

Capitolo I

Genesi, ragioni e prospettive dell'inderogabilità nel diritto del lavoro

SOMMARIO

1. La disponibilità dei diritti dei lavoratori tra autonomia, imperatività e nderogabilità. – 1.1. Funzione teleologica e interessi tutelati dalla norma nderogabile. – 2. Il perimetro incerto dell'art. 2113 c.c. tra definizione della norma nderogabile e spazio della legittima disponibilità. – 2.1. La necessità di un'interpretazione sistematica coerente tra i rimedi contro le rinunzie e transazioni invalide e il potere di impugnazione stragiudiziale del licenziamento. – 3. L'espansione della mediazione e della negoziazione assistita e la tradizionale impermeabilità del diritto del lavoro. Il nuovo scenario inaugurato dalla legge delega n. 206 del 2021.

1. La disponibilità dei diritti dei lavoratori tra autonomia, imperatività e nderogabilità

La relazione dialettica tra autonomia ed eteronomia, nella quale è dato semplificare il rapporto tra spazio di iniziativa privata e livello di regolazione pubblico, costituisce una costante che caratterizza la costruzione di senso e la logica di funzionamento del sistema giuridico sin dalle sue origini.

In tale prospettiva, è emblematica della relazione tra una realtà fattuale pre-esistente e l'ordine delle cose positivizzato dal diritto la dicotomia classica, nella particolare accezione fatta propria dalla Sofistica nella seconda metà del V secolo a.C., tra φύσις (physis) e νόμος (nomos). Al di là delle particolari linee interpretative elaborate dai vari pensatori, è dato infatti ricollegare la prima al sostrato della realtà anche sociale che esiste prima e a prescindere dalla normazione positiva, che la regola e tenta di cristallizzarla.

Di una siffatta prospettiva vi è una irriducibile traccia nel fenomeno negoziale, nel quale la libertà della persona è al contempo elemento presupposto e giustificativo dell'applicazione della disciplina giuridica, nonché destinatario della stessa, secondo una relazione mai univoca ma pluridimensionale, dove i livelli di significato e di lettura si intersecano, contemporaneamente presupponendosi ed escludendosi.

Ciò, d'altra parte, è testimoniato in tempi più vicini dalla solida costruzione hegeliana, che finisce per ricondurre i concetti di realtà naturale e realtà giuridica, essere e dover essere, all'interno della medesima logica unificante della fenomenologia dello spirito¹.

Sennonché ogni ragionamento sulla conciliazione e, in generale, sulle modalità alternative di risoluzione delle controversie, oltre a dover misurarsi con il contesto nazionale e culturale all'interno del quale si sviluppa², si muove in parallelo con lo studio del grado di evoluzione dell'autonomia privata anche in relazione ai precetti costituzionali³, che da una parte valorizzano lo spazio dell'iniziativa economica privata e, dall'altra, individuano nella solidarietà⁴ e nella funzione sociale limiti invalicabili⁵.

¹ «Quello spirito il cui Sé è assolutamente discreto, invece, ha il suo contenuto dinanzi a sé come una realtà altrettanto rigida, e il mondo ha allora la determinazione di essere qualcosa di esteriore, il negativo dell'autocoscienza ... Ora, questa realtà è l'essenza esteriore e il contenuto libero del diritto. Contenuta nel signore del mondo del diritto, tale realtà esteriore non è soltanto l'essenza elementare data per il Sé in modo accidentale, ma è anche il lavoro stesso del Sé, non più positivo bensì negativo. Essa riceve l'esistenza mediante l'esteriorizzazione con cui l'autocoscienza si spoglia dell'essenza, esteriorizzazione de-essenzializzante che, nella devastazione dominante nel mondo del diritto, sembra esercitare sull'autocoscienza la violazione esteriore degli elementi scatenati». Così G.W.F. Hegel, *Fenomenologia dello Spirito*, Bompiani, Firenze, 2017, p. 653, a cura di V. Cicero.

² In tale prospettiva appare interessante, tra le altre, l'esperienza nord-americana, nella quale, pur nell'ambito di un ordinamento e di una tradizione giuridica marcatamente diversi da quelli italiani (e, più in generale, europei), la soluzione delle controversie al di fuori del sistema di tutela giurisdizionale rappresentato dalle Corti è ormai da molto tempo incentivata e valorizzata, cfr. J.S. Auerbach, *Justice Without Law*, Oxford University Press, New York, 1983; O.G. Chase, *I metodi alternativi di soluzione delle controversie e la cultura del processo: il caso degli Stati Uniti d'America*, in V. Varano (a cura di), *L'altra giustizia*, Giuffrè, Milano, 2007, p. 144 ss.; Id., *Gestire i conflitti. Diritto, cultura, rituali*, Laterza, Bari, 2009, p. 112 ss.

³ Il tema è stato autorevolmente approfondito in chiave monografica, tra gli altri, da U. Natoli, *Limiti costituzionali dell'autonomia privata nel rapporto di lavoro*, Esi, Napoli, 1981, p. 1 ss. Con riferimento al diverso ma connesso concetto di autonomia collettiva, rimangono magistrali le riflessioni di M. Persiani, *Saggio sull'autonomia privata collettiva*, Cedam, Padova, 1972, p. 1 ss.

⁴ L'impianto solidarista della Carta costituzionale è così pervasivo da indurre «ad una lettura attualizzata dei principi costituzionali, per valutare se di fronte all'impossibilità di garantire reddito attraverso il lavoro, che rende effettiva la cittadinanza, sia possibile non rinunciare alla emancipazione e alla soddisfazione dei bisogni primari attraverso la garanzia di un reddito slegato al lavoro...». Così A. Di Stasi, *Ammortizzatori sociali e solidarietà post industriale*, Giappichelli, Torino, 2013, p. XIX.

⁵ Viene in rilievo, in particolare, il rapporto tra diritto e dovere al lavoro che permea di una peculiare caratterizzazione solidarista anche il rapporto tra la persona e la comunità organizza-

Sotto il profilo dell'effettiva realizzazione dei suddetti principi, risulta invece centrale l'analisi degli strumenti concreti con i quali l'ordinamento giuridico può consentire ovvero limitare l'ambito di valida disposizione delle situazioni giuridiche soggettive, incidendo sul livello dei rapporti tra fonti regolative, sull'individuazione della portata oggettiva dei diritti e delle relative obbligazioni, nonché sulle procedure atte a sindacare l'effettiva corrispondenza tra le legittime forme di disposizione e i concreti atti dismissori.

Ci si muove all'interno di un sistema nel quale è forte la tensione tra la necessaria regolazione legale e contrattual-collettiva, nel segno dell'inderogabilità funzionale a delineare un sistema di garanzie e le spinte provenienti dal caso concreto, dall'interesse individuale e particolare, che trova protezione nella dimensione generale, dalla quale può però derogare in presenza dei requisiti e delle condizioni previsti ai fini di una valida attività dispositiva del prestatore di lavoro.

In tale prospettiva, sembra utile richiamare non solo la tesi secondo la quale il lavoratore è un "contraente debole", ma anche quella secondo la quale egli sarebbe addirittura un "non-contraente", dal momento che nel rapporto di lavoro «implica sé stesso e trae, nella normalità dei casi, il necessario per vivere e buona parte del senso della vita stessa»⁶.

Non sfugge infatti che il rapporto di lavoro è spazio e strumento di soddisfazione dei bisogni essenziali, così che la matrice contrattuale appare essere ora il fondamento del rapporto stesso, ora una presenza "ingombrante", la cui capacità regolativa andrebbe necessariamente bilanciata da una fonte eteronoma con funzione non solo sostitutiva e correttiva, ma anche integrativa.

A ciò si aggiunga che, come è stato condivisibilmente affermato, «anche per l'inderogabilità si pone l'interrogativo se non sia nel tempo intervenuto un processo di sedimentazione e di cristallizzazione del suo significato, a discapito della corrispondenza tra concetto (o dogma) e dato normativo»⁷.

