

# Poteri dell'imprenditore e tutele del lavoratore a cinquant'anni dalla legge n. 300/1970

Roberto Voza

## 1. Autorità e libertà: la conciliazione degli opposti nel contratto di lavoro subordinato

«Dereificazione» è una parola che ben può esprimere la direzione della lunga marcia intrapresa dal lavoro nel territorio del diritto (Grandi 1999, 317).

Nel passaggio dal diritto romano arcaico a quello intermedio lo schiavo, inizialmente concepito come mera *res* corporea in movimento, vide idealmente scorporare da sé il proprio lavoro, che fu poi considerato – in epoca medievale – un'accessione della terra, allorquando la *locatio operarum liberti* preso il posto della *locatio operis servi* (a sua volta, una evoluzione della *locatio servi*: Bavaro 2019, 177-178).

In seguito, la libertà dei moderni seppero definitivamente fare del lavoro un bene oggetto di scambio, abbandonando gli antichi vincoli di *status*: «perché ciò potesse conseguirsi era necessario che l'operaio, libero giuridicamente, si trovasse sul mercato del lavoro di fronte all'imprenditore come qualsiasi altra merce e che egli si presentasse come offerente della sua forza di lavoro e di null'altro» (Dal Pane 1958, 248).

Nella fusione ideologica di barassiana memoria<sup>1</sup> tra l'antica *locatio operarum* e il moderno lavoro salariato si concentrò la formula del diritto romano-borghese-

<sup>1</sup> Ricordiamo la celebre affermazione: «l'odierno contratto di lavoro, in quanto è un rapporto tra il lavoratore libero e chi dal lavoro vuol trarre profitto, è oggi nella sua struttura intima quello che era ieri, quello che era duemila anni or sono» (Barassi 1899, V).

se, in cui trionfava la visione di «una società civile separata distintamente dallo Stato e chiusa intorno alla dimensione ‘privata’ dell’economia»<sup>2</sup>.

Immerso nel circuito delle merci, il lavoro si separò idealmente dalla persona che contrae l’obbligazione di lavorare, diventando «un’entità economica amministrata da colui che può disporne» (Passaniti 2006, 37).

Persi i privilegi dell’appartenenza alle corporazioni d’arte e mestiere, i lavoratori si ritrovarono – in concorrenza tra loro – nell’arena del libero mercato, dove il contratto di lavoro subordinato li agganciò all’impresa capitalistica, legittimando l’esercizio di poteri funzionali all’organizzazione della produzione, ma senza rimettere in discussione la parità formale tra i contraenti liberi ed eguali, divenuti i protagonisti della modernità giuridica. Infatti, ciò che il lavoratore vende «è la disponibilità ad usare le sue facoltà in maniera conforme ad uno scopo che gli è stato indicato: vende la sua promessa di obbedire a degli ordini» (Commons 1981, 364).

Per quanto banale, è innegabile che dove c’è subordinazione, c’è – specularmente – sovraordinazione di un contraente sull’altro.

Nella semplificazione concettuale che accompagnò la nascita della nostra materia, il lavoro autonomo fu concepito come il regno della libertà, assegnata in premio a chi si assumeva il rischio della proficuità della propria attività, obbligandosi alla realizzazione dell’*opus perfectum*.

Insomma, chi godeva della facoltà di autodeterminazione del proprio lavoro sembrava restare al riparo dall’alienazione, che si profilava minacciosamente nella nascente società industriale.

Mentre il signor Ludd spaccava con rabbia il telaio meccanico, non conosceva l’alienazione del lavoro, ad esempio, il Figaro rossiniano. Era felice di essere il *factotum* della città e di arrivare «presto a bottega che l’alba è già». Servire i clienti era per lui un gesto di libertà. Erano le dame e i signori ad avere bisogno di lui: «tutti mi cercano, tutti mi vogliono», esclamava gongolante. Il barbiere di qualità si sentiva «pronto a far tutto, la notte e il giorno», esibendo l’orgoglio del «mestiere colla donnetta... col cavaliere». Maneggiava con destrezza «rasoi e pettini, lancette e forbici»: ogni attrezzo era al suo «comando».

Dunque, il concetto di autonomia evoca la libertà, il concetto di subordinazione evoca la sottoposizione al potere.

L’impianto delle tutele è, invece, un dato irrilevante ai fini della qualificazione della fattispecie: ciascuna di esse è un effetto del contratto di lavoro subordinato.

A ben guardare, benché sia comunemente impiegata come formula sintetica dell’intera *ratio* del diritto del lavoro, la tutela del contraente debole risulta «storicamente, sistematicamente ed esegeticamente perlomeno parziale ed unilaterale», per la sua incapacità di dar conto del ruolo che tale settore dell’ordinamento ha svolto «nella formalizzazione giuridica (e, dunque, nella legittimazione) dei rapporti di potere propri del modo di produzione sorto con la rivoluzione industriale» (Garofalo 1999, 457).

<sup>2</sup> Schiavone 1984, 65; una visione icasticamente riassunta nelle famose parole di J.-E.-M. Portalis: «al cittadino appartiene la proprietà, al sovrano l’impero» (Portalis 1836, 259 ss.).

Effettivamente, la logica del *favor* presuppone e, contemporaneamente, avalla una rappresentazione meramente pauperistica del diritto del lavoro, nella quale il giudizio sulla dipendenza economico-sociale si riduce ad un apprezzamento dello stato di bisogno del singolo lavoratore, a prescindere dalla connessione sociale reale insita nell'organizzazione capitalistica del lavoro, e quindi dalla dimensione super-individuale del conflitto di potere che lì si consuma. Insomma, la riduzione concettuale del diritto del lavoro a pura tecnica di tutela della debolezza contrattuale del lavoratore ne oblitera la funzione di legittimazione del mercato, realizzata anzitutto attraverso la costruzione della sua fattispecie fondamentale di riferimento, ossia il contratto di lavoro subordinato, che precede – storicamente (e logicamente) – l'edificazione del suo apparato protettivo.

La subordinazione nasce nuda, senza tutele. Essa precede (crono)logicamente l'edificazione del suo statuto protettivo; man mano che indossa protezioni, queste servono a contenere un fascio di poteri già intrinsecamente legittimato dalla fattispecie-madre, il contratto di lavoro.

