

I CONTRATTI DI LAVORO

TRA RAZIONALITÀ ECONOMICA
E RAZIONALITÀ GIURIDICA

Michele Tiraboschi

Addendum settembre 2022

Aggiornamento alle novità introdotte dal decreto legislativo n. 104/2022 in materia di condizioni di lavoro trasparenti e prevedibili e dal decreto legislativo n. 105/2022 in materia di equilibrio tra vita professionale e vita familiare

31-bis. Il pilastro europeo dei diritti sociali e il recepimento delle direttive (UE) 2019/1152 e 2019/1158 – Come si è avuto modo di sottolineare (§ 4 del volume), all'interno del complesso sistema delle fonti del diritto del lavoro si pongono a livello sovra-ordinato, oltre alle discipline costituzionali rilevanti e ai principi generali dell'ordinamento, anche le normative adottate dall'Unione europea nel rispetto delle competenze ad essa devolute dagli Stati membri con riferimento al diritto del lavoro.

Interrompendo una tradizione di lungo corso in cui la politica sociale era rimasta ai margini della produzione legislativa euro-unitaria (almeno con riferimento agli interventi c.d. di *hard law*, cioè con efficacia vincolante diretta) è stato con il c.d. Pilastro europeo dei diritti sociali presentato nel 2017 che l'Unione europea ha deciso di riportare al centro della propria azione la politica sociale, individuando quali ambiti di intervento principali quelli relativi a (1) pari opportunità e accesso al mercato del lavoro, (2) condizioni di lavoro eque e (3) protezione sociale e inclusione. Nell'ambito delle iniziative legislative promosse per sostanziare i 20 principi in cui si articolano questi tre ambiti di intervento, il legislatore euro-unitario ha adottato nell'anno 2019 due importanti direttive, volte rispettivamente a garantire trasparenza e prevedibilità delle condizioni di lavoro (direttiva (UE) 2019/1152) e a promuovere l'equilibrio tra attività professionale e vita familiare (direttiva (UE) 2019/1158).

L'adozione di tali direttive a livello europeo ha comportato l'obbligo per il legislatore italiano di recepirne i contenuti prevedendo che, rispetto alle materie interessate dall'intervento euro-unitario, le discipline interne dovessero essere conformate entro il 1° agosto 2022 agli standard di tutela ivi previsti.

Al fine di adempiere a tale obbligo di recepimento, il Parlamento ha delegato tramite la legge-delega 22 aprile 2021, n. 53, il Governo ad adottare due decreti legislativi al fine di apportare

le modifiche necessarie alle normative interne rilevanti. In attuazione di tale delega, dopo aver sottoposto gli schemi di decreto alla valutazione delle Commissioni parlamentari di riferimento, il Governo ha adottato in via definitiva i decreti legislativi 27 giugno 2022, n. 104, e 27 giugno 2022, n. 105, pubblicati in *Gazzetta Ufficiale* il 29 luglio 2022 e in vigore dal 13 agosto 2022.

31-ter. Condizioni di lavoro trasparenti e prevedibili –

La direttiva (UE) 2019/1152, con lo scopo di «migliorare le condizioni di lavoro promuovendo un’occupazione più trasparente e prevedibile», ha stabilito diritti minimi da garantire ai lavoratori dell’Unione europea «che hanno un contratto di lavoro o un rapporto di lavoro quali definiti dal diritto, dai contratti collettivi o dalle prassi in vigore in ciascuno Stato membro» (art. 1, direttiva (UE) 2019/1152). A questo fine, la direttiva interviene, da un lato, sui profili relativi agli obblighi informativi posti in capo al datore di lavoro nei confronti dei propri lavoratori; dall’altro, prevedendo prescrizioni minime con l’obiettivo che, a prescindere dalla tipologia contrattuale, la flessibilità riconosciuta al datore di lavoro sia bilanciata da tutele adeguate a garantire condizioni di lavoro di qualità. Di conseguenza, due sono anche i macro-ambiti di intervento del decreto legislativo n. 104/2022, cui si aggiungono – in linea con la direttiva – misure volte a garantire l’esercizio dei diritti previsti.

Quanto agli obblighi informativi, il legislatore interviene con importanti modifiche del decreto legislativo n. 152/1997. Oltre a integrare le informazioni che il lavoratore deve ricevere, la nuova disciplina chiarisce le modalità e le tempistiche di comunicazione delle stesse da parte del datore di lavoro.

