

CONSULENZA DEL LAVORO

A.A. 2019/2020

Prof.ssa Donini A.

Per i testi di legge: www.normattiva.it

Il programma è articolato in sei sezioni. La prima sezione è di carattere propedeutico e consiste in un richiamo delle conoscenze di base del diritto del lavoro necessarie per potere affrontare gli approfondimenti tematici successivi.

Parte propedeutica: Il contratto di lavoro. Il lavoro subordinato e il lavoro autonomo. Autonomia privata e rapporto di lavoro. Inderogabilità della disciplina ed eterointegrazione del contratto. Indisponibilità dei diritti dei lavoratori e conciliabilità delle controversie.

Parte I. **Frammentazione dell'impresa ed esternalizzazione del lavoro.** Il divieto di interposizione illecita. La somministrazione di lavoro. Gli appalti di servizi. Il distacco. Il contratto di rete. La codatorialità. Il trasferimento di ramo d'azienda.

Parte II. **Economia digitale e rapporti di lavoro.** Dal telelavoro, allo *smart working* e al lavoro agile. Lavoro autonomo e “nomadismo digitale”. L’impatto dell’automazione e dell’intelligenza artificiale sul rapporto di lavoro (controllo, mansioni, tempo di lavoro). Rischi per la salute e sicurezza dei lavoratori derivanti dalle tecnologie digitali. Il lavoro tramite le piattaforme digitali: inquadramento e tutele.

Parte III. **Le tutele nel mercato del lavoro.** Tutele nel rapporto di lavoro - tutele nel mercato: principi teorici e percorso storico. Sostegno economico della disoccupazione, inoccupazione e disoccupazione parziale. Cassa integrazione guadagni. Servizi pubblici e privati per la tutela cd. “attiva” dei disoccupati. Il principio di condizionalità e i meccanismi sanzionatori.

Parte IV. **La certificazione dei contratti di lavoro.** La certificazione dei contratti di lavoro: natura, oggetto, procedimento, effetti, impugnabilità. Esempi tratti dall'esperienza della Commissione di certificazione dell'Università degli Studi di Genova.

Parte V. **Vigilanza e ispezione in materia di lavoro.** L'organizzazione della vigilanza. I poteri degli ispettori. La diffida. Il verbale. La conciliazione monocratica. L'interpello. L'apparato sanzionatorio e il sistema dei ricorsi.

Modalità di accertamento

Le domande sottoposte al candidato toccano almeno tre diverse tematiche tra quelle comprese nel programma d'esame.

PARTE PROPEDEUTICA

Le norme imperative

L1 18/09/2019

Il diritto del lavoro ha un'origine di carattere privatistico, adattato alle caratteristiche specifiche dei rapporti di lavoro. Alla base vi è una gestione delle risorse umane e l'esigenza di tutela della persona che lavora. Il tratto caratteristico è il fatto che è regolamentato ampiamente da norme imperative, oltre che dalla parte contrattuale, relativamente a mansioni, retribuzioni e sicurezza. A regolare tale tematiche sono presenti norme di carattere impegnativo che rappresentano una limitazione dell'autonomia di entrambe le parti contrattuali. Infatti, una **norma imperativa** è una norma che si applica irrilevantemente rispetto al consenso o dissenso da parte del destinatario stesso. Ad esempio, un lavoratore non può lavorare più di tot ore, nemmeno se entrambe le parti fossero consenzienti nel farlo. Dunque, se si firmasse un contratto che prevede troppe ore di lavoro tale derogherebbe alla norma imperativa del Codice Civile con la conseguente **nullità della clausola contrattuale (nullità parziale)**. Quando una clausola viola una norma imperativa, tale viene colpita da nullità che però non si estende all'intero contratto. La nullità della clausola prevede la **sostituzione di diritto** della stessa con la norma imperativa stessa (ossia quella clausola legale che pone il limite massimo). . Inoltre, è probabile che il datore di lavoro sia esposto a specifiche richieste di risarcimento dei danni (cosa che limita l'autonomia delle parti individuali)

Dunque, in sede di redazione di un contratto di lavoro è importante conoscere i limiti imperativi delle clausole stesse. Una norma tuttavia può essere anche **dispositiva** piuttosto che imperativa, prevedendo la formula "*salvo che le parti dispongano diversamente*". In tal caso, vi è lo spazio all'**autonomia delle parti**. Se tali però non dispongono nulla, si applicherà la norma dispositiva.

Non sono molte le norme inderogabili. La tendenza è comunque quella di aprire nuovi spazi di derogabilità (fattore positivo per i consulenti, che hanno più spazio per la costruzione di regolamenti comunque validi). Infatti, vi è una **norma inespressa** che pone un **limite** alle norme imperative, dato dalla prevalenza del trattamento di miglior favore del lavoratore (**regola della prevalenza del trattamento più favorevole**) (ad es. i superminimi individuali – trattamenti ad personam – frutto di politiche del personale dell'azienda).