Anche sul terreno degli effetti che discendono dalla fattispecie-contratto di lavoro subordinato, la giuridificazione del potere procede di pari passo con la sua limitazione, nel senso che la stessa limitazione del potere imprenditoriale finisce per legittimarlo nello spazio lasciato libero da vincoli.

In fondo, il senso del discorso si condensa in una domanda apparentemente banale: in quale altro contratto – oltre a quello che ha ad oggetto lo scambio tra lavoro subordinato e retribuzione – un contraente assume la qualità di *capo*, desumibile dall'art. 2086 c.c.?

È pur vero che la norma fa dell'imprenditore il capo dell'*impresa*, ossia di un'organizzazione che preesiste al contratto, ma poi – secondo una nota ricostruzione teorica – la posizione di autorità dell'imprenditore trova il suo riflesso nella «frazione della organizzazione complessiva nella quale il prestatore di lavoro si trova inserito» (Liso 1982, 59).

Nell'originario testo del codice civile la parola «capo» ricorreva solo in un'altra circostanza, ossia in materia di diritto di famiglia, ove l'art. 144 riconosceva al marito tale *status*, legittimando una fitta trama di disparità giuridiche fra i coniugi.

Impresa e famiglia erano i luoghi di un ordine sociale costruito sulla soggezione all'autorità e su quella visione comunitaria che li reputava organismi portatori di interessi superiori a quelli individuali, fusi nella retorica della prosperità (economica e demografica) della Nazione, in cui si esprime la modernizzazione reazionaria avviata dal regime (Passaniti 2011, cap. VII).

E nella famiglia per quasi trent'anni la potestà maritale ha convissuto con il riconoscimento costituzionale della «eguaglianza morale e giuridica dei coniugi», in nome di quei «limiti» che lo stesso art. 29, 2° comma, Cost., prevede siano posti «a garanzia dell'unità familiare». Per dirla con Francesco Santoro-Passarelli, «la famiglia, come qualunque altro organismo, e più di ogni altro, per la sua particolare struttura, non vive senza un capo» (Santoro Passarelli 1953, 377). Nulla di diverso da quello che si era detto molto prima dell'avvento della Costituzione repubblicana, ossia che, come in ogni altra cellula sociale, anche

nella famiglia vi è «la subordinazione delle parti ad un fine con assegnazione di funzioni»<sup>3</sup>.

Dopo la storica legge 19 maggio 1975, n. 151 (che, sopprimendo la potestà maritale, «ha portato la democrazia entro il rapporto coniugale»: Branca 1982, 17), la parola ‘capo’ è rimasta nel solo art. 2086 c.c., benché epurata – in via interpretativa – della sua originaria incrostazione pubblicistica, propria dell’ideologia corporativa. Nessuno può pensare di riscrivere quella disposizione, semplicemente perché l’impresa «non potrà mai essere democratica: qui, l’inversione dei ruoli tra governo e opposizione è inammissibile»<sup>4</sup>.

Colui che cede le proprie energie lavorative, quando fa ingresso nel rapporto di lavoro, lascia il mercato ed entra nell’organizzazione d’impresa, il cui titolare assume la qualità di capo anche in quel frammento organizzativo rilevante sul piano del singolo rapporto obbligatorio, in ragione di un interesse creditorio al comando sul lavoro altrui finalizzato a realizzare il risultato complessivamente perseguito dall’organizzazione.

Per questo, il contraente forte ha bisogno di una protezione che il diritto comune dei contratti non può garantirgli, perché non è pensato per regolare un rapporto giuridico che è – al contempo – il segmento in cui si esprime una nozione più ampia, quella di organizzazione, bisognosa di funzionare secondo un principio di autorità.

La supremazia contrattuale, che si manifesta – anzitutto – nel potere di dirigere l’attività altrui, si insinua nell’*incompletezza* del contratto di lavoro, che consente al creditore della prestazione lavorativa la possibilità di iniettare quei contenuti di volta in volta necessari a specificarne i contorni rimasti indefiniti. Tale operazione di ‘completamento’ toglie all’equilibrio negoziale il velo della parità, dando al datore di lavoro più di quanto gli spetterebbe come creditore di una mera prestazione contrattuale.

Il potere direttivo rappresenta «lo strumento tipico di cui il datore di lavoro dispone per amministrare il rapporto di lavoro, ossia il mezzo tecnico attraverso il quale egli esprime la propria razionalità organizzativa adattando la prestazione lavorativa ai mutevoli assetti aziendali» (Perulli 2015, I, 83-84). Inteso – nella sua dimensione tecnica – come potere di impartire ordini e istruzioni, esso implica e presuppone l’ulteriore potere di controllare lo svolgimento dell’attività lavorativa, come «potere di ingerenza *rafforzato* sull’operato della controparte» (Ingrao 2018), volto a congiungere il potere direttivo a quello disciplinare.

A sua volta, il potere di infliggere ‘pene private’ al lavoratore sublima la posizione di autorità del datore di lavoro. Per poterne avvalorare la matrice convenzionale (ripudiando le concezioni organicistiche dell’impresa), occorre evocare la dimensione organizzativa, anzi avocarla alla sfera del contratto di lavoro. È

<sup>3</sup> Cicu 1978, 86. Successivamente, lo stesso Autore ribadirà che «la posizione giuridica dell’individuo nella famiglia non può essere che quella di soggezione a un fine che, come superiore ai fini individuali, lega organicamente i soggetti» (Cicu 1965, I, 179).

<sup>4</sup> Romagnoli 1995, 156. L’affermazione risale a Dahrendorf 1967, 114-115.

in relazione alle esigenze dell'organizzazione datoriale, mediate dal contratto, che si può giustificare l'attribuzione di tale potere: l'infrazione disciplinare è pur sempre qualificabile come inadempimento contrattuale, ma esige «rimedi più sensibili ed efficaci di quelli previsti dal diritto comune», perché in gioco c'è un interesse più ampio e complesso di quello proprio del comune creditore (Persiani 1966, 274).

Si pensi, inoltre, allo *ius variandi* come strumento di modificazione unilaterale della prestazione contrattuale, con riferimento sia al contenuto dell'attività lavorativa, ossia alle mansioni, sia al luogo di esecuzione della stessa. Indubbiamente, tale potere modificativo costituisce un esempio emblematico della specialità del diritto del lavoro rispetto al diritto privato, assumendo «una valenza non specificativa, ma costitutiva di obblighi nuovi e diversi rispetto a quelli riconducibili al contratto di lavoro e al suo oggetto» (Romei 2018, I, 236).