Rispetto ai tempi e ai modi di comunicazione delle informazioni richiamate, il datore di lavoro/committente, per le nuove assunzioni a far data dal 13 agosto 2022, può consegnarle subito, all’atto di instaurazione del rapporto di lavoro, oppure entro 7 giorni, per iscritto, dall’inizio della prestazione lavorativa. Solo per alcune informazioni (identità impresa utilizzatrice, formazione, ferie e congedi, recesso, contratti collettivi applicati, enti e istituti previdenziali e assicurativi) il legislatore ha previsto la facoltà per

il datore di lavoro di comunicarle entro 30 giorni, per iscritto, dall'inizio della prestazione lavorativa. Tali informazioni, nel rispetto delle finalità della direttiva (UE) n. 2019/1152 e dello scopo del decreto legislativo n. 104/2022, devono essere rese al lavoratore in modo chiaro, trasparente e comprensibile, in formato cartaceo oppure elettronico. In caso di modifiche degli elementi essenziali intervenute successivamente all'istituzione del rapporto di lavoro, entro il primo giorno di decorrenza degli effetti della modifica, deve essere comunicata per iscritto qualsiasi variazione degli elementi indicati nel decreto trasparenza «che non derivi direttamente dalla modifica di disposizioni legislative o regolamentari, ovvero dalle clausole del contratto collettivo» (art. 3, d.lgs. n. 152/1997, come modificato dall'art. 3, d.lgs. n. 104/2022).

Fermo restando che con l'entrata in vigore del decreto legislativo n. 104/2022 il contratto individuale di lavoro o la comunicazione per iscritto di instaurazione del rapporto di lavoro debba già contenere tutte le informazioni di cui all'articolo 4 del suddetto decreto, pena l'applicazione delle sanzioni di cui all'articolo 13, l'Ispettorato nazionale del lavoro ha chiarito che tali informazioni non devono essere eccessivamente dettagliate, potendo il datore di lavoro (o il committente) fare rinvio alla «relativa disciplina di dettaglio» che «potrà essere comunicata attraverso il rinvio al contratto collettivo applicato o ad altri documenti aziendali qualora gli stessi vengano contestualmente consegnati al lavoratore ovvero messi a disposizione secondo le modalità di prassi aziendale» (circ. INL n. 4/2022).

Da notare che, benché la disciplina euro-unitaria avesse circoscritto gli obblighi informativi ai lavoratori subordinati per come definiti all'interno degli Stati membri, il legislatore italiano ha chiarito la portata di tale intervento (art. 1, d.lgs. n. 104/2022), specificando che si applica altresì ai rapporti di collaborazione con prestazione prevalentemente personale e continuativa organizzata dal committente di cui all'articolo 2, comma 1, del decreto legislativo 15 giugno 2015, n. 81, ai contratti di collaborazione coordinata e continuativa di cui all'articolo 409, n. 3, c.p.c. e ai contratti di prestazione occasionale di cui all'articolo 54-*bis* del decreto-legge 24 aprile 2017, n. 50, convertito, con modificazioni,

dalla legge 21 giugno 2017, n. 96. Pur a fronte di tale ampliamento dell'ambito applicativo, rimangono esclusi i rapporti di lavoro autonomo che non integrino ipotesi di collaborazione coordinata o continuativa.

Sotto questo profilo non si può trascurare un potenziale elemento critico emerso rispetto all'applicazione delle disposizioni contenute nel decreto legislativo n. 104/2022 ai contratti di collaborazione coordinata e continuativa (co.co.co.) di cui all'articolo 409, n. 3, c.p.c., che dovrebbero godere di ampia autonomia, anche organizzativa, nel rispetto della propria natura contrattuale (§ 18). In questa prospettiva, il legislatore italiano ha perso l'occasione di adeguare in modo consapevole le disposizioni sancite al livello UE con i principi e le regole che governano le diverse tipologie contrattuali presenti nel nostro ordinamento. A tal proposito, il rischio è quello per cui, a causa della incompatibilità fra alcune disposizioni (come quella contenuta all'art. 9 inerente alla *Prevedibilità minima*) e la natura contrattuale delle co.co.co. (caratterizzate da una gestione autonoma delle coordinate spazio-temporali della prestazione lavorativa), si assottigli sempre di più la già labile differenza fra le collaborazioni coordinate e continuative *ex* articolo 409, n. 3, c.p.c. e le collaborazioni etero-organizzate di cui all'articolo 2, comma 1, decreto legislativo n. 81/2015.