Ciò, a maggior ragione, se si considera che quella dell'inderogabilità, più che una nozione definita, costituisce piuttosto una dimensione, ricavabile dall'attivi-

ta alla quale lo stesso appartiene, v. F. Giuffrè, *La solidarietà nell'ordinamento costituzionale*, Giuffrè, Milano, 2002, p. 208.

⁶ Così M. D'Antona, *L'autonomia individuale e le fonti del diritto del lavoro*, in Aa.Vv., *Autonomia individuale e rapporto di lavoro*, Atti del 10° Congresso nazionale di diritto del lavoro (Udine, 10-12 maggio 1991), Giuffrè, Milano, 1994, p. 194. Dello stesso avviso R. Scognamiglio, *La natura non contrattuale del lavoro subordinato*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2007, 1, p. 379 ss.

⁷ Così M. Novella, *L'inderogabilità nel diritto del lavoro. Norme imperative e autonomia individuale*, Giuffrè, Milano, 2009, p. 3.

tà degli interpreti, a partire dall'analisi di dati normativi tra loro diversi in quanto frutto di elaborazioni giuridiche appartenenti a contesti affatto differenti.

Di ciò vi è evidenza nella formulazione dell'art. 17 del r.d.l. n. 1825 del 1924⁸, che impone l'osservanza delle disposizioni relative al contratto d'impiego privato ivi contenute «malgrado ogni patto contrario», così sancendo l'invalidità della disciplina ad opera dell'autonomia privata. Se qui potrebbe dunque individuarsi il momento genetico dell'inderogabilità nel diritto del lavoro, quest'ultima viene temperata dal successivo «salvo il caso di particolari convenzioni od usi più favorevoli all'impiegato e salvo il caso che il presente decreto espressamente ne consenta la deroga consensuale».

In altre parole, nello stesso ambito nel quale viene per la prima volta fissato il principio generale e sistematico della norma inderogabile, si delinea anche il sistema di eccezioni, che a ben vedere confermano la stessa teleologia dell'inderogabilità. Essendo questa finalizzata ad evitare che l'autonomia privata individui in capo al lavoratore trattamenti deteriori rispetto a quelli dettati dalla fonte legale o ad essa equiparata, nel momento in cui tale funzione di garanzia è assolta da convenzioni od usi più favorevoli al lavoratore, non è più necessario l'utilizzo della tecnica della norma inderogabile.

L'altra eccezione, che consente la possibilità di derogare alla disciplina legale qualora ciò sia consentito dal regio decreto per effetto del consenso delle parti, se appare invero indebolire la portata sistematica dell'inderogabilità, a ben vedere la riafferma, nel momento stesso in cui riconosce soltanto alla norma di legge il potere di demandare legittimi spazi di deroga all'autonomia privata.

La collocazione della disposizione in discorso nel tessuto normativo deputato a disciplinare il contratto di lavoro nel settore privato è inoltre significativa della portata sistematica della tecnica di regolazione giuridica fondata sulla norma inderogabile nell'ambito del diritto del lavoro, secondo un'opzione che nel tempo ha conosciuto un'espansione anche in altri ambiti dell'ordinamento⁹, come nel

⁸ In verità, come condivisibilmente evidenziato da R. Voza, *Autonomia privata e norma inderogabile nella nuova disciplina del mutamento di mansioni*, in *WP CSDLE "Massimo D'Antona"*, 2015, 262, p. 2, seppur non ancora in termini sistematici, un'implicita inderogabilità *in peius* era ravvisabile già nella disciplina dettata dall'art. 12 della legge n. 80 del 1898, che sanciva la nullità di ogni patto diretto a eludere o ridurre il pagamento delle indennità per gli infortuni sul lavoro, nella normativa che vietava il lavoro notturno ai maschi di età inferiore ai 15 anni compiuti (legge n. 242 del 1902), nonché in quella che imponeva il riconoscimento di un periodo di riposo non inferiore a 24 ore consecutive per ogni settimana (legge n. 489 del 1907), come si evince dalla loro formulazione e dalla previsione di apparati sanzionatori penali o amministrativi.

⁹ In tale prospettiva valorizza il ruolo di "avanguardia" svolto dal diritto del lavoro L. Nogler, *(Ri)scoprire le radici giuslavoristiche del "nuovo" diritto civile*, in *Eur. dir. priv.*, 2013, p. 959 ss.

caso dei contratti agrari e del codice del consumo, nei quali viene in rilievo quella debolezza derivante da asimmetrie informative nonché dalla dipendenza economica¹⁰, che tipizza il rapporto di lavoro.

Altro profilo che emerge dalla medesima disposizione è il fatto che l'inderogabilità, sebbene mai definita né direttamente citata, costituisce in realtà il fondamento stesso dell'ordinamento lavorista, tanto da caratterizzarne anche la tutela processuale¹¹, senza che però essa coincida con un contenuto ben preciso di principi e norme, trattandosi pur sempre di un meccanismo regolatore. Quest'ultimo, s'è detto, è però finalizzato a comprimere l'autonomia individuale a beneficio della norma eteronoma, in funzione dell'espunzione dall'ambito delle fonti di regolazione del rapporto di lavoro di tutte quelle disposizioni che prevedano un trattamento deteriore rispetto a quello delineato dalla norma inderogabile.

Si tratta evidentemente di un meccanismo che funziona in tanto in quanto sia operata una comparazione tra gli effetti dell'applicazione di un regime regolatorio rispetto ad un altro, conducendo per ipotesi anche a frammentare la fonte di regolazione del rapporto in vista della previsione di un assetto normativo più favorevole al prestatore di lavoro.

Di ciò, d'altro canto, vi è conferma nel fatto che l'inderogabilità viene prevista esclusivamente *in peius*, essendo invece tollerata e anzi sostenuta la derogabilità *in melius*, come testimoniato dall'art. 2077 c.c. e, già prima, dal citato art. 17 del r.d.l. n. 1825 del 1924.

Non sfugge poi che la causa finale sottesa alla tecnica dell'inderogabilità è nel tempo mutata, in base ai diversi contesti nei quali la stessa si è sviluppata, transitando dalle finalità di polizia e tutela dell'ordine pubblico tipiche della prima legislazione sociale¹², fino a quelle di protezione della persona che lavora nell'ambito del diritto del lavoro repubblicano.

¹⁰ Cfr. V. Roppo, *Protezione del consumatore e teoria delle classi*, in *Pol. dir.*, 1975, p. 718.

¹¹ Si pensi alla competenza funzionale inderogabile del giudice del lavoro, v. C. Romeo, *Giudice competente*, in Id. (a cura di), *Processo del lavoro*, Giappichelli, Torino, 2016, p. 69 ss.

¹² In tale prospettiva potrebbe essere letta la riflessione, elaborata in epoca corporativa, sul contratto collettivo inteso quale nuova forma di decentramento legislativo, nell'ambito di un generale disegno istituzionale di trasformazione dei gruppi sociali (tra questi, evidentemente, anche i lavoratori) in *longa manus* del potere politico, cfr. T. Ascarelli, *Sul contratto collettivo di lavoro – appunto critico*, in *Arch. Giur.*, 1929, 1, p. 196 ss. D'altra parte, non va sottaciuto che l'art. 7 delle preleggi, abrogato dal R.D.L. 9 agosto 1943, n. 721, prevedeva che nemmeno le norme corporative potessero derogare alle disposizioni imperative delle leggi e dei regolamenti.

Di tale più recente funzione, d'altro canto, vi è conferma nella circostanza che il regime di nullità speciale previsto dalla disciplina lavoristica sarebbe riconducibile all'interno della c.d. nullità di protezione¹³, in ragione della necessità di tutelare la specifica esigenza di difesa di chi, per vivere, deve lavorare¹⁴.

