'unità produttiva ad un'altra se non per comprovate ragioni tecniche, organizzative e produttive.

Salvo che ricorrano le condizioni di cui al secondo e quarto comma e fermo quanto disposto al sesto comma, ogni patto contrario è nullo».

2. L'articolo 6 della legge 13 maggio 1985, n. 190, è abrogato.

¹⁹² "revisione della disciplina delle mansioni, in caso di processi di riorganizzazione, ristrutturazione o conversione aziendale individuati sulla base di parametri oggettivi, contemperando l'interesse dell'impresa all'utile impiego del personale con l'interesse del lavoratore alla tutela del posto di lavoro, della professionalità e delle condizioni di vita ed economiche, prevedendo limiti alla modifica dell'inquadramento; previsione che la contrattazione collettiva, anche aziendale ovvero di secondo livello, stipulata con le organizzazioni sindacali dei lavoratori comparativamente più rappresentative sul piano nazionale a livello interconfederale o di categoria possa individuare ulteriori ipotesi rispetto a quelle disposte ai sensi della presente lettera;"

A) Si realizza una semplificazione della gestione aziendale, perché si crea un quadro idoneo a conferire maggiore certezza alle decisioni assunte dal datore di lavoro. Verrebbero chiusi gli spazi ad interpretazioni che la giurisprudenza possa operare, eventualmente anche contro i deliberati dell'autonomia collettiva; il livello di inquadramento costituisce un parametro più sicuro di quello rappresentato dalla professionalità, difficilmente gestibile nelle aule giudiziarie. La tendenza alla semplificazione gestionale è presente anche nella disciplina del "contratto a tutele crescenti", sebbene in essa si manifesti nella rozza ma efficace misura della predeterminazione della monetizzazione (ai datori di lavoro si dà certezza in ordine ai costi dell'eventuale illegittimità del licenziamento).

B) Sebbene in termini impliciti, si restituisce un ruolo decisivo all'autonomia collettiva. È innegabile che la soppressione del generico dato dell'equivalenza – che si prestava ad essere governato esclusivamente attraverso la mediazione giudiziaria – implica una restituzione di un ruolo decisivo all'autonomia collettiva (come è giusto che sia in un'area nella quale si tratta di contemperare dinamiche dell'organizzazione e tutela della posizione dei lavoratori in essa coinvolti).

Poiché la scala classificatoria è un istituto naturalmente governato dall'autonomia collettiva è chiaro che l'operazione si risolve in un implicito rinvio all'autonomia collettiva del compito di determinare l'area del debito relativo allo svolgimento della prestazione lavorativa. A ben vedere il suo compito viene agevolato dall'assenza della garanzia retributiva che nel vecchio articolo 13 veniva contemplata con riferimento agli spostamenti a mansioni equivalenti.

In conseguenza di questa operazione, pertanto, la scala classificatoria viene chiamata a svolgere – in aggiunta alla tradizionale funzione di strumento di determinazione del trattamento corrispettivo spettante ai lavoratori (la scala classificatoria è uno strumento di specificazione del debito gravante sul datore di lavoro; a seconda della sua collocazione nella scala classificatoria al lavoratore spetta un determinato trattamento) – la funzione, decisamente innovativa, di determinazione dell'area del debito di prestazione. È una funzione che qualche contratto collettivo ha già cercato di attribuire alla scala classificatoria, ma correndo il rischio di incappare nel limite posto dal dettato del vecchio articolo 13¹⁹³.

Si può dire che, in conseguenza di questa innovazione si sia determinato un aggravamento della posizione debitoria del lavoratore?

Si dovrebbe rispondere positivamente, ma solo se si desse un giudizio a bocce ferme, cioè tenendo conto degli attuali inquadramenti. A ben vedere, proprio assumendo come plausibile questa prospettiva, nell'emanare il decreto legislativo si è voluto apportare una correzione allo schema che era stato sottoposto al Parlamento per il parere, considerando che nella realtà degli attuali inquadramenti è presente un compattamento di figure appartenenti a diverse categorie legali (c.d. inquadramento unico). Si è ritenuto opportuno aggiungere un limite, quello rappresentato dall'appartenenza delle nuove mansioni alla medesima categoria legale¹⁹⁴.

¹⁹³ Penso, ad esempio, al contratto dei chimici, nel quale – con la prospettiva di consentire "un ampliamento delle ipotesi di mobilità, accorpamento e arricchimento delle mansioni" – il sistema classificatorio opera una distinzione tra livelli di inquadramento (le figure riconducibili a questo livello vengono considerate professionalmente equivalenti) e posizioni organizzative. Al livello di inquadramento è legato il minimo contrattuale; alla posizione organizzativa una indennità di posizione che si mantiene quando il passaggio di posizione organizzativa sia divenuto definitivo. Un contratto collettivo siffatto – della cui legittimità si sarebbe potuto dubitare di fronte alla rigidità del vecchio quadro normativo – viene quindi messo in sicurezza dalla nuova formulazione dell'articolo 2103 c.c.

¹⁹⁴ Lo schema si limitava a parlare di "livello di inquadramento".

Ma il giudizio, a mio avviso, non va certo dato a bocce ferme. Infatti, il contratto collettivo è strumento governato da entrambe le parti e quindi presuppone soluzioni condivise. Orbene questa disposizione – provocatoriamente producendo una sorta di tabula rasa - naturalmente spingerà la contrattazione collettiva ad elaborare – anche nell’interesse delle aziende ad una ordinata gestione - nuovi tipi di inquadramento ed una disciplina della mobilità all’interno degli stessi, con attenzione anche alle connesse dinamiche retributive nonché agli inevitabili interventi formativi.

La contrattazione saprà trovare – essendo questo il suo compito - il giusto bilanciamento tra esigenze delle imprese e interessi dei lavoratori. Peraltro nel nuovo quadro – questo importa rilevare – non ci dovrebbero essere spazi per interventi giudiziali volti a porre limiti a siffatte operazioni¹⁹⁵. Esse potranno legittimarsi anche ove vengano concepite per il soddisfacimento dell’interesse aziendale ad una maggiore produttività, senza necessariamente doversi presentare come operazioni di arricchimento della professionalità.

L’unico spazio di intervento – purtroppo – è solo quello desumibile dall’antistorica rivitalizzazione dell’art. 2095 c.c. che si è voluto prudenzialmente operare.