Andando oltre lo stretto recepimento della direttiva, il legislatore italiano ha introdotto altresì il nuovo articolo 1-*bis*, decreto legislativo n. 152/1997, inerente alle informazioni che il datore di lavoro/committente deve fornire – su richiesta del lavoratore, per iscritto, entro 30 giorni – in caso di utilizzo di sistemi decisionali e di monitoraggio automatizzato rilevanti al fine di: assunzioni/conferimento incarico, gestione e cessazione del rapporto di lavoro, assegnazione di compiti / mansioni, indicazioni incidenti sulla sorveglianza, valutazione delle prestazioni, adempimento delle obbligazioni contrattuali. Si tratta di un intervento normativo che si pone in linea con discipline al momento in discussione a livello europeo, ma che sembrerebbe scontare ad oggi dei limiti nel raccordo con la disciplina del GDPR, in quanto si inserisce in un ambito più ampio di quest'ultimo, ma non necessariamente in contrapposizione e/o alternanza. Infatti, le

informazioni che riguardano i sistemi decisionali e i monitoraggi automatizzati non incidono solo sul trattamento dei dati personali ma possono riguardare anche strumenti che prescindono dalla presenza di dati personali, incidendo su altri aspetti del rapporto di lavoro.

Sempre con riferimento agli obblighi informativi, l'articolo 5 detta una peculiare disciplina dedicata ai lavoratori a chiamata o intermittenti (§ 21). Si prevede che il contratto di lavoro intermittente deve essere stipulato per iscritto ai fini della prova e deve contenere le ragioni che ne giustificano la stipula. Queste, infatti, possono essere di natura soggettiva (perché il lavoratore ha un'età inferiore ai 25 anni o superiore ai 55 anni) o di natura oggettiva (perché si tratta di mansioni rispetto alle quali il contratto collettivo, anche aziendale, o il decreto ministeriale prevedono l'utilizzo della tipologia contrattuale). La disposizione, modificando l'articolo 15 del decreto legislativo n. 81/2015, prevede, inoltre, che il lavoratore a chiamata ha diritto ad essere informato, all'atto di assunzione, sulla programmazione variabile del lavoro, sul luogo della prestazione e fasce orarie in cui rendere la prestazione, sulla disponibilità garantita e la relativa indennità, nonché sull'importo della retribuzione (inclusi tempi e modalità di pagamento) ed, infine, sulle forme e modalità di richiesta della prestazione da parte del datore di lavoro.

Quanto alle prescrizioni minime relative alle condizioni di lavoro, l'articolo 7, nel recepire la direttiva, codifica alcuni principi giurisprudenziali relativi alla legittimità del patto di prova. In particolare, la disposizione, oltre ad imporre la forma scritta del patto, prevede che questo possa avere una durata massima di 6 mesi, salvo le previsioni più favorevoli stabilite dalla contrattazione collettiva (comma 1). Nel caso in cui il lavoratore sia assunto con un contratto a tempo determinato, la durata del patto di prova deve essere proporzionata alla durata del contratto; tuttavia la disposizione non indica alcun criterio in base al quale le parti possano riproporzionare detto periodo. L'articolo 7, comma 2, specifica anche che in caso di rinnovo di un contratto a tempo determinato, per lo svolgimento delle stesse mansioni, il rapporto di lavoro non può essere soggetto ad un nuovo periodo di prova. Pertanto, una sua eventuale apposizione deve essere considerata

affetta da nullità (Cass. n. 6633/2020). Inoltre, ai fini della durata, l'articolo 7, comma 3, stabilisce che i giorni durante i quali viene esperita la prova devono essere conteggiati secondo il criterio dell'effettività: pertanto, in caso di malattia, infortunio, congedo obbligatorio, il periodo di prova si sospende (Cass. n. 25482/2014). Quest'ultima disposizione è stata oggetto di critiche per la mancata inclusione tra le ipotesi di proroga di altre situazioni quali quelle relative alla fruizione di congedi per assistenza a familiari disabili:

L'articolo 8 garantisce il diritto del lavoratore a svolgere più attività lavorative, stabilendo che il datore di lavoro o il committente di un collaboratore (cocoorg o cococo) non possano impedire, al lavoratore lo svolgimento di altra attività lavorativa in orario al di fuori della programmazione dell'attività lavorativa concordata, né per tale motivo riservargli un trattamento meno favorevole. Tale impedimento è ritenuto legittimo solo al ricorrere di una delle seguenti circostanze: a) per ragioni connesse alla tutela della salute e della sicurezza del lavoratore (rispetto ad esempio della normativa in materia di riposo); b) in caso di necessità di garantire l'integrità del servizio pubblico; c) nel caso in cui vi sia un conflitto di interesse con l'attività principale (anche nel caso in cui non venga violato il dovere di fedeltà di cui all'art. 2105 c.c.).

