

RIFLESSIONI GIURIDICHE SUL LAVORO

2

Direttore

Silvia Ciucciovino

Università degli Studi Roma Tre

Comitato scientifico

Anna Maria Alaimo

Università degli Studi di Catania

Ilario Alvino

Università degli Studi di Milano–Bicocca

Stefano Bellomo

Università degli Studi di Perugia

Maria Teresa Carinci

Università degli Studi di Milano

Luisa Corazza

Università degli Studi del Molise

Pietro Lambertucci

Università degli Studi dell’Aquila

Arturo Maresca

Sapienza— Università di Roma

Roberto Romei

Università degli Studi Roma Tre

Franco Scarpelli

Università degli Studi di Milano–Bicocca

Patrizia Tullini

Università di Bologna

Gaetano Zilio Grandi

Università Ca’ Foscari Venezia

Giuseppe Santoro Passarelli

Sapienza— Università di Roma

Vito Sandro Leccese

Università degli Studi di Bari Aldo Moro

Raffaele De Luca Tamajo

Università degli Studi di Napoli Federico II

Edoardo Ales

Università degli Studi di Cassino e del Lazio Meridionale

Riccardo Del Punta

Università degli Studi di Firenze

Antonella Occhino

Università Cattolica del Sacro Cuore — Facoltà di Medicina e Chirurgia

RIFLESSIONI GIURIDICHE SUL LAVORO



La collana vuole promuovere, in un momento di grande trasformazione della legislazione lavoristica, l'approfondimento e il dibattito scientifico plurale in materia di lavoro, anche in relazione ai profili evolutivi della materia. Per questo motivo la collana vuole dare spazio a una riflessione scientifica di ampio respiro ed estesa su diversi ambiti, anche al fine di riannodare i legami indispensabili tra la materia del rapporto di lavoro, dell'intervento pubblico nel mercato del lavoro, dei servizi per il lavoro, delle relazioni industriali, della previdenza e della sicurezza sociale. Dall'altro lato, la collana intende dare spazio e valorizzare riflessioni giuslavoristiche attente ai profili interdisciplinari e ai punti di contatto con altre discipline sociali limitrofe che si occupano del lavoro e che possono aiutare il giurista a comprendere e a dare forma alle norme. Nello spirito di massima partecipazione al dibattito, anche delle giovani generazioni di studiosi, la collana ospita monografie, opere collettanee, ricerche, studi tematici elaborati sulla base di *call for papers* periodiche lanciate alla comunità scientifica su specifici argomenti ritenuti di particolare interesse.

In "Riflessioni giuridiche sul lavoro" sono pubblicate opere di alto livello scientifico. Il direttore approva le opere e le sottopone a referaggio con il sistema del « doppio cieco » (« *double blind peer review process* ») nel rispetto dell'anonimato sia dell'autore, sia dei due revisori incaricati. I revisori rivestono o devono aver rivestito la qualifica di professore universitario di prima fascia nelle università italiane o una qualifica equivalente nelle università straniere. Ciascun revisore formulerà una delle seguenti valutazioni: a) pubblicabile senza modifiche; b) pubblicabile previo apporto di modifiche; c) da rivedere in maniera sostanziale; d) da rigettare, tenendo conto della: a) significatività del tema nell'ambito disciplinare prescelto e originalità dell'opera; b) rilevanza scientifica nel panorama nazionale e internazionale; c) attenzione adeguata alla dottrina e all'apparato critico; d) adeguato aggiornamento normativo e giurisprudenziale; e) rigore metodologico; f) proprietà di linguaggio e fluidità del testo; g) uniformità dei criteri redazionali. Nel caso di giudizio discordante fra i due revisori, la decisione finale sarà assunta dal direttore, salvo casi particolari in cui il direttore medesimo provvederà a nominare tempestivamente un terzo revisore a cui rimettere la valutazione dell'elaborato. Le schede di valutazione verranno conservate, in doppia copia, in appositi archivi. Il termine per la valutazione non deve superare i venti giorni, decorsi i quali il direttore della collana, in assenza di osservazioni negative, ritiene approvata la proposta. Sono escluse dalla valutazione gli atti di convegno, le opere dei membri del comitato e le opere collettive di provenienza accademica. Il direttore, su sua responsabilità, può decidere di non assoggettare a revisione scritti pubblicati su invito o comunque di autori di particolare prestigio.