C) Bisogna riconoscere che dalla nuova disposizione scaturirebbe, sul piano sistematico, una forte valorizzazione del principio della stabilità del rapporto di lavoro (anche se questa affermazione potrebbe sembrare avere un sapore di facile ironia, se si pensa a quel che si è fatto con il “contratto a tutela crescenti”). Il licenziamento potrà giustificarsi solo nel caso di inesistenza di un posto vacante appartenente al livello di inquadramento del lavoratore (o, come vedremo tra poco, a quello immediatamente inferiore). Si può dire che, per questa via si è fornita una base solida alla soluzione che la giurisprudenza, come si è ricordato, ha già avuto modo di anticipare.

2.2. L'adibizione a mansioni inferiori.

L’esplicita previsione della possibilità dello spostamento a mansioni inferiori rappresenta un’altra eclatante novità, che sembra ripercorrere, con qualche forzatura, tracciati già realisticamente inaugurati dalla giurisprudenza.

La norma opera una distinzione tra due tipi di spostamento: uno spostamento operato unilateralmente dal datore di lavoro ed uno deciso consensualmente

Il primo (lo spostamento unilaterale) viene previsto in due punti. Nel comma 2 (dove viene giustificato da una “modifica degli assetti organizzativi che incide sulla posizione del lavoratore”) e nel comma 4 (che parla di “ulteriori ipotesi di assegnazione di mansioni appartenenti al livello di inquadramento inferiore” previste dalla contrattazione collettiva). In considerazione della particolare delicatezza di questo provvedimento, che implica il sacrificio di un rilevante interesse del lavoratore di fronte alle esigenze dell’impresa, si è previsto che lo spostamento debba essere disposto in forma scritta, a pena di nullità¹⁹⁶. Inoltre si è previsto che lo spostamento peggiorativo

¹⁹⁵ Ovviamente sappiamo che le vie della giurisprudenza sono infinite. Potrebbe quindi esserci qualche magistrato che si senta autorizzato a concepire il livello di inquadramento come corrispondente ai livelli salariali effettivi (quelli, per rifarci all’esempio prima richiamato del contratto dei chimici, comprensivi dell’indennità di posizione). Ma bisogna riconoscere che così facendo userebbe violenza all’autonomia collettiva che, nel lavoro privato, è l’unica abilitata a forgiare i livelli di inquadramento.

¹⁹⁶ È da ritenere che questo implichi che il provvedimento debba contenere indicazione, non generica, delle modifiche organizzative che lo giustificano, così da consentire al lavoratore (ed eventualmente al magistrato) di apprezzare la sussistenza della connessione.

disposto unilateralmente, da un lato, subisca lo stesso limite posto allo spostamento orizzontale (cioè è possibile solo verso mansioni appartenenti alla medesima categoria legale¹⁹⁷) e, dall'altro lato, debba comportare la conservazione dell'inquadramento superiore e della relativa retribuzione¹⁹⁸.

Il secondo tipo di spostamento (lo spostamento concordato) è previsto nel comma 6, dove si parla della possibilità di accordi fatti "nell'interesse del lavoratore alla conservazione dell'occupazione, all'acquisizione di una diversa professionalità o al miglioramento delle condizioni di vita". In questo caso le parti sono libere di ridefinire le mansioni ed il relativo trattamento corrispettivo¹⁹⁹; l'unico limite è rappresentato dal fatto che l'accordo deve essere raggiunto "nelle sedi di cui all'articolo 2113, quarto comma, o avanti alle commissioni di certificazione di cui all'articolo 76 del decreto legislativo n. 10 settembre 2003, n. 276".

Il principale nodo problematico è rappresentato, a mio avviso, dalla difficoltà di distinguere tra i presupposti dei due tipi di spostamento; in particolare tra quello che sembra configurare uno *ius variandi in peius* capo al datore di lavoro e quello operato su base di accordo per soddisfare l'esigenza del lavoratore a conservare l'occupazione.

La difficoltà discende dal fatto che le formule utilizzate sembrano non fare i conti esplicitamente con la giurisprudenza richiamata poco fa; quella che, nella logica della tutela della stabilità, considera doveroso – in alternativa al licenziamento – lo spostamento verso posti che siano considerabili liberi, anche inferiori (in mancanza di posti equivalenti).

Ci si deve chiedere se la riscrittura dell'articolo 13 miri a stabilizzare e regolare la soluzione giurisprudenziale oppure miri a correggerla a favore del datore di lavoro.

Diventa cruciale comprendere con precisione in cosa precisamente consista la modifica degli assetti organizzativi aziendali che giustifica l'esercizio di uno *ius variandi in peius*. Bisogna riconoscere che il termine è oltremodo generico, specie considerando che la stessa modifica delle mansioni può di per sé integrare una modifica di assetti organizzativi. Peraltro, sul punto la delega era più circostanziata e, ciò nonostante, esplicitamente richiedeva ulteriori specificazioni²⁰⁰.

Se si dovesse ritenere che la modificazione degli assetti debba configurare una situazione idonea a costituire un gmo di licenziamento ci troveremmo di fronte ad una conferma del dato giurisprudenziale (con la variante che lo spostamento verso mansioni inferiori sarebbe frutto dell'esercizio di un potere del datore di lavoro e non di un accordo modificativo). In questo caso la seconda formula (quella che contempla la variazione in *peius* su base di accordo) troverebbe giustificazione solo per il caso in cui lo spostamento sia verso una posizione inquadrata non nel livello immediatamente inferiore, bensì a livelli inferiori rispetto a quest'ultimo. E potrebbe ritenersi

È chiaro che – così come si afferma relativamente ai licenziamenti – il magistrato non potrà sindacare l'innovazione organizzativa, ma solo la sua effettiva incidenza sulla posizione del lavoratore.

¹⁹⁷ Anche questa limitazione è stata introdotta in correzione dello schema di decreto legislativo sottoposto al parere del Parlamento.

¹⁹⁸ La garanzia opererebbe "fatta eccezione per gli elementi retributivi collegati a particolari modalità di svolgimento della precedente prestazione lavorativa".

¹⁹⁹ Ad abundantiam la disposizione parla di "mansioni", "categoria legale", "livello di inquadramento" e "relativa retribuzione".

