

CONSULENZA DEL LAVORO

La consulenza è utile per evitare controversie che portano dal giudice, perché fare causa costa. I contratti di lavoro riguardano una disciplina composita e si distinguono in:

- Rapporti individuali di lavoro (singolo vs datore);
- Rapporti collettivi di lavoro (contratti per tutti i lavoratori della stessa azienda o per tutti i lavoratori appartenenti ad una certa categoria).

Tale disciplina deve rispettare il diritto alla previdenza sociale: ci si accerta del corretto versamento degli obblighi contributivi e previdenziali dei datori di lavoro.

E' una disciplina tendenzialmente inderogabile che prevede dunque norme imperative.

N.B. Distinguiamo norme dispositive e norme imperative:

- Norme dispositive: prevedono una certa cosa ma possono essere derogate; sovente la clausola che le contraddistingue è “salvo che le parti non dispongano diversamente”.
- Norma imperative: non derogabili/cogenti, cioè si applicano ai destinatari indipendentemente dal loro consenso/dissenso. Infatti se le parti fanno un patto per derogare queste norme, il patto è invalido.

Inderogabile è la norma che definisce il lavoratore subordinato: art. 2094 cc. Tale norma identifica il campo di applicazione di tutto il diritto del lavoro, che risulta appunto essere il diritto del lavoratore subordinato (con talune eccezioni). La ratio legis del diritto del lavoro è la tutela della controparte debole dei contratti di lavoro, ovvero il lavoratore subordinato.

L'art. 2094 cc definisce il prestatore di lavoro subordinato come “*Colui che si obbliga mediante retribuzione a collaborare nell'impresa, prestando il proprio lavoro intellettuale o manuale alle dipendenze e sotto la direzione dell'imprenditore*”. La causa del contratto (elemento essenziale) risulta essere lo scambio.

Col contratto di lavoro il prestatore si obbliga a mettere a disposizione del datore la sua attività lavorativa e questi si obbliga a corrispondergli una retribuzione adeguata. I caratteri del contratto sono:

- Onerosità, siccome viene prevista una retribuzione;
- Sinallagmaticità, trattandosi di un contratto a prestazioni corrispettive (retribuzione vs prestazione di lavoro interno e manuale);
- Commutatività, nel senso che la legge e i contratti collettivi stabiliscono esattamente le entità di prestazioni e controprestazioni.

L'art. 2222 cc definisce invece il lavoratore autonomo come “*Colui che si obbliga a compiere verso un corrispettivo un'opera o un servizio, con lavoro prevalentemente proprio e senza vincolo di subordinazione nei confronti del committente*”. Si tratta di un rapporto di lavoro in cui manca la subordinazione.

L'ordinamento italiano appare dunque binario: o abbiamo a che fare con lavoratori subordinati, o autonomi. Non esistono aree grigie. Si tratta di aree esaustive e mutualmente esclusive (un rapporto non può essere contemporaneamente subordinato e autonomo).

Tuttavia la definizione dell'art.2094 è oggetto di interpretazione: bisogna considerare infatti che il cc risale al 1942 e la giurisprudenza decennale su questo articolo non ha ancora chiarito alcuni margini interpretativi.

Si pensi ad esempio alla parte della definizione di lavoratore subordinato “*alle dipendenze e sotto la direzione dell'imprenditore*”: parliamo di imprenditore privato o bisogna considerare tutti i datori di lavoro, tra cui le pubbliche amministrazioni? Per *sotto la direzione* cosa intendiamo? Tra queste spiccano due tesi:

- Essere sottoposti a potere unilaterale direttivo specifico dell'imprenditore: il lavoratore subordinato esegue gli ordini puntuali tassativi;
- Essere sottoposti a direttive generiche non puntuali e avere un certo grado di autonomia.

Dunque, si presuppone un minimo di autonomia o no? C'è differenza... tuttavia questo problema interpretativo resta ad oggi aperto in Cassazione. Sapere che esiste il problema aiuta a valutare il rischio che il giudice valuti una sentenza in un determinato modo. Siamo davanti al **concetto della etero-direzione** della prestazione, ovvero vi è qualcun altro che dirige il lavoro del lavoratore: il lavoro è diretto da altri.

