

Ar2

Marco Novella

Contratto di lavoro e ispezione

Modelli e strumenti tra interessi pubblici e privati





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 978-88-255-1360-8

*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

7 Capitolo I

Le discipline sanzionatorie penali e amministrative del lavoro e la cultura giuslavoristica

1.1. L'estraneità del diritto sanzionatorio penale e amministrativo del lavoro dal dibattito dottrinale giuslavoristico: ragioni e giustificazioni, 7 – 1.2. Il deficit di effettività del diritto sanzionatorio del lavoro. In particolare: l'atteggiamento della dottrina giuslavoristica di fronte alla tutela penale del lavoro, 13 – 1.3. (segue) L'atteggiamento della dottrina giuslavoristica di fronte al diritto sanzionatorio amministrativo del lavoro, 19 – 1.4. Le radici della costruzione giusprivatistica del rapporto di lavoro e l'influsso del diritto pubblico, 24 – 1.5. (segue) L'espunzione del diritto sanzionatorio del lavoro dalle riflessioni dottrinali sui "destini della materia", 32.

37 Capitolo II

Interesse pubblico alla garanzia della legalità del lavoro e contratto individuale di lavoro

2.1. Funzione sanzionatoria e procedimento ispettivo: l'interesse pubblico alla legalità del lavoro, 37 – 2.2. Dimensione pubblicistica degli interessi coinvolti e caratteristiche della funzione sanzionatoria, 42 – 2.3. Procedimento amministrativo ispettivo e interessi protetti, 45 – 2.4. Modelli dell'ispezione del lavoro, tra *deterrence* e *compliance*, 51 – 2.4.1. *Deterrence vs. compliance: oltre le (eccessive) semplificazioni*, 54 – 2.5. Tracce, nel diritto positivo, del modello orientato alla *compliance*. La convenzione OIL n. 81 del 1947 e cenni ad alcuni istituti presenti nel diritto francese, 59 – 2.6. L'approccio *compliance* nel diritto italiano: la funzione di prevenzione dei comportamenti illeciti attraverso l'informazione e la promozione della legalità, 64 – 2.6.1. (segue) *Circolari interpretative e ruolo dell'istituto dell'interpello in materia di lavoro*, 67 – 2.7. Tutela delle posizioni giuridiche dei singoli lavoratori attraverso l'azione ispettiva o l'applicazione di misure sanzionatorie di carattere riparatorio, 71 – 2.8. Compiti del personale ispettivo ed estensione dell'attività di vigilanza (art. 7, d.lgs. n. 124 del 2004), 73 – 2.9. La tutela degli interessi individuali del lavoratore nel procedimento ispettivo: la diffida accertativa per i crediti pecuniari, 78 –

2.10. Regolarizzazione degli illeciti e tutela dei diritti del lavoratore, 82 – 2.11. Il potere di impartire disposizioni esecutive da parte del personale ispettivo, 84 – 2.12. La regolarizzazione delle situazioni di illecito attraverso la diffida e la prescrizione obbligatoria, 90 – 2.12.1. (*segue*) *La diffida ad adempiere: potenzialità e limiti in ordine alla tutela dei diritti dei lavoratori*, 93 – 2.13. Cenni conclusivi su diritto sanzionatorio del lavoro ed effettività della disciplina giuslavoristica, 98.

101 Capitolo III

Interessi privati e procedimento ispettivo

3.1. I rapporti tra diritto sanzionatorio del lavoro e autonomia contrattuale individuale: una reciproca interferenza?, 101 – 3.2. La certificazione in materia di lavoro e il procedimento ispettivo: il problema dell'efficacia giuridica della certificazione, 103 – 3.3. Certificazione e derogabilità per accordo individuale delle norme imperative lavoristiche, 105 – 3.4. Certificazione e qualificazione del contratto, 110 – 3.5. Certificazione di singole clausole del contratto e poteri sanzionatori, 114 – 3.6. Effetti della conciliazione monocratica nei confronti di soggetti pubblici titolari di poteri ispettivi e sanzionatori, 116 – 3.6.1. (*segue*) *L'estinzione del procedimento ispettivo come conseguenza del perfezionamento della conciliazione monocratica della controversia di lavoro*, 123 – 3.7. La prevalenza degli interessi delle parti individuali di fronte all'azione ispettiva: frammenti di un progetto di riforma del diritto del lavoro rimasta incompiuto, 126.