In Italia una fonte molto importante sono i **contratti collettivi di lavoro**, stipulati dalle organizzazioni sindacali che trattano la regolamentazione. Nel momento in cui un contratto di lavoro viene approvato dal datore di lavoro, tale contiene anch'esso norme di tutela inderogabile a cui esso deve uniformarsi. I contratti dovranno poi uniformarsi ai contratti collettivi, o potranno al massimo proporre un trattamento di maggior favore. Ciò ha molta importanza nell'ambito del lavoro subordinato: infatti nei contratti di lavoro vige una bipartizione per cui i rapporti di lavoro possono essere o **subordinati** o di **lavoro autonomo**, ma non è possibile prevedere categorie intermedie. Tale distinzione prevede l'applicazione di norme inderogabili differenti, che per i rapporti subordinati sono molto maggiori.

Quando nasce un rapporto di lavoro pertanto è importante capire se tale è subordinato o autonomo, quali sono le obbligazioni che comporta e dunque quale parte di diritto dovremo applicare (sulla base delle caratteristiche concrete di quel rapporto).

L2 19/09/2019

L'elevato numero di sentenze è sintomo di disciplina non chiara, ed è ciò che accade nella distinzione tra lavoratori subordinati e autonomi.

L'ordinamento lavoristico italiano è costruito sulla base di un'alternativa binaria. In genere, i contratti di lavoro giuridicamente sono distinti in rapporti che fanno parte dell'area del lavoro **subordinato** oppure che fanno parte dell'area del lavoro **autonomo**. Non vi sono strade intermedie.

Si tratta di una distinzione con conseguenze importanti. A seconda della collocazione di un rapporto di un lavoro all'interno di un'area o dell'altra, tale avrà conseguenze differenti (norme imperative applicabili differenti). Al rapporto si applicheranno norme inderogabili, ovvero norme che le parti saranno tenute ad applicare, mentre il consenso o dissenso di quest'ultime sarà indifferente a tal fine. Questa prima distinzione esaurisce le possibilità di qualificazione. Si tratta di due aree mutualmente escludenti, nel senso che la scelta è alternativa.

Come si capisce se il rapporto è autonomo o subordinato? Abbiamo una disciplina di tipo legale contenuta nel Codice civile. La definizione di lavoro subordinato è contenuta nell'articolo 2094 del Codice civile che detta i criteri di individuazione del lavoratore subordinato. Non vi sono invece nozioni di lavoratore autonomo, e ciò non è un problema perché il sistema è comunque di tipo binario, tutto ciò che non è lavoro subordinato è lavoro autonomo. Pertanto, basta una definizione per escluderne un'altra, abbiamo per differenza l'area residuale del lavoro autonomo.

Esiste una disposizione del Codice civile che parla del c.d. contratto d'opera (Art. 2222).

A questo punto, il punto importante è stabilire dove sia il confine tra subordinazione e autonomia. L'art. 2094 C.c. (prestatore di lavoro subordinato) è un articolo suscettibile di interpretazioni diverse, in quanto ha dei margini di dubbio. Collaborare in un'impresa non vuol dire molto, possono esservi autonomi che collaborano in un'impresa altrui es. il libero professionista che ha un rapporto di carattere continuativo con un certo cliente o impresa. Il criterio di collaborazione dell'impresa non è un criterio chiaro. Altro elemento non dirimente è nella natura del lavoro stesso: manuale o intellettuale. Non è una classificazione valida, utile. L'elemento utile arriva alla fine in cui si dice che il lavoratore è **sotto le dipendenze di un imprenditore**. Tra questi due elementi quello decisivo è l'ultimo, l'essere sotto la riduzione altrui (**eterodirezione della prestazione**; essere sotto la direzione del datore di lavoro). Il problema della qualificazione del rapporto di lavoro si pone quando vi è una prima assunzione del lavoratore, il datore di lavoro è tenuto a inquadrare correttamente il lavoratore, altrimenti andrebbe in contro ad una serie di conseguenze negative in futuro. È un problema di qualificazione che nasce sulla base della disciplina applicabile.

Se abbiamo bisogno di una prestazione eterodiretta dobbiamo qualificarlo in quel modo (subordinato), la disciplina è di tipo imperativo.

Ovviamente il lavoro subordinato implica costi maggiori, la tentazione è di inquadrare come lavoratore autonomo un lavoratore in realtà subordinato. In realtà, però, quel rapporto di lavoro potrebbe dare richieste di re inquadramento come lavoratore subordinato, con tutto ciò che ne consegue in termini di necessità di corrispondere differenze contributive, versare contributi non pagati e le relative sanzioni. Tali attività di accertamento possono derivare da azioni di lavoratori o di ex-lavorati che si attivano e portano in giudizio il datore di lavoro per chiedere la riqualificazione diretta del rapporto di lavoro.