D'altra parte la norma 2094 è stata concepita in un mondo del lavoro diverso dal nostro e molto gerarchizzato: prevaleva il lavoro operaio di stampo taylorista, diviso in modo gerarchico – dirigitico.

Il taylorismo esprime appieno il concetto del lavoro etero-diretto e controllabile. Oggi la parte di autonomia/creatività è invece cresciuta molto: un imprenditore che assume un ingegnere con buona probabilità gli darà linee guida generali, ma non avrà la competenza di dirigere il lavoro concretamente con direttive specifiche e tecniche! Questa è la ragione per cui oggi molti giudici interpretano in modo flessibile la parte “*sotto la direzione*” della norma: sanno che molti lavori non potrebbero rientrare nel lavoro subordinato se non ci fosse flessibilità di interpretazione (es. ingegnere di prima).

1. La qualificazione del rapporto di lavoro

Il fatto che il sistema italiano della divisione del lavoro sia binario ma preveda tutela solo per il lavoratore subordinato incentiva il mondo del lavoro a fuggire dal rapporto col lavoratore subordinato. Se si prevedono tutele, infatti, si prevedono anche dei costi per i datori, non solo monetari ma anche indiretti (es. costi di gestione: limite orario di lavoro, norme severe per la sicurezza, limite al licenziamento, limite alla modifica delle mansioni dei dipendenti...). vi è per cui una forte tendenza all'elusione legittima dalla norma in quanto tali costi sono incompressibili e determinano rilevanti differenziali, soprattutto nel carico dei contributi previdenziali che i datori devono versare. Ulteriore tendenza è inoltre la ricerca di una prestazione lavorativa diversa dalle etero-dirette classiche.

Per il “*alle dipendenze*” dell'art. 2094 ci sono molteplici interpretazioni che ad oggi non si sono ancora ridotte ad un'unità. L'elemento della dipendenza è stato spesso sottovalutato dalla giurisprudenza: ha perso efficacia descrittiva a favore della centralità del requisito della etero-direzione.

Alcuni interpreti intendono tale locuzione come una mera dipendenza socio-economica: è una lettura non tanto giuridica ma sociale. Il datore infatti è la controparte forte, mentre il lavoratore subordinato è più debole. Questa lettura è stata abbandonata (troppo semplicistica), perché ci sono anche dei lavoratori con un forte potere contrattuale dato loro dalle alte competenze e professionalità.

Dal punto di vista giuridico la locuzione ha invece assunto significato quasi esoterico: quello di “*doppia alienità*”, ovvero situazione in cui il lavoratore non ha la proprietà né dei mezzi di produzione né dei risultati del proprio lavoro: l'utilità prodotta col suo lavoro viene acquisita dal datore tramite la sua organizzazione. Il lavoratore quindi rende una prestazione utilizzando l'organizzazione altrui (del datore) e il risultato della prestazione è utile ad un terzo (il datore): spesso il risultato del lavoro del lavoratore sarebbe inutile se sganciato dal ciclo di produzione ideato dal datore, perché la prestazione eseguita è un pezzettino del ciclo produttivo. In altre parole, il concetto di dipendenza esprime l'inserimento organico-funzionale della prestazione del lavoratore

in un'organizzazione altrui. Tuttavia questo concetto di dipendenza viene svalutato dalla giurisprudenza perché di per sé non basta: non è un elemento decisivo né caratterizzante per definire un rapporto subordinato.

Spesso però l'etero-direzione è in concreto difficilmente osservabile e ci sono molti casi dubbi che pongono ai giudici seri problemi di qualificazione (fattispecie di lavoro al limite, dove può nascere un contenzioso). Vengono allora in ausilio strumenti ideati dagli stessi giudici, che hanno lo scopo di aiutarli nella qualificazione del rapporto. I giudici hanno infatti elaborato i cosiddetti **indici di subordinazione**, elementi indiziali che presi singolarmente non hanno alcuna capacità qualificatoria ma, insieme, sì.