²⁰⁰ La delega parlava di processi di riorganizzazione, ristrutturazione o conversione aziendale individuati sulla base di parametri oggettivi".

sussistente una doverosità dell'offerta dell'accordo modificativo da parte del datore di lavoro (sempre nel caso che sussista un posto vacante)

Si potrebbe sostenere anche che si sia voluta configurare, invece, una situazione non coincidente con il gmo, o non necessariamente coincidente, in considerazione del fatto che l'interesse al mantenimento dell'occupazione è esplicitamente richiamato con riferimento allo spostamento concordato²⁰¹. Se fosse corretta questa lettura ci troveremmo di fronte ad un'ulteriore dilatazione - a favore del datore di lavoro - dei compiti esigibili, compensata dal mantenimento dell'inquadramento. Essa implicherebbe una semplificazione gestionale. Il datore di lavoro - facendo ricorso allo *ius variandi* e non all'accordo - non dovrebbe farsi carico di fornire prova della sussistenza di un gmo di licenziamento, pur rimanendo tenuto a fornire prova della sussistenza della causale giustificativa dello spostamento; prova certo meno difficile, data l'assoluta genericità della formula.

C'è da chiedersi se la giurisprudenza vorrà riproporre l'idea che lo spostamento a mansioni inferiori debba comunque essere una scelta da considerare come *extrema ratio* (quindi legittimo quando non vi siano posti occupabili nel livello di inquadramento posseduto). È prevedibile che lo faccia, anche considerando che la delega parla di un interesse del lavoratore alla professionalità.

Peraltro sarebbe plausibile sostenere anche che questo interesse non si esaurisca nel mantenimento del proprio inquadramento (superiore) e che quindi debba sussistere un diritto del lavoratore alla reversibilità dell'assegnazione²⁰² alle mansioni inferiori quando se ne verifichi la possibilità (cioè la sopravvenienza di una vacanza). In questo caso si dovrebbe ritenere che l'assegnazione a mansioni inferiori debba essere caratterizzata dalla temporaneità²⁰³.

2.3. La formazione.

È decisamente interessante che nelle dinamiche della mobilità endoaziendale finalmente il legislatore contempra l'istituto della formazione. Purtroppo decisamente approssimativa - e quindi assai discutibile sul piano tecnico - è la relativa formulazione.

Il richiamo della formazione costituisce un naturale portato della scelta di dilatare lo spettro dei compiti esigibili staccandosi dalla vecchia prospettiva incentrata sui compiti lavorativi e sulla professionalità richiesta per il loro svolgimento intesa come limite al potere direttivo del datore di lavoro. Ed infatti ben si comprende che la formazione venga tirata in ballo nel caso in cui l'adibizione venga disposta a mansioni - appartenenti allo stesso livello di inquadramento ovvero a quello inferiore - per il cui svolgimento non è sufficiente il bagaglio "professionale" posseduto dal lavoratore.

Quello che non è chiaro è come si strutturi questa materia nella disciplina del rapporto di lavoro. Il dettato della disposizione è decisamente inadeguato a governare la complicazione che comporta l'inserimento di questo istituto nella relazione contrattuale. Probabilmente l'estensore

²⁰¹ Carlo Pisani, con il quale ho avuto uno scambio di opinioni sul nuovo articolo, propende per l'idea che la formula riguardi l'ipotesi della sottrazione di compiti, che la giurisprudenza ha assimilato ad una assegnazione a mansioni inferiori quando lesiva della professionalità.

²⁰² Coglie questo aspetto l'intervento di Gargiulo in questo volume.

²⁰³ In questo senso Bellavista, Il nuovo articolo 2013 c.c. nel Jobs act, in www.dirittisocialiecittadinanza.

della disposizione ha voluto richiamare un tema che si sconta debba essere disciplinato dal contratto collettivo.

La disposizione si limita a richiamare la formazione come oggetto di un obbligo, ma non dice chi sia precisamente il portatore di quest'obbligo, aggravando l'enigma con la previsione secondo la quale "il mancato adempimento dell'obbligo non determina comunque la nullità dell'atto di assegnazione alle nuove mansioni".

C'è chi ne parla come obbligo gravante sul datore di lavoro²⁰⁴ derivandone, in caso di inadempimento, che questi non possa poi contestare al lavoratore l'inadeguatezza della prestazione²⁰⁵.

Sarebbe tuttavia prospettabile una diversa lettura, spinti dalla considerazione che sarebbe assurdo prevedere che il soggetto inadempiente possa comunque vantare una pretesa alla prestazione.

Con maggiore linearità si potrebbe forse sostenere che il creditore della prestazione lavorativa, più che obbligato alla formazione, sia onerato a fornirla quando necessaria allo svolgimento dei nuovi compiti; derivandone che, in mancanza di assolvimento dell'onere, il provvedimento di adibizione alle nuove mansioni non sia valido. Invece il soggetto obbligato sarebbe certamente il lavoratore. L'inadempimento dell'obbligo formativo concretizzerebbe un inadempimento dell'obbligo di prestazione.

Ovviamente, rimarrebbe da chiarire in cosa possa concretizzarsi l'inadempimento di quell'obbligo. Sicuramente nel rifiuto di partecipazione alla formazione ovvero nella partecipazione irregolare. C'è da chiedersi, invece, se possa configurarsi inadempimento anche nel caso in cui il lavoratore non sia riuscito a conseguire l'obiettivo formativo.

Tutti questi profili delicati della materia dovranno necessariamente essere governati dalla contrattazione collettiva la quale, nel ridefinire gli inquadramenti, saprà individuare percorsi di mobilità credibili. Non è pensabile, invece, che la norma possa prestarsi a favorire una gestione unilaterale della materia da parte del datore di lavoro

2.4. Lo spostamento a mansioni superiori.

Un ulteriore elemento di novità riguarda lo spostamento verso mansioni superiori (comma 7). Si segue la traccia del vecchio articolo 13 apportandovi tre modifiche e si estende la disciplina anche alla categoria dei quadri per i quali esisteva una apposita disciplina di questo profilo²⁰⁶.