Quando il rapporto di lavoro ha preso avvio ed è stato correttamente inquadrato come autonomo e nel corso del tempo si trasforma in qualcos'altro, in via di fatto la natura del rapporto di lavoro cambia nel tempo. In questo caso ciò che conta non è la volontà espressa nell'accordo ma prevale **l'effettivo assetto degli interessi**, realizzato nello svolgimento del rapporto di lavoro. È lo svolgimento del rapporto di lavoro con le caratteristiche del lavoro subordinato che fa emergere l'effettiva volontà delle parti, non dichiarata, bensì effettivamente realizzata. Vi potrebbe però essere la necessità di reinquadrare un lavoratore facendo attenzione alle modalità di esercizio della prestazione di lavoro.

Contratto di lavoro: accordo, le parti si incontrano e si accordano su come svolgeranno un certo rapporto giuridico.

Rapporto di lavoro: come nei fatti si è svolta l'esecuzione di quel contratto, può differire da quanto accordato dal contratto

Sono due cose diverse. Il concetto della qualificazione del rapporto e del fatto che essa dipende non dalla volontà dichiarata ma da quella effettiva è importante, e viene conosciuto come **principio di indisponibilità del tipo contrattuale**. Significa che il tipo, la scelta della qualificazione di un rapporto è indisponibile per le parti, che non possono decidere di chiamare lavoro autonomo la prestazione che si svolge con le caratteristiche concrete di quello subordinato. Chi ha voce ultima in capitolo è quella del giudice, dopo che qualcuno abbia impugnato quel contratto e abbia portato le prove dell'esistenza della riqualificazione giuridica. È importante il principio di indisponibilità, con una certa valenza protettiva nei confronti del lavoratore subordinato.

Cosa significa essere subordinati? Che qualcuno **si obbliga ad obbedire** nei confronti nell'esercizio di poteri del datore di lavoro. Il concetto di subordinazione nasconde l'esistenza di **poteri unilaterali** in capo al datore di lavoro. Evidentemente è una relazione contrattuale in cui, per contratto, una parte può esercitare legittimamente i poteri nei confronti della controparte. Ma quali sono i poteri? Innanzitutto, il datore di lavoro in quanto tale ha **potere direttivo** di conformare la prestazione richiesta al dipendente a seconda delle esigenze aziendali che possono essere mutevoli nel tempo. È un potere che trova dei limiti. Il primo di essi è dato dal concetto di "**mansione**": esso indica che il potere direttivo del datore di lavoro non è assoluto, bensì la mansione delimita il perimetro dell'ambito delle prestazioni non esigibili.

Il potere direttivo (*ius variandi*) è quello di conformare una prestazione di lavoro a seconda delle esigenze ma all'interno delle mansioni pattuite.

Nel contratto di lavoro subordinato l'oggetto del contratto stesso, che è la mansione, può essere almeno in parte determinata di volta in volta nelle parti del contratto.

Non è detto che l'avvocato sia un lavoratore autonomo, questo dipende dalla modalità di svolgimento della prestazione

Nell'art. 2094 c'è un'ulteriore limitazione, l'attività è **svolta alle dipendenze altrui**. L'elemento della dipendenza nell'interpretazione ricorrente è stato molto svalutato, mai considerato un elemento decisivo. Ciò dipende dall'interpretazione che è stata data da questo elemento della dipendenza con cui si intende l'inserimento funzionale della prestazione in un'organizzazione imprenditoriale (inserita nell'attività di organizzazione del lavoro di un altro soggetto). È stato più spesso interpretato come un indizio di subordinazione e non un elemento decisivo. Per i giudizi vi sono indici di subordinazione non presenti nell'art. 2094 C.c., quali, ad esempio:

- limite orario,
- inserimento in un'organizzazione altrui
- continuità del rapporto: quando soddisfa esigenze non occasionali della controparte, non si esaurisce in un singolo atto di prestazione
- retribuzione sia corrisposta a scadenze fisse e in misura costante

Tali sono tutti indici di creazione giurisprudenziale.

Gli indici di subordinazione non sono mai decisivi presi singolarmente però possono essere decisivi per risolvere una controversia quando sono concordi e coerenti tra di loro. In questi casi i giudici procedono con il metodo di **qualificazione per approssimazione**, poiché non si arriva ad avere una prova piena della subordinazione bensì

lo si fa mettendo insieme una serie di indici e per approssimazione il rapporto è ricondotto a quello di tipo subordinato.

Vi è un altro elemento considerato decisivo ed è il cosiddetto “**potere disciplinare**”, ossia un potere riconosciuto al datore di lavoro nei confronti del lavoratore subordinato. In caso di inadempimento il datore di lavoro ha il potere di avvalersi di una forma di tutela per equivalente¹, ovvero il risarcimento del danno, egli ha anche un potere in più però: il potere disciplina è il potere di punire direttamente gli inadempimenti contrattuali con sanzioni disciplinari, indipendentemente dall’aver subito o non subito un danno derivante dall’inadempimento del lavoro. È un potere tipico del lavoro subordinato, non vi è in quello autonomo. È un elemento distintivo. Pur non essendo citato nell’art. 2094 è considerato un carattere tipico del contratto di lavoro subordinato che ove presente ne qualifica il rapporto come subordinato.