Sono inventati dai giudici e non si trovano nell'art. 2094; si applicano solo quando la prova dell'etero-direzione non è evidente e palese. Sono:

- 1) Rispetto delle ore di lavoro da parte del lavoratore;
- 2) Modalità di corresponsione della retribuzione periodica tendenzialmente a scadenza e a misura fissa (→ stipendio);
- 3) Continuità della prestazione lavorativa, la quale viene resa in funzione di un interesse continuativo di chi la riceve (del datore);
- 4) Inserimento funzionale della prestazione nell'organizzazione altrui: ecco che ritorna il concetto di dipendenza, che di per sé non ha efficacia probatoria ma, preso contestualmente agli altri indici, sì. Non è che non sia rilevante, ma non è decisivo;
- 5) Esercizio di potere disciplinare da parte del datore di lavoro. Già da solo un indice decisivo; non è presente nella definizione dell'art.2094 ma, ove presente, definisce il lavoratore subordinato.

Si configura come il potere di applicare sanzioni sulla base di una precedente inadempienza del lavoratore con finalità dissuasiva/deterrente per inadempienze future. Nel diritto del lavoro si trova il potere disciplinare in capo al datore per intervenire a proprio favore nei casi di inadempimento del lavoratore.

Es. se si verifica un ritardo ingiustificato del lavoratore, imputabile per colpa allo stesso (art. 2106), il datore di lavoro può, unilateralmente, decidere di sanzionare per via disciplinare il lavoratore in modo proporzionale alla gravità dell'inadempimento. Le sanzioni che può infliggere il datore sono graduate: dai richiami alle multe (configurabile nella trattenuta sullo stipendio), dalla sospensione del lavoro fino a 10 giorni al licenziamento disciplinare (pur sempre rispettando le procedure formali).

Questo potere riflette l'idea stessa di etero-direzione: si mette in pratica una sorta di inferenza: se c'è potere disciplinare vuol dire che siamo in un rapporto di lavoro subordinato. Non è necessario portare la prova di esercizio del potere disciplinare, perché è sufficiente che fosse esercitabile (es. fosse previsto in potenza a livello contrattuale).

L'utilizzazione degli indici per qualificare il lavoratore subordinato è detta **metodo tipologico di qualificazione**. La qualificazione del rapporto avviene per approssimazione. I giudici decidono rinunciando all'identità fra fattispecie di rapporti concreti e astratti (art.2094). Non è quindi un metodo sussuntivo (A=A)

ma tipologico per cui la fattispecie concreta viene ricondotta all'astratto, anche se non c'è completa identità (per approssimazione appunto).

Le sentenze della Corte Costituzionale hanno stabilito il principio di indisponibilità del tipo contrattuale, ovvero un rapporto deve essere qualificato sulla base delle sue effettive caratteristiche: o si prova palese l'etero-direzione o si ricorre agli indici.

Problema: se le parti, per sfuggire agli oneri previdenziali, simulano e concludono un contratto di lavoro autonomo che invece, nel concreto, è subordinato?? Non è data la possibilità alle parti di qualificare un rapporto in maniera diversa rispetto alle modalità effettive di svolgimento della prestazione: ciò che conta non è la qualificazione astratta ma lo svolgimento. Il giudice in tal caso

può riqualificare il rapporto. L'art. 2094 fornisca una definizione cogente di lavoratore subordinato quindi non interessa la volontà cartolare: se non coincide con l'esecuzione del contratto non ha rilevanza.