129 *Bibliografia*

Le discipline sanzionatorie penali e amministrative del lavoro e la cultura giuslavoristica

SOMMARIO: 1.1. L'estraneità del diritto sanzionatorio penale e amministrativo del lavoro dal dibattito dottrinale giuslavoristico: ragioni e giustificazioni, 7 – 1.2. Il deficit di effettività del diritto sanzionatorio del lavoro. In particolare: l'atteggiamento della dottrina giuslavoristica di fronte alla tutela penale del lavoro, 13 – 1.3. (segue) L'atteggiamento della dottrina giuslavoristica di fronte al diritto sanzionatorio amministrativo del lavoro, 19 – 1.4. Le radici della costruzione giusprivatistica del rapporto di lavoro e l'influsso del diritto pubblico, 24 – 1.5. (segue) L'espunzione del diritto sanzionatorio del lavoro dalle riflessioni dottrinali sui “destini della materia”, 32.

1.1. L'estraneità del diritto sanzionatorio penale e amministrativo del lavoro dal dibattito dottrinale giuslavoristico: ragioni e giustificazioni

La dottrina giuslavorista di matrice accademica è tradizionalmente refrattaria ad occuparsi delle discipline che colpiscono con sanzioni penali o, sempre più frequentemente, con sanzioni amministrative pecuniarie, le violazioni dei precetti in materia di lavoro. Nel corso degli anni, i giuslavoristi sembrano averne deciso la progressiva marginalizzazione tra le materie di nicchia o di confine¹, se non addirittura il sostanziale abbandono². Analoga riluttanza ad occuparsi della mate-

1. Con specifico riferimento al diritto penale del lavoro, nel periodo — oltretutto — di maggiore espansione quantitativa delle norme incriminatrici, v. Smuraglia 1979, 60.

2. È questo il giudizio di Ferrante 2007, 19, il quale osserva come la tematica del controllo pubblico sul lavoro costituisca uno dei « terreni abbandonati » da parte della dottrina, « dopo essere stati coltivati agli albori dell'industrializzazione, quando ancora il diritto del lavoro apparteneva all'ambito delle scienze gius-pubblicistiche ».

ria si manifesta rispetto alla vigilanza e dell'ispezione sul lavoro, cioè all'insieme delle discipline strumentali alla prevenzione, all'accertamento e alla repressione degli illeciti che danno luogo all'applicazione delle norme sanzionatorie.

Lo scarso interesse dei giuslavoristi per quello che riassuntivamente chiameremo “diritto sanzionatorio del lavoro” (includendo in esso l'insieme delle norme, di carattere pubblicistico e accomunate dalla funzione afflittiva, che dispongono l'applicazione di sanzioni penali o amministrative in caso di violazione di obblighi o divieti di cui è destinatario il datore di lavoro, ma anche il complesso di norme, strumentali rispetto alle norme sanzionatorie, relative al sistema dell'ispezione e della vigilanza sul lavoro)³ costituisce una sorta di fatto notorio, tanto da rendere superfluo lo svolgimento di indagini volte alla verifica diretta della veridicità di tale asserto.

Chi, ciononostante, desiderasse compiere indagini quantitative in tale senso, rileverebbe, anzitutto, il numero esiguo dei contributi scientifici dedicati alla materia rispetto alla mole della produzione giuslavoristica. Eppure, almeno formalmente, il sistema sanzionatorio pubblicistico del lavoro è considerato appartenente alla materia giuslavoristica: conferma in tale senso si trova nelle opere manualistiche, nei trattati o nei commentari, nei quali tuttavia lo spazio ad esso dedicato frequentemente è esiguo, segno di una consapevole scelta degli autori o dei curatori di privilegiare altri profili evidentemente ritenuti centrali e decisivi nell'individuazione dei tratti fondanti della materia.