Prima modifica. Si è cambiata la formula che delineava la fattispecie produttiva dell'effetto della definitività dell'assegnazione alle mansioni superiori e, quindi, della promozione automatica (la promozione scattava quando l'assegnazione non fosse stata fatta in sostituzione di un lavoratore assente "con diritto alla conservazione del posto", quindi in quei casi – ad esempio, malattia, infortunio - in cui la disciplina del rapporto di lavoro avesse contemplato un limite al potere di licenziamento). Ora si è ristretta la fattispecie, prevedendo che la promozione non possa scattare

²⁰⁴ Maresca, in una relazione ascoltata in un recente seminario svoltosi presso l'Università Unicampus di Roma; Gargiulo, op. cit.

²⁰⁵ Gargiulo, op. cit.

²⁰⁶ L'art. 6 della legge 13 maggio 1985, n. 190 prevedeva, in deroga all'art. 13, che l'autonomia collettiva potesse allungare il termine dei tre mesi previsto per la promozione. Quell'articolo è stato ora abrogato (art. 3, co. 2. del decreto legislativo).

quando l'assegnazione delle mansioni superiori sia avvenuta "per ragioni sostitutive di altro lavoratore in servizio". È una modifica che può apparire di buon senso; si pensi, ad esempio, che ove il sostituto fosse stato impegnato a seguire un corso di formazione (situazione tecnicamente non rientrante nella vecchia formula di assenza con diritto alla conservazione del posto), il sostituto avrebbe potuto conseguire la promozione. Si trattava di una rigidità certamente irragionevole. Nello stesso tempo, tuttavia, questa modifica richiede di essere ragionevolmente governata dall'autonomia collettiva, altrimenti prestandosi a pratiche abusive.

Seconda modifica. Pur continuandosi ad affidare all'autonomia collettiva il compito di fissare il termine decorso il quale si produce la promozione, questa volta il rinvio è libero e – seguendo il modello già adottato nella disciplina dei criteri di scelta dei lavoratori nelle riduzioni di personale - la legge si limita a contemplare solo in via suppletiva il limite, elevato a sei mesi.

Terza modifica. Nella fattispecie produttiva dell'effetto promozione si è inserito un nuovo elemento: il lavoratore non deve aver espresso una volontà contraria. Quindi si è reso compromettibile a livello individuale il diritto alla promozione. È una novità curiosa, perché sarebbe stato più logico disciplinare la possibilità di rifiuto dell'assegnazione alle mansioni superiori. Peraltro – a differenza di quanto previsto per gli accordi peggiorativi- nessuna garanzia viene prevista a sostegno della sincerità del rifiuto.

Ci si deve poi chiedere: l'esclusione della promozione implica o non il diritto a rifiutare la prestazione allo scadere del termine in presenza del quale sarebbe scatta la promozione? Il termine è previsto dalla legge non come limite alla durata dell'assegnazione alle mansioni superiori, ma solo come elemento della fattispecie produttiva dell'effetto della promozione automatica. Ma la logica dovrebbe portare a sostenere che la scadenza del termine che non faccia scattare la promozione, a causa della rinuncia anticipata espressa dal lavoratore, dovrebbe anche legittimare il rifiuto a svolgere le mansioni superiori. In mancanza di una disciplina della temporaneità dello spostamento rimarrebbe senza tutela l'interesse del lavoratore in ragione del quale egli si è determinato ad operare la rinuncia. Una mansione che lo espone a determinati rischi ha diritto di rifiutarla?

La verità è che tutte queste cose avrebbero dovuto essere scritte dopo aver fatto chiarezza sulla configurazione dell'adibizione alle mansioni superiori. C'è veramente un potere di variazione in capo al datore di lavoro o questo tipo di spostamento viene fatto sulla base di un accordo? Anche qui si conferma che sarebbe stato meglio rimettere esplicitamente tutta la regolazione di questi profili all'autonomia collettiva.

3. Qualche considerazione di carattere generale su alcune recenti tendenze di politica legislativa in materia di rapporto di lavoro.

La stagione che stiamo attraversando segna in maniera marcata la parabola discendente dello statuto dei lavoratori²⁰⁷.

Questa legge, di importanza centrale per il tradizionale assetto protettivo del diritto del lavoro, è stata logorata in più punti dal tempo trascorso.

207 F. Carinci, Il tramonto dello statuto dei lavoratori (dalla legge n. 300/1970 al Jobs act), in Studi in memoria di Mario Giovanni Garaofalo, Bari 2015.

Sul versante della sua anima promozionale lo smottamento più rilevante era stato prodotto dal referendum sull'articolo 19, norma che ora sopravvive sull'instabile lettura datane dalla Corte costituzionale.

Sul versante della disciplina del rapporto di lavoro le rigidità che essa aveva cercato di imporre – in risposta alle negative esperienze degli anni '50 - si stanno sgretolando sotto le spinte delle dinamiche economiche che inducono il legislatore, assillato dal problema occupazionale, a conferire crescente rilievo alle ragioni dell'impresa ed a concepire la protezione del lavoro come fondata, in primo luogo, sulle capacità competitive di quest'ultima.

Pensiamo a ciò che è accaduto, già da qualche tempo, all'istituto del collocamento, che pretendeva di imporre una forte rigidità in entrata secondo una logica distributiva delle occasioni di lavoro. Il collocamento numerico, che lo statuto voleva rendere più effettivo e condizionato dalla presenza del sindacato (artt. 33 e 34), è stato completamente travolto, come è noto, negli anni 90 ed al suo posto si è delineato un collocamento inteso come servizio al libero incontro tra i lavoratori e le imprese (sappiamo che si tratta di un disegno che, nella maggior parte dei casi, stenta a tradursi nella prassi).