È a seconda della gravità che si applicherà una sanzione piuttosto che un altro (nota di biasimo, di demerito, sanzione conservativa es. multa sullo stipendio, fino al licenziamento). Questo è un meccanismo ulteriore al risarcimento del danno. La logica delle sanzioni disciplinari prescinde dal danno, non per forza il ritardo del lavoratore deve creare un vero danno al datore di lavoro per essere punito, si tratta di una **logica afflittiva** (punisco) e preventiva (affinché la condotta non si ripeta o affinché altri non la ripetano). Soprattutto in lavori creativi in cui vi sono gradi di autonomia maggiore nella prestazione diventa più difficile questo inquadramento.

Le parti non possono decidere il tipo di rapporto se poi di fatto non rispecchia i fatti (principio di indisponibilità).

Le cause normalmente finiscono in giudizio se il caso è dubbio, incerto. In giudizio finiscono le cause “strane”, per cui non vi è la prova della subordinazione, ciò perché se ci sono molti indici il datore di lavoro concilia la controversia. I giudizi ritengono che qualora vi siano indici contraddittori, torna ad avere significato il *nomen iuris*, la qualificazione che le parti hanno dato ad un certo contratto. In assenza del resto, il contratto firmato torna ad avere valore, ma la dichiarazione di volontà agisce in maniera residuale in assenza di altre prove.

L. 3 25/09/2019

All’interno del lavoro autonomo troviamo una serie di fattispecie che hanno delle caratteristiche che per certi versi le avvicinano al lavoro subordinato pur non avendone le caratteristiche richieste dalla legge.

Quando parliamo degli indici di subordinazione abbiamo detto che è possibile arrivare alla qualificazione del rapporto del lavoro subordinato quando vi è una serie di indici concordanti tra loro che vadano tutti nella stessa direzione. L’affermazione in sé racchiude anche il suo contrario: sono tollerabili forme di lavoro autonomo che hanno alcuni indici di subordinazione, non troppi ma alcuni. Possiamo pensare che il lavoro autonomo sia in qualche modo compatibile con il rispetto dei tempi di lavoro o la presenza del lavoratore all’interno di un luogo di lavoro organizzato dal committente e così via pur rimanendo lavoro autonomo. Questa categoria viene descritta con un termine di “**collaborazioni coordinate e continuative**” che fa riferimento a lavoro autonomo ma con alcune caratteristiche di somiglianza, allo stesso tempo è priva di subordinazione (autonoma) ed è svolta prevalentemente dal lavoratore stesso. Si dice che è **prevalentemente personale**. È una nozione che si trova nella fonte contenuta nell’ambito del Codice di procedura civile, l’art. 409.

Il legislatore conferma dunque che esistono delle collaborazioni autonome che hanno delle caratteristiche di coordinamento, continuità della prestazione che sono anche caratteristiche tipiche del lavoro subordinato. È

¹ Per forma specifica: mi ripari quello che hai sbagliato. Per equivalente: mi dai il denaro che rimedia al danno che mi hai causato

importante che sia una **prestazione personale** → non posso farmi sostituire da qualcun altro nella sua esecuzione, in quanto ciò è tipico dei rapporti di lavoro subordinato. È importante che sia “prevalentemente” e può dunque essere compatibile con il fatto di avere anche altri collaboratori: l’opera lavorativa dell’obbligato dev’essere “principale”, non fatta da macchine o altri fattori produttivi che semplicemente organizza. In quel caso altrimenti usciremmo dal lavoro autonomo e saremmo nell’ambito del piccolo imprenditore che organizza l’azienda. È importante dunque che la prestazione sia prevalentemente svolta personalmente.

Il fatto che la disposizione richiami il termine “continuativa” indica comunque un elemento che identifica la sussistenza di un interesse continuativo del committente. Egli non è interessato a una prestazione puntuale, bensì dev’essere una prestazione che si prolunga nel tempo, che ha una sua rilevanza.

L’elemento del **coordinamento** ha dato per lungo tempo svariati problemi di interpretazione. Non essendo stato definito cosa si dovesse intendere per coordinamento: secondo alcuni la differenza tra coordinamento e subordinazione fosse di tipo quantitativo (sub. più intensa rispetto al coordinamento). Oggi in realtà vi sono indicazioni date dal legislatore. Nel 2017 il legislatore ha introdotto una specificazione all’interno dell’art. 409 del Codice di procedura civile, aggiungendo un comma che ha valenza definitoria. Tale recita che “*la collaborazione s’intende coordinata quando nel rispetto delle modalità di coordinamento stabilite di comune accordo dalle parti, il collaboratore organizza autonomamente l’attività lavorativa*”. È una norma definitoria ma anche interpretativa, che ci permette di far luce su tale concetto. È una disposizione che ribadisce che l’attività del collaboratore deve rimanere comunque autonoma. Il collaboratore comunque organizza autonomamente l’attività normativa. Il collegamento si esprime nelle modalità stabilite **di comune accordo** tra le parti del contratto di collaborazione. È un coordinamento che non è un potere unilaterale ma è stabilito dalle parti, nel contratto. È il contenuto di una clausola di natura contrattuale.