A tal proposito ci sono state due pronunce della corte Costituzionale: le sentenze 121/1993 e 115/1994, importanti perché ribadiscono il concetto dell'esecuzione concreta del rapporto. Inoltre è bene precisare che il principio di indisponibilità del rapporto non si applica solo alle parti ma anche al legislatore ordinario, per cui neanche la legge può definire lavoratore autonomo ciò che si concretizza effettivamente come lavoratore subordinato. Questo principio è stato ribadito perché nel recente passato un legge aveva definito certe categorie di lavoratore subordinato come lavoratore autonomo e quindi queste categorie risultavano svantaggiate perché prive dei diritti che caratterizzano il lavoratore subordinato. Hanno fatto appello alla Corte Costituzionale e hanno ottenuto ragione.

Se leggiamo tutte le varie sentenze sulla qualificazione del rapporto troviamo fra gli indici presuntivi anche il cosiddetto:

- 6) *Nome iuris* del contratto, nonché quindi la denominazione/qualificazione che le parti hanno dato al loro contratto.

Una parte rilevante della giurisprudenza lo ritiene un indice presuntivo utile alla qualificazione del rapporto ma sussiste il problema della conciliabilità col sopraesposto principio di indisponibilità... normalmente quindi le varie forme giurisprudenziali ricorrono a questo sesto indice quando non sanno come altro risolvere la questione, cioè quando:

- Manca il requisito della etero-direzione;
- Gli indici non sono rispettati oppure rispettati in minima parte e non concordanti fra loro.

In questi casi il giudice è assai indeciso e, non avendo altro elemento indiziale di qualificazione, si rifà all'unico elemento di autonomia contrattuale delle parti: il nome del contratto. Sono ovviamente cause limite ma importanti.

Il *nome iuris* si configura quindi come un elemento qualificatorio di ultima istanza.

Per qualificare un contratto perciò bisogna ricostruire la volontà delle parti e il giudice, se non riesce a ricostruire l'effettivo svolgimento della prestazione (non riesce ad inferirla), decide la controversia in via residuale rifacendosi all'unico elemento finale di volontà: il nome che le parti hanno dato al contratto. Indi per cui, prima di tutto, importano le modalità di svolgimento del rapporto di lavoro. Ma non sempre è facile vedere concretamente l'etero-direzione: è un problema applicativo. Bisogna anche vedere se l'esecuzione della prestazione si inserisce in un'organizzazione altrui o meno.

Nel processo del lavoro il giudice ha poteri istruttori (che in genere non ha nei processi civili): se le prove portate dalle parti non lo convincono può disporre delle ispezioni, raccogliendo prove, interrogando testimoni... perciò le parti possono dare una prova di subordinazione, ma anche il giudice può legittimamente cercarla completando le prove.

2. Potere di *ius variandi* in capo al datore di lavoro

Il rapporto di lavoro prevede lo scambio fra prestazione lavorativa e retribuzione. E' quindi importante conoscere in cosa consistono le mansioni per le quali si è assunti per rendersi conto della legittimità o meno di eventuali modifiche e conoscere in generale la sfera del proprio obbligo. La fonte che permette di conoscere le effettive mansioni di un lavoratore è ovviamente il contratto. Ma non è sempre così; in Italia infatti vige il principio della libertà contrattuale quindi datore e lavoratore potrebbero decidere di non comunicare nel contratto tutte le effettive mansioni.

Mansioni = tutte le attività alle quali può essere adibito un lavoratore, nonché il perimetro entro il quale il lavoratore può essere adibito liberamente dal datore (questo è il cosiddetto potere direttivo che si manifesta come potere di conformare le mansioni). Il potere direttivo si esplica all' interno del

perimetro delle mansioni legittimamente eseguibili dal lavoratore; diversamente, il potere di variare le mansioni (cd *ius variandi*) si manifesta come spostamento delle mansioni legittime.

Problema giurisprudenziale è come valutare la legittimità della modifica? Argomento di attualità è stata la modifica di tal potere di variazione delle mansioni introdotta dal *Job's act* del 2015. Andando a confrontare la legge del 2013 col decreto 81/2015 art.3 appare evidente che l'intento del legislatore è stato quello di aumentare la flessibilità funzionale del lavoratore: ha voluto pertanto aumentare gli spazi di lavoro/perimetro dello svolgimento delle mansioni.