Ove invece si prestasse attenzione alla distribuzione nel tempo dei contributi dottrinali di taglio accademico, emergerebbe un andamento nettamente oscillante: l'attenzione degli interpreti per la materia pare manifestarsi prioritariamente in concomitanza con le stagioni caratterizzate da novità legislative, per poi tornare a sopirsi nei periodi

3. Precisiamo fin d'ora che non saranno invece oggetto dell'indagine le c.d. sanzioni civili previdenziali (che, ai sensi della legge n. 388/2000 trovano applicazione nelle ipotesi di omissione o evasione contributiva e assicurativa), alle quali la giurisprudenza delle sez. un. della Cassazione non riconosce natura sanzionatoria, essendo assente la funzione afflittiva propria delle sanzioni amministrative (Cass. sez. un. civ. 13 marzo 2015, n. 5076; nello stesso senso, Cass. 22 ottobre 2009, n. 22414; Cass. 19 giugno 2009, n. 14475; Cass. 8 settembre 2003, n. 13099). In dottrina, sulla natura delle sanzioni civili previdenziali: Ferrari 2015, c. 3679 ss.; Vernizzi 2006, 166; Santini 2006, 583 ss.; Avio 1990, 259 ss.

di inerzia del legislatore. È questo un dato molto significativo di un interesse meramente episodico e contingente. Se è fuori di dubbio che sussista un certo grado di correlazione, comune a tutte le tematiche del diritto del lavoro tra iniziative di revisione normativa e aumento della produzione dottrinale (se non altro di carattere informativo e ricostruttivo), nell'ambito che riassuntivamente abbiamo chiamato "diritto sanzionatorio del lavoro" la correlazione pare molto stretta: chiaro indizio dell'esclusione della stessa, da parte dei giuslavoristi, dal diritto del lavoro che vale la pena coltivare.

Non aiuta a tenere desto l'interesse per la materia neppure la necessità di dare conto degli esiti del contenzioso giudiziale: l'apporto interpretativo della giurisprudenza è quantitativamente modesto e limitato ad alcune questioni specifiche⁴, ancorché non siano mancate pronunce della Corte costituzionale su questioni di rilevanza generale che hanno immediatamente attirato l'attenzione della dottrina (si consideri ad esempio la questione della competenza legislativa in materia di servizi ispettivi del lavoro alla luce dell'art. 117 Cost.)⁵.

4. Nella assai limitata produzione giurisprudenziale degli anni più recenti spiccano, ad esempio, il contenzioso sulla valenza probatoria dei verbali ispettivi, e in particolare, sull'efficacia probatoria delle dichiarazioni rilasciate dai lavoratori (Cass. civ., sez. lav., 14 maggio 2014, n. 10427, *LG*, 2014, 883; T. Roma, 8 maggio 2015, *MGL*, 2015, 600) e quello sulla disciplina dei provvedimenti prescrittivi del personale ispettivo (Cass. civ., sez. un., 15 maggio 2017, n. 11984; Cass. pen., sez. III, 29 novembre 2016, n. 8706, *NGL*, 2017, 144; Cass. pen., sez. III, 15 settembre 2015, n. 37228; Cass. pen., sez. III, 16 ottobre 2013, n. 2857; Cass. civ. sez. un., 9 marzo 2012, n. 3694; Cass. pen., sez. III, 3 maggio 2011, n. 34750; Cass. pen., sez. III, 3 maggio 2011, n. 34750, *DPL*, 2010, 1909; Cass. pen., sez. III, 1 aprile 2009, n. 24791; Cass. pen., sez. III, 06 giugno 2007, *Impresa*, 2007, 1557). In tempi più risalenti, l'attenzione dottrinale fu attratta dal contenzioso relativo all'applicabilità della diffida ad adempiere agli illeciti di carattere penale.

5. Ci si riferisce, in particolare, a Corte cost. 14 ottobre 2005, n. 384, commentata da Nogler 2005, 448; Faioli 2006, 60; Moro 2006, 87; Scagliarini 2006, 822. Nell'occasione, la Corte ha ritenuto infondata la questione di legittimità costituzionale concernente il d.lgs. n. 124/2004 sollevato da alcune Regioni, ad avviso delle quali la regolazione dei compiti amministrativi di ispezione e vigilanza in materia di lavoro e previdenza avrebbe dovuto rientrare nella "tutela e sicurezza del lavoro" attribuita alla competenza concorrente fra Stato e Regioni dall'art. 117, comma 3, Cost. e non avrebbe potuto dunque essere disciplinata in via esclusiva dalla legge statale. Secondo la Corte, «la regolamentazione delle sanzioni spetta al soggetto nella cui sfera di competenza rientra la disciplina della materia, la cui inosservanza costituisce atto sanzionabile». Poiché la disciplina dei rapporti di lavoro (più precisamente, dei rapporti intersoggettivi tra datore e prestatore di lavoro) fa parte dell'ordinamento civile, e quindi è di competenza legislativa esclusiva statale ai sensi dell'art. 117 Cost., anche la competenza legislativa sulla vigilanza, in quanto connessa a competenze