Una prima complicazione di disciplina è relativa all’impianto lavoro autonomo/subordinato, rimasto fermo nel nostro ordinamento, dove vi è una figura introdotta da poco tempo: le collaborazioni **etero-organizzate**, ossia organizzate da qualcun altro (non etero-dirette, altrimenti sarebbero subordinate). Ciò sembra individuare un’altra categoria ancora. L’intento nasce da un’osservazione semplice: il tasso elevato in Italia di elusione del lavoro subordinato. In quest’area infatti vi sono costi legali al c.d. cuneo fiscale, all’incidenza degli oneri previdenziali e alla necessità di applicare disciplina inderogabili una delle tendenze è quella di cercare di vestire come lavoratore autonomo quello che nei fatti è lavoro subordinato, poiché meno gravoso. Ciò accade anche nel caso degli stage, spesso utilizzato per sostituire lavoro subordinato.

La disciplina cerca di riportare nel campo del lavoro subordinato certe collaborazioni formalmente autonome che presentano molti tratti in comune con il lavoro subordinato: è la disciplina delle **prestazioni etero-organizzate**. L’obiettivo è quello di insistere su una zona molto di confine, laddove i due si toccano e hanno caratteristiche molto vicine. Tale disciplina è stata introdotta con il decreto 81/2015 e stabilisce l’applicazione delle norme del lavoro subordinato nel caso di collaborazioni esclusivamente personali, continuative (due elementi in comune con quello subordinato) e organizzate (non dirette) dal committente con riferimento, anche, ai tempi e ai luoghi di lavoro. In quel caso la collaborazione viene attratta nell’orbita dell’applicazione della disciplina del lavoro subordinato. È una collaborazione ontologicamente in natura ma a cui si deve applicare la disciplina del lavoro subordinato. Dal punto di vista pratico cambia poco, il trattamento dovrà essere pari a quello del lavoratore subordinato, quale effetto produce questa disciplina? Essa produce un effetto sul piano qualificatorio, abbassando la soglia di accesso alle tutele del lavoro subordinato. Di fatto nessuno va a concludere discipline di questo tipo ma è solo per andare a “curare” l’aspetto patologico di questo sistema.

Per tale disciplina vi sono delle eccezioni di vario tipo previste dal Legislatore:

1. è stato stipulato un accordo sindacale che abbia effetto in un certo settore produttivo e che detti autonomamente le condizioni economico-normative dei collaboratori. Un esempio è l'area dei call center, che sono considerati "collaboratori", lavoratori autonomi coordinati e continuativi, derogando alla disciplina (ciò perché c'è la minaccia della delocalizzazione dei call center dunque per farvi fronte i sindacati permettono e sono d'accordo a derogare alla disciplina poiché in tal modo si può diminuire i costi relativi con la promessa del datore di lavoro di trattenere l'attività in Italia).

Quando parliamo di lavoro autonomo (contratto d'opera) parliamo di una fattispecie molto composta al suo interno, non è disciplinato da una sola disposizione. Vi sono articolazioni di disciplina, si parte dalle professioni articolate (ordini professionali: medici, architetti, commercialistici per cui vi sono regole di esecuzione d'esercizio di tali attività, di rango statale o a livello settoriale emanate dagli ordini professionali stessi). Tali hanno una regolamentazione anche dal punto di vista previdenziale. Vi è poi una branca di lavoro autonomo per la quale non è prevista una disciplina professionale. Tali possono essere svolte liberamente poiché non hanno un ordine professionale. In esse troviamo forme di lavoro autonomo considerato "occasionale" da distinguere da quello di tipo "professionale". È una distinzione che non incide sulla natura del diritto del lavoro, dal punto di vista giuslavoristico è una categoria unica, la differenza si evidenzia invece dal punto di vista tributario, il cui trattamento fiscale differisce.

Le tecniche di conciliazione delle controversie di lavoro

In una prospettiva di tipo professionale molto spesso il lavoro di colui che si occupa di gestione del personale ha gran parte del lavoro che emerge quando le cose non vanno bene es. gestione delle liti. Nascono di solito alla fine del rapporto di lavoro (difficilmente cessa quando vi è volontà da entrambe le parti). Nasce il problema di come gestire queste controversie nascenti evitando di litigare, attraverso la conciliazione (patto/contratto di solito una transazione², difficilmente è una rinuncia).

Il diritto del lavoro è composto prevalente da norme inderogabili. Se una norma è inderogabile è rigida, si applica indipendentemente dalla volontà delle parti, non può essere derogata. Ciò fa pensare che non sia facile comporre una controversia di lavoro. NB. I diritti del lavoratore però si prescrivono in 5 anni, bisogna far valere i crediti del lavoratore entro quel periodo. In questi casi per evitare la lite ci sono alcune tecniche che consentono di mettersi d'accordo per evitare una lite. Sono accordi validi ed efficaci.