Sempre per quel che riguarda il rapporto di lavoro, si pensi a ciò che qualche mese fa è accaduto all'articolo 18 dello statuto dei lavoratori (rigidità in uscita). Percorrendo con maggior decisione la strada già aperta dalla legge Fornero quell'articolo è stato ridotto a ben poca cosa²⁰⁸, nella convinzione che esso – anche se già indebolito dalle complicate formule della legge Fornero –

²⁰⁸ Si veda il d. lgs. 4 marzo 2015, n. 23. Si sono seccamente restituite quote di potere all'impresa. Se è vero che formalmente l'esercizio del potere di recesso continua ad essere subordinato alla sussistenza di una giusta causa o di un giustificato motivo, è altrettanto vero che la monetizzazione della violazione in termini veramente blandi equivale a ridurre il peso di quelle causali nella logica della gestione aziendale. Eloquente, al riguardo, è anche l'esclusione, nella nuova disciplina, di quel condizionamento che la decisione datoriale potrebbe avere nella fase della conciliazione preventiva rispetto all'intimazione del licenziamento per giustificato motivo oggettivo. Sotto questo profilo un particolare rilievo presenta anche la disposizione che consente la monetizzazione del licenziamento per giustificato motivo soggettivo anche nel caso in cui il comportamento contestato al lavoratore sia stato inequivocabilmente contemplato del contratto collettivo come passibile di una sanzione conservativa (si pensi, ad esempio, ad un comportamento per il quale il contratto collettivo esplicitamente preveda solo un richiamo verbale).

L'intento di correggere la Fornero relativamente a questo profilo era certamente comprensibile, dal momento che la formulazione in essa contenuta non consentiva di raggiungere l'obiettivo che si voleva perseguire, quello di limitare la sanzione della reintegrazione ai casi più gravi di violazione della disciplina del licenziamento da parte del datore di lavoro (infatti, il magistrato, esercitando il suo potere di apprezzamento della gravità del comportamento del lavoratore, ben poteva disporre la reintegrazione ove avesse ritenuto che quel comportamento dovesse essere passibile solo di una sanzione conservativa). Probabilmente i redattori della Fornero sarebbero riusciti a cogliere nel segno se, invece di escludere la monetizzazione con riferimento ai licenziamenti motivati da comportamenti contemplati dal contratto collettivo come passibili di sanzione conservativa, avessero escluso la sanzione della reintegrazione con riferimento ai licenziamenti adottati per reagire a comportamenti del lavoratore qualificati dal contratto collettivo come passibili di licenziamento, con riferimento ad essi ragionevolmente escludendo la possibilità di un diverso apprezzamento da parte del magistrato (ad esempio, se il furto è previsto come evento legittimante il licenziamento in tronco, può essere ragionevole precludere al magistrato un diverso apprezzamento, ad esempio in considerazione dello scarso valore del bene rubato).

Ad ogni modo, se era comprensibile che si volesse correggere la Fornero, è invece difficilmente deglutibile, per la sua irrazionalità, la soluzione che si è data. Essa perpetra una sfacciata svalutazione del dettato dell'autonomia collettiva. Sotto questo profilo probabilmente si potrebbe sostenere la sua incostituzionalità perché, consentendosi al datore di lavoro di "portare a casa" comunque un risultato in palese violazione di quel dettato, esplicitamente si mortifica il principio della tutela del lavoro (35 Cost), che si esprime anche attraverso l'esercizio dell'autonomia collettiva. Peraltro questa mortificazione avviene in un'area – quella del potere disciplinare – che deve ritenersi neanche lontanamente riconducibile a quella dialettica insiders/outside che può fornire un alibi all'intrusione del legislatore. In conclusione, la Corte potrebbe sostenere che è irragionevole sanzionare con la reintegrazione il licenziamento discriminatorio e non anche l'inequivocabile violazione del contratto collettivo.

continuasse a costituire un incentivo alla fuga delle imprese dalle assunzioni a tempo indeterminato e, quindi, un elemento influente sulla condizione di precarietà degli *outsiders*²⁰⁹.

Ora, come abbiamo visto nei paragrafi precedenti, si è provveduto alla revisione di un'altra rigidità, quella relativa alle mansioni (art. 13). Dopo la flessibilità numerica, garantita dal "contratto a tutele crescenti"²¹⁰, si assicura anche la flessibilità gestionale relativamente ai compiti lavorativi esigibili dal datore di lavoro. Un'altra flessibilità gestionale è in arrivo, attraverso la modifica dell'articolo 4, sui controlli a distanza.²¹¹

²⁰⁹ Sembra che, su questo versante, la statistica cominci a registrare effetti positivi del decreto, che ovviamente non sono di incremento dell'occupazione – poiché questo può essere propiziato solo dalla crescita economica – bensì di trasformazione di contratti temporanei in contratti a tempo indeterminato.

Il legislatore cerca di contrastare la precarietà anche attraverso il tentativo di un drastico ridimensionamento della figura delle collaborazioni a progetto prevedendo (art. 2, d. lgs. 15 giugno 2015, n. 81) che la disciplina del rapporto di lavoro subordinato trovi applicazione anche ai rapporti di collaborazione "le cui modalità di esecuzione sono organizzate dal committente anche con riferimento ai tempi e ai luoghi di lavoro". Come sappiamo, un tentativo di contenimento era stato già fatto qualche anno fa (con la legge 92/2012) prevedendo limitazioni e presunzioni di subordinazione. Si era prodotta una riduzione delle collaborazioni, ma solo in virtù della complessità del suo dettato e delle conseguenti nuove incertezze che ne derivavano e che rendevano la materia un vero e proprio campo minato. Ora il nuovo decreto segue la strada di una drastica semplificazione: sopprime la figura del contratto a progetto e affida la selezione al criterio della eteroorganizzazione della collaborazione.

Che dire? L' intenzione di semplificare è sicuramente apprezzabile, ma bisogna riconoscere che siamo ancora lontani da un quadro che possa offrire certezze. Si introduce un criterio (la eteroorganizzazione) che dovrà essere chiarito, dal momento che si presta ad una duplice lettura. Infatti, da un lato si potrebbe sostenere che la eteroorganizzazione sussista solo in presenza di un potere, in capo al datore di lavoro, di modificazione delle modalità di esecuzione della collaborazione; da un altro lato si potrebbe sostenere, invece, che il concetto di eteroorganizzazione non necessariamente riguardi l'esercizio di un potere del datore, essendo riferibile anche ad una eteroorganizzazione interamente configurata consensualmente, all'interno del programma negoziale. Solo questa seconda lettura – che si sostanzerebbe nel ritenere il criterio dell'eteroorganizzazione una riproposizione, con altre parole, del vecchio concetto di coordinamento - si presterebbe a prosciugare effettivamente il bacino delle collaborazioni. In conclusione l'unica certezza è che dovremo assistere ad un interessante lavoro della dottrina ed agli assestamenti della giurisprudenza. Da un legislatore che vuole offrire maggiori certezze alla gestione aziendale, anche riducendo gli spazi della mediazione giudiziaria, c'era da aspettarsi uno sforzo maggiore.