Il 1° comma art.2103 illustra il principio della mobilità orizzontale del lavoratore: andiamo a confrontare la versione attuale della legge con quella precedente. La disposizione precedente parla di mansioni equivalenti: cosa si intende per equivalenza professionale? La definizione spettava ai giudici che hanno elaborato indici e parametri per poterla definire:

- Formale e sostanziale. L'equivalenza fra mansioni era formale se le mansioni erano comprese nel medesimo livello di inquadramento; stabiliti dalla contrattazione collettiva: la funzione è quella di associare a mansioni diverse il medesimo livello retributivo. L'equivalenza era invece sostanziale se le mansioni richiedevano le stesse competenze professionali: quando per diverse mansioni era sufficiente lo stesso bagaglio professionale.
- Oggettiva e soggettiva. L'equivalenza oggettiva era quella che si verificava al momento (x) in cui veniva richiesto al giudice di valutarla. L'equivalenza soggettiva veniva verificata non solo per il determinato momento (x) ma anche in prospettiva futura: si volevano evitare penalizzazioni di carriera.

Attualmente di questo parametro non c'è più traccia: dev'esserci invece medesimo livello di inquadramento (fa riferimento al trattamento economico e normativo) e medesima categoria legale. Il livello di inquadramento è stabilito dalla contrattazione collettiva ma l'attuale normativa prevede un certo spazio d'azione accordato al datore di lavoro in quanto diventa un parametro sufficiente. Per capire si consideri che nella contrattazione collettiva del Commercio hanno stesso livello di inquadramento sia l'indossatore che il contabile.

La categoria legale è disciplinata all'art.2095 CC: il prestatore di lavoro subordinato può essere esclusivamente inquadrato ex lege secondo 4 categorie legali: Dirigente, Quadro, Impiegato, Operaio.

La nuova norma prevede quindi mobilità orizzontale con più spazi d'azione.

Nella nuova versione dell'art.2103 vengono previste 3 ipotesi di demansionamento (prima non preso in considerazione): il lavoratore adesso può essere adibito a mansioni inferiori, conservando però il posto di lavoro.

1) Il primo caso è previsto nel 2° comma: il datore non è libero di demansionare a piacimento ma dev'esserci una necessità dovuta a modifica di assetto organizzativo – aziendale. Comunque il lavoratore non può essere demansionato di più di un livello di inquadramento (tenuta ferma la categoria legale).

Il giudice può sindacare, ma non riguardo alle scelte datoriali di ristrutturazione aziendale: le scelte libere del datore di lavoro sono tutelate dalla Costituzione nell'art. 41 in cui viene sancita la libertà di iniziativa economica privata.

Quindi in caso di cambiamento del modello organizzativo, il demansionamento dev'essere di un solo livello di inquadramento e dev'essere rispettata e conservata la categoria legale. Tutto ciò risponde all'esigenza di conservazione del posto di lavoro.

2) Al 4° comma viene esplicitato come il demansionamento posto in essere dal datore sia vincolato dalla contrattazione collettiva: deve avere limitato ad un solo livello di inquadramento e deve conservare medesima categoria legale.

La retribuzione in ogni caso rimane uguale: il 5° comma sancisce il principio di irriducibilità della retribuzione, ma il datore non dovrà più corrispondere le indennità che remunerano condizioni specifiche particolarmente gravose collegate ad una specifica mansione (es indennità di cassa per rischio maneggiamento denaro in pubblico e rapine data ai funzionari agli sportelli delle banche o ai

cassieri..). in sostanza la retribuzione base resta la stessa, privata però delle indennità accessorie collegate a specifiche mansioni.