Antonio Riccio

Il potere di scelta del datore di lavoro

La dimensione collettivo–relazionale del lavoro subordinato

Prefazione di
Edoardo Ales





Aracne editrice

www.aracneeditrice.it
info@aracneeditrice.it

Copyright © MMXVIII
Gioacchino Onorati editore S.r.l. – unipersonale

www.gioacchinoonoratieditore.it
info@gioacchinoonoratieditore.it

via Vittorio Veneto, 20
00020 Canterano (RM)
(06) 45551463

ISBN 978-88-255-1291-5

*I diritti di traduzione, di memorizzazione elettronica,
di riproduzione e di adattamento anche parziale,
con qualsiasi mezzo, sono riservati per tutti i Paesi.*

*Non sono assolutamente consentite le fotocopie
senza il permesso scritto dell'Editore.*

I edizione: marzo 2018

A tutta la mia famiglia

La dicotomia tra sicurezza e libertà, e dunque quella tra comunità e individualità, non sarà probabilmente mai risolta e pare dunque destinata a perpetrarsi ancora a lungo; il mancato approdo alla soluzione ideale e la frustrazione suscitata da quella sperimentata ci induce non ad abbandonare la ricerca, bensì a intensificare gli sforzi. In quanto esseri umani, non possiamo né realizzare la speranza né smettere di sperare.

Z. BAUMAN, *Voglia di comunità*

Desidero ringraziare, in primo luogo, la Prof.ssa Silvia Ciucciovino che mi ha accolto nella Collana da Lei diretta e i Lettori anonimi per i proficui suggerimenti ricevuti. Ringrazio, poi, tutti quelli che mi hanno onorato di confronti e letture per i loro preziosi consigli scientifici e, in maniera particolare, la Prof.ssa Maria Luisa Vallauri. Errori e omissioni, naturalmente, restano miei.

Sono molto grato ad Antonio Riefoli, compagno di lavoro e amico, per le attente e pazienti prime letture di questo saggio e a Ilaria Purificato e Chiara Gaglione per il supporto nel controllo del rispetto delle norme redazionali.

Non posso che ringraziare tutti i miei affetti, soprattutto chi mi è accanto, per avermi perdonato qualche assenza di troppo negli ultimi mesi.

Infine, ma non da ultimo, ringrazio il Prof. Edoardo Ales a cui devo quello che so della nostra materia e del metodo scientifico.

13 *Prefazione*
di Edoardo Ales

17 **Capitolo I**
L'immanenza della dimensione collettivo-relazionale nel rapporto di lavoro subordinato

1.1. Delimitazione del campo d'indagine, 17 – 1.2. Natura del rapporto di lavoro subordinato e dimensione collettiva. Il contratto di lavoro (anche) come contratto di accesso alla comunità di lavoro, 20 – 1.3. Le molteplici dimensioni del rapporto di lavoro subordinato. Dimensione collettivo-relazionale, dimensione sindacale e dimensione collettivo-aziendale: distinzione dei piani, 34 – 1.4. Comunità di lavoro, dimensione collettiva e gestione dei rapporti: insufficienza dell'ottica individualista del diritto comune a cogliere i peculiari aspetti del rapporto di lavoro subordinato, 39 – 1.5. Prime riflessioni sull'impossibilità di una gestione atomistica dei rapporti di lavoro subordinato. In particolare, il caso del potere disciplinare, 43 – 1.6. Ancora sull'impossibilità di una gestione atomistica dei rapporti di lavoro. Gestione e potere di scelta, 48