²¹⁰ E, ancor prima, dalla sostanziale liberalizzazione del contratto di lavoro a termine.

²¹¹ Su questo articolo un intervento era necessario. L'evoluzione tecnologica da tempo ci aveva messo di fronte ad una situazione che certamente non poteva essere contemplata nel 1970 (anno di emanazione dello statuto dei lavoratori) e cioè alla diffusione nel tessuto della organizzazione aziendale di dispositivi (come ad esempio il computer, lo smartphone) necessari allo svolgimento dell'attività produttiva, ma idonei a raccogliere una messe di informazioni sull'attività svolta dal lavoratore. Si poteva ritenere che anche per questi dispositivi si ponesse l'onere della negoziazione con il sindacato e si poneva il problema di quali dati potesse essere fatta raccolta. Su questo secondo versante era successivamente intervenuta la legislazione in materia di tutela della privacy e l'autorità istituita per la gestione di questa legge (Garante per la protezione dei dati personali) nel 2006 aveva dettato linee guida per il trattamento dei dati relativi ai lavoratori dipendenti da parte dei datori di lavoro e pubblicato un vademecum (aprile 2015) riassuntivo delle sue prese di posizione.

La nuova disposizione cosa fa?

Da un lato, perfidamente non riproduce espressamente quel divieto, sebbene sembri presupporlo poiché continua a subordinare ad un accordo con le rappresentanze dei lavoratori (o, in mancanza di accordo, all'autorizzazione dell'attività amministrativa) l'installazione di strumenti "per esigenze organizzative e produttive, per la sicurezza del lavoro e per la tutela del patrimonio aziendale" dai quali derivi anche "la possibilità di un controllo a distanza dell'attività dei lavoratori" (comma 1).

Da un altro lato, ha voluto esplicitamente sottrarre le aziende dall'impaccio del necessario confronto con il sindacato (nonché dai limiti che da quel confronto potrebbero scaturire) quando siano in gioco gli "strumenti utilizzati dal lavoratore per rendere la prestazione lavorativa" e gli "strumenti di registrazione degli accessi e delle presenze" (comma 2).

Da un altro lato ancora, statuisce che le informazioni raccolte ai sensi del primo e del secondo comma siano utilizzabili legittimamente" a tutti i fini connessi al rapporto di lavoro "a condizione che sia data al lavoratore adeguata informazione delle modalità d'uso degli strumenti e di effettuazione dei controlli e nel rispetto di quanto disposto dal decreto legislativo 30 giugno 2003, n. 196" (la legge sulla protezione dei dati personali).

Nella sostanza quale effetto produrrà questa norma? Verrà esplicitamente svalutata la mediazione sindacale ed il potere aziendale verrà assoggettato ai soli limiti che potranno derivare dalla normativa sulla protezione dei dati personali. La gestione di questa normativa, tuttavia, non potrà essere orientata, come accadeva nel precedente quadro, dall'esistenza di un principio generale di divieto di

Non ci si può esimere dall'esprimere una sintetica valutazione complessiva delle scelte che si stanno compiendo sul versante della "flessibilità". Devo dire che, nella maggior parte di esse, sembra prevalente un carattere alquanto regressivo.

Questa valutazione non è suggerita dal fatto che siano state messe in discussione storiche rigidità; queste certamente da tempo necessitavano di essere corrette e riequilibrate, poiché sortivano effetti controproducenti. È frutto, invece, della considerazione che la strada scelta per metterle in discussione non fa evolvere il sistema protettivo, limitandosi ad un semplice percorso erosivo, di retromarcia; nella sostanza, di semplice smantellamento di tutele, con restituzione secca di margini di potere al datore di lavoro, che si cerca di alleggerire dai costi di una legislazione cresciuta a dismisura e pesantemente affidata agli incerti esiti della mediazione giudiziaria.

Trovandoci di fronte ad un governo di centro sinistra ci si poteva aspettare che la strada fosse un'altra; quella dell'esplicita valorizzazione della regolazione prodotta dall'autonomia collettiva, che dovremmo considerare lo strumento fisiologico e prevalente della regolazione lavoristica, naturalmente vocato a trovare un dinamico bilanciamento tra le spinte economiche ed organizzative e le esigenze di protezione dei lavoratori. Sappiamo che la politica legislativa dei rinvii ai contratti collettivi da parte della legge è stata già ampiamente praticata in passato. Sarebbe stato opportuno valorizzarla con maggiore capacità sistematica e, soprattutto, con un impegno attivo del governo (proprio in virtù della sua attitudine al decisionismo) ad aiutare e spingere gli attori sociali (in primo luogo al livello confederale) a trovare soluzioni innovative, promuovendo assunzione di responsabilità da parte di essi. In questa prospettiva rilievo centrale avrebbe dovuto avere un intervento legislativo mirato, più che ad una minuta disciplina dei rapporti di lavoro, a sostenere la capacità regolativa del sistema di relazioni industriali, anche considerando che di recente è stata conclusa un serie di accordi interconfederali, animati da intenti apprezzabili (si vedano le premesse all'accordo del giugno 2011), meritevolmente finalizzati a conferire maggiore efficienza al sistema della regolazione collettiva.

Invece, i più recenti interventi legislativi si caratterizzano per il plateale ripudio del metodo della concertazione e per la svalutazione della politica dei rinvii alla contrattazione collettiva. In questi

controllo a distanza dell'attività dei lavoratori, poiché, come abbiamo visto, la norma è stata riscritta senza riprodurre l'affermazione di quel principio. Se ne deve trarre la conclusione che – salvo problematiche forzature che si possano fare del principio della privacy – si spalanca la strada a pervasivi controlli della prestazione lavorativa fatti con gli strumenti utilizzati dal lavoratore per rendere la prestazione lavorativa. Il che costituisce un notevole arretramento sul piano dei principi, che volevano una gestione del personale non affidata a vecchi modelli disciplinari da "grande fratello" (penso a "1984" di Orwell). Si giustifica quindi la forte opposizione manifestata dalle organizzazioni sindacali.