Si tratta, insomma, di una «offesa al principio dell'accordo e al principio del vincolo» (Roppo 2001, 555), ossia alla «forza di legge» del contratto, sancita dall'art. 1372 c.c., dal quale discende – appunto – l'immodificabilità del regolamento contrattuale *ex uno latere*.

Con riferimento alle mansioni, l'art. 2103 c.c. rende evidente agli occhi dell'interprete l'*insufficienza* del consenso del lavoratore a determinare la legittimità della sua adibizione a mansioni inferiori, ossia la nullità del patto contrario al divieto legale di retrocessione. Non si trascuri, però, che tale limitazione all'autonomia privata implica logicamente che sia data per acquisita l'*irrilevanza* del consenso del lavoratore ai fini della legittimità dell'esercizio dello *ius variandi* nell'area residua, quella non soggetta a limiti.

Il discorso può essere facilmente esteso all'altro profilo contemplato dallo stesso art. 2103 c.c., nel quale – pure – si estrinseca la mobilità del lavoratore all'interno dell'organizzazione produttiva, ossia il trasferimento, inteso come vicenda modificativa del rapporto di lavoro. Secondo l'art. 1182 c.c. il luogo di adempimento dell'obbligazione deve esser indicato dal titolo oppure deve essere altrimenti determinabile, in base alla natura della prestazione o ad altre circostanze. Una volta compiuta tale determinazione, ogni sua variazione deve passare dal consenso di entrambe le parti. Di contro, lo spostamento del luogo di lavoro, se avviene all'interno della medesima unità produttiva o – comunque – è sorretto dalle «comprovate ragioni» di cui all'art. 2103, comma 8, c.c., è legittimo anche a prescindere dalla volontà del lavoratore, benché esso modifichi le condizioni iniziali dell'accordo.

Un altro esempio attiene alla facoltà di cedere l'azienda, o anche solo un suo ramo, determinando la cessione dei contratti di lavoro senza bisogno della volontà del contraente ceduto (invece richiesta dall'art. 1406 c.c.), rispetto alla quale diritto del commercio (art. 2558 c.c.) e diritto del lavoro (art. 2112 c.c.) convergono nel facilitare la vicenda circolatoria, e – per questo – non tollerano gli impacci derivanti dalla sacralità del consenso.

Dunque, la preesistenza dell'organizzazione fornisce al contratto di lavoro subordinato una torsione 'a-simmetrica', inoculando quelle dosi di potere che si rendono necessarie al buon funzionamento della singola impresa (in un'ottica

microeconomica) e alla razionalità in senso weberiano del mercato capitalistico (in un'ottica macroeconomica).

## 2. L'erosione dei poteri imprenditoriali attraverso l'affermazione dei diritti fondamentali nel Titolo I dello Statuto dei lavoratori

Sappiamo bene che la 'dereificazione' della persona che lavora (ossia, il suo affrancamento dal diritto delle cose) non impedi, anzi favorì, la mercificazione del lavoro astratto, ossia idealmente separato dal suo portatore. Emancipato dal regime proprietario e reso commerciabile, il lavoro prestato dalla persona giuridicamente libera fu inizialmente lasciato in balia della legge della domanda e dell'offerta.

Occorreva intervenire: senza una limitazione del tempo di lavoro, un trattamento retributivo minimo, una protezione della salubrità dell'ambiente di lavoro ecc., la libertà negoziale non poteva impedire il più selvaggio sfruttamento del contraente-lavoratore.

Sin da quando prese il nome di legislazione sociale, il diritto del lavoro ha accompagnato l'avvento e la diffusione del capitalismo per renderlo socialmente sostenibile (per usare un'espressione oggi di gran moda). Inizialmente, si trattò di proteggere il *corpo* di mondine, braccianti e carusi, e di tutti i lavoratori che furono protagonisti della cosiddetta questione sociale, al fine di sottrarre la forza-lavoro all'integrale applicazione della legge del mercato e, quindi, di evitare che lo sfruttamento del lavoro potesse minare l'affermazione di valori primari, come l'integrità della persona, la coesione sociale e, persino, l'ordine pubblico.

In un certo senso, si può anche dire che il diritto del lavoro è storicamente servito a salvare il capitalismo dai suoi eccessi (o a renderlo più accettabile), risparmiandogli una brutta fine.

Insomma, il diritto del lavoro, se non è 'capitalistico' non è neppure 'anticapitalistico'<sup>5</sup>, perché non nega certo l'economia di mercato, anzi ne puntella l'ordine giuridico, pur sottraendo parzialmente il lavoro alla legge della domanda e dell'offerta: in questa ambivalenza risiede la sua specialità e, probabilmente, anche il suo fascino.

Tale ambivalenza si riflette nella difficoltà di collocare sistematicamente il diritto del lavoro, da sempre operante come «una sorta di cuneo capace di mettere in crisi la tradizionale distinzione diritto pubblico/diritto privato», nei termini consacrati dalla Rivoluzione francese e, quindi, dalla lotta contro le indebite ingerenze del Sovrano nella sfera di libertà individuale.

Si può affermare che la storia della nostra materia è «la storia di una progressiva erosione dei suoi originari connotati privatistici in favore dello sviluppo della sua dimensione pubblicistica» (Ferraioli 2001, 119). Più in particolare, è stato il massiccio impiego del comando eteronomo (la norma inderogabile) all'interno dell'arena del mercato, a sparigliare il gioco, ovvero a segnare l'e-

<sup>5</sup> Evoco una recente riflessione di Del Punta 2019, 10.

mancipazione da «uno dei tradizionali postulati dello Stato di diritto, cioè la separazione tra la politica e l'economia, tra la sfera privata e la sfera pubblica» (Barcellona 1973, 99).

Al fondo di tutto, vi è l'«implicazione della persona del lavoratore nel lavoro prestato ad altri» (Santoro Passarelli 1965, 11): anche quando la persona si fa gruppo rimane portatrice di bisogni di protezione sociale che sono, ontologicamente, oppositivi alla logica della mercificazione.