Se la previsione della norma inderogabile discende da un assetto normativo che limita l'autonomia privata nell'ottica della tutela sia di un interesse più propriamente individuale, quale quello del lavoratore a ricevere un trattamento più favorevole, sia di un interesse di natura sovraindividuale ad evitare regolazioni del rapporto di lavoro che pregiudichino anche il valore delle imprescindibili coesione e solidarietà sociale, l'altra dimensione da indagare è quella dell'indisponibilità dei diritti del lavoratore.

Mentre però la norma inderogabile coinvolgerebbe il piano della tecnica regolativa, quello dell'indisponibilità costituirebbe un attributo del diritto, secondo una logica di continuità e comunicazione tra le due polarità¹⁵.

Non può pertanto prescindersi dal tentativo di ricostruire e distinguere la categoria dell'indisponibilità¹⁶, «o, meglio, i vincoli alla disposizione dei diritti del lavoratore»¹⁷, nei suoi punti di contatto e di netta separazione, da quella dell'inderogabilità¹⁸.

Ed infatti, pur rispondendo entrambi alla medesima logica di sottrarre spazi all'autonomia privata¹⁹, lungi dal costituire una coppia semanticamente indissolubile, la doppia dimensione invocata dall'art. 2113 c.c. va debitamente indagata e declinata²⁰. Ciò, a maggior ragione, se si considera che mentre l'am-

¹³ Cfr. F. Lunardon, *Le nullità nel diritto del lavoro*, in *Arg. dir. lav.*, 2010, 3, p. 653 ss.

¹⁴ Cfr. F. Santoro Passarelli, *Specialità del diritto del lavoro*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1967, I, p. 15 ss.

¹⁵ Cfr. C. Cester, *La norma inderogabile: fondamento e problema del diritto del lavoro*, in Aa.Vv., *Inderogabilità delle norme e disponibilità dei diritti (atti delle giornate di studio di diritto del lavoro, Modena, 18-19 aprile 2008)*, Giuffrè, Milano, 2009, p. 7 ss.

¹⁶ Tale categoria è, a sua volta, idealmente “sospesa” tra una dimensione essenzialmente pre-cettiva e la necessità di garantirne una concreta applicabilità. Cfr. P. Tullini, *Indisponibilità dei diritti dei lavoratori: dalla tecnica al principio e ritorno*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 2008, p. 423 ss.

¹⁷ Così E. Gragnoli, *L'attività sindacale e la derogabilità assistita*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2005, I, p. 83 ss.

¹⁸ La portata centrale (ma altresì altamente problematica) di tale categoria concettuale nel diritto del lavoro, è stata autorevolmente evidenziata da C. Cester, *La norma inderogabile: fondamento e problema del diritto del lavoro*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 2008, p. 353 ss.

¹⁹ Cfr., in tal senso, A. Aranguren, *La tutela dei diritti dei lavoratori*, Cedam, Padova, 1981, p. 44 ss.

²⁰ Ragiona sulla portata e sulle criticità di tale “coppia concettuale” A. Occhino, *Riflessioni*

bito di disponibilità coinvolge i limiti di rinuncia e transigibilità dei diritti²¹, lo spazio della derogabilità è invece connesso con i margini di autonomia individuale ovvero negoziale rispetto alle previsioni di legge e di contratto²², sebbene non siano mancate letture secondo le quali tali ambiti di autonomia abbiano portata oggettivamente diversa²³.

Come autorevolmente sostenuto, si può affermare che «in definitiva, nel riguardare l'esercizio del potere di disposizione, l'art. 2113 c.c. si preoccupa di quelle che, con termine ormai entrato nel lessico giuridico, potremmo chiamare le strutturali «asimmetrie informative» delle quali soffre il lavoratore subordinato. Per converso, l'inderogabilità del contratto collettivo permette l'esplinarsi del negoziato sindacale e, dunque, contrattazione ed inderogabilità sono un binomio inscindibile»²⁴.

È noto, infatti, che la norma inderogabile ha come proprie finalità essenziali quelle di salvaguardare i beni coinvolti nel rapporto contrattuale nonché di correggere tali asimmetrie, sebbene non vada trascurata un'ulteriore funzione, seppur disomogenea rispetto alle altre due, ovvero quella di garantire una certa uniformità all'autonomia privata, secondo una logica di salvaguardia della concorrenza²⁵, che oltretutto è uno dei tipici connotati funzionali della contrattazione collettiva nazionale.

sulla inderogabilità e sulla indisponibilità, in Aa.Vv., *Inderogabilità delle norme e disponibilità dei diritti* (Modena, 18-19 April 2008), Giuffrè, Milano, 2009, p. 211 ss.

²¹ Rileva M. Novella, *Considerazioni sul regime giuridico della norma inderogabile nel diritto del lavoro*, in *Arg. dir. lav.*, 2003, 1, p. 521 ss., che il legislatore si riferisce «solo “al diritto già acquisito” dal lavoratore in forza dell'applicazione delle norme legali e contrattuali inderogabili poste a sua tutela». Secondo la ricostruzione elaborata da G. Mazzoni, *Diritto del lavoro e diritto sindacale*, in *Enc. dir.*, XII, Giuffrè, Milano, 1964, p. 1069 il diritto del lavoro costituirebbe «una legislazione imperativa, inderogabile, sottoposta a vigilanza ispettiva da parte delle autorità amministrative del lavoro, sanzionata penalmente, che non tollera rinunce neppure da parte dei beneficiari delle norme stesse».

²² Ha esaminato approfonditamente logica e portata applicativa dell'art. 2113 c.c. P. Albi, *La dismissione dei diritti del lavoratore. Art. 2113. Il codice civile. Commentario*, Giuffrè, Milano, 2016. Ragiona sul rapporto tra norme inderogabili e norme promozionali, R. Voza, *Norme inderogabili e norme promozionali nel diritto del lavoro*, in F.J. Lacava, P. Otranto, A.F. Uricchio (a cura di), *Funzione promozionale del diritto e sistemi di tutela multilivello*, Cacucci, Bari, 2017, p. 381 ss.

²³ Cfr. G. De Simone, *Intervento*, in Aa.Vv., *Autonomia individuale e rapporto di lavoro, Atti del X Congresso nazionale di diritto del lavoro. Udine 10-12 maggio 1991*, Giuffrè, Milano, 1994, p. 162 ss.

²⁴ Così E. Gragnoli, *L'attività sindacale e la derogabilità assistita*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2005, 1, p. 97.

²⁵ Cfr. C. Cester, *op. ult. cit.*, p. 8 ss.

Se si tratta, invero, di una precisa scelta operata dall'ordinamento positivo, «anche per evidenti ragioni di promozione della certezza nei rapporti di lavoro»²⁶, appare, dunque, necessario interrogarsi sui livelli di reciproca influenza delle suddette due polarità di cui all'art. 2113 c.c., anche in considerazione del fatto che il *medium* tra le due dimensioni sarebbe costituito dall'ulteriore, distinta categoria dell'imperatività²⁷. Quest'ultima, a ben vedere, costituirebbe l'elemento normativo che discrimina ciò che può essere oggetto di un valido atto di disposizione da ciò che non può esserlo²⁸, così che dal punto di vista sostanziale contribuisce a declinare la categoria dell'indisponibilità²⁹, mentre sotto il profilo dell'eteronomia è contigua al concetto di inderogabilità delle disposizioni³⁰.

Sennonché anche una recente pronuncia della Corte di Cassazione ha ricordato che l'ambito di protezione offerto dall'art. 2113, ultimo comma, c.c. va inteso come spazio di legittima disponibilità dei diritti già maturati, ma non vi si possono perfezionare pattuizioni contrarie alle norme imperative, essendo semmai possibile rinunciare soltanto a diritti già maturati in conseguenza di violazioni avvenute prima e fuori da tale sede³¹.