Non manca, certo, una produzione dottrinale critica, talvolta di ampio respiro, nella quale si ritrovano riflessioni a valenza sistematica. Questa produzione si addensa in concomitanza delle svolte normative di maggiore rilievo. Ne sono testimonianza i contributi elaborati, ad esempio, in occasione della prima rilevante operazione di depenalizzazione, introdotta dalla l. n. 689 del 1981: provvedimento che ha indotto la dottrina, inclusa quella giuslavoristica, a riflettere sul significato sistematico della derubricazione a illeciti amministrativi delle precedenti ipotesi di reato⁶. Diversi anni dopo, un risveglio di interesse si è manifestato in occasione dell'adozione del d.lgs. n. 124 del 2004, che riformava i servizi ispettivi del lavoro in attuazione della delega di cui all'art. 8 della l. n. 30 del 2003, ancorché, senza ombra di dubbio, i maggiori sforzi interpretativi, e le più profonde riflessioni sulle prospettive del diritto del lavoro, abbiano riguardato l'altro decreto attuativo della l. n. 30 del 2003, e cioè il d.lgs. n. 276 del 2003, ritenuto evidentemente ben più incidente sulle categorie fondanti del diritto del lavoro. In tempi ancora più recenti, si è registrato un incremento della produzione dottrinale in contemporanea con il *restyling* di alcune discipline (*in primis* quelle relative alla diffida ad adempiere di cui all'art. 13 d.lgs. n. 124 del 2004) ad opera della l. n. 183 del 2010, e quindi con la revisione dell'organizzazione dei servizi ispettivi ad opera d.lgs. n. 149 del 2015⁷.

Meno legate alle contingenti novità normative sono invece le indagini su singoli aspetti del diritto sanzionatorio ai quali la dottrina attribuisce una maggiore valenza sistematica o, talvolta, in senso lato, politica, e che quindi giudica degni di analisi critiche approfondite indipendentemente dalle novità normative. Notevole attenzione e impegno ha attirato ad esempio, nel corso degli anni, la tematica del lavoro sommerso. La rilevanza anche europea delle politiche di contrasto del lavoro sommerso, l'esistenza di nessi con le analisi economiche

esclusive statali, non può che essere statale.

6. Smuraglia 1982, 55 ss.; Padovani, 1982, 411 ss.; Ichino G. 1983, 289 ss.; Vidiri 1983, 373; Di Lecce 1984, 240; Menghini 1985, 1848 ss.

7. Sulla riforma dei servizi ispettivi del lavoro introdotta dal d.lgs. n. 124 del 2004, v. Nogler, Zoli 2005, nonché Monticelli, Tiraboschi 2004. Con riferimento alle novità introdotte dalla l. n. 183 del 2010, v. Cinelli, Ferraro 2011. Con riferimento ai decreti attuativi del *Jobs Act*, nonché alle norme di depenalizzazione di cui ai dd.lgs. nn. 7 e 8 del 2016, v. Esposito 2017, Ghera, Garofalo 2016.

e sociologiche, alcune difficoltà tecniche nella identificazione della fattispecie illecita hanno determinato un rinnovato interesse della dottrina per un tema al quale è sicuramente riconosciuto un significato sistematico che va ben oltre l'esegesi delle singole discipline adottate dal legislatore⁸.

Tuttavia, al di là dei casi che si configurano come eccezioni, la dottrina giuslavoristica pare avere consapevolmente rinunciato ad esprimere, in modo sistematico e continuativo, il proprio punto di vista sulla tematica del diritto sanzionatorio.

Le ragioni del disinteresse possono essere intuitivamente identificate, ma non tutte sono parimenti determinanti.

Si consideri ad esempio il fatto che il campo di studi si pone al crocevia di diverse branche del diritto: il diritto del lavoro, il diritto amministrativo, il diritto penale. Si potrebbe ritenere che l'organizzazione del sapere accademico per settori scientifico-disciplinari, talvolta poco comunicanti tra di loro, potrebbe ostacolare lo sviluppo delle conoscenze interdisciplinari necessarie per l'approfondimento di questioni che esigono l'osmosi e la combinazione delle conoscenze specialistiche coltivate nell'ambito dei singoli settori scientifici, finendo per trasformare l'area di intersezione in una "terra di nessuno"⁹ o, come ebbe a dire un autorevole studioso con specifico riferimento al diritto penale del lavoro, in una « provincia del nostro ordinamento che non fa gola a nessuna categoria di studiosi »¹⁰.