53 **Capitolo II**
I principali limiti legali al potere di scelta

2.1. Premessa, 53 – 2.2. Il diritto antidiscriminatorio come enucleazione legale di parametri di scelta vietati, 54 – 2.2.1. *Divieti di discriminazione e «requisito essenziale in relazione al tipo di attività»*. Un primo riconoscimento della rilevanza della professionalità in materia di potere di scelta, 61 – 2.3. Potere di scelta e licenziamenti collettivi, 67 – 2.3.1. *L'individuazione della porzione di organizzazione interessata dalla procedura di riduzione. La delimitazione dell'ambito di esercizio del potere di scelta*, 69 – 2.3.2. *La selezione dei lavoratori destinatari dei provvedimenti di licenziamento e i criteri di scelta legali*, 79 – 2.3.3. *Il riconoscimento del ruolo privilegiato delle parti sociali nella gestione della selezione. I criteri di scelta concordati*, 87 – 2.4. La scelta nella disciplina legale delle procedure di cassa integrazione guadagni straordinaria, 91 – 2.5. Potere di scelta e lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni: brevi premesse, 97 – 2.5.1 *I limiti alla scelta nel conferimento degli incarichi dirigenziali*, 99

109 **Capitolo III**

I limiti al potere di scelta nel dialogo tra dottrina e giurisprudenza

3.1. Premessa, 109 – 3.2. L'individuazione del lavoratore licenziando nelle ipotesi di giustificato motivo oggettivo, 110 – 3.3. Potere di scelta e mutamenti aziendali, 119 – 3.3.1. *L'identificazione del personale coinvolto nel trasferimento di ramo d'azienda*, 120 – 3.3.2. *Il passaggio parziale di manodopera nel trasferimento dell'azienda in crisi*, 132 – 3.4. I limiti alla scelta dei lavoratori da porre in cassa integrazione guadagni ordinaria e il dibattito su cig e criteri d'individuazione dei lavoratori prima dell'intervento del legislatore, 136 – 3.5. La *querelle* sulla esistenza di un principio generale di parità di trattamento. Connessioni e sovrapposizioni con i limiti al potere di scelta, 140 – 3.6. Comunità di lavoro e immanenza degli obblighi di correttezza e buona fede, 152

157 **Capitolo IV**

Professionalità e potere di scelta

4.1. Il ruolo della professionalità nel contratto di lavoro, 157 – 4.2. Professionalità e scelta. La professionalità quale canone di scelta e quale parametro di razionalità dell'esercizio del potere, 164 – 4.3. Professionalità e criteri di scelta di ispirazione sociale. La professionalità: criterio residuale o "meta-parametro" della scelta?, 167 – 4.4. La difficile individuazione di una nozione univoca di professionalità. Professionalità e merito, 171

175 *Conclusioni*

181 *Bibliografia*

Prefazione

di Edoardo Ales¹

Il saggio di Antonio Riccio, frutto di una lunga e approfondita riflessione, ha ad oggetto quello che l'Autore definisce il potere di scelta del datore di lavoro, da intendersi come potere di operare selezioni in base a valutazioni comparative a seguito e in base alle quali saranno assunte determinazioni relative alla forza lavoro.

La ricerca prende avvio da un'analisi delle principali teorie espresse in dottrina sulla natura del rapporto di lavoro subordinato. Ciò, in particolare, valorizzando, data la peculiare prospettiva offerta dal tema del potere di scelta datoriale, le tesi che sembrano cogliere e non sottovalutare la rilevanza sistematica di dimensioni del rapporto ulteriori rispetto a quella individuale. La ricostruzione proposta dall'Autore induce a guardare al contratto di lavoro non solo nella sua veste di contratto di scambio, valorizzando le letture che individuano quale suo oggetto la professionalità, ma anche come contratto di accesso alla comunità di lavoro. In questa prospettiva Riccio definisce la dimensione collettiva alla quale fa riferimento come relazionale e immanente al lavoro subordinato, distinguendola dalla dimensione sindacale e da quella collettivo-aziendale, entrambe viste come tecniche di organizzazione del contropotere collettivo.