Ebbene, la limitazione ai poteri datoriali – a cui lo Statuto dei lavoratori fornirà poi un importante contributo – è indubbiamente ispirata alla tutela dei valori della persona, della sua dignità, che rappresenta una componente essenziale della libertà.

In nome della libertà, nella sua duplice declinazione – individuale e collettiva – lo Statuto intese mettere in discussione quella quota di potere di cui l'imprenditore dispone non tanto in base al contratto, quanto piuttosto come capo dell'impresa-istituzione, per la soddisfazione del proprio interesse economico, funzionale – nella logica originaria del libro V – alla prosperità dell'economia nazionale.

Si ruppe definitivamente «la tradizione delle libertà come le intendevano i classici del liberalismo» (Romagnoli 2011, 127): il legislatore riconobbe la dimensione sociale del luogo di lavoro, facendosi portatore di principi di civiltà giuridica, dai quali l'impresa provava a restare immune, quasi fosse una sorta di zona franca rispetto ai diritti fondamentali, «un minuscolo ordinamento autoconcluso con un proprio legislatore, un proprio giudice, proprie regole di comportamento» (Romagnoli 1979, 4).

Tutti i diritti fondamentali del lavoratore possono essere letti come diritti di libertà al cospetto delle varie facce del potere imprenditoriale. Infatti, essere esposti alla variabilità illimitata di ogni aspetto della prestazione, il tempo, il luogo, le mansioni, il controllo sulla propria attività ecc., significa subire un *deficit* di libertà.

In definitiva, compiuta la giuridificazione del potere di comando sul lavoro altrui attraverso l'invenzione del contratto di lavoro, il diritto del lavoro è stato chiamato a somministrare dosi di libertà, nella misura storicamente data e storicamente reversibile. Ma è una missione, direi una tensione, a cui esso non può rinunciare.

Con lo Statuto dei lavoratori e la riforma del diritto di famiglia, i diritti fondamentali fecero «il loro ingresso in luoghi come la famiglia, tradizionalmente sottratti, siccome luoghi "privati", alla soggezione del diritto e alla garanzia dei diritti». Insomma, alla tradizionale dimensione verticale dei diritti fondamentali, quali diritti dell'individuo nei confronti dello Stato, si aggiunse «una loro dimensione orizzontale; quali diritti dell'individuo nei confronti di altri soggetti privati» (Ferraioli 2001, 118).

Orbene, non basta constatare che il diritto del lavoro si propone di contrastare un uso 'feudale' dei poteri datoriali. Bisogna chiedersi perché ciò avviene e in che termini è giusto che continui ad avvenire. Con una battuta si può dire che l'arbitrio, in sé, non è una parolaccia. In altri campi del sapere, anche giuridico, il libero arbitrio è considerato la massima espressione della natura umana.

Del resto, sociologicamente (o, se si preferisce, sul piano fattuale), qualunque potere è come un gas: si espande fino a quando non trova un contenimento. Allora, quando parliamo di un uso del potere imprenditoriale che non deve sconfinare nell'arbitrio, non possiamo genericamente invocare un principio di razionalità: non è affatto irrazionale che il potere si espanda! La flessibilità – nelle sue varie declinazioni – è del tutto coerente con le esigenze dell'impresa, che ambisce *fisiologicamente* a traslare almeno quota-parte del rischio d'impresa sul fattore lavoro.

Faccio alcuni esempi. Comprare le lenti a contatto mensili, per usarle un solo giorno, è un comportamento inefficiente; molto meglio comprare le lenti *one-day*. Al netto delle esigenze di fidelizzazione e formazione professionale, il lavoratore *one-day* soddisfa un bisogno ancestrale dell'impresa: comprare lavoro solo quando serve.

Oppure, se voglio avere un divano, che – alla bisogna – possa anche essere usato per dormire, comprerò un divano-letto, piuttosto che un divano e un letto, che sarebbero entrambi sottoutilizzati e più ingombranti. Fuor di metafora, anche il lavoratore polivalente, all'estremo il *factotum*, soddisfa un'esigenza ancestrale dell'impresa, ossia adattare il bene-lavoro a qualunque finalità produttiva si presenti all'occorrenza, anche a costo di rinunciare al picco di rendimento garantito dallo specialismo della funzione (posto che, almeno per dormire, il letto è più comodo del divano-letto). Il massimo, poi, sarebbe se alla polivalenza funzionale si potesse sommare l'onnivalenza temporale, ossia la disponibilità illimitata nell'arco della giornata: esattamente i due attributi di cui si vantava il Figaro rossiniano.

Insomma, voler ingaggiare e usare il lavoro solo se, quando e come serve, non è espressione di un capriccio maligno; è un'esigenza del tutto comprensibile dal punto di vista economico, ma che il diritto del lavoro contiene in nome di quel principio – la tutela della persona – che lo innerva.

Nel Titolo I dello Statuto la tutela della persona si articola nel duplice profilo della libertà e dignità del lavoratore, a cui si può ricondurre l'insieme dei limiti ivi costruiti dal legislatore.

I lavoratori sono, innanzitutto, liberi *di* manifestare il proprio pensiero (art. 1) e il datore di lavoro non può sottoporre ad indagini ciò che dal pensiero (ovunque manifestato) promana sul piano politico, religioso o sindacale o ciò che – comunque – non attiene all'attitudine professionale del lavoratore (art. 8). Tale libertà è rafforzata dal divieto di atti discriminatori (art. 15), nel tempo esteso a fattori di discriminazione ulteriori rispetto all'originaria versione della norma statutaria.

I lavoratori sono, pure, liberi *da* quella dose del potere di controllo che il legislatore reputa lesiva della loro libertà e dignità, sia pure nel contemperamento con le esigenze dell'impresa. Per questa ragione, è sottoposto a limiti il ricorso a guardie giurate (art. 2), personale di vigilanza (art. 3), impianti audiovisivi e altre apparecchiature con finalità di controllo a distanza (art. 4), accertamenti sanitari (art. 5) e visite personali (art. 6), così come lo è – sul piano procedimentale e sostanziale – il potere di sanzionare ciò che il controllo imprenditoriale accerta in termini di illecito disciplinare (art. 7). In particolare, costringere il datore di lavoro a muovere l'accusa nei confronti del lavoratore, prima di sanzionarlo, garantendo a quest'ultimo la facoltà di giustificare il proprio comportamento,



«rappresenta uno strumento di protezione della personalità morale del lavoratore» e – dunque – indirettamente della sua dignità (De Simone 2109, 44).