Ma anche qui va fatta un'amara considerazione: in fin dei conti, se il legislatore è intervenuto, lo ha fatto perché evidentemente le parti sociali non sono state capaci di governare le difficoltà applicative dell'articolo 4 dello statuto dei lavoratori, di temperarne l'eccessiva rigidità con riferimento a situazioni (penso alla possibilità di controlli meramente difensivi) nelle quali era opportuno e ragionevole assumersi la responsabilità di trovare un ragionevole bilanciamento e, se del caso, proporre al legislatore una riformulazione condivisa. Non rimane che formulare l'auspicio che, da un lato, le organizzazioni sindacali, ormai non potendosi permettere di stare al rimorchio del dato normativo, al massimo livello assumano l'iniziativa di chiedere l'apertura di un tavolo di trattativa e, dall'altro, che la controparte datoriale accetti il confronto con spirito costruttivo, non accedendo alla miope prospettiva tattica di lucrare sul vantaggio che l'attuale formulazione della norma concederebbe loro. Le parti hanno necessità di rilegittimare il proprio ruolo di governo del mondo del lavoro, anche nei confronti dello stesso legislatore, al cui variabile intervento non possono delegare le proprie responsabilità.

interventi l'autonomia collettiva, tranne che in alcuni casi sporadici²¹², non è esplicitamente concepita come una risorsa per la regolazione (anche se poi è prevedibile che questo apparente arretramento della tutela legislativa sia destinato ad aprire spazi alla contrattazione²¹³). Ci si deve chiedere se questo atteggiamento sia figlio di una scelta di schieramento del governo sul mercato politico (ricerca di consenso a spese del sindacato, indicato come soggetto conservatore, votato alla difesa dell'interesse degli *insiders*²¹⁴), oppure sia figlio di una scelta orientata da un senso di sfiducia nei confronti della capacità del sindacato di assumersi responsabilità di regolazione, essendo esso diviso e gravato, in alcune sue importanti componenti, da una cultura antagonista. A ben vedere, le due prospettive non si escludono a vicenda, anche se la seconda potrebbe avere un peso non indifferente (non si può negare che, purtroppo, gli attori sociali nazionali – se si fa eccezione per lo sprazzo degli accordi interconfederali richiamati poco fa, che peraltro stentano a ricevere le necessarie implementazioni. - sembrano trovarsi in uno stato di catalessi che finisce per favorire la loro delegittimazione).

A questo punto mi chiedo anche quanta responsabilità nella qualità regressiva di questi percorsi sia da addebitare a quella parte della sinistra, che definirei “romantica” e “benaltrista²¹⁵, ostinata nel considerare quelle rigidità come intangibili tabù²¹⁶, e quindi non disponibile a riconsiderare criticamente l'effettiva adeguatezza della disciplina di determinati istituti e non disponibile alla ricerca di tecniche alternative di tutela dei beni che le stanno a cuore; una sinistra pesantemente condizionata dalla - certo non gratuita, ma unidimensionale e quindi riduttiva - visione del potere imprenditoriale come naturalmente vocato alla prevaricazione e quindi socialmente pericoloso; un sinistra che, negli anni '80 soprattutto, dava per scontato che le spinte alla flessibilità provenienti dalle imprese fossero solo espressione di una rivincita, di una richiesta di riequilibrio dei rapporti di forza rispetto a quelli che si erano espressi negli anni della conflittualità permanente e non voleva considerare che quelle spinte avevano ben più profonde motivazioni, scaturenti dalle modificazioni indotte dalle dinamiche economiche. Questo suo miope atteggiamento l'ha condannata ad una tattica difensivista, di semplice gestione dell'arretramento. La sua capacità di condizionamento del decisore politico ha imposto percorsi molto lenti, faticosi e compromissori, con qualche venatura di ipocrisia. Gli esiti sono stati disastrosi.

²¹² Particolarmente apprezzabile, anche se non privo di risvolti problematici che avrebbero potuto essere meglio governati sul piano tecnico, è il comma 2, lett. a, dell'art. 2, d. lgs. n. 81/2015 nel quale si prevede l'esclusione dalla disciplina del lavoro subordinato delle “collaborazioni per le quali gli accordi collettivi stipulati dalle 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”.

²¹³ Come si visto in precedenza, questa affermazione è destinata a trovare conforto proprio nella materia delle mansioni.

²¹⁴ In verità questa è apparsa chiara nella vicenda relativa all'articolo 18: in un primo tempo il presidente del consiglio dei ministri aveva affermato che l'articolo 18 non rappresentava un problema, poi improvvisamente lo ha neutralizzato con la chiara intenzione di apparire come paladino degli outsiders e di svecchiare la posizione del suo partito. Sul mercato politico questo articolo ha storicamente rappresentato una partita di alto valore simbolico, quantomeno a partire dallo scontro tra Cofferati e Berlusconi all'inizio degli anni 2000. Non si può dire la stessa cosa per il periodo precedente. Si pensi, ad esempio, che negli anni '80 lo stesso Cnel si era pronunciato a favore di una revisione di quell'articolo.

²¹⁵ Ho trovato una efficace descrizione della sua antropologia nel romanzo di Francesco Piccolo, *Il desiderio di essere come tutti*, Einaudi 2013.

²¹⁶ Ovviamente un discorso speculare andrebbe fatto anche sul versante dell'associazionismo imprenditoriale, in genere pigramente interessato solo al discorso della retromarcia.

Pensiamo a quello che è successo a suo tempo nella materia del collocamento. La difesa di un collocamento con pretese di distribuzione delle occasioni di lavoro, pur nella consapevolezza della sua ineffettività, si è protratta troppo a lungo, volta a volta accettandosi – a cominciare dalla seconda metà degli anni '70 - allentamenti di quella pretesa a fini di incentivazione del datore di lavoro²¹⁷. Solo nel 1991 (con la legge n. 223) si è accettato il principio della richiesta nominativa e dal 1997 si è cominciato a voltar pagina²¹⁸. Non si può negare che il tempo perso in questo percorso certamente abbia influito sull'attuale cronica debolezza del sistema dei centri per l'impiego.