3) Al 6° comma dell'art.2103 CC troviamo una differenza sostanziale tra le prime due ipotesi e questa terza: prima il demansionamento era disposto unilateralmente; in quest'ultimo caso invece si parla di un accordo fra datore e lavoratore. Il legislatore pone vincoli affinché l'accordo sia lecito: deve avvenire solamente nelle cosiddette sedi di conciliazione (sedi protette col compito di garantire la genuinità del consenso del lavoratore, rendendolo dotto su tutte le conseguenze derivanti dall'accordo. Le Sedi promuovono genuinità e consapevolezza del lavoratore). Con l'accordo il lavoratore può derogare alle mansioni, alla categoria legale, al livello d'inquadramento e alla retribuzione. Questa ipotesi risponde all'esigenza di conservazione dell'occupazione (evita il licenziamento), oppure all'esigenza di acquisizione di diversa professionalità (caso di obsolescenza delle mansioni e riqualificazione), oppure miglioramento delle condizioni di vita (scopo di riduzione del carico lavorativo di una madre di famiglia per poter conciliare casa-lavoro).

L'art.2103 è inderogabile: non vengono previste altre ipotesi di demansionamento legittime; le 3 ipotesi previste sono tassative e ogni altro caso viene ritenuto illecito (9° comma: ogni patto contrario è nullo).

Non dobbiamo considerare solo la mobilità verso il basso, ma anche la mobilità verso l'alto, ovvero l'adibizione a mansioni superiori. Essa è disciplinata al 7° comma: per apprezzare le novità confrontiamolo con la vecchia disposizione. In comune le norme hanno il fatto che il lavoratore ha diritto alla retribuzione corrispondente alle mansioni superiori svolte; la maggior retribuzione però non è definitiva se il lavoratore ha svolto una mansione superiore per sostituzione di un altro (es lavoratrice che ne sostituisce un'altra in maternità). Punti di differenza: la nuova normativa dice che l'adibizione a mansioni superiori diventa fissa dopo 6 mesi continuativi (non è termine massimo ma alternativo); prima venivano previsti 3 mesi. Inoltre viene prevista "salvo diversa volontà del lavoratore": il lavoratore quindi deve esprimere la propria volontà, mentre prima bastava il mero scorrere del tempo. Non significa che può rifiutarsi (resta il potere Direttivo del datore) ma semplicemente questa adibizione non diviene definitiva.

Il 5° comma recita che il cambiamento delle mansioni è comunicato per iscritto a pena nullità: risponde alla stessa esigenza di certezza della legge del '97 (esplicitare mansioni).

Il 3° comma è la vera novità e impone obbligo al datore di formare il lavoratore in modo sufficiente in caso di cambiamento di mansioni: se non lo fa, il lavoratore non risponde di eventuali inadempimenti. Non c'è sanzione per il mancato obbligo formativo da parte del datore, tuttavia se il lavoratore ritiene necessaria la formazione per svolgere l'attività in completa sicurezza può intraprendere un'azione di adempimento:

- A. Adempimento in forma specifica: può chiedere che il datore lo adibisca alle mansioni alle quali ha diritto e non per cui è stato assunto;
- B. Risarcimento da danno di demansionamento (per lesione alla propria professionalità);
- C. oppone eccezione di inadempimento, eccezione dall'obbligo informativo. E' tuttavia una strada pericolosa per il lavoratore perché se il giudice approva lo IUS VARIANDI del datore, è proprio il lavoratore che diventa inadempiente e non più il datore.

3. Il demansionamento

Il potere direttivo si esercita nel perimetro delle mansioni (= prestazioni esigibili). Tuttavia, entro certi limiti, i contratti di lavoro si possono modificare per quanto riguarda le mansioni: o per accordo fra le parti o per atto unilaterale del datore. Non è ancora chiaro se il potere di modificare le mansioni appartiene al potere direttivo o è un potere a sé stante; molti interpreti ritengono che lo *ius variandi* sia un potere ulteriore a sé. Affrontiamo ora il tema dell'invalidità dei contratti di lavoro: il diritto del lavoro è una disciplina tendenzialmente inderogabile perché composta perlopiù da norme imperative (che quindi non possono essere derogate dalle parti destinatarie). È prevista un'eccezione: l'art. 2103 è una disposizione complessa che si chiude con l'affermazione "*qualunque patto contrario è nullo*". Dove stanno allora le eccezioni? In sede assistita (= di