A tutela del lavoratore, inoltre, si declina il diritto alla prevedibilità della prestazione lavorativa laddove il contratto stabilisca una programmazione imprevedibile (es. contratti a chiamata). In particolare, l'articolo 9 dispone che solo a certe condizioni il datore di lavoro possa imporre lo svolgimento della prestazione (predeterminazione di giorni e orari e preavviso ragionevole) e che, in assenza di tali condizioni, il lavoratore possa liberamente rifiutare la prestazione. Qualora il datore di lavoro voglia, invece, revocare tale incarico, l'assenza di un adeguato preavviso dà diritto alla retribuzione pattuita (o, in assenza, ad una somma a titolo risarcitorio). Infine, laddove i contratti collettivi prevedano un numero di ore minimo garantito, si stabilisce che il lavoratore debba essere informato del loro numero e delle relative maggiorazioni.

Degno di nota nella prospettiva di garantire migliori condizioni di lavoro è anche l'articolo 10, il quale stabilisce che il lavoratore

che abbia maturato un'anzianità di lavoro di almeno 6 mesi presso lo stesso datore di lavoro può chiedere per iscritto che gli venga riconosciuta una forma di lavoro con condizioni più prevedibili, sicure e stabili, se disponibile. In caso di risposta negativa da parte del datore di lavoro, il lavoratore può reiterare, nei 6 mesi successivi, la richiesta. La disposizione non sancisce un diritto incondizionato del lavoratore ad accedere a forme contrattuali più stabili dopo i primi 6 mesi di lavoro, giacché non vi è obbligo per il datore di lavoro di accogliere tale richiesta se non vi sono le condizioni. Tuttavia, per poter rispondere in modo negativo a tale richiesta, l'articolo 10, comma 4, impone al datore di lavoro, entro un mese dalla richiesta formalizzata dal lavoratore, di fornire allo stesso le ragioni che ne impediscono l'accoglimento. Non basta, dunque, il mero diniego: la norma impone, infatti, una «risposta scritta motivata». La disposizione in questione trova applicazione anche per i contratti di collaborazione etero-organizzata e coordinata e continuativa.

Da ultimo, merita segnalare che, al fine di garantire l'effettività dei diritti previsti dalla direttiva, il decreto legislativo n. 104/2022 ha previsto un apparato sanzionatorio rilevante che include sanzioni amministrative (*ex* art. 19, d.lgs. n. 276/2003), meccanismi di risoluzione rapida anche mediante tentativi di conciliazione (art. 12, d.lgs. n. 104/2022), meccanismi di protezione da trattamenti e conseguenze sfavorevoli (art. 13, d.lgs. n. 104/2022), sistemi di protezione contro il licenziamento/recesso del committente, prevedendo altresì l'onere della prova in capo al datore di lavoro/committente (art. 14, d.lgs. n. 104/2022).

31-quater. Le misure per l'equilibrio tra attività professionale e vita privata – Con l'obiettivo di promuovere «la parità tra uomini e donne», la direttiva (UE) 2019/1158 introduce delle prescrizioni minime volte ad agevolare la conciliazione tra lavoro e vita familiare, in particolare attraverso misure in materia di congedi e modalità di lavoro flessibili per i genitori e per i c.d. prestatori di assistenza, ossia i lavoratori che forniscono «assistenza o sostegno personali a un familiare o a una persona che vive nello stesso nucleo familiare» (art. 3, direttiva (UE) 2019/1158). Nel recepire tale istanza, il decreto legislativo n. 105/2022 definisce il

proprio oggetto e le proprie finalità ricollegando la tematica della parità a quella della condivisione delle responsabilità di cura, così portando nel dato di diritto positivo la consapevolezza – mostrata anche dalla direttiva, ma in sede di considerando – che una vera parità non può esistere se gli strumenti promossi dalla legislazione diventano appannaggio delle sole lavoratrici.

In questo senso, non soltanto i diritti di nuova introduzione – come il congedo di paternità o il diritto di richiedere modalità di lavoro flessibili – ma anche gli interventi di modifica di diritti già previsti dalla precedente direttiva (es. congedi parentali) perseguono al contempo obiettivi di miglioramento della conciliazione vita-lavoro, ma anche di riequilibrio nell’esercizio dei diritti, così da evitare gli effetti di segregazione occupazionale connessi allo sbilanciamento degli oneri di cura sulla componente femminile della forza lavoro.