Secondo Riccio, e, a mio avviso, del tutto condivisibilmente, tale dimensione incide sulla gestione dei rapporti facendo emergere l'insufficienza dell'ottica interindividualista del diritto comune a cogliere alcuni dei peculiari aspetti del rapporto di lavoro subordinato. Anche attraverso il richiamo di teorie affini espresse in tema di potere disciplinare, l'Autore delinea, infatti, un quadro che depone per l'impossibilità di una gestione atomistica dei rapporti di lavoro

¹ Professore Ordinario di Diritto del Lavoro presso il Dipartimento di Economia e Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Cassino e del Lazio Meridionale.

subordinato. Impossibilità che viene confermata dalla presenza di un potere dalle evidenti implicazioni relazionali.

Ovviamente, Riccio è avvertito (e avverte il lettore) del fatto che il potere di scelta non è illimitato. In particolare, il saggio offre una lettura dei divieti di discriminazione come enucleazione legale di parametri di scelta vietati e lo stesso apparato del diritto antidiscriminatorio consente di formulare un primo riconoscimento della rilevanza della professionalità quale primario parametro legittimo di scelta.

Una parte dell'analisi particolarmente proficua alla riflessione risulta essere, poi, quella in tema di potere di scelta nelle procedure di riduzione del personale. Nella ricostruzione di Riccio, l'esercizio del potere di scelta emerge, infatti, come operazione necessariamente complessa, costituita, oltre che dalla selezione, dall'individuazione della porzione di organizzazione interessata dalla procedura di riduzione e, quindi, dalla delimitazione dell'ambito stesso di esercizio. Ancora, la presenza di criteri di scelta legali permette all'Autore di approfondire la questione dei parametri che l'ordinamento riconosce, in positivo, come canoni legittimi di scelta. Senza, dimenticare il rilievo assunto dal riconoscimento del ruolo privilegiato affidato dal legislatore delle parti sociali nella gestione della selezione.

Infine, dopo aver sottolineato le affinità tra le acquisizioni in tema di scelta nei licenziamenti con quelle riguardanti la selezione dei lavoratori da porre in cassa integrazione guadagni, Riccio segnala come il tema sia trasversale, riguardando tanto il settore privato quanto quello pubblico, soffermandosi, per quanto concerne quest'ultimo, in particolare sui limiti alla scelta nel conferimento degli incarichi dirigenziali.

Ad arricchire il panorama all'interno del quale si dipana l'indagine, concorre l'analisi delle tesi, elaborate da dottrina e giurisprudenza, che finiscono per coprire gli spazi di apparente disinteresse del legislatore. Di notevole rilievo risulta l'indagine condotta dall'Autore con riferimento alla giurisprudenza che si è occupata di investigare il tema dell'individuazione del lavoratore licenziando nelle ipotesi di giustificato motivo oggettivo.

Ma i casi nei quali emerge l'esigenza di un controllo della scelta sono molteplici. In particolare, tuttavia, in questa parte della ricostruzione, Riccio sottolinea come il dibattito sulla esistenza o meno di un principio generale di parità di trattamento possa essere

ricomposto proprio attraverso il riconoscimento del potere contrattuale di scelta e della sua natura collettiva. Ciò, difatti, attraverso una sorta di conferma circolare con la lettura proposta del contratto di lavoro subordinato, consente di riconoscere l'operatività sul piano collettivo-relazionale degli obblighi di correttezza e buona fede.

Durante l'intero dipanarsi dell'indagine, affiora, inequivocabile, il ruolo di primo piano assunto della professionalità del lavoratore. In più occasioni la professionalità è fatta assurgere da Riccio, in dialogo eventuale con i parametri di natura sociale, quale criterio di razionalità dell'esercizio del potere di scelta, tanto da poter esser classificata, per la sua attitudine a porsi quale elemento di equo bilanciamento degli interessi, come una sorta di "meta-parametro" della selezione.