La categoria dell'inderogabilità viene utilizzata con una tale frequenza che

²⁶ Così, sempre E. Gagnoli, *L'attività sindacale*, cit., p. 90, secondo il quale, condivisibilmente, «si deve cercare di spiegare per quali più generali motivazioni razionali l'art. 2113 c.c. abbia indicato i modi di legittima disposizione e non abbia ritenuto preferibile collegare all'avvenuta applicazione di leggi o di clausole negoziali inderogabili il sorgere di posizioni soggettive indisponibili... in sostanza, la limitata possibilità di disporre dei diritti ha un fondamento testuale preciso nell'art. 2113 c.c. Sarà da chiarire come mai solo in alcuni casi (ad esempio, in tema di ferie, di sciopero e di tutela della salute) all'inderogabilità si accompagni una indisponibilità assoluta».

²⁷ Si tratta di una prospettiva approfonditamente sviluppata in M. Novella, *L'inderogabilità nel diritto del lavoro*, cit.

²⁸ Condivisibilmente, M. Magnani, *Disposizione dei diritti*, Digesto, Sez. Comm., IV, Utet, Torino, 1989, p. 60 ha affermato che «se alla base dell'imperatività della norma sta un interesse superindividuale (anche se in ipotesi realizzabile attraverso la soddisfazione dell'interesse del singolo), non vi è alcuna difficoltà ad ammettere che essa si arresti alla fase successiva, quando, avvenuta tale attribuzione, l'interesse superindividuale può dirsi realizzato e si rientra nell'ambito di un interesse meramente individuale».

²⁹ Sul connesso tema della disposizione dei diritti v. M. Magnani, *Disposizione dei diritti*, cit., p. 51 ss.

³⁰ Il tema dell'inderogabilità, d'altro canto, costituisce un elemento indefettibile della disciplina e della riflessione lavoristica, v. per tutti R. De Luca Tamajo, *La norma inderogabile nel diritto del lavoro*, Jovene, Napoli, 1976, p. 48 ss.

³¹ Cfr. Cass. civ., sez. lav., 1° marzo 2022, n. 6664, in *Ilgiuslavorista.it*, 27 maggio 2022. .

è stato paventato il rischio «di anestetizzare l'atteggiamento critico e di preservarne un significato mediano, tralatizio e appiattito che, di volta in volta, consente l'uso di esse in funzione di obiettivi interpretativi spesso disparati o contraddittori»³², così che il discorso sulla norma inderogabile rischia invero di determinare una moltiplicazione di significati e una proliferazione di piani di funzionamento e interpretazione, in una sorta di babele semantica priva non solo di uno stabile approdo, ma anche di un chiaro punto di partenza della riflessione³³.

Appare quindi ancora aperta e problematica la discussione anche definitiva del concetto di inderogabilità, nei suoi punti di contatto e scissione da quello di indisponibilità, a maggior ragione se si considera che le nozioni ricavate dall'esegesi della disciplina appaiono talora confliggenti, dal momento che esse costituiscono a propria volta speciali deroghe e declinazioni di istituti tipici del diritto civile³⁴.

Sebbene entrambe le tesi, quella soggettiva e quella oggettiva, abbiano meritoriamente enucleato dei principi di realtà, rispettivamente, sia sotto il profilo dell'attenuata capacità dispositiva del lavoratore rispetto al datore di lavoro³⁵, sia sotto quello dell'individuazione dei beni oggetto di disposizione, nessuna delle due ha sciolto in maniera definitiva il senso della connessione tra i due distinti concetti di inderogabilità e indisponibilità, della quale l'art. 2113 c.c. rappresenta al contempo l'ipostatizzazione e la prova della persistente incertezza dogmatica.

D'altra parte, il principio dettato dall'art. 36, comma 3, Cost., per il quale il diritto del lavoratore al riposo settimanale e alle ferie annuali retribuite non è rinunziabile, appare un ulteriore elemento, decisivo, a conforto della tesi secondo la quale il regime dell'inderogabilità non può essere letto con una lente soltanto oggettiva o una soltanto soggettiva. Infatti, se tale disposizione sem-

³² Così, L. Castelvetti, *Il diritto del lavoro delle origini*, Giuffrè, Milano, 1994, p. 1 ss.

³³ Parla di diversi significati di inderogabilità G. Fontana, *Dall'inderogabilità alla ragionevolezza*, Giappichelli, Torino, 2010, p. 26 ss.

³⁴ Sulla reciproca influenza tra diritto civile e diritto del lavoro hanno ampiamente ragionato, tra gli altri, G. Santoro Passarelli (a cura di), *Diritto del lavoro e categorie civilistiche*, Giappichelli, Torino, 1992 e O. Mazzotta, *Autonomia individuale e sistema del diritto del lavoro*, in Aa.Vv., *Autonomia individuale e rapporto di lavoro, Atti del congresso nazionale di diritto del lavoro, Udine, 10-12 maggio 1991*, Giuffrè, Milano, 1994, p. 3 ss.

³⁵ Hanno criticato la teoria della minorata capacità del consenso M. Magnani, *Disposizione dei diritti*, cit., p. 51 ss.; L. Giugni, *Le rinunzie e le transazioni del lavoratore: riesame critico*, in *Dir. lav.*, 1970, 1, p. 3 ss.; F. Guidotti, *Il fondamento giuridico dell'indisponibilità dei diritti del prestatore di lavoro*, in *Dir. lav.*, 1955, I, p. 369 ss.

bra doversi leggere inizialmente come evocativa della dimensione dell'indisponibilità, anche alla luce del fatto che si tratta di un diritto connesso alla sfera dell'integrità psico-fisica del lavoratore, la previsione dell'indennizzabilità della mancata fruizione delle ferie sembra suggerire la disponibilità del relativo diritto di credito.

Appare inoltre significativo che la disposizione sia formulata in termini di irrinunciabilità e non di indisponibilità, così evocando la suscettibilità del diritto all'indennità ad essere oggetto di un atto dispositivo qualora perfezionato in sede protetta.

L'indisponibilità allora apparirebbe piuttosto l'attributo tipico di un diritto la cui titolarità viene limitata dall'ordinamento, in quanto la sua pienezza colliderebbe con altri principi fondamentali, quale quello delineato dall'art. 32 Cost., che significativamente tutela la salute come diritto fondamentale della persona, ma anche come interesse della collettività, così da circoscrivere lo spazio della legittima disponibilità.

La circostanza, poi, che nell'alveo della subordinazione rientrino anche lavoratori dotati di elevati livelli di professionalità e di formazione nonché di potere contrattuale, non farebbe venir meno la fondatezza di un principio di garanzia che si situa a monte del sistema di difesa delineato dalla materia lavoristica, trattandosi di una costruzione tecnica generale a protezione di chi si trovi in una situazione di dipendenza economica, tanto da giustificare l'estensione della disciplina *ex art. 2113 c.c.* anche al lavoro parasubordinato³⁶.

Guardando alle norme codicistiche, infatti, si può evincere che come l'art. 1418 c.c. non si limita soltanto ad affermare la nullità del contratto contrario a norma imperativa, tanto da lasciare alla legge spazi di alleggerimento della massima sanzione dell'invalidità, l'ambito dell'art. 2113 c.c. non è circoscritto alla sola annullabilità e alla debolezza del consenso, venendo in rilievo altresì il diverso piano della tecnica dell'inderogabilità rispetto alle fonti legale e contrattual-collettiva.

La sintesi tra le due polarità si rende quindi necessaria alla luce della stessa funzione dell'art. 2113 c.c., che se da un lato impedisce la deroga alla trama normativa della fonte superiore, dall'altra individua all'ultimo comma lo spazio della valida attività dispositiva, sebbene non sia mai espressamente definito l'ambito oggettivo dei diritti disponibili, la cui nozione si lega alla suscettibilità del bene di divenire oggetto del diritto di credito.

³⁶ In tal senso si è espressa la giurisprudenza, anche in tempi risalenti. Cfr. Cass. civ., sez. lav., 12 ottobre 1987, n. 7550, in *Mass. Giur. civ.*, 1987, p. 10 ss.; Cass. civ., 13 giugno 1983, n. 4057, in *Rep. Foro it.*, 1983, c. 130 ss.

