

# Introduzione

CARLO CESTER

*Ordinario di Diritto del lavoro nell'Università di Padova*

L'effettività delle norme e la loro capacità di regolare i rapporti sociali secondo le scelte fatte dal legislatore, nel diritto del lavoro come in ogni altro settore del diritto, sono direttamente proporzionali alla predisposizione e al funzionamento di un affidabile sistema sanzionatorio. Quest'ultimo non costituisce l'unico strumento possibile: in altre parti proprio di questa ricerca si sono esplorate strade alternative, fondate per lo più su meccanismi di tipo premiale e incentivante, finalizzati ad una attuazione spontanea, ancorché non priva di costi per la collettività, della normativa di legge. Tuttavia, l'apparato sanzionatorio, e dunque la reazione all'inosservanza delle norme, resta centrale ai fini della effettività delle stesse, sotto un duplice profilo: quello della chiarezza nella individuazione della sanzione e quello della efficienza e funzionalità del sistema sanzionatorio nelle sue componenti di verifica e accertamento, e poi di repressione.

In un sistema come quello del diritto del lavoro, caratterizzato da una pervasiva presenza di normativa inderogabile, i meccanismi sanzionatori, oltre ad essere assai vasti e complessi, riguardando pressoché tutti i profili di violazione delle norme, sono altresì articolati su diversi piani, da quello civile a quello amministrativo a quello penale, con applicazione di categorie assai diverse fra loro.

La ricerca che segue non ha la pretesa di fornire un quadro completo su ogni profilo di violazione della complessa normativa inderogabile: sarebbe stata una prospettiva troppo impegnativa. Essa si è concentrata soprattutto sui modi di

reazione dell'ordinamento giuslavoristico allorché venga accertata una utilizzazione non corretta delle varie tipologie contrattuali nelle quali sia dedotta una qualche prestazione di lavoro. Sta di fatto, tuttavia, che questo, per quanto circoscritto, è uno snodo cruciale per l'intera materia: se l'apparato della normativa inderogabile è legato al tipo classico del rapporto di lavoro subordinato (magari solo a tempo indeterminato), lo scostamento dal modello trascina con sé la non applicazione, e dunque l'ineffettività, della normativa inderogabile. Ciò, oltre tutto, in un quadro nel quale la cosiddetta fuga dal lavoro subordinato non coincide più, come tempo addietro, con la sua simulazione sotto l'apparenza di un lavoro autonomo. L'attuale quadro normativo, infatti, contempla una notevole varietà di tipologie contrattuali aventi ad oggetto il lavoro, ciascuna basata su specifici presupposti e talora anche assistita da qualche forma pur limitata di tutela per chi presta lavoro, in un quadro generale, peraltro, di flessibilizzazione e attenuazione della tutela medesima. Non a caso si è autorevolmente sottolineato come il cosiddetto sventagliamento tipologico costituisca, in modo più o meno scoperto, veicolo del progressivo ridursi dell'area dell'inderogabilità.

In questo quadro ci è sembrato opportuno indagare soprattutto i rapporti fra il modello classico del lavoro subordinato e i suoi più o meno recenti "derivati", così da chiarire sia le condizioni alle quali sono correttamente utilizzabili le diverse tipologie, sia, soprattutto, la reazione dell'ordinamento al non corretto impiego delle stesse e la loro possibile trasformazione nella – o, se si preferisce, il loro ritorno alla – tipologia di base.

La relazione fra detta tipologia di base e le sue varianti più o meno flessibili sembra trovare ora un aggancio normativo di carattere generale nella recente formulazione – introdotta come premessa alla «Disciplina organica dei contratti di lavoro» contenuta, in attuazione della legge di delega 10 dicembre 2014, n. 183, nel d.lgs. 24 giugno 2015, n. 81, art. 1 – per cui «Il contratto di lavoro subordinato a tempo indeterminato costituisce la forma comune di rapporto di lavoro». Una formulazione, come viene approfondito nel saggio dedicato (anche) a questa disposizione, che prima era rilevante nel più limitato rapporto fra contratto a tempo indeterminato e contratto a termine, fra stabilità e precarietà (non a caso preso di peso dal preambolo all'accordo collettivo europeo poi recepito nella direttiva europea sul contratto a tempo determinato), e che ora invece assume, o sembra assumere, a modello generale nella relazione anche con le altre tipologie contrattuali. Dal che la sua possibile, ma controversa utilizzazione come regola anche sanzionatoria, tutte le volte in cui una specifica norma sanzionatoria manchi.