Esistono anche le conciliazioni stragiudiziali: esse avvengono davanti al giudice, le parti stanno già "litigando". Vi è però la possibilità di trovare un accordo davanti al giudice stesso. Essa evita di arrivare a sentenza. Anzi è il giudice stesso che inviterà le parti a mettersi d'accordo, talvolta facendo una proposta transattiva. La norma cardine che indica quali sono i limiti è l'art. 2113 c.c. è una norma che qualifica come invalide le rinunce e le transazioni del lavoratore derivanti da norme inderogabili della legge o degli accordi collettivi. La rinuncia alla transazione è invalida ma non nulla. È una forma di invalidità "speciale", ha sue regole specifiche, da taluni classificata come "annullabilità". È l'effetto che produce e che ci interessa. Essa necessita un'impugnazione tempestiva, entro certi limiti di tempo definiti da parte del lavoratore interessato, che ha un termine di decadenza o lasso di tempo entro il quale deve impugnare la transazione (entro 6 mesi, il *dias a quo* è il momento della cessazione del rapporto del lavoro e non quello della stipulazione della rinuncia della transazione o dal momento successivo se la rinuncia avviene dopo la fine del trattamento di lavoro, non sarà tuttavia mai in costanza di rapporto di lavoro poiché troppo facilmente assoggettabile) se vuole far valere l'invalidità della stessa. Se non lo rispetta, non è più impugnabile e la rinuncia alla transazione diventa valida e produce effetti, non è più

² Con transazione si intende un contratto con cui le parti pongono fine a una lite o ne evitano una futura attraverso reciproche concessioni rispetto alle loro pretese. L'obiettivo è di sottrarre al giudice l'accertamento della situazione giuridica sottostante.

contestabile. Anche in tal caso l'impugnazione può essere stragiudiziale o giudiziale, posso farla o in via stragiudiziale (lettera) o pure impugnando direttamente in giudizio. In quel modo rendo invalida la rinuncia o transazione. Questo ci fa capire che se fosse stata nullità essa non prevedeva termini di decadenza ma poteva sempre farsi valere, è imprescrittibile.

La decorrenza produce incertezza per il datore di lavoro, mentre è garantista nei confronti del lavoratore. Dunque, trovare un accordo in via transattiva è una soluzione poco pratica per l'azienda.

L. 4 2609/2019

Le rinunce e le transazioni riguardano i diritti del lavoratore derivanti da norme inderogabili. Infatti, la forma di invalidità prevista dall'art. 2113 non è una forma di nullità radicale bensì speciale, che prevede una decadenza. È un termine di decadenza entro il quale il lavoratore può impugnare la rinuncia e renderla invalida. Nel caso il lavoratore non lo impugnasse, a quel punto la rinuncia alla transazione diventa efficace e non è più impugnabile. È un elemento che consente di individuare la differenza di disciplina. È un limite temporale piuttosto "generoso" nei confronti dei lavoratori, mentre è molto lungo per il datore di lavoro in concreto. I giorni da cui partono questi mesi non coincide con la data di stipulazione della transazione ma dal momento di cessazione della transazione di lavoro. Tali possono perdurare per molto tempo ed esporre il datore di lavoro a un'incertezza.

Il 4° comma dell'art. 2213 ù permette la conciliabilità di controversie che coinvolgono diritti inderogabili. Prevede che esse siano valide se vengono stipulate in alcune sedi specifiche individuate principalmente dal Codice di procedura civile. Sono sedi nelle quali il lavoratore è assistito sotto il profilo della garanzia che il suo consenso sia definitivo. Tali sedi "protette" sono:

- la *sede sindacale*, nel caso in cui il lavoratore è assistito da rappresentanti sindacali che ne tutelano la consapevolezza. Verrà redatto un verbale di conciliazione tale per cui la rinuncia rimane inoppugnabile. Tale sarà depositato presso un organo che è la direzione territoriale del lavoro e una volta depositato assume caratteristiche di esecutività. Alla rinuncia corrisponde però l'erogazione di una somma.
- La *sede amministrativa, dell'ispettorato territoriale del lavoro*. È la sede dell'agenzia che si occupa di compiere controlli pubblici sulla corretta applicazione delle norme in materia di lavoro. Su ognuna di esse viene costituita una conciliazione. Si tratta di una commissione tripartita con un rappresentante dei lavoratori, uno dei datori di lavoro e un funzionario dell'ispettorato del lavoro. Davanti a tali soggetti vengono conciliate le controversie di lavoro. Viene redatto un verbale di conciliazione sperando che le parti trovino effettivamente accordo.
- Ci sono poi ulteriori sedi di conciliazioni a cui accenniamo brevemente: *sede di certificazione dei contratti di lavoro*. Esse hanno il compito di conciliare cause di lavoro. Sede di conciliazione monocratica, avviene davanti ad un solo soggetto (l'ispettore del lavoro) nell'ambito di un'attività ispettiva. È una conciliazione che può avvenire solo quando sono in corso attività ispettive. Essa presuppone un qualche inizio di azione ispettiva.