D'altra parte, la capacità protettiva della conciliazione perfezionata nelle sedi protette discende dall'azione congiunta della rimozione delle asimmetrie informative, della ricostruzione dell'esercizio libero e consapevole della volontà e dell'effettività dell'assistenza, così da assicurare la genuinità dell'atto volitivo. Ai fini dell'esercizio di tale funzione è imprescindibile il ruolo rivestito dai soggetti ai quali è riconosciuto il potere di assistere il lavoratore nell'attività dispositiva³⁷, il cui novero è stato ampliato nel tempo, testimoniando una linea evolutiva che va nel senso di includere via via ulteriori sedi ed attori idonei a garantire la piena ed effettiva capacità dispositiva del lavoratore.

Sotto il profilo oggettivo, poi, se può darsi per assodato che il bene, al momento dell'atto dispositivo, debba essere già presente nel patrimonio di chi ne dispone, si è discusso sulle qualità tipiche dei diritti indisponibili, che secondo una risalente classificazione dovrebbero essere tutti dotati dei caratteri di imprescrittibilità, impignorabilità, insequestrabilità, non compensabilità e non deferibilità ad arbitri. Sennonché, come appare evidente, nessuno dei diritti tipici del lavoratore possiede tali connotati e lo stesso art. 2113 c.c. all'ultimo comma, come ricordato, prevede la disponibilità, pur nelle sedi e con le modalità previste dalla legge o dalla contrattazione collettiva, dei diritti del prestatore di opere.

Per altro verso, la tendenziale disponibilità di questi ultimi emerge dal meccanismo sotteso allo stesso art. 2113 c.c., che riconosce la possibilità di porre in essere un'impugnazione stragiudiziale con l'effetto di revocare l'atto, concepito e posto in essere al di fuori delle suddette sedi protette, ripristinando lo *status quo ante* all'illegittima disposizione.

L'inderogabilità della fonte legale o contrattual-collettiva da parte dell'autonomia privata, in questa prospettiva, costituisce il senso stesso dell'ordinamento lavoristico, la sua *Grundnorm*, che lo caratterizza a tal punto da marcarne la linea di definitiva separazione dalla congiunzione "ombelicale" con il diritto privato classico, sebbene si sia consci del fatto che tale concetto, presupposto nella logica e nell'essenza del diritto del lavoro, non sia scevro da tentazioni scettiche sotto il profilo gnoseologico.

In tale ottica, la categoria della norma inderogabile può assumere nuovi si-

³⁷ In tali conciliazioni «la posizione del lavoratore viene ad essere adeguatamente protetta nei confronti del datore di lavoro per effetto dell'intervento in funzione garantista del terzo (autorità giudiziaria, amministrativa o sindacale) diretto al superamento della presunzione di condizionamento della libertà di espressione del consenso da parte del lavoratore, essendo la posizione di quest'ultimo adeguatamente protetta nei confronti del datore di lavoro». Così Trib. Bari, sez. lav., 6 aprile 2022.

gnificati e conoscere diversi livelli di applicazione nell'ambito del percorso evolutivo dell'ordinamento lavoristico verso la dimensione antidiscriminatoria della disciplina, nella quale è dato cogliere un ritrovato approdo imperativo ed eteronomo, che appare riproporre schemi e logiche tipici del diritto del lavoro classico.

Non va infatti trascurato il dato che lega l'inderogabilità all'esigenza, pervasiva e connotativa dell'intero impianto normativo lavoristico, di garantire l'uguaglianza di trattamento tra lavoratori, in ragione della quantità e qualità del lavoro prestato, nonché nell'ottica più complessiva della rimozione degli ostacoli al pieno sviluppo della persona. Di ciò, d'altra parte, si ha prova nel nesso che lega la crisi dell'inderogabilità a quella dell'uguaglianza, che tipicamente connota il post-modernismo³⁸.

Di tale orizzonte ad un tempo teleologico e interpretativo si trae conferma dalla crescente centralità della disciplina di contrasto alla discriminatorietà nell'ambito dei vari istituti tipici del rapporto di lavoro e, in particolare, nell'ambito in cui è dato misurare nel massimo grado coerenza e tenuta della normativa di protezione del lavoratore, ovverossia nel regime di sanzione dei licenziamenti illegittimi. Tale particolare accezione dell'inderogabilità, che coinvolge invero atti tipicamente unilaterali, ha conosciuto una sorta di ricollocazione al centro del sistema normativo e del ragionamento giuridico con particolare vigore a seguito dapprima delle modifiche apportate dalla legge n. 92 del 2012 al regime di tutela reale *ex art.* 18 Stat. lav., quindi del nuovo assetto previsto e disciplinato dal d.lgs. n. 23 del 2015 per il c.d. contratto a tutele crescenti.

Sia l'art. 18 novellato, sia l'art. 2 del d.lgs. citato, richiamano il concetto di licenziamento discriminatorio, nel primo caso mediante rinvio all'art. 3 della legge n. 108 del 1990, nel secondo attraverso il riferimento all'art. 15 della legge n. 300 del 1970, così che le due classificazioni non sono completamente sovrapponibili dal punto di vista letterale. Dunque, si tratta di interventi normativi che a ben vedere non sono idonei ad innovare quanto già previsto e applicabile per forza propria dalle disposizioni di legge mediatamente e immediatamente richiamate, però è del pari un dato non trascurabile la circostanza che si affermi che la tutela piena contro il licenziamento illegittimo, applicabile a prescindere dai requisiti dimensionali del datore di lavoro, resti immutata ed anzi centrale nell'ambito del diritto antidiscriminatorio del lavoro³⁹.

³⁸ Cfr. G. Fontana, *Inderogabilità, derogabilità e crisi dell'uguaglianza*, in *WP CSDLE "Massimo D'Antona"*, 2015, 276, p. 2 ss.

³⁹ Approfondiscono le linee evolutive di tale settore dell'ordinamento, costruito intorno alla

Sotto un diverso profilo, la previsione, da parte dello schema di decreto legislativo (approvato in esame preliminare dal Consiglio dei Ministri nella riunione del 28 luglio 2022) attuativo della delega contenuta nella legge n. 206 del 2021, della possibilità di incardinare con un rito speciale i licenziamenti dei quali si lamenta la discriminatorietà, mediante l'introduzione dell'art. 441 quater c.p.c. nella sistematica del codice di rito, conferma ancora una volta una tendenza espansiva della tutela antidiscriminatoria anche dal punto di vista processuale.

Ciò sancisce a tutti gli effetti il passaggio ad una sorta di nuova fase della disciplina di protezione giuslavoristica, che porta con sé l'effetto di potenziare e valorizzare la forza precettiva della normativa di contrasto alla discriminazione mediante operazioni interpretative che travalicano il concetto tradizionale e si estendono fino alle nozioni di discriminazione indiretta, con una pervasività tale da poter investire i risvolti anche più reconditi della disparità di trattamento, a maggior ragione dopo l'ampliamento dei profili di possibile discriminatorietà ad opera del d.lgs. n. 216 del 2003.

In questo passaggio viene apportata nuova linfa dalla lettura congiunta tra disposizioni legali e principi anche costituzionali di tutela dei diritti inviolabili della persona e di eguaglianza sostanziale, che a loro volta possono offrire nuove colorazioni ad uno spettro, peraltro astrattamente già ampio, di situazioni tutelabili.

In particolare, nel *corpus* normativo del c.d. "diritto antidiscriminatorio", costituito dalle direttive 2000/43/CE e 2000/78/CE, attuate dal legislatore nazionale rispettivamente con il d.lgs. n. 215 e il d.lgs. n. 216 del 2003⁴⁰, che hanno recepito le nozioni di discriminazione diretta e indiretta⁴¹, convivono altresì la di-

dialettica tra principio di eguaglianza e divieti di discriminazione, nel dialogo tra Costituzione e fonti sovranazionali, M. Barbera, *Principio di eguaglianza e divieti di discriminazione*, in M. Barbera, A. Guariso (a cura di), *La tutela antidiscriminatoria. Fonti, strumenti, interpreti*, Giappichelli, Torino, 2019, p. 5 ss.; M. Barbera, S. Borelli, *Principio di eguaglianza e divieti di discriminazione*, in *WP CSDLE Massimo D'Antona*, 2022, 451, p. 24 ss.