Rispetto a tale quadro di riferimento, il legislatore italiano non ha sfruttato l’occasione per una revisione sostanziale della disciplina in materia di conciliazione vita-lavoro, ma ha optato per un adeguamento agli standard minimi previsti dalla direttiva attraverso interventi chirurgici di revisione delle normative previgenti. Oggetto di modifica sono stati il decreto legislativo n. 151/2001 e la legge n. 53/2000 in materia di sostegno alla maternità e alla paternità, la legge n. 104/1992 per l’assistenza, l’integrazione sociale e i diritti delle persone handicappate, la legge n. 81/2017 in materia di lavoro autonomo e lavoro agile e il decreto legislativo n. 81/2015 recante il Testo Unico dei contratti di lavoro.

Tra gli interventi più significativi si segnalano: l’introduzione – dopo una prima fase sperimentale negli anni precedenti – del congedo obbligatorio di paternità (art. 27-*bis*, d.lgs. n. 151/2001) della durata di 10 giorni da fruirsì tra i 2 mesi precedenti la data presunta del parto ed entro i 5 mesi successivi, anche in concomitanza con la fruizione da parte della madre del congedo di maternità e con copertura al 100% della retribuzione; la ridefinizione di alcuni congedi e misure previsti per i genitori e per chi ha oneri di cura e assistenza verso i familiari (c.d. caregiver) e l’introduzione, tanto per i genitori quanto per i prestatori di assistenza, di un diritto di priorità nell’accesso a modalità di lavoro

flessibili (da intendersi come comprensive di modalità di lavoro a distanza, riduzione dell'orario di lavoro e flessibilità temporale della prestazione).

Quanto a quest'ultima misura, occorre osservare come il legislatore italiano non si sia conformato alle previsioni euro-unitarie in materia di diritto di richiedere modalità di lavoro flessibili e di ottenere una risposta adeguatamente motivata, ma abbia scelto di rifarsi ai propri precedenti normativi in materia di part-time (§ 20) e di lavoro agile (§ 15), rispetto ai quali era già stata sperimentata l'introduzione di categorie destinatarie di diritti di priorità.

Da un lato, proprio l'articolo 18, comma 3-*bis*, della l. n. 81/2017 è stato completamente sostituito così da ridefinire in senso più ampio la platea dei destinatari del diritto di priorità al lavoro agile, comprensivo ora di lavoratrici e lavoratori «con figli fino a dodici anni di età o senza alcun limite di età nel caso di figli in condizioni di disabilità ai sensi dell'articolo 3, comma 3, della legge 5 febbraio 1992, n. 104» e dei «lavoratori con disabilità in situazione di gravità accertata ai sensi dell'articolo 4, comma 1, della legge 5 febbraio 1992, n. 104 o che siano *caregivers* ai sensi dell'articolo 1, comma 255, della legge 27 dicembre 2017, n. 205». Dall'altro, il decreto legislativo n. 105/2022 interviene sulla l. n. 104/1992, prevedendo che un analogo diritto è riconosciuto con riferimento a tutte le modalità di lavoro flessibili a genitori con figli in condizioni di disabilità grave e a lavoratori con oneri di assistenza di un familiare in condizioni di disabilità grave (art. 33, comma 7-*bis*, l. n. 104/1992).

In questo modo il legislatore italiano ha creato delle differenze di trattamento all'interno della platea dei destinatari che, al pari della mancata previsione di uno specifico diritto di richiedere le modalità di lavoro flessibili, pone alcuni dubbi rispetto al corretto recepimento della direttiva.

Si segnala, da ultimo, che al fine di garantire l'effettività dell'esercizio dei diritti previsti dalla direttiva, il decreto legislativo n. 105/2022 è dotato di un rilevante apparato sanzionatorio. Oltre alla previsione di sanzioni amministrative e al regime di nullità degli atti (sanzioni, demansionamenti, comportamenti organizzativi)

posti in essere a detrimento di chi usufruisce di tali diritti, il legislatore ha deciso di intervenire sul regime premiale previsto per le aziende che ottengono la certificazione di parità ai sensi dell'articolo 46-*bis*, decreto legislativo n. 198/2006, o analoghe certificazioni, impedendo alle aziende dove si attuino prassi di ostacolo o rifiuto all'esercizio dei diritti previsti dalla direttiva il conseguimento di tali certificazioni.