Tale spiegazione, per quanto non del tutto infondata, non soddisfa appieno. Anzitutto, se così fosse, il disinteresse per il diritto sanzionatorio del lavoro dovrebbe riguardare non solo i giuslavoristi, ma anche gli studiosi delle discipline "confinanti" cui appartengono le

8. Ferrante 2017, 11 ss.; Calafà 2017, 1 ss.; Esposito 2016, p. 575 ss.; Varva 2016, 461 ss.; Giaconi 2016, 439 ss.; Viscomi 2015, 1 ss.; Peruzzi 2015, 115 ss.; Ales 2014, 11 ss.; Mc Kay 2014, 225 ss.; Orlandini 2013; cui *adde* i più risalenti contributi contenuti in *RGL*, rivista che ha dedicato alla tematica i fascicoli n. 1 del 2008 e n. 2 del 2012.

9. L'osservazione è comune ad altre aree di intersezione tra materie eterogenee e per questo motivo poco presidiate dagli studi dottrinali. Cfr., ad esempio, le riflessioni intorno al difficile connubio tra diritto del lavoro e diritto delle crisi d'impresa, favorito anche dalla tendenza all'autonomia e alla separatezza delle due discipline, segnalato da D'Alessandro 2004, 1209 e da Vallauri 2013, 9.

10. Romagnoli 1977, 351, ha usato tale espressione riferendosi al diritto penale del lavoro nella stagione della sua massima espansione, cioè quella successiva allo Statuto dei lavoratori e precedente alla depenalizzazione disposta dalla l. n. 689 del 1981.

discipline pubblicistiche sanzionatorie. In realtà pare che i primi abbiano delegato a questi ultimi ben più del compito di dire “l’ultima parola” in punto di interpretazione e ricostruzione sistematica degli istituti coinvolti¹¹, determinandosi così una autentica paralisi della riflessione giuslavoristica. In secondo luogo, vi sono ambiti disciplinari di confine nei quali i giuslavoristi non rinunciano certo a esprimere il proprio punto di vista. Il diritto del lavoro dell’Unione europea è area fertilissima di studi, nonostante i principi e le categorie che lo governano siano propri di un diverso ambito disciplinare.

L’immagine della “terra di nessuno”, o dell’area non presidiata, meglio si attaglia, piuttosto, allo specifico ambito della vigilanza e dell’ispezione del lavoro; materia affrontata in netta prevalenza da studiosi di estrazione non accademica¹². Nel caso della vigilanza e ispezione, non pare irragionevole ritenere che la debole forza attrattiva esercitata nei confronti della dottrina accademica derivi anche dal carattere essenzialmente pratico della materia, che necessita, per essere affrontata, della conoscenza non solo delle discipline legali, ma anche delle regole che trovano fonte in circolari, direttive ministeriali, risposte ad interpello e, ancor più, nelle prassi conoscibili essenzialmente attraverso la frequentazione diretta e in sede operativa della materia¹³.

11. In occasione di uno scritto introduttivo ad un commentario in materia di diritto penale del lavoro, Gragnoli 2015, 2, afferma che «l’ultima parola è del diritto penale e dei suoi studiosi». A questi ultimi spetta l’esegesi e la ricostruzione sistematica delle disposizioni che il diritto del lavoro affronta sotto il profilo del diritto privato, e quindi principalmente sotto il profilo del contratto di lavoro.

12. Cfr. tra le opere di ricognizione, interpretazione, ricostruzione e sistemazione della disciplina Rauseri 2016; Nicodemi 2015; Del Torto 2014; Rauseri 2012; Romano 2011; Parisi 2011; Santoro 2010; Papa 2006; Margiotta 2005.

13. Per cogliere la centralità delle fonti ministeriali (prima della costituzione dell’Ispettorato nazionale del lavoro) nella costruzione delle regole dell’ispezione e della vigilanza basti osservare lo spazio assegnato nelle opere dedicate alla ricostruzione complessiva della materia ai contenuti ad esempio della c.d. Direttiva Sacconi del 18 settembre 2008, o alle circolari interpretative, in ragione del profondo impatto sulle prassi di vigilanza e ispezione che in concreto quest’ultime riescono a produrre (v. *ex multis* Rauseri 2009; Del Torto 2014).