Alla tutela della libertà e dignità del lavoratore fu pure dedicata la norma di chiusura del Titolo I (art. 13), concepita per punire – come fu detto da uno dei suoi più autorevoli commentatori – «il furto della professionalità»<sup>6</sup>. Infatti, reosi consapevole della lacuna più evidente del testo originario dell'art. 2103 c.c., il legislatore statutario intese inibire la possibilità che il declassamento fosse legittimamente realizzato mediante il consenso espresso dal lavoratore in un accordo novativo o, addirittura, mediante comportamento concludente.

Sull'alveo dello Statuto è scorso – in cinquanta anni di vita – un imponente fiume di giudizi, analisi, encomi e critiche.

La via più breve per invocarne una revisione è stata quella che ha collegato la legge n. 300/1970 al contesto economico-produttivo in cui essa trovò luce. Nel tramonto del fordismo si cercano le ragioni di una pretesa inadeguatezza dello Statuto a fronteggiare il mutamento di quel contesto, nelle sue molteplici componenti. La grande fabbrica, il primato dell'industria, la centralità dell'operaio-massa ecc., colorano un affresco storico a cui abitualmente si attinge per spiegare ascesi e declino delle ragioni poste a fondamento della legge.

In verità, di specificamente fordista nulla hanno i valori a cui si ispira il titolo I dello Statuto (libertà e dignità del lavoro). Semplicemente, la linea di demarcazione tra i poteri imprenditoriali e i limiti posti a presidio di quei valori è stata espressione di un equilibrio tra le diverse istanze di politica del diritto avvicinandesi nel tempo.

La matrice convenzionale e reversibile di quell'equilibrio è sotto gli occhi di tutti, tant'è che da alcuni anni, nel nostro Paese (come altrove) un nuovo *trend* normativo sembra muoversi verso una ri-espansione del dominio imprenditoriale sulle condizioni d'impiego della forza lavoro.

Ciò è avvenuto attraverso una combinazione di tecniche normative: la rimozione pura e semplice di alcuni vincoli, il contenimento della facoltà di valutazione del giudice (con conseguente dilatazione dei margini di discrezionalità datoriale nell'esercizio del potere), la sostituzione del ristoro monetario alla logica rimediale della *restitutio in integrum* e del danno punitivo, l'affievolimento del regime di nullità dei patti individuali contrari alla norma inderogabile, il ridimensionamento interpretativo di alcune norme a contenuto aperto o elastico, che vincolano sul piano causale il potere datoriale.

### 3. Il paradigma del mutamento: le tutele statutarie dopo gli ultimi rintocchi del pendolo legislativo

Significati interventi hanno mutato i due 'volti' dello Statuto dei lavoratori, quello che sostiene l'attività sindacale nei luoghi di lavoro e quello che tutela le libertà fondamentali del singolo lavoratore.

<sup>6</sup> Secondo la vivace espressione di Romagnoli 1979, 231.

Sul primo fronte, il referendum del 1995 sull'art. 19 segnò l'avvio di «un progressivo affievolimento del confederalismo a vantaggio dell'aziendalismo» (Carinci 2016, 121), al quale ha fatto seguito l'indebolimento del ruolo del contratto collettivo nazionale come baricentro del sistema di contrattazione, nella legislazione che va dall'art. 8, d.l. 13 agosto 2011, n. 138, convertito in l. n. 148/2011, all'art. 51, d.lgs. n. 81/2015 (è in voga, a tal proposito, il termine *aziendalizzazione*).

Sul secondo fronte, si è concretizzato in due mosse l'attacco all'art. 18: l'una ne ha modificato il testo (legge 28 giugno 2012, n. 92) e l'altra lo ha sostituito con una nuova disciplina per i lavoratori assunti da una certa data in poi (d.lgs. 4 marzo 2015, n. 23).

Infine, il *trend* della 'modernizzazione' ha investito gli artt. 4 e 13, ispirando una profonda revisione del loro testo originario.

Per la verità, il *restyling* di queste ultime due disposizioni non fa che raccogliere un'eredità 'culturale' composta da frammenti normativi, interpretazioni giurisprudenziali, tendenze della contrattazione collettiva e prassi amministrative accumulate nel tempo.

Del resto, la derogabilità degli artt. 4 e 13 Stat. lav. era stata prevista dall'art. 8, d.l. n. 138/2011, il quale – tra le materie affidate alla potestà regolatoria dei contratti collettivi di prossimità – menziona sia gli «impianti audiovisivi» (unitamente alla «introduzione di nuove tecnologie»), sia le «mansioni del lavoratore», nonché la «classificazione e inquadramento del personale».

Il legislatore del *Jobs Act* interviene direttamente sul contenuto delle due disposizioni.

Come è noto, il nucleo più rilevante del nuovo art. 4 Stat. lav. (introdotto dall'art. 23, d.lgs. 14 settembre 2015) è legato all'innovazione *tecnologica* e risponde alla accusa di obsolescenza più volte mossa all'originario testo della norma.

Pochi sanno che la norma rischiò di nascere già vecchia, perché pensata sulla realtà che lo aveva preceduto, ossia l'installazione di telecamere a circuito chiuso con finalità di sorveglianza e controllo sui lavoratori. Il testo dell'art. 4 – come ha poi rivelato Gino Giugni – in una prima versione circoscritto «all'uso della Tv», fu modificato dopo che tre operai della OM di Brescia si recarono «all'ufficio legislativo del Ministero del Lavoro», segnalandogli la questione (Giugni 1977, 102).

Il riferimento alle «altre apparecchiature» è stato lungimirante, perché è «valso ad assicurare capacità di tenuta nel tempo alla medesima disposizione statutaria pur a fronte del sensibile incremento di strumenti, tecniche e possibilità di controllo a distanza dei lavoratori» (Balletti 2016, 38).

Ciò nonostante, esso non è bastato a reggere l'onda d'urto della rivoluzione informatica, che ha diffuso l'utilizzo di dispositivi, quali computer, *smartphone*, *tablet* ecc., divenuti normali strumenti di lavoro, ma dotati di una intrinseca capacità di captazione di dati inerenti all'esecuzione della prestazione lavorativa, se non addirittura di realizzazione di vere e proprie 'profilature' dei lavoratori, «utilizzabili ai più disparati fini, non sempre palesati dal datore» (Trojsi 2016, 4).