A conclusione dell'analisi, Riccio, anche in questo caso del tutto condivisibilmente, sottolinea come la gestione collettivamente concordata della scelta, soprattutto al livello aziendale, si mostri quale più adeguata tecnica di disciplina del potere in questione, proponendo, inoltre, la possibile incentivazione dell'adozione assistita di schemi di esercizio unilaterale del potere di scelta nelle ipotesi nelle quali risulti ardua la conclusione di accordi collettivi.

Il saggio di Riccio ha il merito, senz'altro notevole, di indagare sotto un diverso e innovativo angolo prospettico elementi del diritto del lavoro ben noti, facendo assumere loro un significato sinora nascosto ed aprendo promettenti prospettive di indagine, soprattutto per ciò che concerne la natura stessa del rapporto di lavoro subordinato.

L'immanenza della dimensione collettivo– relazionale nel rapporto di lavoro subordinato

1.1. Delimitazione del campo d'indagine

L'indagine che ci si accinge a compiere nelle pagine seguenti si svolgerà nel campo di uno dei temi classici degli studi giuslavoristici, ossia quello dei poteri datoriali o meglio, per una prima approssimazione, quello rappresentato dai limiti che il datore incontra nell'esercizio dei poteri di organizzazione delle prestazioni di lavoro coinvolte nell'attività produttiva di cui è titolare. In particolare, il nostro peculiare interesse riguarda quell'insieme di limiti che ci paiono destinati non tanto a circoscrivere la possibilità per il datore di assumere o meno una certa determinazione quanto, piuttosto, a delimitare lo spazio di discrezionalità nella scelta del lavoratore — o dei lavoratori — destinatario degli effetti che la determinazione è volta a produrre.

Come è evidente, quindi, tale interesse, che rappresenterà il *focus* della nostra indagine, nasce dalla suggestione — o, volendo mutuare un linguaggio scientifico–matematico, dalla ipotesi — che molti di quei limiti incidano in maniera soltanto indiretta, dall'esterno, sui poteri di organizzazione, essendo indirizzati in via diretta, al contrario, alla limitazione della scelta datoriale. È nostro convincimento, infatti, che quest'ultima abbia finito, pur nella sua innegabile rilevanza teorica, per essere inghiottita dal cono d'ombra prodotto dalla tradizionale partizione dei poteri datoriali e dalla loro ricostruzione giuridica in chiave prettamente individualistica. Con ciò, naturalmente, non si intende sostenere che l'approfondimento teorico di tali limiti sia rimasto estraneo agli studi lavoristici dedicati ai poteri datoriali. Piuttosto, si avverte qui la necessità di offrire un quadro

unitario dei principali limiti posti dall'ordinamento per far fronte alle istanze collettivo-comparative implicate nella gestione dei rapporti di lavoro subordinato.

La tesi di cui si proverà a fornire una dimostrazione, attraverso una analisi organica e sistematica delle norme coinvolte, è che il tema della scelta non possa essere relegato al piano delle mere libertà datoriali e meriti, invece, di essere ricostruito in termini di vero e proprio potere. Potere al quale faremo riferimento, in questa sede, adoperando la formula convenzionale di potere di scelta.

Nel corso di questo lavoro avremo più occasioni per sottolineare i profili di rilevante utilità, in termini qualitativi, offerti da una tale ricostruzione sia nell'analisi *de iure condito* che nelle possibili riflessioni *de iure condendo*. Tuttavia, vale già la pena di segnalare che la messa a fuoco dei limiti alla scelta come autonoma — seppur trasversale — categoria giuridica, potrebbe consentire di avere a disposizione uno strumento adeguato al tentativo di risoluzione di alcuni dei nodi interpretativi, inerenti la gestione dei lavoratori dipendenti, che da tempo tormentano dottrina e giurisprudenza e che ancora non sembrano aver trovato una appagante composizione.