In realtà, come evidenziato da diversi dei saggi che seguono, le sanzioni per il mancato rispetto delle condizioni di accesso alle tipologie flessibili seguono percorsi assai segmentati e non sempre coerenti, talora risolti espressamente dal legislatore, più spesso lasciati all'interprete e perciò condizionati dalla rilevanza degli interessi che di volta in volta vengono in considerazione. L'esame della disciplina in materia di contratto a tempo determinato (ma analogo discorso può farsi per la somministrazione di lavoro) conferma questa impressione di incer-

tezza, anche se va dato atto al recente legislatore di avere risolto almeno uno dei problemi interpretativi che prima si erano posti, espressamente escludendo la sanzione della trasformazione (con applicazione della sola sanzione amministrativa) nel caso di violazione dei limiti quantitativi percentuali al ricorso al lavoro a termine. Esempio, questo, di chiarezza, e tuttavia segno anche di un sensibile regresso nell'apparato sanzionatorio; se si vuole, segno di una fiducia forse eccessiva sul funzionamento dei sistemi di accertamento amministrativo, posto che l'esclusione della trasformazione in contratto a tempo indeterminato fa sì che il lavoratore non abbia interesse a denunciare l'illegittimità.

Un discorso tutto a parte merita la questione del profilo sanzionatorio del contratto a termine illegittimo nell'ambito del pubblico impiego privatizzato: una questione risalente e legata, come noto, al vincolo costituzionale del pubblico concorso come modo di accesso al rapporto di lavoro; questione che tuttavia non si è risolta con l'esclusione della sanzione della trasformazione, ma si è trasferita su quella relativa all'individuazione di sanzioni alternative di carattere risarcitorio di sufficiente spessore e deterrenza. Con una attenzione tutta particolare, in questa ricerca, al settore scolastico, caratterizzato da una accentuata specificità di disciplina, per la quale il confronto con la normativa e la giurisprudenza europea si è fatto più problematico e ha posto il legislatore, dopo la pronuncia della Corte di Giustizia, nella necessità di intervenire per rimediare in qualche modo (come si è pensato di fare con la legge n. 107 del 2015 sulla c.d. buona scuola). Senza che, peraltro, e a tutt'oggi, si possa dire con certezza (il giudizio costituzionale sulla precedente disciplina è ancora pendente) se la questione sia risolta o no, specie, appunto, con riferimento al periodo pregresso.

Il problema della sanzione, e in particolare della conversione nella tipologia di base si pone, poi, in modo particolarmente evidente, con riguardo alle tipologie, di recente conio, nelle quali la flessibilità è particolarmente accentuata, come il contratto di lavoro intermittente e il lavoro accessorio. Ma qui la disciplina è sfuggente o del tutto carente, e non è un caso che proprio queste tipologie, e soprattutto la seconda (il lavoro con i famigerati *vaucher*), abbiano conosciuto negli ultimi tempi un'espansione che non può non essere sospetta.

Restando sempre nell'ambito del pubblico impiego, si è ritenuto opportuno dare evidenza ad un problema che molto spesso resta in ombra: quello dei meccanismi sanzionatori visti alla verifica dei fatti; detto in altre parole, la questione delle sanzioni a carico dei dirigenti responsabili che abbiano fatto cattivo uso della flessibilità, e ciò sia con riguardo al lavoro a termine, sia con riguardo alle altre tipologie contrattuali. Una questione non semplice, anche dal punto di vista dell'inquadramento della suddetta responsabilità, se disciplinare o dirigenziale, con tutto ciò che ne deriva in termini di procedure di contestazione e di diritti di difesa.