Infatti, a seguito della massiccia diffusione del *personal computer*, lo stesso Giugni riconobbe che, nei confronti del «possibile uso vessatorio del sistema

informatico, l'art. 4 ha dimostrato di non essere idoneo, giacché in realtà non è stato pensato per uno scopo siffatto» (Giugni 1992, 10).

Nella evoluzione successiva, di fronte a dispositivi come – per fare qualche esempio – il braccialetto elettronico *wireless* o i cappellini e i giubbotti in grado di registrare persino le reazioni nervose del lavoratore, insieme alla tutela della dignità e riservatezza del lavoratore si pone addirittura un problema di tutela della sua integrità psico-fisica<sup>7</sup>, per il quale vengono in rilievo limiti esterni allo stesso art. 4 Stat. lav., quali quelli desumibili dall'art. 2087 c.c. e, in ogni caso, dall'art. 41, comma 2, Cost.

Possiamo reputare inevitabile l'esclusione – sancita dal novello legislatore – degli strumenti utilizzati dal lavoratore per rendere la prestazione lavorativa e di registrazione di accessi e presenze dai vincoli causali e procedurali delineati dalla norma. Si tratta, infatti, di dotazioni funzionali all'adempimento della prestazione lavorativa, per le quali il filtro autorizzatorio è apparso – in concreto – una inutile pedanteria.

Il punto è che gli strumenti di lavoro (a volte, persino quelli di rilevazione delle presenze) si possono rivelare *polifunzionali*, permettendo forme di controllo sull'attività dei lavoratori. Quando ciò accade, desta preoccupazione la sancita utilizzabilità «a tutti i fini connessi al rapporto di lavoro» delle informazioni raccolte. Entrambe le condizioni richieste dalla norma – l'adeguata informazione al lavoratore circa le modalità d'uso degli strumenti e di effettuazione dei controlli e il rispetto del d.lgs. 30 giugno 2003, n. 196 – sfuggono al controllo sindacale/amministrativo, come pure al consenso del singolo lavoratore. Sembra, dunque, emergere «una regola di grande impatto che [...] amplia in maniera considerevole i poteri del datore di lavoro di conoscere ed utilizzare i dati registrati dal dispositivo» (Alvino 2016, 28).

In questa sede non è possibile affrontare i vari nodi interpretativi posti dalla novella legislativa, a cominciare dall'assenza di una «nozione ontologica» di strumenti di lavoro (Marazza 2016, 10). In particolare, si tratta di comprendere se, attraverso gli strumenti di lavoro o di registrazione di accessi/presenze, si possa (legittimamente) esercitare un controllo sull'adempimento della prestazione lavorativa e – conseguentemente – raccogliere e utilizzare in tal senso le informazioni che essi sono in grado di captare, ferma restando l'utilizzabilità (certamente ammessa) delle informazioni raccolte allo scopo di prevenire un uso scorretto e illecito di tali strumenti.

La presunta portata 'liberalizzatrice' della norma si attenuerebbe molto se fosse accolta la tesi (niente affatto unanime) secondo cui l'uso di simili strumenti, per quanto oggi slegato dal vincolo procedurale (l'autorizzazione), non sia sottratto ad «un vincolo di scopo, che è quello che giustifica la deroga stessa, ovvero proprio l'essere strumento (non di controllo, ma) di lavoro o di re-

<sup>7</sup> Ne sanno qualcosa gli autisti *free-lance* dell'ultimo film di Ken Loach (*Sorry We Missed You*): formalmente imprenditori di sé stessi, ma in realtà spietatamente controllati e diretti da congegni informatici che si impadroniscono del loro tempo.

gistrazione di accessi e presenze» (Nuzzo 2018, 109). Ciò – innanzitutto – per ragioni di coerenza sistematica con gli artt. 2 e 3 dello Statuto (da cui si ricava il divieto di controlli impersonali e occulti sui lavoratori), nonché con il primo comma dello stesso art. 4 (da cui continua a evincersi, sia pure indirettamente, un divieto di controllo a distanza sull'attività lavorativa), oltre che con la normativa – nel variegato intreccio tra le fonti che la compongono – in materia di *privacy* (che consente la raccolta dei dati solo per scopi legittimi).

Un ampliamento dei poteri datoriali (e, conseguentemente, dell'area del debito della prestazione lavorativa) si realizza a seguito della nuova disciplina del mutamento di mansioni.

Innanzitutto, in tema di mobilità orizzontale l'art. 3, d.lgs. 15 giugno 2015, n. 81, mutuando l'opzione accolta nella disciplina del lavoro pubblico, sostituisce l'equivalenza professionale con il nuovo limite legale rappresentato dall'appartenenza «allo stesso livello e categoria legale di inquadramento». L'effetto è quello di consegnare al datore di lavoro ben più ampi margini di flessibilità gestionale, soprattutto di fronte ad un sistema di classificazione professionale 'a banda larga', come quello accolto in alcuni contratti collettivi nazionali (Ferrante 2017, 35).

In tema di mobilità verso il basso, il novello legislatore fornisce un'espressa e solida copertura alla derogabilità del regime di nullità del patto contrario al divieto di adibizione a mansioni inferiori.

Infatti, l'inderogabilità della disciplina legale delle mansioni è parzialmente prosciugata da un canale che ora la stessa norma scava al proprio interno, affidando ad un'idrovora a tre pompe (sia concessa la metafora) la funzione di sottrarre acqua alla nullità dei patti contrari: l'autonomia individuale pura e semplice (nella forma dello *ius variandi* datoriale o dell'accordo con il lavoratore), il contratto collettivo, il patto in deroga sancito nelle sedi protette.

In primo luogo, è legittimato il demansionamento (anche se ristretto nell'ambito della medesima categoria legale, senza effetti sull'inquadramento e sul trattamento retributivo) nell'ambigua ipotesi di modifica degli assetti organizzativi aziendali che incide sulla posizione del lavoratore. Qui, sul piano interpretativo, affiora il rischio di una torsione 'tautologica', posto che l'adibizione di uno o più lavoratori a mansioni diverse implica sempre una sorta di modifica degli assetti organizzativi<sup>8</sup>. Pur volendo escludere questa lettura estrema, appare evidente come tale previsione allontani definitivamente l'adibizione a mansioni inferiori dalla sua configurazione in termini di *extrema ratio*, ossia di 'male minore' rispetto alla perdita del posto di lavoro.