Per una prima traccia della rilevanza della materia sul versante quantitativo, invece, basti per ora considerare che, come è noto, sono piuttosto consueti i casi in cui il legittimo esercizio dei poteri appare subordinato al rispetto di regole intimamente connesse alla selezione dei soggetti che sono destinatari delle relative determinazioni datoriali.

La decisione di affrontare il tema della scelta in termini di quarto potere derivante dal rapporto di lavoro, accanto al potere direttivo, di controllo e disciplinare determina l'esclusione dal campo dell'indagine dei profili relativi alla scelta del contraente nella fase di accesso al lavoro, dato che, in quest'ultimo caso, la scelta non può essere ricondotta nell'ambito di esercizio di un potere contrattuale in quanto situata, appunto, fuori dal (*rectius* prima del) contratto.

Sebbene la scelta del contraente esuli, per le ragioni appena esposte, dalla trattazione, è appena il caso di sottolineare che proprio l'indagine sul potere di scelta nel rapporto di lavoro sembra suggerire l'opportunità di una riflessione sulla evoluzione dei sistemi di accesso al mercato del lavoro. L'abolizione del vecchio sistema di collocamento e il conseguente tramonto del sistema basato sulla richiesta numerica, sulla cui efficacia è superfluo indugiare, non

esime, infatti, dall'approfondimento delle ragioni e dei principi che lo avevano ispirato. Soprattutto alla luce di disposizioni, come l'art. 10, d. lgs. n. 276/2003, che pongono precisi divieti di discriminazione in capo ai soggetti oggi abilitati ad effettuare procedure di selezione e ricerca del personale. Divieti sanciti non solo mediante l'ormai consueta tipizzazione dei fattori di rischio ma estesi, è interessante notare anche ai nostri fini per le ragioni che vedremo, al trattamento di tutti i dati comunque non connessi alle attitudini professionali del potenziale prestatore.

Tornando alla delimitazione del campo della nostra indagine, saranno da questo esclusi, dunque, i divieti di discriminazione nell'accesso al lavoro presenti nel nostro ordinamento; il tema dei concorsi finalizzati alla stipulazione di un contratto di lavoro; la scelta del contraente tra una platea di soggetti che godono di un diritto di precedenza legato alla antecedente stipulazione di contratti a tempo determinato con lo stesso datore di lavoro; i limiti, sostanziali e procedurali, posti dalla contrattazione collettiva alla scelta del contraente da parte del datore di lavoro.

Obiettivo primario della ricerca è, infatti, la ricostruzione unitaria e sistematica del potere di scelta da compiersi attraverso l'analisi, normativa e giurisprudenziale, delle diverse e specifiche disposizioni legali e delle previsioni della contrattazione collettiva presenti nell'ordinamento e finalizzate a limitarne l'esercizio.

Come emerge in maniera evidente, tuttavia, il tema della scelta datoriale evoca, in via preliminare, la delicata e complessa questione riguardante l'esistenza di un rapporto collettivo giuridicamente rilevante, tra datore di lavoro e complesso dei dipendenti, ulteriore rispetto a quello individuale intercorrente tra datore e singolo dipendente, al quale è dedicata questa prima parte del nostro lavoro. D'altronde, come avremo modo di evidenziare nel dettaglio nella seconda parte dell'indagine, le limitazioni poste dal legislatore e dalla contrattazione collettiva al potere di scelta, unitamente alla costante ricerca da parte della giurisprudenza di limiti di sistema a tale potere, ove esso risulti apparentemente libero, sono la dimostrazione del continuo emergere di istanze comparative che si spiegano soprattutto in considerazione dell'inserimento del singolo in quella che possiamo definire, depurandone il senso profondo da ogni antica connotazione ideologica, come comunità di lavoro, ovvero, in ragione del riflesso di un immanente piano collettivo sul rapporto individuale di lavoro.