⁴⁰ V. sul tema R. Nunin, *Recepito le direttive comunitarie in materia di lotta contro le discriminazioni*, in *Lav. giur.*, 2003, 7, p. 905 ss.; A. Palladini, *L'attuazione delle direttive comunitarie contro le discriminazioni di razza, etnia, religione o convinzione personale, handicap, età e orientamento sessuale*, in *Mass. giur. lav.*, 2004, 1, p. 39 ss.; M. Rizzo, *Il recepimento italiano delle direttive comunitarie n. 43 del 29 giugno 2000 e n. 78 del 27 novembre 2000*, in *Riv. crit. dir. lav.*, 2004, p. 221 ss.

⁴¹ D. Izzì, *Eguaglianza e differenze nei rapporti di lavoro: il diritto antidiscriminatorio tra genere e fattori di rischio emergenti*, Jovene, Napoli, 2005; A. Lassandari, *Le discriminazioni: nozioni, interessi, tutele*, in F. Galgano (a cura di), *op. cit.*; M. Barbera, *Il nuovo diritto antidiscriminatorio: innovazioni e continuità*, in M. Barbera (a cura di) *Il nuovo diritto antidiscriminatorio: il quadro comunitario e nazionale*, Giuffrè, Milano, 2007.

rettiva 2014/54/UE relativa alle misure intese ad agevolare l'esercizio dei diritti conferiti ai lavoratori nel quadro della libera circolazione dei lavoratori⁴², nonché le direttive 2002/73/CE di modifica della direttiva 76/207/CEE, 2004/113/CE del Consiglio⁴³ e 2006/54/CE⁴⁴.

Tale settore dello *ius europaeum*, invero, come evidente dalla lettura dei considerando, origina non tanto dall'affermazione del principio di difesa della personalità e della libertà del lavoratore, quanto piuttosto dall'esigenza di implementare e rendere effettivo il principio cardine della libera circolazione dei lavoratori, che costituisce una delle libertà fondamentali dei cittadini dell'Unione, nonché un elemento chiave nello sviluppo del mercato del lavoro⁴⁵.

È qui dunque che si coglie il "salto quantico" rispetto all'evoluzione normativa avvenuta tra la fine degli anni sessanta e il decennio successivo, dove in-

⁴² Per una prima analisi della citata direttiva sia consentito il rinvio a A. Giuliani, *Prime osservazioni in merito alla direttiva 2014/54/UE relativa alle misure intese ad agevolare l'esercizio dei diritti conferiti ai lavoratori nel quadro della libera circolazione dei lavoratori*, in *Dir. rel. ind.*, 2014, 4, p. 1164 ss.

⁴³ Che attua il principio di parità di trattamento tra uomini e donne per quanto riguarda l'accesso a beni e servizi e la loro fornitura. Per un'attenta analisi della suddetta disciplina si rinvia a B. Checchini, *Discriminazione contrattuale e tutela della persona*, Giappichelli, Torino, 2016, p. 77 ss.

⁴⁴ Riguardante l'attuazione del principio delle pari opportunità e della parità di trattamento fra uomini e donne in materia di occupazione e di impiego. Cfr. Aa.Vv., *Il nuovo diritto antidiscriminatorio: innovazione e continuità*, in M. Barbera (a cura di), *Il nuovo diritto antidiscriminatorio*, Giuffrè, Milano, 2007; D. La Rocca, *Eguaglianza e libertà contrattuale nel diritto europeo. Le discriminazioni nei rapporti di consumo*, Giappichelli, Torino, 2008; P. Chieco, *Le nuove direttive comunitarie sul divieto di discriminazione*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2002, 1, p. 75 ss.; C. Favilli, *La non discriminazione nell'Unione europea*, Il Mulino, Bologna, 2008; L. Calafà, D. Gottardi, *Il diritto antidiscriminatorio tra teoria e prassi applicativa*, Ediesse, Roma, 2009; L. Calafà, *Le direttive antidiscriminatorie di "nuova generazione": il recepimento italiano*, in *Studium iuris*, 2004, 7-8, p. 873 ss.

⁴⁵ Il tema è stato approfondito nella prospettiva di diritto europeo e nella logica di protezione sociale da S. Giubboni, G. Orlandini, *La libera circolazione dei lavoratori nell'Unione europea. Principi e tendenze*, Il Mulino, Bologna, 2007; G. Orlandini, *La libertà di circolazione dei lavoratori subordinati*, in S. Sciarra, B. Caruso (a cura di), *Il lavoro subordinato*, in G. Ajani, G.A. Benacchio (diretto da), *Trattato di diritto privato dell'Unione europea*, Giappichelli, Torino, 2009, p. 551 ss.; Id., *La libera circolazione dei lavoratori subordinati*, in S. Sciarra (a cura di), *Manuale di diritto sociale europeo*, Giappichelli, Torino, 2010, p. 251 ss.; S. Nappi, *La libera circolazione dei lavoratori comunitari*, in F. Carinci, A. Pizzoferrato (a cura di), *Commentario di Diritto comunitario del lavoro*, Utet, Torino, 2010; M. Roccella, T. Treu, *Diritto del lavoro dell'Unione europea*, Cedam, Padova, 2012, p. 89 ss.; W. Chiaromonte, *Lavoro e diritti sociali degli stranieri. Il governo delle migrazioni economiche in Italia e in Europa*, Giappichelli, Torino, 2013.

vece la legislazione sanciva l'acquisizione di diritti spesso già riconosciuti a livello di relazioni industriali nei settori dove più forte era stata la lotta sindacale: si passa in sostanza da un diritto antidiscriminatorio di origine sociale ad uno di matrice economica, l'uno prodotto dalla contrapposizione tra capitale e lavoro, l'altro prodotto dalla logica mercatistica.

Tali direttive traggono fondamento dalla persistenza di restrizioni e ostacoli ingiustificati all'esercizio del diritto di libera circolazione e, per quanto riguarda l'ultima, essa è collocabile nell'ambito delle misure adottate ai sensi dell'art. 45 TFUE, che conferisce diritti sostanziali per l'esercizio di libertà fondamentali, ulteriormente specificati ad opera del Regolamento UE n. 492/2011⁴⁶.

In particolare, essa fa seguito ad una serie di interventi propedeutici e preparatori⁴⁷ e individua le proprie finalità da un lato nella necessità di applicare in maniera più efficace ed uniforme i diritti conferiti a livello europeo, di rendere meglio edotte le autorità pubbliche e le persone dei diritti e delle responsabilità in materia di libera circolazione, con il conseguente obbligo da parte degli Stati membri di adottare le misure appropriate a tutela dei diritti dei lavoratori dell'Unione e dei loro familiari, in conformità al principio di parità tra uomini e donne e al divieto di qualsiasi forma di discriminazione.

Dall'altro lato, la direttiva obbliga gli Stati membri a prevedere procedure amministrative, la sindacabilità davanti all'autorità giudiziaria delle relative decisioni, anche attraverso il riconoscimento alle associazioni e alle parti sociali della facoltà di avvio di un procedimento, per conto o a sostegno delle vittime; a predisporre normative sui termini per l'attuazione dei diritti in parola tali da non rendere eccessivamente difficile l'esercizio degli stessi; l'attribuzione dei compiti di cui alla direttiva o a nuovi specifici organismi ovvero a

⁴⁶ Per un commento al regolamento si rimanda a S. Giubboni, *Diritti e solidarietà in Europa. I modelli sociali nazionali nello spazio giuridico europeo*, Il Mulino, Bologna, 2012, p. 107 ss. Nello specifico, l'ambito di applicazione individuato all'art. 2 della direttiva 2014/54/UE, riguardante i vari aspetti del diritto al lavoro, dall'accesso alle condizioni di impiego, dallo svolgimento di attività sindacale alla formazione e all'alloggio, viene identificato con quello del Regolamento UE n. 492/2011, ribadendo ancora una volta la stretta connessione tra esso e la direttiva.