Come scegliere una sede protetta? Vi sono molte variabili in gioco. Sono scelte di opportunità vincolate dalle preferenze del datore di lavoro sulla base della considerazione di una serie di fattori. Alcuni prediligono la sede sindacale, ma non tutti hanno una presenza sindacale nella propria azienda. Per certe vicende altre volte si preferisce una certa riservatezza. Dunque, in quei casi ci si rivolge all'ispettorato del lavoro. Innanzitutto, perché il controllo di validità della conciliazione è più approfondito, la verbalizzazione è una procedura rigorosa più che nell'ambito sindacale e molti datori di lavoro si fidano di più. Il rovescio della medaglia è che alcuni datori di lavoro non sono così propensi a far conoscere una certa situazione all'ispettorato del lavoro. Un datore di lavoro che non vuole rivolgersi a nessuno dei due si rivolge alla sede commissione certificazioni, il cui problema è il costo. Si tratta infatti di enti pubblici o privati che lavorano

con una logica diversa e la cui attività è particolare, non è amministrativa e gratuita (ad eccezione delle tasse) bensì esige un corrispettivo, a fronte della loro celerità.

Non tutte le controversie di lavoro sono conciliabili anche in sede protetta. In alcuni casi, anche se si arrivasse a una conciliazione in sede protetta, la transazione in questione rimarrebbe comunque nulla, impugnabile.

È necessario fare una distinzione ulteriore, aggiuntiva. Il punto di partenza è il concetto di **diritti derivanti da norme inderogabili**, sono solo i diritti che sono già maturati, rientrati nel patrimonio giuridico del lavoratore che possono dunque essere pretesi da questo e per i quali si sono già verificati i presupposti applicativi. Ad esempio, è il caso di diritti derivanti da norme inderogabili che non sono ancora entrati nel patrimonio giuridico del lavoratore, non si sono ancora verificati i loro presupposti applicativi. Si tratta di **c.d. diritti futuri**, previsti dalla disciplina ma di cui il lavoratore non è ancora titolare di tali diritti. Ad esempio, nel caso di riduzione della maggiorazione dovuta per lavoro notturno relativamente ai prossimi tre mesi di lavoro: i presupposti di quell'ipotetico diritto futuro devono ancora realizzarsi. In tal caso la transazione è nulla non assoggettata all'art. 2113 perché consiste alla rimozione di una norma imperativa. Il problema non è dismettere un diritto già acquisito ma impedire l'acquisizione di un diritto stesso ancora da acquisire, trattato come caso di nullità anche se stipulato in sede protetta. "Tesi del cumulo" di azioni in giudizio possibili: una certa transazione potrebbe essere resa invalida ai sensi dell'art. 2113 ad esempio se non è stata stipulata in sede protetta o se vi sia ipotesi di rinuncia a diritto futuro (totale o limitata). Vi è il caso di **diritti assolutamente indisponibili, sia se già acquisiti sia se futuri**. Tali diritti sono un piccolo gruppetto di diritti del lavoratore che sono protetti in maniera più intensa, è un'inderogabilità più forte che esprime diritti affermati a livello costituzionale. Essendo di rango costituzionale si ritiene che non possano essere mai oggetto di rinuncia o transazione. Un esempio è la rinuncia alle ferie: è un diritto attribuito al lavoratore previsto oltre che dalla legge anche dalla costituzione (le ferie sono un diritto irrinunciabile) come in caso di riposi o scioperi: una transazione relativa a questi diritti è nulla, sono assolutamente indisponibili. Nel caso in cui si effettua una transazione su diritti non inderogabili, dunque derogabili e sottratti all'art. 2113 e alla disciplina della nullità, tale è valida anche se effettuata all'esterno delle sedi protette, come l'area della cessazione del rapporto di lavoro.

Per scrivere una conciliazione si trova un accordo in via formale e si passa poi alla scrittura della transazione stessa, cercando di evitare qualsiasi contenzioso futuro. La tecnica più usata è cercare di immaginare tutte le possibili pretese che possono derivare dal fatto che ha originato la controversia stessa. Innanzitutto, si rinuncia ad agire in giudizio, si prosegue con le rinunce in modo che la transazione sia blindata, spesso si una il risarcimento per non attirare l'attenzione del fisco ed evitare di pagare somme aggiuntive. Vi è però anche un'attività di tipo diverso, di persuasione. Devo fare un calcolo prima, costruire la transazione in modo tale che sono chiare le poste in gioco, altrimenti si litiga.