Una vicenda analoga si è consumata sull'articolo 18²¹⁹. Opponendo l'idea che l'articolo 18 costituisce un irrinunciabile presidio contro la debolezza del singolo²²⁰ e che un intervento su di esso si sarebbe inevitabilmente tradotto anche in una minaccia per l'esistenza dello stesso sindacato, non si è voluto considerare che nella pratica quell'articolo – in ragione della strutturale indeterminatezza delle fattispecie legittimanti il licenziamento, rimesse ai variabili esiti della mediazione giudiziaria, nonché in ragione, soprattutto, della lunghezza dei processi, che faceva lievitare a dismisura il risarcimento, senza riguardo alla gravità del comportamento datoriale – produceva effetti negativi sulla gestione. In particolare, quello di costituire un potente incentivo, per il datore di lavoro, all'accensione di rapporti di lavoro di carattere temporaneo, idonei ad evitargli il rischio degli eventuali costi connessi alla disciplina del licenziamento. Non si è voluto vedere che quell'articolo, se riusciva a tutelare l'interesse del lavoratore alla conservazione del posto, lo faceva principalmente nei termini indiretti del condizionamento derivante sul datore di lavoro dall'esistenza del rischio di cui si è detto, mentre nel contempo poteva offrire al singolo la *chance* di partecipare alla *roulette* giudiziaria, con la prospettiva di poterne ottenere un sostanzioso ritorno monetario.

L'articolo 18 è divenuto letteralmente un tabù dopo lo scontro tra Cofferati e Berlusconi (2002). Approfittando di una situazione di emergenza, quel tabù, come sappiamo, è stato toccato dal Governo Monti e non si è saputo reagire se non ottenendo una assai complicata soluzione compromissoria di contenimento, senza intervenire sulla vera radice del problema, che non sta tanto nell'articolo 18²²¹, quanto nella strutturale indeterminatezza delle causali giustificative e nell'incertezza che ne deriva, la quale andrebbe governata²²².

²¹⁷ Si pensi, in particolare, al contratto di formazione e lavoro che nei primi anni '80, con la prospettiva di incentivare l'occupazione giovanile, consentiva di eludere varie rigidità sulle quali non si riteneva opportuno intervenire direttamente (il giovane poteva essere assunto con chiamata nominativa e a termine; inoltre della sua assunzione non si teneva conto ai fini del calcolo della soglia di applicazione dell'articolo 18).

²¹⁸ Per una ricognizione di queste vicende v. I servizi all'impiego, in Garofalo D. e M. Ricci, Percorsi di diritto del lavoro, Cacucci, Bari 2006, 591-630 nonché la voce Servizi all'impiego nell'Enciclopedia giuridica Treccani.

²¹⁹ Per un mio "sfogo" al riguardo v. più diffusamente Articolo 18 e dintorni, in Studi in onore di Ghezzi, Cedam 2005, vol. I.

²²⁰ È appena il caso di ricordare che la relazione tra articolo 18 e condizione di debolezza del singolo nel rapporto di lavoro è stato sostenuto da una nota sentenza della Corte costituzionale in materia di prescrizione dei crediti da lavoro.

²²¹ Al quale si poteva imputare solo che conteneva una sanzione ad una dimensione, non graduabile dal giudice in ragione dell'effettiva gravità del comportamento datoriale.

²²² E invece si è accettata una soluzione di mera monetizzazione del rischio derivante dall'incertezza della mediazione giudiziaria; in altri termini una soluzione volta ad immunizzare il piano della gestione aziendale nei confronti della discrezionalità valutativa del magistrato.

È da ricordare che, nel corso dei lavori per l'approvazione della legge Fornero, in coerenza con la sua cultura pragmatica, solo la Cisl aveva avanzato la proposta di prevedere, per i licenziamenti motivati da ragioni economiche, un coinvolgimento del sindacato così come già avviene per i licenziamenti collettivi. Questa proposta ha ricevuto una traduzione edulcorata nella previsione del tentativo di conciliazione presso la dpl.

Sempre nella prospettiva di contenimento della marea montante, che voleva mettere a frutto l'intollerabilità della divisione tra lavoratori stabili e lavoratori precari, la sinistra benaltrista, pur di non ragionare sul problema dell'articolo 18, si è dichiarata a favore della perfida idea del contratto a tutela crescenti (promuovere assunzioni a tempo indeterminato prevedendo l'ingresso della tutela dell'articolo 18 solo dopo alcuni anni). Ma cosa rappresentava questa disponibilità se non l'ammissione che il 18 produce un qualche effetto di disincentivazione della assunzione a tempo indeterminato? Purtroppo la storia si è ripetuta. Interessata più a battersi sulla difensiva, per affermare l'intangibilità di alcuni suoi tabù, che non a proporre e ricercare soluzioni progressive, quella sinistra ha nei fatti finito per propiziare un effetto disastroso. L'idea del contratto a tutele crescenti si è trasformata in un cavallo di troia. È stata partorita la figura di un contratto a tutele crescenti che costituisce ben altra cosa da quella iniziale: semplicemente una nuova disciplina dei licenziamenti, che consolida la linea seguita nella legge Fornero attraverso una drastica e molto efficace semplificazione. Peraltro, bisogna riconoscerlo, un formale ossequio al tabù lo ha voluto pagare lo stesso legislatore nel momento in cui ha scelto di tenere indenni dalla nuova disciplina i rapporti di lavoro già in vita.

Molto di più si sarebbe potuto fare in questa prospettiva, se ci fosse stata la disponibilità a ragionare. Ad esempio, dare veramente forza – rispetto al generico dettato della legge - ad accordi collettivi - anche aziendali – volti a dettagliare le causali giustificative, in modo da ridurre effettivamente la discrezionalità della mediazione giudiziaria; prevedere forme di coinvolgimento della rappresentanza aziendale, idonee, da un lato, ad influire fattualmente sulla decisione datoriale e, dall'altro lato, a coinvolgerla e responsabilizzarla sulle dinamiche di gestione della comune barca, per questa via promuovendo quello di cui c'è veramente bisogno, in particolare per il governo delle conseguenze negative prodotte dalle accentuate turbolenze che da tempo stiamo attraversando: una cultura partecipativa. Un impianto di questo tipo, in quanto naturalmente promozionale di una contrattazione delle politiche aziendali idonee a favorire la stabilità occupazionale, avrebbe promosso maggiormente l'interesse collettivo dei lavoratori alla stabilità del rapporto di lavoro, laddove la disciplina tradizionale – come si è detto – si muove in una prospettiva meramente individualistica.