⁴⁷ Quali la comunicazione della Commissione del luglio 2010 dal titolo «Ribadire la libera circolazione dei lavoratori: diritti e principali sviluppi», che ha tentato una prima analisi dei modi per affrontare i nuovi bisogni, la relazione del 27 ottobre 2010 nella quale la Commissione ha già rilevato nell'applicazione non corretta della normativa europea uno degli impedimenti principali all'esercizio effettivo dei diritti dei cittadini dell'Unione e la comunicazione del 18 aprile 2012 della Commissione che, oltre ad annunciare l'intenzione di presentare una proposta legislativa per sostenere i lavoratori nell'esercizio dei propri diritti, ha invitato gli Stati membri ad agevolare l'accesso ai diritti conferiti dalla normativa europea.

quelli già esistenti, anche al fine della fornitura di informazioni e di erogazione dei servizi.

Va quindi rilevato il ruolo centrale riconosciuto agli organismi collettivi nella tutela dei diritti dei lavoratori a livello europeo, come già avvenuto in passato⁴⁸. Poiché l'obiettivo di massima della direttiva è l'istituzione di un quadro comune generale di disposizioni, misure e meccanismi al fine dell'applicazione e attuazione maggiormente uniforme dei diritti concernenti la libera circolazione dei lavoratori, è stato ritenuto necessario, dati la portata e gli effetti dell'azione, l'intervento da parte dell'Unione in base al principio di sussidiarietà *ex art. 5* del Trattato sull'Unione europea, nel rispetto del principio di proporzionalità.

Sembrerebbe dunque potersi fondatamente affermare che l'inderogabilità sia un concetto ancora ben vivo e fecondo, che anzi conosce una nuova stagione di fioritura e maturazione per mezzo di una disciplina caratterizzata al massimo grado da imperatività. Per altro verso, la circostanza per la quale la discriminazione è individuabile già solo in ragione del rilievo del trattamento deteriore riservato al lavoratore quale effetto della sua appartenenza alla categoria protetta, a prescindere dalla volontà illecita del datore di lavoro, rende tale istituto foriero di un campo di applicazione non prevedibile ed anzi viepiù nuovo e inesplorato, tanto da poter condurre ad una nuova fortuna il regime di tutela reintegratoria in caso di licenziamento discriminatorio.

Se infatti non può sfuggire che non ogni forma di illegittimità costituisce una discriminazione, ogni atto discriminatorio presuppone la violazione di una norma e, pertanto, nella discriminazione risiedono necessariamente sempre uno o più profili di illegittimità.

D'altra parte, da tale relazione di genere e specie discende una sostanziale diversificazione dei regimi di tutela, che fa sì che nel caso in cui un licenziamento sia dichiarato illegittimo, da ciò discende l'applicazione della massima tutela, quella del posto di lavoro, come se il rapporto di lavoro non fosse mai venuto meno, essendo l'atto discriminatorio nullo. Qualora invece venga accertata la sola illegittimità del licenziamento, è noto che il tipo di tutela sarà diverso a seconda del tipo di vizio (di illegittimità) che venga individuato.

Pertanto, il rapporto tra discriminazione e illegittimità sembrerebbe logicamente ancorato all'univocità, nel senso che l'atto discriminatorio è neces-

⁴⁸ Viene poi espressamente richiamato, anche ai fini dell'applicazione della direttiva, il rispetto dei diritti e principi fondamentali quali la libertà professionale e il diritto di lavorare, il diritto alla non discriminazione, in particolare in base alla nazionalità, il diritto alla negoziazione e alle azioni collettive, a condizioni di lavoro giuste, la libertà di circolazione e di soggiorno e il diritto ad un giudice imparziale.

sariamente illegittimo, mentre l'atto illegittimo non è necessariamente discriminatorio.

Di ciò, per altro verso, vi è conferma nella circostanza che la discriminarietà costituisce una particolare fattispecie di nullità, così che la relazione potrebbe essere ulteriormente declinata nella presente proposizione: ogni atto nullo è illegittimo e ogni atto discriminatorio è nullo, mentre non ogni atto illegittimo o nullo è necessariamente anche discriminatorio.

Se dall'analisi della normativa vigente è dato ricavare tali assunti, va rilevato che i confini dell'atto discriminatorio appaiono labili, tanto che la relazione tra la categoria di illegittimità e quella di discriminarietà appare dinamica, così che si potrebbe ipotizzare che ogni illegittimità in quanto tale possa essere considerata discriminatoria, nella misura in cui mediante la violazione della disciplina legale si riservi ad un determinato lavoratore un trattamento peggiore rispetto a chi invece non lo subisca.

A ben vedere, la scelta di adottare un provvedimento del quale venga successivamente accertata l'illegittimità costituisce di per sé un'opzione discriminatoria, dal momento che viene individuato come destinatario di tale atto un lavoratore piuttosto che un altro.

È vero che tale considerazione di carattere generale si scontra con un dato normativo selettivo, che non individua una nozione astratta di discriminarietà, ma la radica e declina in base a determinati criteri sensibili, che danno forma e senso all'atto di discriminazione.

Sennonché nell'elencazione formulata dal d.lgs. n. 216 del 2003 sembra potersi scorgere, accanto ad ipotesi tipizzate, anche una previsione dalla formulazione piuttosto elastica, quale quella delle convinzioni personali, la cui portata parrebbe davvero dilatata, tanto da poter includere gran parte di ciò che può essere considerato quale caratteristica intrinseca del modo in cui si esprime l'unicità della persona e delle sue idee.

In tal senso sembra propendere la stessa enunciazione dell'art. 3 Cost., comma 1, Cost., che valorizza, ai fini del riconoscimento ad ogni cittadino della pari dignità sociale e dell'uguaglianza davanti alla legge, anche la necessità di non operare discriminazioni sulla base delle «condizioni personali e sociali».

Per altro verso, non sfugge che il concetto di discriminazione presuppone logicamente una comparazione, dalla quale discende l'adozione di un determinato trattamento pregiudizievole nei confronti di un lavoratore e non di un altro, una scelta che dunque si lega indissolubilmente con un effetto punitivo verso qualcuno e vantaggioso verso qualcun altro.

Se si considera, poi, che è ormai pacifico che affinché sussista discriminazione si prescinde dalla sussistenza effettiva del motivo posto alla base del

provvedimento discriminatorio⁴⁹, non può non rilevarsi come tale categoria sia naturalmente destinata ad una progressiva valorizzazione e sia votata ad ampliare l'ambito di applicazione dell'inderogabilità.

Di tale approdo si ritiene possa rinvenirsi un ulteriore elemento di conferma dalla lettura della legge n. 162 del 2021, che modificando l'art. 25, comma 2 bis del d.lgs. n. 198 del 2006, definisce come discriminazione «ogni trattamento o modifica dell'organizzazione delle condizioni e dei tempi di lavoro che, in ragione del sesso, dell'età anagrafica, delle esigenze di cura personale o familiare, dello stato di gravidanza nonché di maternità o paternità, anche adottive, ovvero in ragione della titolarità e dell'esercizio dei relativi diritti, pone o può porre il lavoratore in almeno una delle seguenti condizioni: a) posizione di svantaggio rispetto alla generalità degli altri lavoratori; b) limitazione delle opportunità di partecipazione alla vita o alle scelte aziendali; c) limitazione dell'accesso ai meccanismi di avanzamento e di progressione nella carriera».

Se è vero che si tratta pur sempre di un intervento settoriale, collocato nell'ambito delle pari opportunità tra sessi, il relativo raggio di azione può essere ampliato fino a contrastare situazioni di svantaggio che si fondino anche su ragioni anagrafiche e di tutela della cura della persona del lavoratore e della sua famiglia, con una potenziale espandibilità della nozione di atto discriminatorio ad un numero astrattamente variegato di situazioni⁵⁰.