Non poteva mancare, anche se in un certo senso eccentrica rispetto al tema delle sanzioni, la questione della subordinazione, vista dalla angolatura – nuova, a stare a ciò che afferma il recente legislatore – delle c.d. collaborazioni eterorganizzate. Una norma dal significato non chiaro, in bilico fra la funzione definitoria

di una nuova fattispecie e quella sanzionatoria della riconduzione alla disciplina della subordinazione di ciò che fatica a collocarsi nell'ambito dell'autonomia in ragione delle caratteristiche specifiche di svolgimento della prestazione di attività lavorativa.

Una speciale attenzione merita poi il tema delle esternalizzazioni, cioè di quella frammentazione del processo produttivo che trae origine da una esigenza virtuosa di specializzazione nelle varie fasi di quel processo, ma che sovente viene utilizzata a scopi più o meno fraudolenti, di mera espulsione di parti del complesso aziendale ritenute non più proficue e per la quale si cercano di evitare i controlli sociali delle organizzazioni sindacali. Vengono perciò in considerazione appalti e distacchi. I primi soprattutto nella versione edulcorata (dal punto di vista organizzativo) che si verifica allorché siano, come si dice, *labor intensive*. I secondi soprattutto allorché operi quella grossa cambiale in bianco, sotto il profilo della regolazione (quanto mai flessibile) dei rapporti di lavoro, che è costituita dai contratti di rete di impresa. L'efficienza delle sanzioni, civili e penali, è indispensabile presupposto per una corretta regolazione di un mercato del lavoro in questi ambiti tendenzialmente incontrollabile.

Oggetto di approfondimento è anche uno specifico contratto, quello di apprendistato, giunto al suo ennesimo provvedimento di rilancio e tuttavia ancora con molte incertezze proprio sul terreno sanzionatorio. Alla marcata proceduralizzazione dei vari obblighi a carico del datore di lavoro non fa riscontro, infatti, una corrispondente chiarezza circa le sanzioni da applicare nel caso della loro inosservanza, salvo quella espressamente prevista della trasformazione in rapporto ordinario nel caso di nuova assunzione senza la precedente stabilizzazione, in percentuale, dei precedenti rapporti. Ma l'assenza di formazione resta ancora regolata, a ben guardare, dagli strumenti della simulazione e dunque lasciata all'interpretazione giurisprudenziale.

Una nuova frontiera deve considerarsi ormai l'impiego irregolare dei lavoratori extracomunitari, ciò che è oggetto di approfondita analisi, nella non facile ricostruzione delle varie procedure, differenziate a seconda che si tratti di migranti economici o di soggetti richiedenti protezione nel nostro paese, e delle varie garanzie e sanzioni anche nei casi problematici della sopravvenuta irregolarità in caso di scadenza del permesso di soggiorno.

Come dicevo, la prospettiva centrale di questa ricerca ha ad oggetto le sanzioni da applicare in relazione alla non rispondenza alle fattispecie tipizzate. Ma una ricerca sulle sanzioni non poteva non occuparsi, sia pure a margine, anche delle sanzioni amministrative, e in particolare della c.d. *maxisanzione* per il caso del lavoro sommerso, cioè dell'impiego di lavoratori subordinati senza la necessaria comunicazione preventiva della loro assunzione. Una fattispecie, questa del lavoro sommerso, per la quale è prevista una varietà di sanzioni, penali, amministrative e c.d. civili aggiuntive (in caso di evasione contributiva) e per la quale si pone anche un problema di cumulo delle stesse e di possibile sovraccarico sanzionatorio, in situazioni nelle quali alla omissione della documentazione

della instaurazione del rapporto si accompagnano ben più gravi omissioni sul piano contributivo e fiscale.

La ricerca si completa con un'indagine sulle sanzioni penali, con particolare riguardo al caso di somministrazione fraudolenta di manodopera e a quelli in materia di lavoratori stranieri.

Se è lecito suggerire qualche conclusione, a me pare si debba prendere atto che, nella materia oggetto della ricerca, il sistema sanzionatorio è tutt'altro che strutturato e coerente, restando affidato invece a scelte sostanzialmente episodiche e frammentate, frutto oltre tutto di una stratificazione normativa che nell'ultimo periodo ha assunto proporzioni davvero preoccupanti.