La seconda via al demansionamento è affidata alle ulteriori ipotesi di assegnazione a mansioni inferiori che l'autonomia collettiva è ora abilitata a introdurre. Qui ci si accorge della portata innovativa della norma, non solo per

<sup>8</sup> Il confronto con la legge-delega inasprisce il dibattito, posto che il criterio direttivo in essa contenuto era quello della «revisione della disciplina delle mansioni, in caso di processi di riorganizzazione, ristrutturazione o conversione aziendale individuati sulla base di parametri oggettivi» (art. 1, comma 7, lett. e, l. 10 dicembre 2014, n. 183).

la piena fungibilità (ormai sancita dall'art. 51, d.lgs. n. 81/2015) tra contratti collettivi di qualsiasi livello, ma – soprattutto – perché la delega all'autonomia collettiva non è ancorata ad alcun presupposto causale (come era, invece, nell'art. 4, comma 11, l. 23 luglio 1991, n. 223). Di conseguenza, risulta ammessa qualsiasi ipotesi, aggiuntiva rispetto a quella che giustifica l'adibizione a mansioni inferiori mediante *ius variandi* o accordo individuale. Pertanto, la contrattazione collettiva – senza più 'imbarazzi' – potrà valorizzare le esigenze di flessibilità organizzativa dell'impresa, dando maggiore consistenza agli esperimenti negoziali sin qui praticati nell'incertezza interpretativa di un dato normativo rimasto intatto per quarantacinque anni.

Indubbiamente, la parte più dirompente del nuovo testo dell'art. 2013 c.c. è quella che legittima la possibilità di declassamento 'completo' (che include la categoria legale, il livello di inquadramento e la relativa retribuzione), mediante un accordo individuale sottoscritto innanzi a sedi 'protette' e motivato da un «interesse del lavoratore alla conservazione dell'occupazione, all'acquisizione di una diversa professionalità o al miglioramento delle condizioni di vita». Per garantire la fattiva operatività di un vincolo di natura teleologica (il perseguimento delle finalità testé indicate) bisogna provare a considerare l'interesse perseguito attraverso il patto assistito di demansionamento come «particolare requisito integrativo della causa contrattuale intesa in senso concreto» (Perrone 2019, 509).

Risulta poi sfuggente il riferimento normativo ad un obbligo formativo quale corollario dell'adibizione a mansioni diverse (in senso orizzontale o *in pejus*). Da un lato si adombra l'eventualità che la formazione possa non essere necessaria (secondo una valutazione, in prima battuta, rimessa allo stesso datore di lavoro), dall'altro ci si limita a sancire cosa non accade se l'obbligo è violato. L'interprete deve cercare una possibile conseguenza della violazione al di fuori della norma che pone l'obbligo, sforzandosi di ipotizzare soluzioni come il risarcimento del danno, l'esperibilità dell'eccezione di inadempimento (almeno in casi estremi), l'attenuazione dell'obbligo di diligenza professionale del lavoratore (ai fini della rilevanza di un'eventuale imperizia nell'adempimento dei suoi obblighi contrattuali), la configurabilità di una giusta causa di dimissioni, ecc.

Anche nell'ambito della mobilità verso l'alto l'art. 3, d.lgs. n. 81/2015 incide sulle garanzie del lavoratore, ampliando i margini di manovra dell'autonomia privata (collettiva e individuale).

In primo luogo, il limite legale massimo, superato il quale tale assegnazione diviene definitiva, oltre ad essere stato prolungato da 3 a 6 mesi continuativi, è reso pienamente derogabile da parte dei contratti collettivi, individuabili sempre grazie al rinvio contenuto nell'art. 51 del medesimo decreto.

La scomparsa di un tetto legale invalicabile *in peius* colloca la norma fuori dello schema del *favor*: la contrattazione collettiva può liberamente sostituirsi alla legge nella determinazione del livello di protezione del lavoratore.

L'altro aspetto su cui l'autonomia privata (questa volta individuale) può inibire l'operatività della tutela legale attiene al superamento del predetto li-

mite: oggi il legislatore prevede espressamente che il lavoratore possa evitare che l'assegnazione a mansioni superiori diventi definitiva. Non si tratta del rifiuto di essere assegnato a (e, quindi, di svolgere) tali mansioni, bensì della mancata accettazione di uno degli effetti legali che ne conseguono (oltre al temporaneo adeguamento del trattamento economico). Non vi è dubbio che la reversibilità dell'adibizione a mansioni superiori, anche oltre il limite prestabilito, rappresenti un evidente vantaggio per il datore di lavoro in termini di flessibilità gestionale.

La configurazione giuridica di tale manifestazione di volontà è tutta da scoprire, in assenza di qualsivoglia indicazione normativa. Infatti, la rinuncia a conseguire la promozione a seguito dell'avvenuto svolgimento di mansioni superiori per il periodo predeterminato costituisce un atto di disposizione di un diritto già entrato nel patrimonio del lavoratore. Avrebbe avuto senso, quindi, un richiamo al regime di cui all'art. 2113, ultimo comma, c.c., che condiziona la validità delle rinunzie e transazioni alla presenza (*rectius*: assistenza) dei soggetti ivi indicati. Non è certo che il silenzio del legislatore, forse poco sensibile al rischio che la volontà abdicativa del lavoratore subisca condizionamenti, possa essere colmato in via interpretativa: non si può escludere, infatti, che la norma configuri quello alla promozione «come un diritto disponibile» (Zoli 2015, 352).

Non si trascuri – e valga come osservazione finale – che tutte le modifiche normative sin qui brevemente richiamate convivono con il capitolo più significativo del complesso di provvedimenti che comprendono il cosiddetto *Jobs Act*, ossia la decresciuta tutela in materia di licenziamenti (individuali e collettivi).