Tale valorizzazione soggettiva ed oggettiva del concetto di discriminazione ha quindi un impatto ulteriore a maggior ragione se si considera la capacità espansiva del rimedio della nullità nell'ambito del diritto del lavoro, dal momento che in esso acquisiscono una portata viepiù pervasiva le categorie tipiche del diritto civile, se solo si consideri che la previsione della nullità in caso di mancanza degli elementi essenziali dell'atto, oltre che di violazione di nor-

⁴⁹ Cfr. in tal senso, *ex multis*, Cass. civ., sez. lav., 9 giugno 2017, n. 14456, in *Riv. giur. lav.*, 2018, con nota di D. Del Biondo, p. 27 ss.

⁵⁰ Secondo la stessa logica andrebbero allora letti i divieti, introdotti dagli artt. 4 e 5 del d.lgs. n. 105 del 2022, di sanzionare, demansionare, licenziare, trasferire ovvero sottoporre «ad altra misura organizzativa avente effetti negativi, diretti o indiretti, sulle condizioni di lavoro» la lavoratrice o il lavoratore che richieda di fruire del lavoro agile ovvero la trasformazione del contratto da tempo pieno a tempo parziale nelle ipotesi rispettivamente previste dall'art. 18 comma 3 bis del d.lgs. n. 81 del 2017 e dall'art. 8, commi 4 e 5, del d.lgs. n. 81 del 2015. Per altro verso, all'art. 3 del d.lgs. n. 105 del 2022, si è inteso favorire la promozione del tentativo di conciliazione ex art. 410 cpc per chi intenda agire in giudizio per il riconoscimento della sussistenza di uno dei suddetti atti discriminatori. Sebbene si tratti di innovazioni già ricavabili per via interpretativa alla luce della disciplina previgente, si ritiene che anche tali integrazioni normative testimonino la persistente attualità dell'impianto inderogabile ed eteronomo del diritto del lavoro.

me imperative, può generare non poche occasioni di invalidazione del licenziamento, così puntellando ulteriormente l'ordinamento lavorista di limiti e vincoli tipici dell'inderogabilità.

Tale evoluzione sembra, per altro verso, potersi cogliere anche alla luce delle normative che hanno introdotto nuove specifiche ipotesi di atti datoriali presuntivamente nulli, come la legge n. 179 del 2017⁵¹, nonché, più recentemente, con la previsione del divieto assoluto di licenziamento per motivi di natura economica, come previsto inizialmente dall'art. 46 del d.l. n. 18 del 2020 conv. in legge n. 27 del 2020, successivamente reiterato e prorogato in pendenza della legislazione adottata durante l'emergenza pandemica⁵².

Non sfugge che si tratta di due normative senz'altro peculiari, la prima dalla portata applicativa molto specifica e circoscritta, la seconda necessariamente caratterizzata dalla delimitazione dell'ambito temporale di vigenza tipica di un intervento dettato dall'emergenza pandemica. Cionondimeno, non va sottovalutata la ritrovata e persistente tendenza dell'ordinamento lavoristico a prevedere discipline contenenti precetti talora dotati della massima imperatività, che dunque continua a colorare di sé il senso stesso del diritto del lavoro, quasi a costituire una sorta di costruzione giuridica esoscheletrica a presidio dei livelli minimi di tutela dettati dalla normativa lavoristica, nella prospettiva di attuazione dei precetti costituzionali di solidarietà sociale ed eguaglianza sostanziale.

1.1. *Funzione teleologica e interessi tutelati dalla norma inderogabile*

Si assiste, pertanto, alla necessità di decostruire e ricostruire logica e struttura di una disciplina originariamente dettata al fine di tutelare la persona che lavora, nel rapporto dialettico tra diritto comune e *ius speciale*. Se è vero, infatti, che inderogabilità e indisponibilità sono concetti non estranei alla tradizione civilistica, non può sfuggire che nell'ambito del diritto del lavoro tali nozioni acquisiscono una valenza nuova e addirittura permeante: ciò che nel di-

⁵¹ Approfondisce i profili di tutela predisposti da tale legislazione in favore del lavoratore whistleblower S.M. Corso, *Segnalazione di illeciti e organizzazioni di lavoro. Pubblico e privato nella disciplina del whistleblowing*, Giappichelli, Torino, 2020, p. 131 ss.

⁵² Sistematizzano ragioni e tecniche del divieto di licenziamento in discorso F. Scarpelli, *I licenziamenti economici come (temporanea) extrema ratio: la proroga del blocco nel d.l. 104/2020*, in O. Mazzotta (a cura di), *Diritto del lavoro ed emergenza pandemica*, Pacini, Pisa, 2020, p. 133 ss. e V. Speciale, *Il divieto di licenziamento per ragioni economiche nel biennio 2020-2021*, in *WP CSDLE "Massimo D'Antona"*, 2022, 449, p. 2 ss.

ritto civile è speciale ed eccezionale diventa invero regola generale e tipizzante della disciplina lavoristica⁵³.

Si ritiene pertanto centrale focalizzare l'attenzione sulla teleologia di un ordinamento che nasce e si sviluppa essenzialmente⁵⁴, da un lato, per derogare all'assetto normativo comune per proteggere la parte del rapporto ontologicamente svantaggiata⁵⁵ e, dall'altro, per rafforzare e rendere effettivi i dispositivi già previsti in via generale in materia di invalidità e inefficacia degli atti difformi alla fattispecie astratta.

Di ciò vi è una significativa rappresentazione nella disciplina relativa all'invalidità del contratto di lavoro, che in base alla regola speciale prevista dall'art. 2126 c.c., in parziale deroga al principio civilistico generale della caducazione *ex tunc* degli effetti del negozio nullo, gli riconosce efficacia per tutto il periodo in cui ha avuto esecuzione, a meno che la nullità non discenda dall'illiceità dell'oggetto o della causa. In questi ultimi casi, le norme violate sarebbero poste a tutela di interessi evidentemente sovra-individuali, così che l'esigenza di protezione del prestatore di lavoro cederebbe il passo a quella più propriamente pubblicistica⁵⁶.

Riaffiora, dunque, il tema del nesso tra inderogabilità e interessi tutelati, che costituisce un elemento imprescindibile della riflessione, dal momento che la funzione della prima è quella di garantire che gli atti dei privati non si collochino al di fuori di un perimetro normativo finalizzato a garantire al lavoratore l'effettiva protezione dei propri diritti, senza che però questa prospettiva esaurisca l'ambito di azione della norma inderogabile. Essa infatti, in taluni casi, quale quello pocanzi indicato, delineato dall'art. 2126 c.c., può ben privare il prestatore di lavoro delle tutele previste in via generale, qualora emergano situazio-

⁵³ Cfr. M. Magnani, *Il diritto del lavoro e le sue categorie. Valori e tecniche nel diritto del lavoro*, Cedam, Padova, 2006, p. 4, che evidenzia come la norma inderogabile costituisca un elemento fondante dell'ordinamento lavorista.

⁵⁴ R. Voza, *L'inderogabilità come attributo genetico del diritto del lavoro. Un profilo storico*, in *Riv. giur. lav.*, 2006, 1, p. 45 ss.

⁵⁵ Emblematicamente, G. Cazzetta, *Una consapevole linea di confine. Diritto del lavoro e libertà di contratto*, in *Lav. dir.*, 2007, p. 143 ss. afferma, in una prospettiva storica, che il processo di genesi per separazione del diritto del lavoro da quello civile discende dall'esigenza di tutela del lavoratore nei confronti del «potere sociale illimitato offerto dalla libertà di contratto individuale».

⁵⁶ Per una ricostruzione degli orientamenti giurisprudenziali e dottrinali sul punto v. S. Rigon, *L'invalidità del contratto*, in C. Cester (a cura di), *Il rapporto di lavoro subordinato: costituzione e svolgimento*, II, in F. Carinci (diretto da), *Diritto del lavoro. Commentario*, Utet, Torino, 1998, p. 488 ss.