C'è una differenza sostanziale tra una rinuncia e una transazione e una quietanza di pagamento. Alcuni sono convinti di aver fatto rinunciare a un lavoratore poiché ha firmato una quietanza di pagamento. A quel punto sorge il problema delle spettanze di fine rapporto, spesso si usa farsi rilasciare una quietanza di pagamento in cui si dichiara che il lavoratore ha ricevuto l'assegno relativo a tutto quanto dovuto. Questa non è una rinuncia, è una dichiarazione di scienza, che non ha valenza negoziale (non rinuncio a nulla, dichiaro di aver ricevuto una somma). Essa non si fa valere come una rinuncia, non può essere opposta al lavoratore se richiede il saldo di somme differenziali.

Tutto ciò si applica anche alle collaborazioni coordinate e continuative, ma non a tutto il lavoro autonomo.

PARTE I.

FRAMMENTAZIONE DELL'IMPRESA ED ESTERNALIZZAZIONE DEL LAVORO

Vedremo alcune modalità di gestione dei rapporti di lavoro che hanno caratteristiche anomale rispetto alle modalità di lavoro subordinato. Si tratta di alcuni aspetti peculiari che si ripercuotono sulle modalità di svolgimento della prestazione, sulla gestione del rapporto di lavoro, sulle ripartizioni di obblighi, diritti e doveri dati da particolari assetti imprenditoriali. Si tratta, ad esempio, di fenomeni di frammentazione dell'impresa o della condivisione della posizione datoriale. Faremo un *excursus* che va dalla **somministrazione** all'**appalto** per poi passare a fenomeni di **codatorialità** o **assunzione condivisa** dei lavoratori per arrivare alle **reti e ai gruppi di impresa** e infine ai **trasferimenti d'azienda**.

Dal divieto di interposizione di manodopera alla somministrazione di lavoro

Ci può essere più di un datore di lavoro all'interno di un unico rapporto di lavoro? Il lavoratore può avere a riferimento più di una persona?

In alcune ipotesi è possibile. Gli istituti che vediamo di seguito fanno capo a un fenomeno storico detto **caporalato** (interposizione della manodopera) in cui vi è una triangolazione di soggetti. Si tratta di una prestazione lavorativa che viene svolta a vantaggio di un soggetto anche se formalmente il rapporto di lavoro è costituito con un altro soggetto. Esso fa capo al periodo di rivoluzione industriale quando vi erano i primi industriali che ottenevano il vantaggio da prestazioni lavorative svolte dai singoli lavoratori ma in mezzo ai due soggetti vi erano gli ex- lavoratori autonomi di tipo artigianale, c.d. artigiani, che utilizzavano forza lavoro di altri lavoratori, ancora più ai margini della catena produttiva. In questo caso la prestazione lavorativa veniva svolta per il grande committente per interposta dall'artigiano. È un fenomeno di origine antica ma estremamente attuale, il rischio che vi sia questa scissione tra il formale datore di lavoro e il vero soggetto interessato è diffuso in vari ambiti della società, dall'agricoltura ai *riders*.

Questo tipo di fenomeno è oggi parzialmente lecito e parzialmente illecito. Non sempre è stato così. Nel tempo c'è stata una sorta di parabola che arriva ad una significativa liberizzazione di questi fenomeni di triangolazione che ha il suo apice con il *Jobs Act* e una piccola riduzione delle ipotesi in cui tali forme sono legittime con il Decreto Dignità del 2018.

La parabola inizia con l'art. 2127 c.c. che vietava all'imprenditore di affidare l'attività lavorativa a cottimo ai propri lavoratori, che la svolgessero assumendo a loro volta altri prestatori: *“È vietato all'imprenditore di affidare ai propri dipendenti lavori a cottimo da eseguirsi da prestatori di lavoro assunti e retribuiti direttamente dai dipendenti medesimi.*

In caso di violazione di tale divieto, l'imprenditore risponde direttamente, nei confronti dei prestatori di lavoro assunti dal proprio dipendente, degli obblighi derivanti dai contratti di lavoro da essi stipulati.”

La modalità lavorativa a cottimo è una modalità di retribuzione non parametrata al tempo di lavoro ma ai risultati raggiunti. Nel caso ciò avvenisse, i prestatori di secondo livello dovevano essere considerati alle dipendenze del primo. Era un'ipotesi limite che non ebbe una grande applicazione, era una fattispecie marginale.

Nel 1960 il legislatore interviene con una norma più chiara che andava a colpire un maggior numero di ipotesi. Si trattava della legge n.1369/1960: divieto di interposizione di manodopera. *“È vietato all'imprenditore di affidare in appalto o in subappalto o in qualsiasi altra forma, anche a società cooperative, l'esecuzione di mere prestazioni di lavoro mediante impiego di manodopera assunta e retribuita dall'appaltatore o dall'intermediario, qualunque sia la natura dell'opera o del servizio cui le prestazioni si riferiscono. È altresì vietato all'imprenditore di affidare ad intermediari, siano questi dipendenti, terzi o società anche se cooperative, lavori da eseguirsi a cottimo da prestatori di opere assunti e retribuiti da tali intermediari. È considerato appalto di mere prestazioni di lavoro ogni forma di appalto o subappalto, anche per esecuzione di opere o*