## Bibliografia

- Alvino, I. 2016. “I nuovi limiti al controllo a distanza dell'attività dei lavoratori nell'intersezione fra le regole dello Statuto dei lavoratori e quelle del Codice della privacy.” *Labour & Law Issues* 2 (1).
- Balletti, E. 2016. “I controlli a distanza dei lavoratori dopo il *jobs act*”. In *Il diritto del lavoro all'epoca del jobs act*, a cura di F. Santoni, M. Ricci, R. Santucci. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane.
- Barassi, L. 1899. “Sui limiti di una codificazione del contratto di lavoro.” *Il Filangieri*.
- Barcellona, P. 1973. *Diritto privato e processo economico*. Napoli: Jovene.
- Bavaro, B. 2019. “Diritto del lavoro e autorità dal punto di vista materiale (per una critica della dottrina del bilanciamento).” *RIDL* I.
- Branca, G. 1982. “Politica legislativa e riforma in materia familiare.” In *Raccolta di scritti di colleghi della Facoltà giuridica romana e di allievi in onore di Rosario Nicolò*. Milano: Giuffrè.
- Carinci, F. 2016. “Licenziamento e tutele differenziate.” In *Lavoro ed esigenze dell'impresa fra diritto sostanziale e processo dopo il Jobs Act*, a cura di O. Mazzotta. Torino: Giappichelli.
- Cicu, A. 1965. “Il diritto di famiglia nello Stato fascista.” (*Jus*, 1940). In *Scritti minori*. Milano: Giuffrè, Milano.
- Cicu, A. 1978. *Il diritto di famiglia. Teoria generale*, rist. con lettura di M. Sesta. Bologna: A. Forni (ed. orig. Roma 1914).

- Commons, J.R. 1981. *I fondamenti giuridici del capitalismo*. Bologna: il Mulino.
- Dahrendorf, R. 1967. *Sociologia dell'industria e dell'azienda*. Milano: Jaca Book.
- Dal Pane, L. 1958. *Storia del lavoro in Italia. Dagli inizi del secolo XVIII al 1815* (II ed.). Milano: Giuffrè.
- De Simone, G. 2019. "La dignità del lavoro tra legge e contratto" <<https://www.aidlass.it/giornate-di-studio-aidlass-2019-relazione-prof-ssa-gisella-de-simone/>> (2021-10-01).
- Del Punta, R. 2019. "Valori del diritto del lavoro ed economia di mercato." *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT.*
- Ferraioli, L. 2001. "Lo Statuto dei lavoratori: un mutamento di paradigma in senso pubblicistico del rapporto di lavoro." *Quad. rass. sind.*
- Ferrante, V. 2017. *Dal contratto al mercato. Evoluzioni recenti del diritto del lavoro alla luce del Jobs Act*. Torino: Giappichelli.
- Garofalo, M.G. 1999. "Un profilo ideologico del diritto del lavoro." In *Studi in onore di Gino Giugni*. Bari: Cacucci.
- Giugni, G. 1977. "Conclusioni." In *Lo Statuto dei lavoratori: un bilancio politico. Nuove prospettive del diritto del lavoro e della democrazia industriale*. Bari: De Donato.
- Giugni, G. 1992. "Lo Statuto dei lavoratori. Idee di riforma." *BariEconomica*.
- Grandi, M. 1999. "Persona e contratto di lavoro. Riflessioni storico-critiche sul lavoro come oggetto del contratto di lavoro." *ADL*.
- Ingrao, A. 2018. *Il controllo a distanza sui lavoratori e la nuova disciplina privacy: una lettura integrata*. Bari: Cacucci.
- Liso, F. 1982. *La mobilità del lavoratore in azienda: il quadro legale*. Milano: Giuffrè.
- Marazza, M. 2016. "Dei poteri (del datore di lavoro), dei controlli (a distanza) e del trattamento dei dati (del lavoratore)." *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT.*
- Nuzzo, V. 2018. *La protezione del lavoratore dai controlli impersonali*. Napoli: Editoriale Scientifica.
- Passaniti, P. 2006. *Storia del diritto del lavoro. I. La questione del contratto di lavoro nell'Italia liberale (1865-1920)*. Milano: Giuffrè.
- Passaniti, P. 2011. *Diritto di famiglia e ordine sociale. Il percorso storico della "società coniugale" in Italia*. Milano: Giuffrè.
- Perrone, V. 2019. "L'interesse del lavoratore nel nuovo art. 2013 c.c.: presupposti e limiti del sindacato giurisdizionale sul demansionamento unilaterale e pattizio." *Riv. giur. lav. I.*
- Persiani, M. 1966. *Contratto di lavoro e organizzazione*. Padova: Cedam.
- Perulli, A. 2015. "Il controllo giudiziale dei poteri dell'imprenditore tra evoluzione legislativa e diritto vivente." *Riv. it. dir. lav.*
- Portalis, J.-E.-M. 1836. "Discours au Corps législatif, 26 nivôse an XII." In P.-A. Fenet, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, vol. XII. Paris: Videcoq.
- Romagnoli, U. 1979. "Sub art. 1." In *Statuto dei diritti dei lavoratori. Art. 1-13. Commentario del Codice civile*, II ed., a cura di A. Scialoja e G. Branca. Bologna-Roma: Zanichelli-Soc. ed. Foro it.
- Romagnoli, U. 1995. *Il lavoro in Italia. Un giurista racconta*. Bologna: il Mulino.
- Romagnoli, U. 2001. "Ripensare il sindacato per ripensare lo Statuto dei lavoratori." *Quad. rass. sind.*
- Romei, R. 2018. "La modifica unilaterale delle mansioni." *Riv. it. dir. lav.*
- Roppo, V. 2001. *Il contratto*. Milano: Giuffrè.
- Santorio Passarelli, F. 1953. "Il governo della famiglia." *Iustitia V.*
- Santorio Passarelli, F. 1965. *Nozioni di diritto del lavoro*. Napoli: Jovene.

- Schiavone, A. 1984. *Alle origini del diritto borghese. Hegel contro Savigny*. Roma-Bari: Laterza.
- Trojsi, A. 2016. "Controllo a distanza (su impianti e strumenti di lavoro) e protezione dei dati del lavoratore." *Var. temi dir. lav.* 4.
- Zoli, C. 2015. "La disciplina delle mansioni." In *Tipologie contrattuali e disciplina delle mansioni*, a cura di L. Fiorillo, A. Perulli. Torino: Giappichelli.